Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Markus Wagner
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

6/2025 S. 675-773
4. Jahrgang

Inhalt

20 JAHRE OPEN ACCESS IM STRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

20 Jahre Open Access im Strafrecht
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen

AUFSÄTZE

Strafrecht

Die Begnadigung – außerrechtliche Wertentscheidung oder als Rechtsakt „gerecht und billig"?
Von Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M. (Nottingham), Regensburg 675

Zur Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen – sind die untauglichen straflos?
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 685

Zur Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen – sind die tauglichen straflos?
Erwiderung auf Herzberg
Von Dr. Martin Heuser, Regensburg 690

„Femizide" und Kriminalpolitik
Von Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg 696

Die Neuen Medien zwischen Telemedien und Digitalen Diensten
Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel 707

Strafprozessrecht

Smarte Überführung?
Zum zwangsweisen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf gesperrte Mobiltelefone
Von Prof. Dr. Ken Eckstein, Bochum 712

Völkerstrafrecht

Zwischen Symbolik und Effektivität: Gravierende Umweltschäden als völkerstrafrechtlicher „Ökozid"?
Von RiOLG Prof. Dr. Kai Cornelius, LL.M. (Hannover, London), Wiss. Mitarbeiterin Anja Holzer, Hamburg 725

AUFSÄTZE

Strafrecht

Willensfreiheit im Strafrecht: eine funktionale Illusion?
Von Dr. José Carlos Porciúncula, Brasília 743

Die Eigenart der Strafzumessung und der Aufbau der Strafzumessungsmethode – ein Beitrag aus der chinesischen Strafrechtswissenschaft
Von Prof. Shi Jinghai, Guangzhou 755

© 2021–2025 Prof. Dr. Thomas Rotsch, Geschäftsführender Herausgeber der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Markus Wagner
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

6/2025 S. 675-773
4. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

NEUES AUS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Strafrecht

Neues aus der Strafrechtswissenschaft: Digitale Gesellschaft und Strafrecht, 2025
Von Prof. Dr. Georgia Stefanopoulou, Berlin 766

ENTSCHEIDUNGSBEMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 14.11.2024 – 3 StR 189/24 (Konkurrenzen bei mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung)
(Prof. Dr. Dennis Bock, LL.M., Wiss. Mitarbeiter Moritz Karlisch, Kiel) 769

© 2021–2025 Prof. Dr. Thomas Rotsch, Geschäftsführender Herausgeber der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

20 Jahre Open Access im Strafrecht

Von Prof. Dr. **Thomas Rotsch**, Gießen*

Im Januar 2026 feiert die ZfIStw ihren 20. Geburtstag. Aus diesem Anlass werden wir – wie bereits zum fünf- und zehnjährigen Bestehen[1] – in diesem Jahr mehrere Sonderausgaben veröffentlichen. Zu unserer großen Freude hat auch dieses Mal wieder eine große Zahl von Autorinnen und Autoren die Beteiligung an dem Projekt zugesagt. Aufgrund der Vielzahl der Beiträge wird ihre Publikation voraussichtlich – in sechs Ausgaben – das ganze Jahr 2025 in Anspruch nehmen. Die Beiträge werden in der Reihenfolge ihres Eingangs vor dem jeweiligen Redaktionsschluss der einzelnen Ausgaben und innerhalb der Einzelausgaben thematisch geordnet veröffentlicht.

Ich darf die Gelegenheit nutzen, mich bei allen ehemaligen und aktuellen Mitgliedern im Herausgebergremium, der nationalen und internationalen Redaktion sowie den in vielfältiger Weise am Erfolg des Projekts beteiligten ehemaligen und aktuellen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in Kiel (bis 2005), Augsburg (2006–2011) und Gießen (seit 2011) ganz herzlich zu bedanken. Herzlicher Dank geht außerdem an sämtliche Autorinnen und Autoren, die sich an der Entstehung der Sonderausgaben zum 20-jährigen Jubiläum mit einem Beitrag beteiligt haben bzw. noch beteiligen werden und wie stets auch an all diejenigen, die mit ihren Aufsätzen, Entscheidungsbesprechungen und Buchrezensionen in den letzten 20 Jahren zu dem Erfolg unseres strafrechtlichen Open-Access-Projekts beigetragen haben. Ad multos annos!

---

* Der *Verf.* ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er ist Begründer und Mitherausgeber der ZJS, deren erste Ausgabe am 1.2.2008 erschien (www.zjs-online.com), sowie Begründer und geschäftsführender Herausgeber der ZfIStw (www.zfistw.de), die – damals noch als ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik) – am 15. Januar 2006 an den Start ging.

[1] Zum fünfjährigen Bestehen erschienen die Sonderausgaben 5/2011, 6/2011 und 7/2011. Zum zehnjährigen Jubiläum erschienen die Ausgaben 6/2016-10/2016; die dort publizierten Beiträge sind außerdem in Printform veröffentlicht in Rotsch (Hrsg.), Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2018.

Die Begnadigung – außerrechtliche Wertentscheidung oder als Rechtsakt „gerecht und billig"?

Von Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M. (Nottingham), Regensburg*

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob der staatliche Begnadigungsakt als Rechtsakt begründbar ist. Es zeigt sich, dass eine Begründung innerhalb des Rechts nur dort möglich ist, wo die Einzelfallgerechtigkeit im Verhältnis zur Allgemeinheit des Gesetzes ausnahmsweise eine Abweichung erfordert. Um dies zu begründen, wird auf den schon bei Aristoteles in diesem Zusammenhang erwogenen Gedanken der Billigkeit im Recht Bezug genommen.

I. Einleitung

Thema dieses Beitrags ist die Begründung der Begnadigung als Rechtsinstitut. Damit wird schon zu Beginn der Überlegungen insinuiert, dass es einer rechtlichen Begründung bedarf und dass sie nicht von vorneherein ausgeschlossen ist. Das ist insofern mit besonderer Deutlichkeit hervorzuheben, als es im Hinblick auf die Gnade überhaupt nicht selbstverständlich ist, für ihre Begründung den Maßstab des Rechts anzulegen.

Zwar handelt es sich bei den Begriffen „Strafe" und „Begnadigung" – jedenfalls auch – um solche staatlichen Rechts.[1] Immerhin geht es bei der staatlichen Strafe um „vom Staat zugefügte Einbußen am Grundrechtsstatus einer Person wegen eines begangenen Verbrechens"[2] und bei der Begnadigung um eine „staatliche Befugnis zum Straferlass im Einzelfall"[3].

Während diese Begriffsbestimmung darauf hindeutet, dass der strafrechtliche Gnadenakt wie auch die Verhängung von Strafe selbst als *Rechts*akt zu bestimmen sind, zeigt sich aber bei der Lektüre rechtsphilosophischer Texte auch noch aus der Mitte des 20. Jahrhunderts,[4] dass dieses Verständnis keinesfalls selbstverständlich war und ist.

„Die Gnade scheint sich gegen die Mittel der Rechtswissenschaft zu sperren und die Verführung in sich zu tragen, aus dem Credo zu argumentieren." heißt es beispielsweise in einem Aufsatz aus dem Jahre 1975 mit dem Titel „Gnade vor Recht",[5] der sich mit der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zur Justitiabilität von Gnadenentscheidungen befasst.

Radbruch hat 1932 formuliert, Gnade bedeute

> „nicht bloß eine mildere Form des Rechts, sondern den leuchtenden Strahl, der in den Bereich des Rechts aus einer völlig rechtsfremden Welt einbricht und die kühle Düsternis der Rechtswelt erst recht sichtbar macht. Wie das Wunder die Gesetze der physischen Welt durchbricht, so ist sie das gesetzlose Wunder innerhalb der juristischen Gesetzeswelt. In der Gnade ragen rechtsfremde Wertgebiete mitten in die Rechtswelt hinein, religiöse Barmherzigkeitswerte, ethische Duldsamkeitswerte." Die Gnade sei „ein Symbol, dass es in der Welt Werte gibt, die aus tieferen Quellen gespeist werden und zu höheren Höhen aufgipfeln, als das Recht."[6]

Dem zu Grunde liegt eine Vorstellung des Rechts und der Rechtsphilosophie, die sich aus der sog. Wertphilosophie entwickelt hat.[7] Die Wertphilosophie zeichnet sich dadurch

---

* Die *Autorin* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Regensburg.

[1] Das soll selbstverständlich nicht leugnen, dass es auch andere Dimensionen des Themas gibt: Etwa die Frage nach einem biblischen Begriff der Strafe bzw. der Gnade, die in ihrem Ursprung gewiss mit der rechtlichen Frage zusammenhängt. Zur „Ambiguität von Recht und Gnade im biblischen Gottesbild" siehe *Berges*, in: Waldhoff (Hrsg.), Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?, 2014, S. 11 ff.; zur Gnade als „historisches Phänomen" vgl. *v. Mayenburg*, in: Waldhoff (a.a.O.), S. 33 ff.

[2] *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 37.

[3] So BVerfG NJW 1969, 1895 (1895): „Das Begnadigungsrecht […] besteht in der Befugnis, im Einzelfall eine rechtskräftig erkannte Strafe ganz oder teilweise zu erlassen, sie umzuwandeln oder ihre Vollstreckung auszusetzen." Vgl. dazu schon *Grewe*, Gnade und Recht, 1936, S. 11 („Straferlass, der durch eine spezifische „Gnaden"-Gesinnung motiviert ist"), und *Engisch*, in: Freudenfeld (Hrsg.), Schuld und Sühne, 1960, S. 107 (108).

[4] Zum 19. Jahrhundert vgl. den Überblick bei *Grewe* (Fn. 3), S. 17 ff.

[5] *Schätzler*, NJW 1975, 1249 (1249–1250).

[6] *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, § 24 (Ausgabe: hrsg. von E. Wolf, 6. Aufl. 1963, S. 278–279; auch abgedruckt in der Studienausgabe, hrsg. von Dreier/Paulson, 2. Aufl. 2003, S. 165). Auch weitere Stimmen meinen, der Gnadenakt liege auf einer „anderen Ebene als das Recht" (*Jellinek*, SRZ 1950, 17 [18] – mit einer Abgrenzung zu Ermessensentscheidungen), er stehe „außerhalb des Vollzuges der Rechtsordnung" (BVerwG, Urt. v. 27.2.1957 – I C 165/55 = BVerwGE 4, 298 [300] = VerwRspr 1957, 766 [768] – obiter dictum). *Grewe* meint: „Die Gnade aber ist etwas vom Recht Wesensverschiedenes, aus einer anderen, höheren Sphäre Herkommendes." (*Grewe* [Fn. 3], S. 19).

[7] Vgl. grundsätzlich zum Einfluss der Wertphilosophie auf das Strafrecht *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 29 ff., 70 ff., m.w.N. und einer Darstellung der Entwicklung der Wertphilosophie als Gegenströmung zum Positivismus. Diese gedankliche Abkehr vom Positivismus, der allein das positive Recht, seine Struktur, seine konkrete Gestalt und Systematik als Gegenstand der Erkenntnis begreift, nimmt für sich in Anspruch, die Frage nach dem guten, richtigen Recht wieder in den Blick zu nehmen. Vgl. auch die Darstellung bei *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 9. Aufl. 1991, S. 67 ff. (zur Darstellung S. 68 ff., zur Kritik, S. 81 ff.);

aus, dass sie neben der objektiven, realen Welt noch eine „Welt der Werte“ kennt, wobei die „Wertewelt“ eine der Wirklichkeit des Rechts vorgeordnete, von ihr geschiedene sei. Das Recht sei die Wirklichkeit, die den Sinn habe, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.[8] Und die entscheidende Rechtsidee sei die der Gerechtigkeit. Das Gerechte, wiederum, sei wie das Gute, das Wahre, das Schöne ein absoluter, d.h. ein aus keinem anderen ableitbarer Wert.[9]

Vor diesem Hintergrund lässt sich verstehen, was *Radbruch* meint, wenn er schreibt, es handle sich bei der Gnade um einen „Strahl, der in den Bereich des Rechts aus einer völlig rechtsfremden Welt einbricht“ und so „rechtsfremde Wertgebiete mitten in die Rechtswelt“ hereintrage. Nur wenn man das Recht als eine für sich abgeschlossene Welt begreift, die unabhängig von einem Reich der Werte, die auch ethischer, religiöser oder politischer Natur sein können, besteht, lässt sich die „Außerrechtlichkeit“ des Gnadenakts verstehen.

So lässt sich auch erklären, warum in diesem gedanklichen Kontext geschrieben werden kann, dass der Gnadenakt nicht an der Gerechtigkeit, sondern an außer- oder überrechtlichen Werten orientiert sei.[10]

Allerdings lässt schon ein erster Blick auf den Begriff des strafrechtlichen Gnadenaktes erahnen, dass er so ganz außerhalb des Rechts nicht stehen kann: Immerhin handelt es sich um die Ermächtigung einer zuständigen Stelle zur vollständigen oder teilweisen Aufhebung der strafrechtlichen Folgen eines rechtskräftigen Strafurteils im Einzelfall.[11] Die Begnadigung wirkt demnach einesteils in die Sphäre des Rechts hinein, indem sie eine rechtskräftige Verurteilung durch die Strafgerichtsbarkeit im Einzelfall aufhebt. Anderenteils wird im Akt der Begnadigung eine Befugnis ausgeübt, die einer bestimmten Stelle im Staat, dem Oberhaupt, durch die Rechtsgemeinschaft eingeräumt wurde. So ist sowohl die Wirkung des Aktes Rechtswirkung als auch das ihn ausübende (nämlich das Staatsoberhaupt) sowie das von ihm betroffene Subjekt (der Straftäter) Rechtssubjekt.

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob auch der Grund des Gnadenakts im Bereich des Rechts oder nicht vielleicht in einem davon verschiedenen „Reich der Werte“ zu suchen ist. Vielerorts – und gerade im Kontext mit der Strömung der Wertphilosophie – wird nämlich die Nichtrechtlichkeit der Gnade gerade damit begründet, dass sie Kategorien wie Huld, Liebe oder Barmherzigkeit, sei es religiösen oder ethischen Ursprungs, entstamme.[12] Durch die Gnade werde dem Recht der Zugang zu rechtsfremden Kategorien geöffnet,[13] *Grewe* spricht von der „Erhabenheit der Gnade über alle Rechtsgründe“[14].

Diese Position bereitet allerdings eine bestimmte gedankliche Schwierigkeit: Die – vermeintlich ihrem Grund nach nichtrechtliche – Aktion (der Akt der Begnadigung) trifft keineswegs bloß von außen auf die Sphäre des Rechts. Dadurch, dass sie Änderungen in der Rechtsposition einzelner Subjekte bewirkt, gesetzliche Allgemeinheit im Einzelfall aufhebt und insgesamt eine feste, genau definierte Stelle innerhalb des staatlichen Gefüges hat, ist sie – auch nach dem o.g. Verständnis von ihr als ins Recht einbrechendem „leuchtende[m] Strahl“ – unlösbar mit rechtlichen Strukturen verwoben.[15] Diese inhaltliche Verstrickung mit dem Recht bewirkt nun aber, dass sich all die aus rechtlicher Perspektive bedeutsamen Fragen nach der Legitimität des Eingriffs in allgemein-gesetzlich Gewolltes und der Begründung des Aktes als rechtlich-richtiger Institution auch für den Akt der Begnadigung aufdrängen; es ist schließlich ganz ungeklärt, ob ein „Nichtrechtsakt“ (so es sich denn beim Gnadenakt um einen solchen handelt) gleich einem Rechtsakt allgemeine Rechtswirklichkeit gestalten und konkrete Rechtsverhältnisse bestimmen darf und wie eine Begründung dafür lauten könnte, dass er es darf. Ihn nur als letztlich unbegründ- und nicht weiter hinterfragbares Geschehen hinzunehmen, löst Unbehagen aus, weil sich das Recht und seine Ausübung immer vor der Vernunft des einzelnen Subjekts muss ausweisen können.[16] Diese Position hatte sich schon bei den Denkern der Aufklärung mit Macht Bahn gebrochen und zu einer fundamentalen Skepsis im Hinblick auf die Berechtigung zur Begnadigung geführt.[17]

Mit Beginn des neuzeitlichen Denkens, und hier insbesondere mit der Erkenntnis, dass das Recht sich von dem als autonom verstandenen Subjekt her begründen lassen muss, ist es ausgeschlossen, Befugnisse des Staates gegenüber dem Einzelnen allein durch seine überlegene Macht[18] oder mit

Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1976, S. 76 ff., und *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2011, S. 51–57. Genauer zu *Radbruchs* Wurzeln in der Wertphilosophie *Wiegand*, Unrichtiges Recht, 2004, insbesondere S. 115 ff. Zur Wertethik insgesamt vgl. *Bohlken*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 2002, Stichwort „Wertethik“ (S. 108–121) mit weiterführenden Literaturhinweisen.

[8] Vgl. *Radbruch* (Fn. 6), § 4.

[9] *Radbruch* (Fn. 6), § 4.

[10] So *Blaser*, Rechtsakt und Gnadenakt im modernen Rechtsstaat, 1962, S. 12–13 (mit Verweis auf *Radbruch* und *Coing*).

[11] *Preuschen*, Der Rechtsschutz in Gnadensachen des § 452 StPO, 1968, S. 27.

[12] *Radbruch* (Fn. 6), § 24 (Wolf-Ausgabe: S. 278 f.).

[13] *Kakies*, Sind Gnadenentscheidungen gerichtlich nachprüfbar?, 1963, S. 44.

[14] *Grewe* (Fn. 3), S. 20.

[15] Ähnlich auch schon *Eb. Schmidt*, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1932, § 100 Rn. ? (S. 563 [566 mit Verweis auf *v. Hippel*, 567]); *Maurer*, JZ 1963, 27.

[16] Vgl. *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1. Aufl. 1795, 2. Aufl. 1796, in: Weischedel (Hrsg.), Werkausgabe, Bd. XI, 1. Aufl. 1977, Erster Definitivartikel, *-Anmerkung, BA 21): Rechtliche Freiheit sei die „Befugnis, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können“.

[17] Vgl. *Beccaria*, Von den Verbrechen und Strafen, 1764, Kapitel 20.

[18] Zum Majestätsrecht in der Person des Landesherrn *Brückner*, The Legal History Review 69 (2001), 57–79.

Rekurs auf Gottes Gnadentum[19] zu begründen. Deswegen ist mit dem Ausweis eines Instituts als „rechtliches" zwingend auch ein legitimierendes Element verbunden.

II. Wertdenken und Rechtsbegriff aus Vernunft

Hier sei die These aufgestellt, dass sich am Institut der Gnade etwas zeigen lässt, das über die konkrete Fragestellung hinaus auf einen Grundmangel des skizzierten Wert-Ansatzes, aber auch eines davon beeinflussten gängigen Verständnisses von Rechtswissenschaft überhaupt hinweist. Es könnte sich gerade hier erweisen, dass die Vorstellung einer Trennung der Welten zwischen „Recht" und „Werten" vor dem Hintergrund des bereits erwähnten Anspruchs eines Rechtsbegriffs, der die Autonomie der Rechtssubjekte grundlegend in Ansatz bringt, nicht überzeugen kann. Das ist nicht nur im Hinblick auf die explizite Strömung der Wertphilosophie interessant, sondern besonders aktuell auch für all jene, die etwa im Verfassungsrecht von einer „Wertordnung" sprechen,[20] ohne genau auszuweisen, was denn „Werte" eigentlich sind, wie sie sich ermitteln lassen, wie und nach welchen Prinzipien sie in einer Hierarchie zu ordnen sind, welche „Werte" Priorität haben sollen und vor allem warum.[21] Durch einen Rekurs auf ein außerrechtliches „Wertereservoir" und einen Abwägungsprozess zur Ermittlung ihrer Prioritäten lässt sich das Problem jedenfalls nicht lösen.[22]

Die Vorstellung eines Bereichs des Rechts, der unter dem Wertaspekt gewissermaßen von außen beurteilt werden kann, verkennt, dass die einzelnen Rechtssubjekte immer schon ursprünglich mit dem Recht verbunden sind, es selbst mitbegründen. Recht muss gedacht werden als vom freien Subjekt in Gemeinschaft mit anderen freien Subjekten Hervorgebrachtes. Der Einzelne ist dann nicht nur Adressat eines ihm gegenüberstehenden Regelwerks, das an äußeren Werten gemessen werden kann oder muss, sondern selbst Grund des Rechts.

Ist Ausgangspunkt der Bestimmung des Rechtsbegriffs die Befähigung jedes einzelnen Subjekts zur praktischen Selbstgesetzgebung, so ist damit gleichursprünglich die Möglichkeit der Einsicht in die Notwendigkeit des Rechts und der Verwirklichung rechtlicher Verhältnisse gesetzt. Denn soll Freiheit in einer Gemeinschaft von Menschen Realität haben, so bedarf es einer allgemeinen Form, in der sie konkretisiert, zugeordnet und gesichert wird. *Immanuel Kant* formuliert das folgendermaßen:

> „Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, in so fern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen."[23]

Die Dimension der Gemeinschaftlichkeit hebt die Autonomie des Einzelnen also nicht etwa auf. Im äußeren Verhältnis der Menschen zueinander wird aber eine Gemeinschaftsorganisation mit allgemeinen äußeren Gesetzen notwendig, die das Zusammenstimmen der Freiheit des Einen mit der Freiheit aller Anderen ermöglichen.

Der Unterschied eines solchen Ansatzes zum „Werte-Ansatz" liegt darin, dass er sich nicht auf „Werte" stützt, die mit dem Subjekt unverbunden irgendwie neben ihm her existieren und allenfalls von ihm erfühlbar oder Gegenstand seines Glaubens sind.[24] Das Recht wird vielmehr gedacht als eine Leistung der Rechtssubjekte selbst, ihre Freiheit gemäß dem Prinzip der Selbstbestimmung im äußeren Verhältnis zu anderen, genauso gearteten Subjekten allgemeinverbindlich zu gestalten. Die Verbindlichkeit des Rechts ist nur aus diesem Grund zu erklären; der Einzelne ist gebunden, weil seine Vernunft ihm sagt, dass er gebunden sein muss, um in der mit Anderen geteilten Welt frei sein zu können.

Ferner ist es nicht ein bestimmter oder bestimmbarer materialer Wert, oder eine entsprechende Wertekaskade, die sich im Recht zu positivieren hat und dementsprechend als Maßstab für ein gelungenes Recht dienen kann. Nicht nur sind Wert*empfindungen* per se bloß subjektiv und damit zur

[19] Vgl. dazu *Rüping*, in: Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, 1975, S. 31 (32, 36); vgl. auch BVerfG NJW 1969, 1895.

[20] Siehe dazu zunächst *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 158 ff. (insbesondere S. 162–167), dazu: *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 221 ff. (232 ff.). Vgl. zudem *Detjen*, Die Werteordnung des Grundgesetzes, 2009, insbesondere S. 29 ff. – primär aus politikwissenschaftlicher Perspektive.

[21] Vgl. z.B. BVerfGE 7, 198 (205); *Di Fabio*, JZ 2004, 1 ff.; zur Schwierigkeit der Begriffsbestimmung von „Rechtswert" und zur Abwägung ausführlich *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 681 ff.

[22] Vgl. grundlegende Kritik schon bei *Böckenförde* (Fn. 20), S. 65 ff. (insbesondere S. 81 ff.): „Werden ethisch-moralische Postulate oder materiale Werte über die Sicherung der gleichen Freiheit aller und die Grunderfordernisse eines geordneten Zusammenlebens hinaus mit Rechtsverbindlichkeit ausgestattet, so folgt daraus mit Notwendigkeit eine Sozialisierung der individuellen Freiheit und Autonomie; sie wird der Herrschaft derjenigen unterstellt, die das Interpretationsmonopol für diese Postulate oder Werte innehaben bzw. sich zu eigen machen. Das gilt bei der Berufung auf materiale *Werte* in besonderem Maße, weil Werte als solche einer rationalen, intersubjektiv vermittelbaren Begründung nicht fähig sind, vielmehr letztlich auf Erleben, Wertfühlen, Evidenzerfahrungen und dadurch vermittelte Bekenntnisse zurückgehen und so dem persönlichen (ideologischen) Meinen und Dafürhalten, auch dem Positivismus der Tageswertungen Tür und Tor öffnen, und weil überdies ein rational begründbares Fundierungssystem für miteinander kollidierende Werte ebenfalls nicht ersichtlich ist." (S. 83 – *Hervorhebung* im Original, Fn weggelassen). Siehe zudem *ders.*, (Fn. 7), S. 67 ff.

[23] *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, in: Weischedel (Fn. 16), A 234.

[24] Vgl. dazu die Darstellung von *Coing* (Fn. 7), S. 76, 77, dort mit Hinweis auf *Max Weber*.

Verallgemeinerung untauglich; darüber hinaus ist jegliche materiale Festsetzung mit demselben grundsätzlichen Mangel behaftet: Guts- und Glücksvorstellungen, seien sie religiösen oder anderen Ursprungs, können zwar für das Leben eines einzelnen bestimmend wirken; aber sie differieren von Person zu Person, von Kultur zu Kultur, sind abhängig von gesellschaftlicher Prägung, von Erfahrungshorizonten und Erziehung. Es ist vollkommen unmöglich, *das* eine allgemeingültige Gut, oder in der Terminologie der Wertphilosophie, *den* einen Wert zu finden, der handlungsleitend für alle sein kann.[25]

Allgemeingültigkeit kann sich deshalb nur so herstellen, dass eine *Form* gefunden wird, die es allen gleichermaßen ermöglicht, ihrem jeweiligen Lebenskonzept zu folgen.[26] Die skizzierte Wert-Vorstellung kann dagegen nicht erklären, wie die Gerechtigkeit als äußerlich an das Recht angelegter Maßstab, den der Einzelne als Gegenstand eines Gefühls mehr erahnen als wissen kann, für das Recht eine verbindliche Richtschnur sein kann. Es muss vielmehr der Rechtsbegriff selbst sein, dem der Begriff der Gerechtigkeit nicht äußerlich, sondern innerlich ist – und zwar nicht als materialisierter Wert irgendeiner Art, sondern als äußere Form der Freiheit. Es ist allein ein solcher vorpositiv begründeter Rechtsbegriff und die aus ihm entfaltete verfasste Gerechtigkeit,[27] die als Maßstab für die Legitimation der fraglichen Institute dienen können.

III. Strafe und Gnade als legitime Rechtsakte

Ist aufgewiesen, dass Strafe und Begnadigung als Rechtsbegriffe (im gerade entwickelten freiheitlichen Sinne) begriffen werden müssen, so zeigt sich in einem nächsten Schritt, dass die Begriffsbestimmung notwendig Teil eines Begründungszusammenhangs ist, der am einzelnen Rechtssubjekt anzusetzen, von ihm ausgehend den gemeinschaftlichen Zusammenhang zu erfassen, darin den Rechtsbegriff zu bestimmen und von diesem ausgehend Unrecht und Strafe begrifflich zu entwickeln hat.

1. Strafe

Das Rechtssubjekt hat im Zusammenhang mit der staatlichen Strafbegründung eine eigentümliche Doppelstellung: Einerseits ist es als vernunftbegabter Bürger seines Staates Mitkonstituent der staatlichen Ordnung, in der er lebt. Er wird als Teil des gesetzgebenden allgemeinen Willens begriffen. Das Recht steht ihm deswegen nicht als heteronomes Regelwerk und der Staat nicht als bloße Macht gegenüber, sondern der Bürger ist selbstgesetzgebend daran beteiligt.

Dies ändert sich auch dann nicht, wenn aus dem gesetzestreuen Bürger ein Straftäter wird, wenn er also dazu übergeht, allgemeinverbindliche Gesetze in einer Weise zu verletzen, die strafwürdiges Unrecht begründet. Das ist der Fall, wenn er selbstbestimmt gegen konkrete Freiheitspositionen Anderer und damit *ihre* Selbstbestimmung vorgeht, die durch den Staat allgemein verbürgt ist – und das, obwohl ihm einsichtig ist, dass er sich damit in Widerspruch zur gesetzlichen Allgemeinheit setzt, deren Teil auch er selbst ist.[28]

Derselbe Staat wendet sich dann mit der Strafe nun seinerseits freiheitsstatusmindernd gegen den Straftäter. Der zum Straftäter gewordene Bürger ist nun also, andererseits, Adressat eines staatlichen Strafzwangs, der ihm eine Freiheitsbeschränkung aufnötigt, die der Überschreitung seines eigenen Freiheitsraumes und des zu Unrecht in Anspruch genommenen fremden Freiheitsbereichs entspricht. Die Strafe ist erzwungene Freiheitsstatusminderung wegen einer selbstverschuldeten Tat, und sie bewirkt eine Wiederherstellung der durch die Tat gestörten konkreten und allgemeinen Freiheit durch einen gerechten Unrechtsausgleich.[29]

Strafe wird dann als allgemeingesetzlich vorgesehene, notwendige Folge auf eine durch den freien Bürger begangene Straftat begriffen; sie ist begrifflich mit dem Unrecht verbunden; die Rechtsgemeinschaft ist auf die Wiederherstellung der freiheitlichen Verhältnisse durch die Strafe angewiesen und hat durch das allgemeingültige Strafgesetz, die Strafverfolgung, die Strafjustiz und den Strafvollzug die notwendigen Bedingungen für eine gerechte Bestrafung geschaffen.

2. Begnadigung

Gnade wirkt insofern auf diesen Zusammenhang ein, als sie eine Unterbrechung der notwendigen Begriffsfolge Recht-Unrecht-Strafe bewirkt, indem sie die Bestrafung ausnahmsweise aussetzt. Ebenso wenig wie die staatliche Reaktion Strafe auf das Verbrechen bloß zufällig folgt, sondern aus Rechtsgründen geboten ist, sind nun aber auch Strafaufhebungsmaßnahmen in ihrer Legitimität nicht selbstverständlich, sondern begründungsbedürftig.

---

[25] Besonders hilflos muten die Versuche an, eine „Werthierarchie“ aufzustellen, weil unklar ist, welche übergeordneten Prinzipien Vor- oder Nachrangigkeiten begründen sollen.

[26] Siehe *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1. Aufl. 1797/2. Aufl. 1798, § B, in: Weischedel (Hrsg.), Werkausgabe, Bd. VII, 1997, AB 32, 33. Vgl. zudem *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 123.

[27] Diese Formulierungen stammen von *Köhler*, in: K. Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 57 (59).

[28] Vgl. zu diesem Verbrechensverständnis zunächst: *Kant* (Fn. 26), § 49, Allgemeine Anmerkung A, *-Anm. (Weischedel-Werkausgabe: A 178, 179; B 208, 209): „Eine jede Übertretung des Gesetzes kann und muss nicht anders, als so erklärt werden, dass sie aus einer Maxime des Verbrechers (sich eine solche Untat zur Regel zu machen) entspringe; denn, wenn man sie von einem sinnlichen Antrieb ableitete, so wäre sie nicht von ihm, als einem freien Wesen, begangen, und könnte ihm nicht zugerechnet werden; […].“

[29] Grundlegend *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung: Erörtert am Problem der Generalprävention, 1983; *ders.*, Der Begriff der Strafe, 1986; *ders.*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 11 ff.; *ders.* (Fn. 2), S. 37 ff.; *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 ff.; Ausarbeitung des Gedankens bei *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 157 ff. (m.w.N.); knapp auch *dies.*, ZIS 2017, 391 (392 ff.).

Der *Gnadenakt* bildet den Schlusspunkt des gedanklichen Zusammenhangs, der ansetzt bei der einzelnen Rechtsperson, sich erweitert zur verfassten, staatlichen Rechtsgemeinschaft und ihrer inneren Struktur – der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt –, innerhalb derer allgemein-gesetzlich Unrecht und Strafe bestimmt und in einem konkreten Fall durch ein Strafurteil zur Anwendung gekommen ist. Die Begnadigung entzieht dem Strafurteil seine Wirkung; die allgemein-gesetzlich gewollte Rechtsstatuseinbuße beim Täter wird ausnahmsweise nicht durchgesetzt bzw. aufgehoben. Die gleichmäßige Rechtsanwendung wird durchbrochen.[30] Daraus resultiert ein vorläufig festzuhaltender Widerspruch: Das allgemeine Gesetz gilt aus Vernunftgründen; die Gnade, setzte man sie als allgemeines Gesetz, höbe diese Gesetzesgeltung auf.[31] Es stellt sich dann die Frage, ob und wenn ja, wie ist dieser Widerspruch ohne Rekurs aufs Irrationale und damit bloß Subjektive aufzulösen?

Auf der Suche nach einer tragenden Begründung dieser ausnahmsweisen Freistellung eines einzelnen Täters von den ansonsten regelmäßig durch die begangene Unrechtstat ausgelösten Straffolgen werden unterschiedliche Aspekte ins Feld geführt:[32]

- Die persönliche Milde des Gnadenspenders,
- das persönliche Wohlwollen gegenüber dem Begnadigten,
- die Korrektur etwaiger Irrtümer der Urteilsfindung,
- Mittel der Kriminalpolitik,
- Gründe der Staatsraison,
- Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit.

Dass diese einzelnen Begründungsansätze argumentativ vollkommen unverbunden nebeneinanderstehen, zeigt, dass sie jeweils nur Einzelmotivationen, allenfalls singuläre Ansätze einer Begründung liefern können. Es sieht deswegen tatsächlich so aus, als bräche das Institut der Gnade mit dem allgemeinen Rechtsgedanken. Da zu ihrer Begründung der Rekurs auf außerrechtliche „Werte“ (Güte, Milde oder Barmherzigkeit) oder auf politische Zweckmäßigkeit nicht genügt – müsste sie, als vorläufige Konsequenz, aus einem freiheitlichen Rechtstaat zu verbannen sein.[33]

Diese vorläufige Konsequenz sei aber mit den folgenden Gedanken nochmals auf den Prüfstand gestellt.

a) Der Gedanke der „Güte“ oder „Billigkeit“ im Recht – Ursprünge bei Aristoteles

Der Begnadigungsakt ist, wie gesehen, eine Ausnahme zur Allgemeingesetzlichkeit der Strafe im Einzelfall.

Ein grundlegender Gedanke zu dem Verhältnis von Allgemeingesetzlichkeit und Einzelfall lässt sich schon bei *Aristoteles* finden: Er stellt eine Untersuchung über die „Güte in der Gerechtigkeit“[34] an und fragt, wie sich das eine zum anderen verhält.[35] Bei ihm heißt es:

[30] Dass dies unter dem Aspekt der Gleichheit auf ein Gerechtigkeitsproblem hindeutet, stellt schon *Engisch* heraus, vgl. *ders*. (Fn. 3), S. 107. Siehe zudem BVerfG NJW 1977, 2355 (2356): „Das BVerfG hat wiederholt das Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege hervorgehoben, ohne die Gerechtigkeit nicht durchgesetzt werden kann […]. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, umfaßt danach seine Pflicht, die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren und die Vollstreckung rechtskräftig erkannter (Freiheits-)Strafen sicherzustellen. Der Staat kann und darf hierauf – abgesehen vom Fall der Amnestie – nicht nach seinem Belieben generell oder im Einzelfall verzichten; das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und der Anspruch aller in Strafverfahren Beschuldigten auf Gleichbehandlung erfordern vielmehr grundsätzlich, daß der Strafanspruch durchgesetzt, also auch eingeleitete Verfahren fortgesetzt und rechtskräftig verhängte Strafen vollstreckt werden. Von diesem Prinzip gibt es eine Reihe fest umgrenzter Ausnahmen, die dem Staat unter bestimmten Umständen ein Absehen von der weiteren Strafverfolgung vorschreiben oder gestatten. Diese Fälle haben überwiegend eine gesetzliche Regelung erfahren oder bedürfen doch einer solchen. Zu den gesetzlich geregelten Fällen gehören insbesondere die Einstellung des Verfahrens (§§ 153 ff. StPO), die sogenannte bedingte Entlassung eines Verurteilten (z.B. § 57 StGB) sowie das Absehen von der Strafvollstreckung im Falle der Auslieferung oder Ausweisung des Verurteilten (§ 456a StPO); die Anordnung von Straffreiheit (Amnestie) bedarf der Regelung durch den Gesetzgeber. Neben diesen gesetzlich geregelten bzw. regelungsbedürftigen Fällen kann der Staat von der Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Strafe allein dadurch absehen, daß er den Verurteilten begnadigt. Die Begnadigung ist jedoch nur als Ergebnis der Prüfung denkbar, ob besondere Umstände den Verurteilten des Gnadenerweises würdig erscheinen lassen. Darüber hinaus ist dem Staat der Verzicht auf die Verwirklichung seines Strafanspruchs einschließlich der Vollstreckung einer Strafe von Verfassung wegen untersagt.“ Vgl. ferner *Köhler* (Fn. 27), S. 58–61.

[31] So auch *Köhler* (Fn. 27), S. 60.

[32] Vgl. zum Folgenden *Holste*, Jura 2003, 738 (740 ff.). Vgl. zudem *Klein*, Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 12 ff. Siehe zudem *Schätzler*, NJW 1975, 1249 (1250–1251). Zu den historisch überkommenen Gnadengründen mit weiteren Nachweisen *Rüping* (Fn. 19), S. 36 ff.

[33] In diese Richtung haben sich geäußert: *Huba*, Der Staat 29 (1990), 117 ff.; *Waldhoff/Grefrath*, Berliner Kommentar zum GG, 2025, 27. EL VII/09, Art. 60 Rn. 23; *Waldhoff*, in: Waldhoff (Fn. 1), 2014, S. 131 ff. Skeptisch auch *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 60 Rn. 23 f. Dagegen: *Pieper*, in: Herdegen/Klein/Papier/Scholz (Hrsg.), Staatsrecht und Politik: Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, 2009, S. 355 (373–375, jedoch ohne tragende Begründung).

[34] *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 14 (hier zitiert nach der von *Dirlmeier* übersetzten Fassung des Aka-

„(Das etwa sind die Gedankengänge, aus denen sich die Problematik des „Gütigen im Gerechten" ergibt. In Wirklichkeit aber steckt in allen etwas Richtiges und sie widersprechen sich durchaus nicht. Denn das Gütige ist, indem es besser ist als eine bestimmte Art des Gerechten, selber ein Gerechtes. Wenn es aber besser ist als das Gerechte, so bedeutet dies nicht, dass es einer anderen Gattung angehört. Das Gerechte und das Gütige ist also identisch: beides sind wirkliche Werte, nur steht das Gütige im Range höher.) In Wirklichkeit entsteht die Problematik dadurch, dass das Gütige zwar ein Gerechtes ist, aber nicht im Sinne der durch das Gesetz gewährleisteten Gerechtigkeit, sondern es ist eine Berichtigung der Gesetzes-Gerechtigkeit. Das hat seinen Grund darin, dass jegliches Gesetz allgemein gefasst ist. Aber in manchen Einzelfällen ist es nicht möglich, eine allgemeine Bestimmung so zu treffen, dass sie richtig ist. In solchen Fällen nun, wo es notwendig ist, sich allgemein auszudrücken, dies aber doch nicht so geschehen kann, dass alles richtig ist, da nimmt das Gesetz die Fälle sozusagen en bloc, ohne allerdings zu übersehen, dass damit eine Fehlerquelle gegeben ist. Und trotzdem ist das Verfahren richtig, denn der Fehler liegt nicht im Gesetz und im Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache, denn so ist nun einmal die Fülle dessen, was das Leben bringt.
Wenn nun das Gesetz eine allgemeine Bestimmung trifft und in diesem Umkreis ein Fall vorkommt, der durch die allgemeine Bestimmung nicht erfasst wird, so ist es ganz in Ordnung, an der Stelle, wo uns der Gesetzgeber im Stiche lässt und durch seine vereinfachende Bestimmung einen Fehler verursacht hat, das Versäumnis des Gesetzgebers selbst zu berichtigen: So wie er selbst die Bestimmung getroffen hätte, wenn er im Lande gewesen wäre und wie er sie, wenn ihm der Fall bewusst gewesen wäre, in sein Gesetz aufgenommen hätte. Daher ist das Gütige ein Gerechtes und ein höherer Wert als eine bestimmte Form des Gerechten – worunter allerdings nicht das schlechthin Gerechte zu verstehen ist, sondern das infolge seiner allgemeinen Fassung Fehlern unterworfene Gerechte. Und dies ist das Wesen der „Güte in der Gerechtigkeit": Berichtigung des Gesetzes da, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist. […]"

Bei der Interpretation dieser Stelle aus der Nikomachischen Ethik ist zunächst darauf hinzuweisen, dass *Aristoteles* hier nicht explizit von *Gnade* spricht. „Epikie", hier übersetzt mit „Güte", wird in anderen Übersetzungen als „Billigkeit" bezeichnet.[36] Die „Billigkeit" oder „Güte" im Sinne *Aristoteles*' wird von ihm einerseits als Erscheinungsform der Gerechtigkeit eingeordnet, ihr wird aber zugleich ein höherer Rang als einer bestimmten Art von Gerechtigkeit, nämlich der Gesetzesgerechtigkeit eingeräumt.[37] Ihre Eigenart ist die Berichtigung der Gesetzes-Gerechtigkeit, die in ihrer allgemeinen Fassung einzelnen Fällen gerade nicht „gerecht" wird. Mithilfe der „epieíkeia" sollte der Widerspruch zwischen Typizität und Singularität im Dienst der Gerechtigkeit und unter Beachtung der Notwendigkeit des Gesetzes gelöst werden.[38]

Dieses Konzept hat sich seit *Aristoteles* im Rechtsdenken fortgesetzt.[39] Im Römischen Recht findet man die Unterscheidung zwischen „ius strictum" (striktes Recht) und „ius aequitas" (billiges Recht); mit letzterem ist der Gedanke der „humanitas" (Menschlichkeit) eng verbunden.[40] Die römische aequitas ist nach *Steiger* als grundlegendes Korrekturprinzip in der Rechtsentwicklung zu begreifen: Zunächst diente sie der Auffüllung von Rechtslücken oder rechtsfreien Räumen, dann entwickelte sie sich als Institut zur Unterstützung und schließlich zur Korrektur und Ersetzung des vorhandenen Rechts.[41] In der mittelalterlichen Lehre des *Thomas von Aquin* wurden die Grundgedanken des *Aristoteles* revitalisiert: Die Billigkeit sei ein Teil der (theologisch begründeten) Gerechtigkeit, aufgrund seiner Korrekturfunktion der Gerechtigkeit aber gleichzeitig entgegengesetzt.[42]

b)„Individualisisierte Gerechtigkeit" als Gnadengrund

Auch wenn der Zusammenhang zwischen der soeben erinnerten antiken Idee der Billigkeit zur Gnade hier etwas gewaltsam hergestellt wird und noch keinesfalls als sicher abgeleitet gelten kann: Viele, die sich in neuerer Zeit mit der Begründung der Gnade beschäftigt haben, haben sie als eine besondere Form der „individualisierten Gerechtigkeit" bezeichnet und insofern, wenn auch nicht explizit, in die Nähe zum „Billigkeitskonzept" gestellt.

Karl Engisch etwa vermerkt:

„Denn das Recht muss gleichermaßen in der Lage sein, dem Prinzip der generalisierenden Gerechtigkeit, wie es im Gleichheitsgrundsatz steckt, Genüge zu tun, wie auch dem Prinzip der individualisierten Gerechtigkeit, wie es in der Gnade zur Geltung kommt. So stehen Recht, Gerechtigkeit und Gnade nicht in einem Verhältnis der Spannung. Es gibt eine gerechte Gnade und eine gnadenschenkende Gerechtigkeit."[43]

Bei *Rüping* heißt es, die Verbindlichkeit der allgemeinen Norm werde anerkannt, ihre Anwendung auf den Einzelfall aber als

demie-Verlags, 1960, in der der Begriff „Epikie" mit „Güte" übersetzt wird).

[35] Gründlich dazu *Steiger*, Einzelfall und Norm, 2025, S. 43 ff.

[36] Vgl. z.B. die von *Rolfes* übersetzte und von *Bien* bearbeitete Ausgabe der Schriftensammlung in sechs Bänden vom Meiner Verlag, Bd. 3, 2019.

[37] Siehe dazu *Bien*, in: Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Stichwort „Billigkeit".

[38] So *Steiger* (Fn. 35), S. 66.

[39] Sehr gründliche Darstellung der Entwicklung des Billigkeitsverständnisses im Recht von der Antike bis ins 21. Jahrhundert bei *Steiger* (Fn. 35).

[40] So *Bien* (Fn. 37); vgl. dazu zudem *Coing*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung 69 (1952), 24 (42 ff.).

[41] *Steiger* (Fn. 35), S. 74.

[42] Nochmals *Steiger* (Fn. 35), S. 113.

[43] *Engisch* (Fn. 3), S. 118.

„unbillig" empfunden; die Einzelfallbegnadigung solle ein in der generellen Regel verfehltes Gesetz überwinden.[44]

Und in einer entscheidenden Passage einiger von der Hauptentscheidung dissentierender Richter des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1969 heißt es:

> „In der rechtsstaatlichen verfassungsmäßigen Ordnung enthält der Gnadenakt daher nicht mehr einen systemwidrigen Eingriff in die Rechtsprechung und die bestehende Rechtsordnung. Die Gerichte müssen die vom Gesetzgeber erlassenen, notwendigerweise abstrakt formulierten Normen im Einzelfall anwenden. Um der Berechenbarkeit und Sicherheit des Rechtes willen muß die gesetzliche Regelung allgemein gehalten sein und typisierend verfahren. Die Gerechtigkeit ist hingegen ihrem Wesen und ihrer inneren Struktur nach immer auf den konkret-individuellen Einzelfall bezogen. In der rechtsstaatlichen Ordnung dient der Gnadenakt dazu, die Auswirkungen gesetzeskonformer Richtersprüche zu modifizieren, wenn diese mit den Postulaten individueller Gerechtigkeit ausnahmsweise in einen Konflikt geraten."[45]

Gnade wird damit verstanden als Teil der Gerechtigkeit, die zwar in den Gesetzen eine allgemeine Form angenommen hat, aber in *besonderen Einzelfällen* einer Modifikation bedarf. Die Gnade ist dann in den Begriff der Gerechtigkeit integriert, wird also selbst als eine ihrer Teilerscheinungen begriffen.[46]

Nimmt man diese Überlegungen ernst, so kann Gnade damit nicht mehr aus beliebigen Gründen, sondern nur aus solchen ausgeübt werden, die sich auf den Gedanken der „individualisierenden Gerechtigkeit" zurückführen lassen.[47] Damit wären schon einige der oben genannten Begnadigungsakte aus dem Kreis der legitimen Begnadigungen auszuschließen: Die persönliche Milde des Gnadenspenders, das persönliche Wohlwollen gegenüber dem Begnadigten, die nicht näher am Maßstab der Gerechtigkeit ausgewiesenen „Mittel der Kriminalpolitik" oder „Gründe der Staatsraison" beruhen nicht auf dem Gedanken der Individualgerechtigkeit, die sich in Ausnahmefällen gegen die Allgemeingesetzlichkeit durchsetzen muss. Auch das Bundesverfassungsgericht hat die „Funktionen der Gnade" auf die folgenden beschränkt: Ausgleich von Härten des Gesetzes, etwaiger Irrtümer der Urteilsfindung sowie von Unbilligkeiten bei nachträglich veränderten allgemeinen oder persönlichen Verhältnissen.[48] Das aber bedeutet gleichzeitig, dass das Gnadenrecht nicht schon per se als rechtsstaatswidrig – weil willkürlich, bloß politisch, irrational oder allein subjektiv motiviert – zu verwerfen ist, sondern durchaus eine mit der Idee des Rechts im Einklang stehende Funktion haben kann.

c) Konkretisierende Gerechtigkeit als Sache der Rechtsprechung

Bei den verbliebenden Gnadenmotivationen stellt sich die Frage, ob die Korrektur etwaiger Irrtümer der Urteilsfindung und die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit nicht grundsätzlich schon als Teil der allgemeinen Strafgesetzlichkeit auszugestalten sind. Es ist ja gerade die Aufgabe der das Urteil fällenden Richter, diese Allgemeinheit auf den Einzelfall anzuwenden und in der Sentenz durch einen Subsumtionsschluss ein konkret gerechtes Urteil zu sprechen.[49] Das im

[44] *Rüping* (Fn. 19), S. 34, 39.

[45] So die dissentierenden Richter in BVerfG NJW 1969, 1895 (1896). Weiter heißt es dort: „Die Inhaber des Gnadenrechts dürfen dieses daher nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und der durch diese, insbesondere durch Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG, gezogenen Grenzen ausüben. Jede positive und jede negative Gnadenentscheidung muß von Motiven getragen sein, die sich an der Gerechtigkeitsidee orientieren, wie sie vom GG im einzelnen konkretisiert worden ist.
Eine willkürliche oder leichtfertige Kassation gerichtlicher Urteile im Gnadenwege wäre hiernach mit der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 20 Abs. 2, 92 GG) unvereinbar. Dagegen ist es legitim, wenn in der Gnadenentscheidung das Schicksal, das der Täter und seine Familie durch eine gesetzeskonforme Strafverurteilung erleiden, sowie die Wirkungen der Vollstreckung der Strafe auf das Gesamtinteresse (BVerfGE 10, 234 (246) = NJW 1960, 235) und die Persönlichkeit des Verurteilten berücksichtigt werden. Gerechtigkeitserwägungen können auch zu dem Schluß führen, daß die Strafe ihren Zweck schon vor dem Ende der Vollstreckung erreicht hat. Eine an der Gerechtigkeit orientierte Gnade steht nicht außerhalb des Rechts. Sie trägt dazu bei, daß der tatbezogene Richterspruch für den Verurteilten und die Gemeinschaft sinnvoll bleibt.
Die komplexe Motivation der Gnadenentscheidung ist einer normativen Erfassung entzogen. Die nach dem GG und den Landesverfassungen zur Ausübung des Gnadenrechts berufenen Amtsträger können ihre Entscheidung grundsätzlich nach freiem Ermessen treffen. Nach diesem Ermessen kann ein Gnadenerweis aus jedem von der Wertordnung des GG nicht mißbilligten Grunde abgelehnt werden. Eine solche Entscheidung verletzt nicht Rechte des Petenten." Dazu *Klein*, (Fn. 32) S. 17 ff.

[46] Bestritten u. a. bei *Grewe* (Fn. 3), S. 19: Gnade und Billigkeit seien streng zu unterscheiden; und bei *Schätzler*, NJW 1975, 1249 (1251): „[…], ob die Gnade in der Regel nicht sogar gegen die Gerechtigkeit steht. Wenn Gnade versagt wird, nimmt die Gerechtigkeit ihren Lauf; wenn sie gewährt wird, so wird Gerechtigkeit Einhalt geboten. In der Begnadigung liegt ein Trotzdem. Sie bezieht ihre Motivation nicht aus der Idee der Gerechtigkeit, sondern zuerst aus Zweckmäßigkeitsurteilen: Der Strafzweck erscheint durch die Verhängung der Strafe oder der Verbüßung einesteils erreicht; […]."

[47] In eine ähnliche Richtung geht die Argumentation *Funks*, Gnade und Gesetz, 2017, S. 140 (141).

[48] BVerfG NJW 1969, 1895. Vgl. dazu auch *Funk* (Fn. 47), S. 200 ff. (m.w.N.)

[49] Zur Struktur des strafrechtlichen Urteilsaktes als Zurechnungsschluss demnächst *Heuser*, Der Begriff der strafrechtlichen Zurechnung (erscheint 2026).

Staat verfasste Recht und die durch die drei Gewalten der Legislative, Exekutive und Judikative strukturierte öffentliche Gerechtigkeit muss es gerade leisten, dass „jedem das Seine teilhaftig wird" (*Kant*); in der Strafjustiz bedeutet das, dass jeder dem allgemeinen Gesetz gemäß, unter Berücksichtigung des von ihm begangenen Unrechts und des Grades seiner Schuld bestraft wird. Es ist zuvörderst das Gesetz selbst, das Mechanismen bereitstellen muss, um etwaige Fehler im Gang des Prozesses zu korrigieren und auch gerade im Einzelfall Gerechtigkeit walten zu lassen. Strafprozessuale Institute wie die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359 ff. StPO) oder auch die strafrechtlichen Bewährungsvorschriften[50] haben dies zu großen Teilen in allgemeingesetzlicher Weise getan.[51]

Es fragt sich dann, welche *Besonderheiten* überhaupt noch Gnadenentscheidungen rechtfertigen könnten. Sie müssten so geartet sein, dass sie ihrer Natur nach bei den *gesetzlichen Regelungen,* die vom *Gesetzgeber* stammen und auf den allgemeinen Willen des Volkes zurückführbar sind, und den ihnen entsprechenden konkreten Urteilen, die von *den an das Gesetz gebundenen Richtern* stammen, nicht berücksichtigt werden können, aber dennoch unter den Rechtsbegriff fallen.

d) Eigenart der Gnade als Akt der „Billigkeit" durch das Staatsoberhaupt

Bei der Gnade kommt nun als Besonderheit hinzu, dass es sich um eine Befugnis des Staatsoberhaupts im Verhältnis zu einem Staatsbürger handelt.

Zu dieser Berechtigung des Staatsoberhaupts findet sich in einer Reflexion *Kants* zur Rechtsphilosophie[52] eine interessante Überlegung: Die „Bedingungen der Begnadigung muss ihm [dem Souverän, Anm. *KG*] das Naturrecht vorschreiben"; die Gnade habe „kein Prinzip aber wohl Billigkeit in Ausübung der gesetzlichen Gewalt.[…]" Der Souverän müsse sich dafür rechtfertigen, weil es an sich ungerecht sei, von „einem allgemeinen Strafgesetze einem zu Gunsten eine Ausnahme zu machen".

Dieser Überlegung kann man zunächst entnehmen, dass auch *Kant* davon ausgegangen ist, dass der Oberste im Staat bei der Ausübung des Begnadigungsrechts nicht bindungslos (im modernen Wortsinn: „willkürlich" i.S.v. „sachgrundlos", bloß nach „eigenem Gutdünken") agieren dürfe: Er müsse sich rechtfertigen, weil es „an sich ungerecht" sei, von einem allgemeinen Strafgesetz eine Ausnahme zu machen.[53] Die Gnade habe kein *Prinzip,* wohl aber *Billigkeit* in Ausübung der gesetzlichen Gewalt. Hier taucht also erneut der Gedanke der „Billigkeit" auf, und zwar als materielles Kriterium für die Ausübung des Begnadigungsrechts durch das Staatsoberhaupt.

Ein *Prinzip* ist nach *Kant* ein Grundsatz, und Erkenntnisse aus Prinzipien sind solche, da „ich das Besondere im Allgemeinen durch Begriffe erkenne." Jeder Vernunftschluss sei eine Form der Ableitung einer Erkenntnis aus einem Prinzip.[54] Wenn *Kant* schreibt, Gnade habe kein Prinzip in Ausübung der gesetzlichen Gewalt, so umschreibt er damit die Besonderheit, dass die Ausübung des Gnadenrechts nicht den Regeln der Subsumtion unter ein allgemeines Gesetz, das Rechtsgesetz, das konkret auch ein Strafgesetz sein kann, folgt.[55]

Kant kennt aber auch noch ein weiteres Recht (ius latum), „wo die Befugnis zu zwingen durch kein Gesetz bestimmt werden kann." Zu diesem Recht im weiteren Sinne gehört die „Billigkeit".[56] Die Billigkeit, so *Kant,* ist

> „(objektiv betrachtet) […] keineswegs ein Grund zur Aufforderung bloß an die ethische Pflicht anderer (ihr Wohlwollen und Gütigkeit), sondern der, welcher aus diesem Grunde etwas fordert, fußt sich auf sein Recht, nur dass ihm die für den Richter erforderlichen Bedingungen mangeln, nach welchen dieser bestimmen könnte, wie viel, oder auf welche Art dem Anspruche desselben genug getan werden könne."[57]

Kant beschreibt im selben Abschnitt Fälle, in denen großes Unrecht dadurch geschieht, dass der Richter das strikte Recht nach dem Wortlaut des Gesetzes anwendet: z.B. das Auszahlen des Lohnes für eine Arbeitsleistung getreu dem Wortlaut des Vertrages, aber ohne Rücksicht auf einen inzwischen

[50] Siehe §§ 56 f. StGB; dazu *Ostendorf/Bartsch*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, §§ 56 ff.; *Dünkel/Pruin*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (a.a.O.), § 57; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Auflage 2025, §§ 56 und 57. Zur historischen Entwicklung siehe auch *Rüping* (Fn. 19), S. 32 ff.

[51] Genauer dazu *Volckart*, NStZ 1982, 496 ff.

[52] *Kant*, Reflexionen zur Rechtsphilosophie Nr. 8039, in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 19, 1934, S. 589.

[53] Vgl. auch *Kant* (Fn. 26), Rechtslehre, § 49, Allgemeine Anmerkung E, II., A 206, B 236: Das Begnadigungsrecht sei wohl unter allen Rechten des Souveräns das schlüpfrigste, „um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen, und dadurch doch im hohen Grade unrecht zu tun."

[54] *Kant* schreibt: „Ich würde daher Erkenntnis aus Prinzipien diejenigen nennen, da ich das Besondre im Allgemeinen durch Begriffe erkenne. So ist denn ein jeder Vernunftschluss eine Form der Ableitung einer Erkenntnis aus einem Prinzip. Denn der Obersatz gibt jederzeit einen Begriff, der da macht, dass alles, was unter der Bedingung desselben subsumiert wird, aus ihm nach einem Prinzip erkannt wird." (Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl. 1781/2. Aufl. 1787, Transzendentale Dialektik, Einl. II. A., in: Weischedel [Hrsg.], Werkausgabe, Bd. III, A 300/B 357).

[55] Das Rechtsgesetz lautet: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann"; es ist als „striktes" Recht mit der Befugnis zu zwingen verbunden. Wer *im Recht* ist, *darf es auch erzwingen*; Recht und die Befugnis zu zwingen sind insofern einerlei. Vgl. dazu etwa *Gierhake*, ARSP Beiheft 140 (2014), 33 ff.

[56] Vgl. *Kant* (Fn. 26), Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, I., AB 38, 39.

[57] Ebenda, AB 39.

eingetretenen Wertverlusts des Geldes, so dass der Wert des vereinbarten Lohns bei Abschluss des Vertrages bei weitem nicht mehr dem Wert bei Auszahlung entspricht. *Kant* meint, dass hier kein Richter der Welt an diesem Urteil vorbeikäme, weil der Vertragswortlaut und das Gesetz eindeutig sind. Trotzdem bestehe ein berechtigter Anspruch des Schuldners gegenüber dem Gläubiger auf Wertausgleich, der aber nicht erzwingbar ist.

Der Sinnspruch der Billigkeit lautet nach *Kant*: „Das strengste Recht ist das größte Unrecht". Er sieht, dass dem auf dem üblichen Weg der Rechtsprechung durch ein Gericht nicht abgeholfen werden kann; die Instanz, die zuständig ist, ist vielmehr das „Gewissensgericht".[58] Wenn *Kant* nun schreibt, dass das Staatsoberhaupt bei der Ausübung des Gnadenrechts „Billigkeit" walten lasse müsse, so lässt sich daraus folgendes ableiten:

Es handelt sich nicht um erzwingbares, striktes Recht, welches darauf angewiesen ist, dass ein Richter die Bedingungen vorfindet, aus dem Allgemeinen auf das Besondere zu schließen. Allgemeine Grundsätze des Gnadenrechts, damit solche, die sich in allgemeiner Gesetzesform ausdrücken und durch eine Subsumtionsleistung konkretisieren ließen, gibt es nicht; deshalb kann der Einzelne auch keinen erzwingbaren Anspruch auf eine bestimmte Ausübung des Rechts ableiten und geltend machen.[59] Mit der Billigkeit ist aber „ein Recht vorgestellt, das sich als Appell wirklich-einzelner Subjektivität an die abstrakte Allgemeinheit des Gesetzes wendet. Sie ist ein wirkliches Recht, wenn auch ‚unvollkommen', […]."[60] Auf die Gnade bezogen könnte man sagen: Mit dem Antrag auf Begnadigung wendet sich ein freies Subjekt an den Repräsentanten des Allgemeinen und macht geltend, dass seine besondere Lebenswirklichkeit insofern vom allgemeingesetzlich Vorhergesehenen abweicht, als in seinem Fall die strikte Anwendung des allgemeinen (Straf-)Gesetzes gerade zur größten Ungerechtigkeit führen würde.

Es ist nun kein Zufall, dass eine solche Befugnis gerade dem Staatsoberhaupt und nicht etwa dem Gesetzgeber, der sonstigen Exekutive, dem Richter oder gar dem durch das Unrecht Verletzten (d.h. dem Opfer der Straftat) eingeräumt wird. Der Gesetzgeber schafft dem allgemeinen Willen des Volkes gemäße Gesetze, die Exekutive vollzieht eben diese Gesetze, notfalls durch Zwang; und der Richter ist bei seiner Tätigkeit ebenfalls an die Allgemeinheit der Gesetze gebunden; seine Aufgabe ist die Subsumtion des Einzelfalles unter das allgemeine Gesetz und eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits (Urteilstätigkeit). Rechtssubjekte, die im Verhältnis der Gleichordnung zueinanderstehen, können untereinander allenfalls Billigkeit walten lassen (z.B. wenn der Schuldner trotz eines Rechts zur Leistungsverweigerung doch zahlt), keinesfalls aber Gnade.

Das Staatsoberhaupt ist nun aber diejenige Instanz im Staat, die das Recht als Ganzes, das Allgemeine repräsentiert. Innerhalb der Gewaltentrias steht es an der Spitze der Exekutive, ist also oberste Instanz in der Ausübung staatlicher Gewalt dem Gesetz gemäß.[61] Daraus folgt, dass über ihm nicht eine noch höhere Instanz der ausübenden Gewalt steht, die sie bei der Ausübung ihrer Befugnisse in die eine oder andere Richtung zwingen könnte.[62]

Zum nicht erzwingbaren Gnadenakt ist also gerade diejenige Stelle im Staat befugt, die ihrerseits zu nichts gezwungen werden kann. Bei der Ausübung dieser Befugnis ist sie nicht an striktes Recht, wohl aber an ein Recht im weiteren Sinn gebunden. Sie selbst ist kein Rechtsgericht, das zwangsbewehrtes Recht im konkreten Rechtsspruch anwendet, sondern Gewissensgericht, das größtes Unrecht zu verhindern hat.

IV. Ansatz zur Begründung des Gnadenakts

Gnade ist eine Ausnahme zu dem Erfordernis einer allgemein gleichen Ausübung von Strafgesetzlichkeit. Sie ist insofern prinzipienlos, als die Voraussetzungen ihrer Ausübung nicht allgemeingesetzlich festgelegt werden können und die Anwendung auf den Einzelfall deshalb nicht von einem allgemeinen Gesetz vernunftschlüssig abgeleitet werden kann. Ihre Ausübung ist keine typische Tätigkeit eines Richters, sondern etwas prinzipiell anderes. Aber obwohl die Gnade prinzipienlos ist, ist sie nicht bindungslos. Ihre Richtigkeit erschließt sich aus einer übergeordneten Form der Gerechtigkeit, die nicht striktes, erzwingbares Recht, aber überhaupt Recht ist; „Billigkeit" ist dafür ein ideengeschichtlich hinreichend geformter Begriff.[63]

Der Grund für die berechtigte Existenz einer solchen Gnadenbefugnis liegt darin, dass im menschlichen Zusammenleben freier Rechtssubjekte in einer Rechtsgemeinschaft, die sich als „Reich der verwirklichten Freiheit" begreift, der Einzelne auch als verurteilter Straftäter seine Besonderheit gegen das Allgemeine muss geltend machen können. Dass die dem Recht immanente Allgemeingesetzlichkeit und Typizität in Einzelfällen der Anwendung zu unbilligen Härten führen kann, ist auch allen Mitbegründern des Rechts (den mündigen Bürgern des Staates, die durch das demokratische Verfahren an der allgemeinen Gesetzgebung beteiligt und insofern Miturheber sind) einsichtig. Das Institut der Gnade ist dann angebunden an und gerechtfertigt vor der Autonomie der

[58] Ebenda, AB 39, 40.

[59] So auch BVerfG NJW 1969, 1895 ff.

[60] *Honrath*, Die Wirklichkeit der Freiheit im Staat bei Kant, 2011, S. 304.

[61] Zur Stellung des Bundespräsidenten im deutschen Verfassungsstaat vgl. *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Werkstand: 107. Lfg. März 2025, Art. 54 Rn. 7 (54. Lfg., Stand: Januar 2009).

[62] Zu diesem Grundgedanken vgl. *Kant*, (Fn. 26), § 49, A 171, B 201.

[63] So auch das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung von 1969: „Das Begnadigungsrecht erfüllte nur noch die Funktion, Härten des Gesetzes, etwaige Irrtümer der Urteilsfindung sowie Unbilligkeiten bei nachträglich veränderten allgemeinen oder persönlichen Verhältnissen auszugleichen. So wird es von der Allgemeinheit verstanden und für notwendig gehalten." (NJW 1969, 1895). Ebenfalls auf Billigkeit im Einzelfall abstellend *Nestler*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 452 Rn 5.

einzelnen Rechtsgenossen; sie selbst können erkennen, dass das Institut der Begnadigung als Realisationspunkt ausnahmsweiser Einzelfallgerechtigkeit notwendig ist, aber nicht im Einzelnen in seinen materiellen Voraussetzungen allgemeinverbindlich und abstrakt festgelegt werden kann, sondern eben nur in seinem Gedanken der Billigkeit, nach dem das „strengste Recht" das „größte Unrecht" darstellen kann.[64] Sein Maßstab wäre dann das Recht und nicht außerrechtliche Erwägungen; sein Korrektiv wäre, ob es in seiner konkret ausgeübten Form noch vom allgemeinen Willen gedeckt sein kann. Eine Ausübung des Gnadenrechts aus bloßer Willkür oder rein subjektivem Gutdünken, etwa aus religiösen, politischen oder ideologischen Motiven („Staatsräson"), wäre nicht zu rechtfertigen, genauso wenig wie Begnadigungen, die bloß aus Kapazitätsgründen (z.B. überfüllter Strafvollzug) oder nur aufgrund überkommener Traditionen (z.B. bei hohen Feiertagen, so genannte „Weihnachtsbegnadigungen") ausgesprochen werden. Wenn die konkrete Gnadenentscheidung unter keinem Gesichtspunkt mehr als Korrektur der dem Recht anhaftenden Schwäche, seiner allgemein-abstrakten Form (die sonst eben gerade seine Stärke ist), für einen einzelnen Fall gelten kann, dann liegt nicht gerechte Gnade, sondern bloße Machtausübung vor.

[64] Vgl. *Kant* (Fn. 26), Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, I., AB 40.

Zur Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen – sind die untauglichen straflos?

Von Prof. Dr. **Rolf Dietrich Herzberg**, Bochum

Die Abhandlung befasst sich ablehnend mit Martins Heusers Lehre, dass unter den Straftatversuchen, die „untauglichen" wegen vorsatzausschließenden Irrtums straflos seien. Die Unterscheidung betreffend, bewertet sie von einem deterministischen Standpunkt aus nur die Versuche als „tauglich", die auch zur Deliktsvollendung führen und darin aufgehen. Ein strafbarer Versuch sei stets „untauglich", weil er nicht dazu getaugt habe, die Vollendung zu bewirken.

I. Strafbarkeit

Ein Student der Rechtswissenschaft wird normalerweise schon in der ersten Vorlesung zum Strafrecht belehrt, dass auch der „Versuch", eine Straftat zu begehen, strafbar sein könne. Er erfährt ferner, dass so ein deliktischer Versuch manchmal als „untauglich" zu bezeichnen sei, eine Eigenart, die § 23 Abs. 3 StGB mit den Worten umschreibe, dass „der Versuch […] überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte." Zugleich, so belehrt man ihn weiter, stelle diese Vorschrift klar, dass die Untauglichkeit keine Ausnahme begründe; untaugliche Versuche seien genauso strafbar wie taugliche.

> Ein Beispielsfall: Der Unternehmer U hat im Haus der Bestellerin B im Rahmen eines Werkvertrags (§ 631 BGB) über viele Tage hin Arbeiten verrichtet. Nach dem Abschluss überreicht er ihr eine Rechnung mit stark überhöhter Angabe der geleisteten Arbeitsstunden. Man darf es als ausgeschlossen ansehen, dass er durch diese „Vorspiegelung falscher Tatsachen" in B den entsprechenden Irrtum erregt (vgl. § 263 Abs. 1 StGB). Denn sie hat zusammen mit ihrem Sohn als Zeugen über Us Leistungen genau Buch geführt und zahlt nach einigem Streit nur so viel, wie sie schuldet.
> Wie man durch Beschießen einer Vogelscheuche keinen Tod verursachen kann, so konnte U durch Belügen der B in ihr keinen Irrtum erregen. Sie war insoweit für ihn ein „untaugliches Tatobjekt". War sein Versuch, sie zu betrügen, ein *strafbarer* Versuch? So gut wie jeder Jurist wird die Frage bejahen, einerlei, ob sie oder er den Betrugsversuch als tauglich oder als untauglich ansieht. Denn laut § 263 Abs. 2 StGB ist der Versuch, einen Betrug zu begehen, strafbar, und die Voraussetzungen der §§ 263 Abs. 1, 22 StGB sind eindeutig erfüllt: U hat nach seiner Vorstellung von der Tat mit Übergabe der Rechnung unmittelbar zur Verwirklichung des Betrugstatbestandes angesetzt; er wollte um eines rechtswidrigen Vermögensvorteils willen in B einen Irrtum erregen, der sie zu einer für sie schädlichen Vermögensverfügung veranlasst hätte.

Thomas Hillenkamp stellt apodiktisch fest:

> „An der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bestehen nach der heutigen Gesetzeslage keine Zweifel".[1]

Klaus Hoffmann-Holland drückt diesen Befund wie folgt aus:

> „Für die Strafbarkeit wegen Versuchs ist nicht entscheidend, ob der Täter auch *objektiv* die Gefahr schafft oder ob sein Verhalten überhaupt *tauglich* war, den Tatbestand des vollendeten Delikts zu verwirklichen. Die Strafbarkeit mit solchen Kriterien einzugrenzen ist nach § 22 StGB ausgeschlossen."[2]

II. Straflosigkeit

1. Behauptung und Veranschaulichung

Dem widerspricht mit einer ungewöhnlich langen, stark repetitiven Abhandlung *Martin Heuser*.[3] Schon mit der Überschrift kündigt er den Beweis an, dass die „Strafbarkeit des untauglichen Versuchs" nur eine „scheinbare" sei. Bezogen auf unseren Eingangsfall: Es habe nur den Anschein, als habe U sich wegen versuchten Betruges strafbar gemacht. In Wahrheit hat er kein Delikt begangen. Die anschauliche, d.h. fallkonkrete Grundlage der *heuser*schen Theorie ist aber ein anderer Fall, nämlich fast allein der schon gestreifte „Schulfall der Lehrbuchkriminalität, in dem der Akteur auf eine Vogelscheuche schießt, die er für einen Menschen hält."[4] *Heusers* Kennzeichnung lautet:

> „Tatobjektsirrtum = untauglicher Versuch am untauglichen Tatobjekt."[5]

Später bringt *Heuser* eher beiläufig zur Veranschaulichung noch einen zweiten Fall, in welchem sich die Untauglichkeit des Versuchs aus „der Art des Mittels" ergibt, „mit dem die Tat begangen werden sollte" (§ 23 Abs. 3 StGB). Es geht um „die Verabreichung einer Tasse Kamillentee", verbunden mit der irrigen Annahme ihres Akteurs, durch sie „einen Schwangerschaftsabbruch bewirken zu können" (vgl. § 218 Abs. 1, Abs. 4, S. 1 StGB).[6] *Heuser* geht hier nicht darauf ein, dass seine Forderung, untaugliche Versuche künftig nicht

---

[1] *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 183.

[2] *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 49 (mit Belegen der Bestätigung in Fn. 83; *Hervorhebung* im Original). *Hoffmann-Holland* geht davon aus, dass Versuche, die „nicht zur Vollendung führen" (§ 23 Abs. 3 StGB), gleichwohl „tauglich" sein können. Diese Annahme ist die herrschende Meinung und für sie ohne praktische Bedeutung. Sie ist aber als Theorie problematisch und m.E., wie unter III. begründet, unzutreffend.

[3] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286.

[4] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286 (286 – Fn. entfernt).

[5] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286 (286). Den konkret-fiktiven Fall entnimmt *Heuser* dem Lehrbuch von *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 347.

[6] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286 (296).

mehr zu bestrafen, in so einem Fall wohl kaum seiner Begründung bedarf. Denn das Gericht wird allemal nach § 23 Abs. 3 StGB „von Strafe absehen", wenn der Täter eine Tasse Kamillentee als Mittel eingesetzt hat, eine Schwangerschaft abzubrechen.

2. Drastische Fälle

Mir scheint deutlich, dass *Heuser* sich scheut, seine These der Nichtrechtswidrigkeit und Straflosigkeit des untauglichen Versuchs mit drastischeren Beispielen auf die Bewährungsprobe zu stellen. Angenommen, ein Ehemann kehrt von einer Reise in sein Haus zurück und glaubt, den Liebhaber seiner Frau schlafend im Bett liegend zu erblicken. Dieser aber ist tot, er hat sich vor einer Stunde das Leben genommen. Der Ehemann zückt eine Pistole und schießt mit Tötungsabsicht der Leiche in den Kopf. Dem Beispiel eines Totschlagsversuchs am untauglichen Objekt füge ich den Fall hinzu, dass eine Ehefrau zur Tötung ihres Mannes ein untaugliches Mittel verwendet. Sie verlangt von ihrem Liebhaber ein geeignetes Gift. Dieser ist der Liebschaft überdrüssig und übergibt ihr ein Fläschchen mit giftgrüner, aber vollkommen harmloser Flüssigkeit. Sie solle diese ihrem Mann ins Essen mischen; der Verzehr werde ihn todsicher töten. Sie tut wie geheißen und ist enttäuscht, als der Erfolg ausbleibt.

Mein Gespräch mit Nichtjuristen, denen ich zuerst *Heusers* und dann meine Beispiele des untauglichen Versuchs geschildert habe, hat mir gezeigt, dass die Befragten zwischen den Fällen unterschieden. Die Vogelscheuche als Tatobjekt und den Kamillentee als Tatmittel fanden sie so offensichtlich ungeeignet, dem Täter zur Tötung eines Menschen bzw. einer Leibesfrucht zu verhelfen, dass sie in der Beurteilung trotz gegebener Tötungsabsicht unsicher blieben. Dagegen waren sie ganz entschieden der Ansicht, dass der Schuss in den Kopf der Leiche und die Zuführung des vermeintlichen Giftes Delikte sein müssten.

3. Heusers Beweisführungsversuch

Heusers Urteil lautet anders. Er sieht für Versuche, die er „untauglich" nennt, schlechthin und somit für alle vier Fälle die „gesetzmäßige Lösung" in der Straflosigkeit, begründet mit der erstaunlichen These, dass in Fällen des untauglichen Versuchs allemal ein „vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum" vorliege.[7] Mit Blick auf seinen Vogelscheuchenfall betont er, dass der Totschlagsversuch ein Vorsatzdelikt sei. Darum gelte für ihn § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, und es entfalle in seinem Beispiel der Vorsatz, weil der Täter beim Schießen auf die Vogelscheuche, die er für einen Menschen hält, „einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört." Ein solcher Umstand sei beim Totschlagsversuch die Menschqualität des Zielobjekts. Die habe der Schütze tatsächlich nicht gekannt. Wie sollte er sie „kennen", da sie doch nicht gegeben war! Er hat sie sich nur irrig vorgestellt, aber das ist kein Kennen, und weil eine Kenntnis fehlt, auf die es nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ankommt, ist der Totschlagsvorsatz zu verneinen.

Ich habe *Heusers* Beweisführungsversuch, so gut ich es kann, mit eigenen Worten wiedergegeben. Weil es sich hier aber um das Herzstück seiner Lehre von der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs handelt, halte ich es für geboten, ihn wörtlich zu zitieren. Unter der Überschrift „Gesetzmäßige Lösung: Vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum" belehrt *Heuser* den Leser wie folgt:

> „Im Beispielsfall hatte sich der Akteur hinsichtlich des konkreten Verwirklichungsgegenstandes seines Handelns positiv vorgestellt, auf einen anderen Menschen zu schießen. Infolge dieser positiven Fehlvorstellung (error) hatte er aber nicht etwa die für den Totschlagsvorsatz erforderliche Kenntnis davon, objektiv auf einen anderen Menschen zu schießen, sondern […] eine Unkenntnis davon, objektiv auf eine fremde Sache zu schießen. Diese Unkenntnis von etwas begründet nicht die für den Vorsatz erforderliche Kenntnis von etwas anderem. […] Gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelte der Akteur daher ohne den in der Konkretion auf den Verwirklichungsgegenstand erforderlichen Tatvorsatz, einen anderen Menschen zu töten". Darum „kann sich der Akteur weder wegen vollendeten (§ 212 StGB) noch wegen versuchten Totschlags (§§ 212 Abs. 1, 22 StGB) strafbar gemacht haben".[8]

4. Kritik und Widerlegung

Diese Argumentation ist mit einem Fehler behaftet, dessen Aufdeckung das ganze Lehrgebäude zum Einsturz bringt. *Heuser* betrachtet nur die irrige Vorstellung des Schützen, auf einen *Menschen* zu schießen, nicht aber auch die Fehlvorstellung, einen Menschen zu *töten.* Er müsste konsequenterweise auch für diesen Umstand sagen, dass der Täter ihn sich nur irrig vorstellt, ihn aber nicht „kennt". Betrachten wir zwei Fälle: Der Täter schießt mit Tötungsabsicht auf eine entfernte Gestalt im Halbdunkel. Im ersten Fall ist die Gestalt eine Vogelscheuche und die Kugel trifft. Im zweiten ist die Gestalt ein Mensch, aber die Kugel geht fehl. *Heuser* müsste für beide Fälle betonen: Der Täter stellt sich bei Begehung der Tat die Umstände, die zum Totschlagstatbestand gehören, nur irrig vor, aber er „kennt" sie nicht. Darum fehlt ihm nach § 16 Abs. 1 StGB der Totschlagsvorsatz, und er darf weder im ersten noch im zweiten Fall wegen versuchten Totschlags bestraft werden. Diese Konsequenz der Verneinung des „Kennens" und des Deliktsvorsatzes in beiden Fällen führt aber die Lehre, die die Konsequenz fordert, ad absurdum. Denn selbstverständlich ist das Schießen zumindest im zweiten Fall ein *strafbarer* Totschlagsversuch, obwohl der Täter den zum Totschlagstatbestand gehörenden Umstand der Todesverursachung im strengen Wortsinn nicht „kennt", sondern ihn sich nur irrig vorstellt.

Heuser will selbstverständlich innerhalb der Versuche, die nicht zur Vollendung führen, viele als „tauglich" und strafbar bewerten; z.B. den Versuch, einen Menschen zu erschießen, der aber misslingt, weil der Täter mit zitternder Hand schlecht zielt; oder weil das Opfer in letzter Sekunde hinter einer Mauer verschwindet; oder weil die Begleiterin dem Täter die

[7] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286 (292 unter (1).

[8] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286 (292).

schon angelegt Waffe aus der Hand schlägt. In all solchen Fällen bejaht *Heuser*, was man unterstellen darf, die Strafbarkeit wegen eines Totschlagsversuchs, obwohl es nach seinem Verständnis des § 16 StGB am „Kennen" des tatbestandsrelevanten Umstandes der Todesverursachung fehlt.

Hier liegt das Grundgebrechen der *heuser*schen Lehre. Sie missdeutet § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Richtig gedeutet, lässt die Vorschrift für das „kennt" genügen, dass der Täter bei Begehung der Tat jeden „Umstand […], der zum gesetzlichen Tatbestand gehört", im Fall des § 212 StGB die Menschqualität des Opfers und die Todesverursachung, *ernsthaft für möglich hält.*

Dies ist eine grobschlächtige, für den Hausgebrauch nützliche Kennzeichnung des Deliktsvorsatzes im Sinne des sog. dolus eventualis, gleichermaßen gültig für den Täter des (untauglichen) Versuchs wie für den des vollendeten Delikts. Ganz präzise definiert *Schlehofer* den einheitlichen Vorsatzbegriff mit diesen Worten: Der Vorsatz als „die im Zeitpunkt der Handlung des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung als Entscheidungsgrundlage vorhandene Vorstellung von einer rechtlich missbilligten unmittelbaren Gefahr der Tatbestandsverwirklichung."[9] Diese „Vorstellung" ist beim Täter des vollendeten Vorsatzdelikts eine zutreffende. Und die Tatbestandsverwirklichung kann beim Ansetzen so sicher bevorstehen, dass wir es alltagssprachlich vorziehen, die Vorstellung eine „Kenntnis" zu nennen. Der Täter hält z.B. ein weglaufendes Kind fest (= Ansetzen) und verprügelt es (= Verwirklichung des Körperverletzungstatbestandes).

Aber der Täter kann unsicher sein, ob seine Vorstellung von einer bevorstehenden Tatbestandsverwirklichung zutrifft oder irrig ist. Angenommen, der Täter im Beispiel hält es für gleichermaßen gut möglich, dass die entfernte Gestalt im Halbdunkel sein Feind oder auch nur eine Vogelscheuche ist. Er schießt mit Tötungsabsicht auf die Gestalt. Unzweifelhaft handelt er dann mit Totschlagsvorsatz. Tötet er tatsächlich seinen Feind, so ist er strafbar wegen eines vollendeten Totschlags. Unterbleibt die Tötung, a) weil der Schuss den Feind verfehlt, b) weil die Gestalt eine Vogelscheuche ist, dann ist er wegen eines versuchten Totschlags zu bestrafen. *Heuser* bestreitet das für den Fall b). Im Fall a), so darf man unterstellen, bejaht auch er den Vorsatz und einen strafbaren Totschlagsversuch, weil er den Versuch als „tauglich" betrachtet. Aber dieses Urteil kann er, wie dargelegt, nur fällen, indem er die Konsequenz seiner Lehre zum untauglichen Versuch missachtet. Nicht nur die Menschqualität des Zielobjekts, auch die Todesverursachung ist ein Umstand, der zum Totschlagstatbestand gehört und den der Täter im strengen Wortsinn nicht „kennt". Denn man kann nicht „kennen", was nicht stattfindet und nicht stattgefunden hat; so etwas kann man sich nur irrig vorstellen. Will *Heuser* der unbestreitbaren Ansicht folgen, dass der Täter im Fall a) einen strafbaren Totschlagsversuch begeht, dann muss er auch dem Gesetzesverständnis zustimmen, dass für das „Kennen" i.S.d. § 16 StGB und für den Vorsatz ein ernsthaftes Für-möglich-Halten der Tatbestandsverwirklichung genügt.

Ein Beispiel ganz anderer Art: Die Küstersgattin K weiß, dass der Gemeindepfarrer P kindliche Messdiener sexuell missbraucht hat (§ 176 Abs. 1 StGB). In einem Telefongespräch bedroht sie ihn mit Strafanzeige und fordert von ihm 10.000 Euro für ihr Schweigen. P erwägt zu zahlen, entscheidet sich aber dann dagegen und lässt den Dingen ihren Lauf.

Im strengen Wortsinn „kennt" K nicht den zum Tatbestand der Erpressung „gehörenden Umstand" einer dem Opfer abgenötigten „Handlung" (§ 253 Abs. 1 StGB). Wie sollte K die Handlung „kennen", wo sie doch nicht stattfindet? Aufgrund dieser Überlegung müsste *Heuser* folgerichtig sagen, K handele in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) und sei darum nicht strafbar nach §§ 253, 22 StGB. Der Freispruch wäre die Konsequenz eines Gesetzesverständnisses, welches die Strafbarkeit bloßer Straftat*versuche* umfassend bestreitet, eine Konsequenz, die man nur absurd nennen könnte. Konkret: Es ist absurd, den strafbaren Erpressungsversuch, den K begeht, zu verneinen. Selbstverständlich will *Heuser* an der Versuchsstrafbarkeit im Prinzip festhalten. Darum nimmt er bei Straftatversuchen von seiner Vorsatzverneinung wegen Nichtkennens und seiner Theorie der Straflosigkeit diejenigen Versuche aus, die er als „tauglich" betrachtet. Aber was dabei herauskommt, ist gleichfalls abwegig. *Heuser* muss für das letzte Beispiel die Strafbarkeit der K wegen versuchter Erpressung davon abhängig machen, ob er den Versuch als tauglich oder als untauglich ansieht. Aus dem Urteil „untauglich" ergibt sich aber nicht der geringste Sachgrund für die Deliktsverneinung. Bei einem Mordversuch schreit die Verneinung zum Himmel: Jemand drückt einen Revolver ab gegen den Kopf eines Schläfers in Kenntnis einer fünfzigprozentigen Tötungswahrscheinlichkeit, weil in drei der sechs Kammern Patronen stecken. Der Schläfer hat Glück. Es löst sich kein Schuss, und der Täter wollte nur einmal abdrücken. *Heuser* definiert den Begriff nicht, obwohl für ihn so viel darauf ankommt. Erklärt er den Mordversuch wegen der leeren Kammer für untauglich, dann sieht er sich von seiner Lehre zu der Konsequenz gezwungen, den Täter für straffrei zu erklären.

Dass dies eine unhaltbare Konsequenz ist, ergibt sich schon aus strenger Gesetzesanwendung. § 22 StGB gibt dem deliktischen Versuch die „Begriffsbestimmung", dass ihn begeht, „wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt". Es ist unbestreitbar, dass der Täter sich beim Abdrücken des Revolvers „vorstellt", den Mordtatbestand zu verwirklichen. *Heuser* lässt das Argument des § 22 StGB nicht gelten. Er setzt die gesetzliche Bestimmung gleichsam außer Kraft, indem er gegen sie eine andere Vorschrift ausspielt. Wie schon gesagt: Er betont, dass strafbare Versuche Vorsatzdelikte seien und § 16 Abs. 1 StGB ein „Kennen" voraussetze, d.h. ein Kennen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände.[10] Für unser Beispiel würde (oder müsste) er folgern, dass der Mordvorsatz entfalle. Denn der Täter habe den zum Mordtatbestand gehörenden Umstand der Todesverursachung nicht gekannt, sondern sich nur vorgestellt.

[9] *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 169.

[10] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286 (288 f.).

Heuser müsste, am Rande bemerkt, den Tötungsvorsatz mit dieser Begründung auch für Versuche verneinen, die er als tauglich einstufen würde. Z.B. für das tatsächliche Abfeuern einer Kugel auf den Schläfer aus einiger Entfernung, wenn die Kugel nicht trifft. Auch hier müsste er sagen, dass der Täter den Umstand der Todesverursachung nicht kennt, sondern ihn sich in seiner bösen Absicht nur vorstellt. Wir sehen, dass für *Heuser* die Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch keine Rolle spielen kann und dass seine Lehre, zu Ende gedacht, die Strafbarkeit von Versuchen nicht einschränkt, sondern aufhebt. Denn bei einem deliktischen Versuch, der nicht zur Vollendung führt, stellt sich der Täter immer einen zum Tatbestand gehörenden Umstand vor, ohne ihn im *heuser*schen Sinne zu „kennen". Warum verneint *Heuser* die Straftat im Falle des Versuchs des Schwangerschaftsabbruchs durch die „Verabreichung einer Tasse Kamillentee"? Die Untauglichkeit kann ihm als Grund nicht genügen. Seine wahre Begründung ist erst, dass der Täter den zum Tatbestand des § 218 Abs. 1 StGB gehörenden Umstand des Abbruchs einer Schwangerschaft sich zwar vorstellt, ihn aber nicht „kennt". Genauso müsste er es aber sehen, wenn der Täter der Schwangeren ein an sich hochwirksames Abtreibungsmittel zuführt und der Erfolg gleichfalls ausbleibt, weil sie alles erbricht.

Zurück zur eindeutigen Aussage des Gesetzes: *Heuser* erblickt im Argument des § 22 StGB eine „den Wortlaut einer bloßen Einzelvorschrift ausschnittweise zu einem vermeintlichen Gesetzesganzen verabsolutierende Interpretation".[11] Er sieht nicht, dass diese Verurteilung ihn selbst trifft. Denn er nimmt die bloße Einzelvorschrift des ersten Satzes in § 16 StGB für das Gesetzesganze, wobei er die erstbeste, wortlautfixierte Interpretation verabsolutiert.

Zur Vermeidung absurder Verneinung deliktischer Versuche ist er aber förmlich gezwungen, diese oberflächliche Deutung des Begriffes „kennt" in § 16 StGB aufzugeben. Wer eine Fensterscheibe im Haus seines Feindes durch Steinwurf zu zertrümmern sucht, hält beim Werfen das Gelingen ernsthaft für möglich. Damit ist der Deliktsvorsatz gegeben, einerlei, ob der Täter das Delikt vollendet oder, etwa wegen zu großer Entfernung, nur den Deliktsversuch begeht.

III. Die Unterscheidung

Die Frage, auf die es für *Heuser* ankommt, ist in Wahrheit praktisch belanglos. Der Richter muss sich nicht fragen, ob der Erpressungsversuch, den die Küstersgattin, oder der Mordversuch, den der Revolverheld begangen hat, ein tauglicher oder ein untauglicher war; es sei denn, zur Annahme von Untauglichkeit käme hinzu, dass der Täter sie „aus grobem Unverstand" verkannt hat (vgl. § 23 Abs. 3 StGB). So liegt es weder im Fall des Mord- noch dem des Erpressungsversuchs.

Die Strafrechtsdogmatik kennt aber die Begriffe und fordert die theoretische Unterscheidung: Hat K einen „untauglichen" Erpressungsversuch begangen?

Die konkrete Frage wird als eine allgemeine üblicherweise mit Worten des § 23 Abs. 3 StGB beantwortet: Untauglich ist ein Versuch, der „überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte". In der Umkehrung ergibt sich konkret für K, dass sie einen tauglichen Erpressungsversuch begangen hat, wenn ihre Drohung zur Deliktsvollendung führen konnte. Man darf wohl annehmen, dass die meisten dies und darum einen tauglichen Versuch bejahen würden. P hat geschwankt und die Überweisung in Betracht gezogen. Er hätte sich, wird man sagen, auch dafür entscheiden können. In seiner Willensbildung dafür oder dagegen hatte er die freie Wahl. Die Frage, ob der Versuch zur Vollendung führen „konnte", wird somit konkret zur Frage nach dem „Können" des P. Aber wer nun sagt, P hätte sich doch auch für die Überweisung entscheiden können, der bejaht, vielleicht unbewusst, ganz allgemein die Frage nach der Willensfreiheit des Menschen.

Das tun nun freilich viele und unter den Strafrechtlern die meisten, weil man irrtümlich glaubt, die Willensfreiheit sei Voraussetzung für Schuldvorwurf und Bestrafung. So findet mancher die bejahende Antwort selbstverständlich, und er schüttelt den Kopf, wenn jemand an der Willensfreiheit auch nur zweifelt. *Schünemann* z.B. nennt den von *Schopenhauer* unübertroffen begründeten Determinismus (dazu sogleich) ein „realitätsfernes Gedankenspiel", ja verspottet die Verneinung von Willensfreiheit als „Donquijotterie"[12]. Was mich betrifft, so habe ich mich mit dem volkstümlichsten aller philosophischen Probleme eindringlich im Rahmen einer Monographie befasst[13]. Darauf verweise ich zur Begründung meiner Sicht der Dinge. Hier muss ein Weniges genügen.

Was also ist zu halten von dem naiven Vorbringen, im Beispiel hätte P ja genauso gut auch die andere Entscheidung treffen und zur Abwendung der Strafanzeige zahlen können? Er habe doch zweifellos die freie Wahl gehabt, zu zahlen oder es zu lassen! Das ist ganz oberflächlich gedacht. Selbstverständlich kann man sich einen *anderen Fall* vorstellen mit anderem Ausgang; einen anderen Charakter des P mit mehr Angst vor der Anzeige; oder ein stärkeres Motiv zu zahlen, weil K ein geringeres Opfer – sagen wir: nur 1.000 Euro – fordert. Aber unter den gegebenen Umständen musste P sich nach Charakter und Motiv so entscheiden, wie er sich entschieden hat.

Schopenhauer sagt in seiner berühmten „Preisschrift" zum allgemeinen Problem:

> „Die Frage nach der Willensfreiheit ist wirklich ein Probierstein, an welchem man die tief denkenden Geister von den oberflächlichen unterscheiden kann, oder ein Gränzstein, wo beide aus einander gehn, indem die ersteren sämmtlich das notwendige Erfolgen der Handlung, bei gegebenem Charakter und Motiv, behaupten, die letzteren hingegen, mit dem großen Haufen, der Willensfreiheit anhängen".[14]

[11] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286 (289).

[12] *Schünemann*, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 (166 Fn. 29).

[13] *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010.

[14] *Schopenhauer*, Preisschrift über die Freiheit des Willens, 2. Aufl. 1860, zitiert nach: Hübscher (Hrsg.), Arthur Schopenhauer, Zürcher Ausgabe, Bd. 6, 1977, S. 43 (98).

Ihnen stellt sich die Frage:

> „Sind einem gegebenen Menschen, unter gegebenen Umständen, zwei Handlungen möglich, oder nur eine? – Antwort aller Tiefdenkenden: Nur Eine. – Konnte der zurückgelegte Lebenslauf eines gegebenen Menschen […] irgend worin, auch nur im Geringsten, in irgendeinem Vorgang, einer Scene, anders ausfallen, als er ausgefallen ist? – Nein! ist die konsequente und richtige Antwort".[15]

Der Philosoph setzt einen vorläufigen Schlusspunkt:

> „Alles was geschieht, vom Größten bis zum Kleinsten, geschieht nothwendig. *Quidquid fit necessario fit*".[16]

Ich habe diese Erkenntnis mit den folgenden Sätzen ergänzt und paraphrasiert:

> „Das ist die Weltsicht des konsequenten Deterministen. Alles Geschehen ist zwangsläufig, auch in Anbetracht des Menschen, seiner Handlungen sowohl wie der Vorgänge in seinem Inneren. Was ihm in seinem Lebenslauf zustößt, wie er spontan reagiert oder zögert, abwägt, schwankt, was er beschließt und tut oder unterlässt, alles sind Glieder in einer Kausalkette der strengen Notwendigkeit."[17]

Mag im letzten Fall der abwägende und schwankende Pfarrer selbst nicht wissen, worauf es mit ihm hinauswill, er kann sich nur so entscheiden, wie er es schließlich tut, also für das Unterlassen.

Die Unterscheidung, wonach wir fragen, ist nach allem wie folgt zu treffen: Zur Vollendung führen *kann* nur ein Versuch, der dies *tatsächlich tut.* Nur ein solcher Versuch ist ein „tauglicher". „Untauglich" sind dagegen alle Versuche, die nicht zur Vollendung führen.

Diese These widerspricht, mit *Schopenhauer* zu reden, „dem großen Haufen". Der will wahrhaben, dass auch ein gescheiterter Versuch ein tauglicher sein kann. Zum Beispiel der Versuch der K, den P zu erpressen. Denn wie gesagt: Man meint, der Pfarrer hätte sich auch für die Überweisung entscheiden können. Unsere Unterscheidung bestreitet das und damit die Tauglichkeit des Versuchs. Ist das vereinbar mit § 23 Abs. 3 StGB? Ja, denn man kann (und sollte) die Voraussetzung, dass „der Versuch überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte", deterministisch verstehen. Ks Erpressungsversuch konnte nicht zur Vollendung führen, weil P sich nicht anders verhalten konnte, als er sich verhalten hat. Er konnte in seiner Determiniertheit nur die Unterlassung beschließen, nicht aber die „Handlung" (§ 253 Abs. 1 StGB), die das Delikt vollendet hätte. Ein Deliktsversuch, der nicht zur Deliktsvollendung führt, der nicht in ihr aufgeht, ist immer ein untauglicher. Das klingt befremdlich, ist aber im Grunde selbstverständlich. Denn ein Versuch, der nicht zur Vollendung führt, *hat nicht dazu getaugt*, die Vollendung zu bewirken. An dieser Untauglichkeit kann es nichts ändern, dass man sie zunächst nicht erkennt und dass der Versuchstäter beim Handeln aus guten Gründen subjektiv erwartet oder hofft, die Vollendung herbeizuführen.

Anmerkung der Schriftleitung: Vgl. hierzu die Erwiderung von *Heuser* in dieser Ausgabe: *Heuser*, ZfIStw 6/2025, 690.

[15] *Schopenhauer* (Fn. 14), S. 99.
[16] *Schopenhauer* (Fn. 14), S. 99 (*Hervorhebung* im Original).
[17] *Herzberg* (Fn. 11), S. 2.

Zur Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen – sind die tauglichen straflos?

Erwiderung auf Herzberg

Von Dr. **Martin Heuser**, Regensburg*

Die Erwiderung verhält sich kritisch zu der – nicht erst und allein – von Herzberg vorgetragenen These, jeder nicht zur Vollendung gelangte Versuch sei ein untauglicher Versuch, lediglich der im Sinne einer Vollendung erfolgreich gewesene sei ein tauglicher Versuch gewesen. Wäre diese eingestandenermaßen „befremdlich" wirkende These richtig, so wäre es auch ad absurdum richtig, dass die vom Verf. (ZfIStw 3/2025, 286) vorgetragene Behauptung der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs die Straflosigkeit jedweden Versuchs bedeuten müsste. Allein die befremdliche These ist unzutreffend und gesetzeswidrig. Die Behauptung der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs bedeutet daher nicht die Straflosigkeit des herkömmlich sog. tauglichen Versuchs. Herzbergs insoweit geführter Widerlegungsversuch beruht hingegen auf einer Missdeutung des Kenntnisbegriffs der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dargelegt wird, wie es möglich und gesetzlich vorgeschrieben ist, zwischen untauglichen und tauglichen Versuchen zu unterscheiden, die gleichermaßen nicht zur Vollendung geführt haben.

I. Einführung

Es ist zu begrüßen, wenn die zuletzt etwas eingeschlafene Diskussion über den untauglichen Versuch gegenwärtig wieder neu belebt wird. In diesem Sinne hat sich *Herzberg* mit seiner vorstehenden Replik auf die These[1] von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs in dankenswerter Weise um eine Verteidigung der herrschenden Strafbarkeitsbehauptung bemüht, namentlich, indem er die Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen von einem deterministischen Standpunkt ausgehend gedeutet hat. Dies gibt Veranlassung und Gelegenheit, die Problematik einer entsprechenden Differenzierung weiter zu beleuchten. Von seinem deterministischen Standpunkt aus, für den er sich auf den „tief denkenden Geist" *Schopenhauer* beruft, wird *Herzberg* dem vielleicht nicht so tief denkenden *Verf.* nachsehen, dass er nicht anders konnte, als so frei zu sein, ihm – wie im Folgenden ersichtlich – zu widersprechen. Die rechtsdogmatisch gehaltene Erwiderung wird indes nicht in eine philosophische Kontroverse über die Frage der Freiheit des Willens oder auch darüber eintreten, ob diese, ganz oberflächlich gedacht, als bloße Wahlfreiheit bereits angemessen begriffen ist.[2] Schließlich weiß sich der *Verf.* einig mit *Herzberg*, dass es „nicht Kant und Fichte sind, die über Recht und Unrecht entscheiden", sondern „die geltenden Gesetze".[3] Das Gleiche gilt dann aber auch von *Herzbergs* Gewährsmann oder Lieblingsphilosophen *Schopenhauer*.

II. Die Unterscheidung der h.M.

Nach h.M. ist ein Versuch untauglich, wenn er im Zeitpunkt der Tat – ex ante betrachtet – von vornherein unter allen Umständen nicht zur Vollendung des gesetzlichen Straftatbestandes führen kann bzw. – ex post betrachtet – von vornherein unter allen Umständen nicht zur Vollendung des gesetzlichen Straftatbestandes führen konnte; tauglich ist er dagegen, wenn er dies kann bzw. konnte.[4] Es ist hiernach kein Begriffsmerkmal des tauglichen Versuchs, dass er nach Vornahme – ex post betrachtet – auch zur Vollendung des gesetzlichen Straftatbestandes geführt hat. Demnach bezieht sich die Unterscheidung der h.M. zwischen untauglichen und tauglichen Versuchen nicht auf die Differenz von Versuch und Vollendung, sondern sie bewegt sich vollumfänglich bereits in der Sphäre des Versuchs. Innerhalb der Sphäre des Versuchs sind taugliche und untaugliche Versuche zu unterscheiden.

Einen Unterschied in der Strafbarkeit macht die h.M. dabei zwischen beiden möglichen Arten des Versuchs im Ergebnis nicht, wenngleich sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht auf einen i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB tatbestandsirrtumsfreien Vorsatz, sondern umgekehrt – mit einem sog. umgekehrten Tatbestandsirrtum – auf einen in diesem Sinne tatbestandsirrtumsbegründeten Vorsatz zu gründen sucht.[5] An diesen systemwidrigen Umstand knüpft die These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs ihre strafrechtsdogmatische Kritik. Denn der für den untauglichen Versuch erforderliche Tatvorsatz ist bei Lichte betrachtet ein anderer als der für den tauglichen Versuch sowie für die Vollendung erforderliche Tatvorsatz: hier das Wollen der Tatbestandsverwirklichung in der *zutreffenden* Vorstellung ihrer Möglichkeit, dort das bloße Wünschen derselben in der *unzutreffenden* Vorstellung ihrer Möglichkeit, d.h. bei objektiv bestehender Unmöglichkeit.

III. Vorstellungs- und Kenntnisvorsatz, Identitäts- und Differenzthese

Herzberg hat daher einerseits ganz recht, wenn er gegen die anderslautende Auskunft der h.M. (Identitätsthese) bemerkt,

---

* Der *Autor* ist Mitarbeiter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie der Universität Regensburg und hat zuletzt Lehrstühle an den Universitäten Leipzig (SoSe 2023) und Konstanz (SoSe 2024) vertreten.

[1] *Heuser*, ZfIStw 3/2025, 286.

[2] Was mich betrifft, so habe ich mich mit einem über die Wahlfreiheit hinausreichenden Begriff der Freiheit i.S.d. Autonomie (d.h. Selbstgesetzgebung) des Willens ausführlich im Kontext von *Kants* Grundlegung der *praktischen* Philosophie befasst: JRE 26 (2018), 343–427.

[3] *Herzberg*, GA 2001, 257 (258 f.).

[4] Siehe etwa *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 98; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 22 Rn. 39.

[5] Seit RGSt 42, 92 ff.; BGHSt 42, 268 ff.

der für die Vollendung infolge eines tauglichen Versuchs erforderliche Vorsatz müsse ein anderer sein als der für den (untauglichen) Versuch erforderliche Vorsatz (Differenzthese): Während für die Vollendung ein irrtumsfreier „Kenntnisvorsatz" erforderlich sei, sei für den (untauglichen) Versuch lediglich ein womöglich irrtumsbehafteter „Vorstellungsvorsatz" erforderlich.[6] Wenn er aber ausgerechnet aufgrund dieser Unterscheidung auf der These von der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zu beharren sucht, macht er andererseits den eingestandenen Systembruch zum systematischen Neuansatz, d.h. die Not zur Tugend.

Möglicherweise war dieser aus der Not geborene Ansatz bis dato jedoch noch nicht in allen Einzelheiten durchdacht worden. Denn nunmehr belehrt *Herzberg* seinen Leser, dass der für den (untauglichen) Versuch erforderliche Vorstellungsvorsatz im Grunde identisch sei mit dem für die Vollendung erforderlichen Vorsatz, wenn er von der für maßgeblich gehaltenen Vorstellung urteilt:

> „Dies ist eine […] Kennzeichnung des Deliktsvorsatzes […], gleichermaßen gültig für den Täter des (untauglichen) Versuchs wie für den des vollendeten Delikts."[7]

Hierdurch wechselt er jedoch – zumindest in der Tendenz – von seiner einstigen Differenzthese zu einer neuen Identitätsthese; allerdings nicht zu derjenigen der h.M., sondern zu einer solchen, die für Versuch und Vollendung gleichermaßen nicht länger eine i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB irrtumsfreie, sondern lediglich noch irgendeine Vorstellung verlangt, mag sie irrtumsfrei oder irrtumsbehaftet sein:

> „Die [Irrtums-]Frage, auf die es für *Heuser* ankommt, ist in Wahrheit praktisch belanglos."[8]

Demnach wäre die Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB – konsequent – nicht nur für den beim Versuch, sondern ebenso für den bei der Vollendung erforderlichen Vorsatz obsolet, was selbstredend niemals offen eingeräumt werden wird, sodass *Herzberg* seinen Neuansatz auch jetzt längst nicht konsequent auf diese (vor-)letzte Spitze hinaustreibt.

IV. Herzbergs Unterscheidung

Herzbergs innovativer Auffassung von der überkommenen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs liegt in ihrem Changieren zwischen alter Differenz- und neuer Identitätsthese allerdings ein Verständnis der Unterscheidung von untauglichen und tauglichen Versuchen zugrunde, das sich von demjenigen der h.M. grundlegend unterscheidet, obwohl er sie im Ergebnis doch nur gegen gesetzlich begründete Einwände zu verteidigen sucht.[9] Denn diese Unterscheidung wird von ihm nicht länger – wie von der h.M. – auf die Sphäre des Versuchs bezogen, sondern mit der (anderen) Unterscheidung von Versuch (~ „untauglicher Versuch") und Vollendung (~ „tauglicher Versuch") gleichgeschaltet:

> „Zur Vollendung führen *kann* nur ein Versuch, der dies *tatsächlich tut*. Nur ein solcher Versuch ist ein ‚tauglicher'. ‚Untauglich' sind dagegen alle Versuche, die nicht zur Vollendung führen. […] Ein Deliktsversuch, der nicht zur Deliktsvollendung führt, der nicht in ihr aufgeht, ist immer ein untauglicher."[10]

Diese Bestimmung der Unterscheidung tauglicher und untauglicher Versuche, die den tauglichen *Versuch* als *Vollendung* (d.h. als etwas anderes) und den Versuch als *untauglichen* Versuch (d.h. als sein Gegenteil) definiert, ist aber mit derjenigen der h.M. unvereinbar. Denn nach h.M. ist nicht jeder im Versuch steckenbleibende Versuch, d.h. nicht jeder Versuch per se ein untauglicher, sondern nur ein solcher ist ein untauglicher Versuch, der von vornherein nicht zur Vollendung führen kann bzw. konnte. *Herzberg* urteilt von seiner eigenen Bestimmung daher mit Recht, sie klinge „befremdlich", indes nur, um sich im nächsten Satzteil zu Unrecht umso mehr davon zu überreden, sie sei „aber im Grunde selbstverständlich".[11] In Wahrheit macht *Herzberg* so die zeitlich erst nach ihm eintretende Vollendung, d.h. – ex post betrachtet – den Zufall, zum Begriffsmerkmal des Versuchs, soweit er ihn als tauglich attribuiert. Dieses Begriffsverständnis ist aber nichts weniger als selbstverständlich. Mit ihm geht zugleich ein gewandelter Begriff des untauglichen Versuchs einher, „denn man kann (und sollte) die Voraussetzung, dass ‚der Versuch überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte'" nach *Herzberg* „deterministisch verstehen",[12] d.h. dergestalt, dass er nicht zur Vollendung geführt hat.

V. Herzbergs Motiv

Dieser neue Begriff des Versuchs ist tatsächlich verwandt mit jenem alten Begriffsverständnis, das bereits *v. Buri* seiner Neubegründung der subjektivistischen Versuchstheorie 1862 zugrunde gelegt hatte,[13] mit dem Unterschied, dass dieses damals noch nicht gegen das (R)StGB verstoßen konnte, da es dieses noch nicht gab:[14]

---

[6] *Herzberg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 22 Rn. 36.
[7] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (687).
[8] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (688 – Klammerzusatz durch den *Verf.*).
[9] Auf diesen Widerspruch seiner Auffassung zur h.M. macht *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (685 Fn. 2), selbst aufmerksam.
[10] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (689).
[11] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (689).
[12] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (689).
[13] *v. Buri*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1862, S. 53 ff.
[14] Diesen Widerspruch seiner Theorie zum Gesetz hatte nach Inkrafttreten des RStGB 1871/1872 und vor seiner Ernennung zum Reichsgerichtsrat (1879) auch *v. Buri*, GA 25 (1877), 265 (310), selbst noch eingeräumt: „Der Meinung aber, daß auch nach dem Strafgesetzbuch die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht zu bezweifeln sei, […], steht die Erwägung entgegen, daß §. 43 St.G.B. einen objektiven Anfang der Ausführung verlangt, der untaugliche Versuch aber einen solchen Anfang nicht enthält, somit überhaupt nicht als Versuch erscheint, […]."

> „Denn bei *jedem* Versuche, dem s. g. tauglichen sowohl wie dem untauglichen, ist es jedesmal durch die eingetretene Unterbrechung des Verlaufs der verbrecherischen Thätigkeit gewiß, daß sich der Thäter nicht auf dem richtigen Wege zur Vollendung befunden habe. Es hätte vielmehr in *jedem* Versuchsfall von vornherein ein anderer Weg nach der Vollendung eingeschlagen werden müßen."[15]

Indem sich die Sphäre des Versuchs mit diesem Begriffsverständnis allerdings auf den untauglichen Versuch reduziert, bedeutet die Bestreitung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs scheinbar zugleich auch die Bestreitung der Strafbarkeit des Versuchs insgesamt. Es ist dies der entscheidende Vorwurf, den *Herzberg* nun gegen die These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs erhebt:

> „Wir sehen, dass für *Heuser* die [d.h. *Herzbergs*] Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch keine Rolle spielen kann und dass seine Lehre, zu Ende gedacht, die Strafbarkeit von Versuchen nicht einschränkt, sondern aufhebt."[16]

Und es war dies bereits der jene Autoren maßgeblich antreibende Horror, die wie *v. Buri* (aufgrund der Lehre von der objektiven Tatbestandslosigkeit des strafbaren Versuchs) oder *Köstlin* (aufgrund der Lehre vom umgekehrten Irrtum) vehement für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs stritten,[17] als sich seit etwa 1830 herauszukristallisieren begonnen hatte, dass es sich bei diesem um eine Irrtumskonstellation handelt.[18] Den Hegelianer *Köstlin*, und zwar am Anfang der Lehre vom umgekehrten Irrtum, sowie den Schopenhauerianer *Herzberg*, namentlich am Ende dieser unheilvollen Lehre, eint also noch heute die gemeinsam tief empfundene Angst, der Versuch müsse insgesamt für straflos erklärt werden, würde auch nur der untaugliche Versuch für straflos erklärt werden.

VI. „Kenntnis" i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

Die altehrwürdige Angst vor der Straflosigkeit des (tauglichen) Versuchs ist allerdings unbegründet, sofern man den Versuch nicht mit *Herzberg* als untauglichen Versuch definiert, sondern den untauglichen Versuch mit der h.M. als einen solchen Versuch auffasst, der von vornherein nicht zur Vollendung führen kann bzw. konnte. Demnach ist sowohl die Unterscheidung der h.M. zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen als auch die These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit der letzteren mit dem geltenden Strafgesetz vereinbar, ohne dass der (taugliche) Versuch insgesamt straflos wäre.

Dies alles ergibt sich aus einer Deutung des Merkmals „kennt" der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, welche die Feststellbarkeit einer *irrtümlichen* Vorstellung bei Prüfung des für den Versuch (§ 22 StGB) nach allgemeinen Regeln erforderlichen Vorsatzes (§ 15 StGB) nicht dadurch kurzerhand verunmöglicht, dass sie wahrheitsindifferent rein auf irgendeine *Vorstellung* abhebt. Denn gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelt nicht vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB, wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht „kennt", der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. In einem solchen Fall spricht man bekanntlich von einem den Vorsatz verunmöglichenden Tatbestandsirrtum. Die Frage stellt sich hierbei aber, was es heißt, einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Umstand (tatsächlicher Art) nicht zu „kennen"? Schließlich wird die Tat mit dem dazugehörigen Vorsatz vom Täter zunächst bloß antizipiert, sodass er seine Tat als eine bereits vollständig verwirklichte im Zeitpunkt der Vorsatzbildung bzw. ihrer anfänglichen Vornahme noch nicht wie einen objektiven Gegenstand der äußeren Welt „kennen" kann. Entscheidend kann also vielmehr lediglich ein praktisches Wortverständnis sein, das der Zeitstruktur des Vorsatzbegriffs der inneren Welt des Akteurs als Teilmoment der Tat gerecht wird. In diesem Punkt unterscheidet sich *Herzbergs* Auffassung – was dieser, wie es scheint, zu übersehen versucht – von derjenigen des *Verf.*

1. Herzbergs „Kenntnis"

Herzberg unterlegt seinem Begriff der Kenntnis einen Wissensbegriff im Sinne der Korrespondenztheorie, wonach etwas gewusst wird, wenn die subjektive Vorstellung hiervon mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmt. Dabei ergibt sich jedoch die theoretische Schwierigkeit, dass lediglich etwas bereits objektiv Verwirklichtes auch gewusst und damit in diesem Sinne gekannt werden kann, nicht aber etwas erst noch zu Verwirklichendes:

> „Denn man kann nicht ‚kennen', was nicht stattfindet und nicht stattgefunden hat; […]."[19]

Für die bei der Vornahme einer Handlung im Rahmen des Vorsatzes erforderliche Kenntnis ist dieser theoretische Wissensbegriff praktisch allerdings unbrauchbar, da es hierbei regelmäßig auch auf die „Kenntnis" von Umständen ankommt, die sich mit Vornahme der Handlung erst verwirklichen sollen, mithin noch nicht verwirklicht sind. Gewöhnlich behilft man sich insoweit nun damit, dass es nicht auf die echte Kenntnis in diesem Sinne, sondern lediglich auf die „Vorstellung" solcher Umstände ankommen soll,[20] womit anfänglich von der Richtigkeit/Falschheit einer solchen Vorstellung abstrahiert ist.

[15] *v. Buri*, GS 19 (1867), 60 (67).
[16] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (688 – Klammerzusatz durch den *Verf.*).
[17] *v. Buri* (Fn. 13), S. 56 f., 64, 67 f., 73 f., 76 f.; *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 358 Fn. 2; *ders*., System des deutschen Strafrechts, 1855, S. 225.
[18] Seit *Heffter*, Neues Archiv des Criminalrechts 12 (1832), 2. Stück (1831), 253 (279).
[19] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (687).
[20] *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 57 ff., 162 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 169.

a) Ein irriger Vorstellungsvorsatz als Grundform des Vorsatzes?

Herzberg radikalisiert diesen untunlichen Behelf nun aber noch zusätzlich, indem er sich sogar auf den Standpunkt stellt, „[…], so etwas kann man sich nur *irrig* vorstellen“[21]. Damit definiert er die für den Vorsatz im Sinne der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche „Kenntnis“ bereits per se als eine „irrtümliche Vorstellung“. Wenn sich die „Kenntnis“ aber als „irrige Vorstellung“ gegenüber der „Unkenntnis“ ausnehmen soll, dann ist die letztere (als non A im Verhältnis zu A) jedenfalls eine nicht irrige Vorstellung. Der bei Unkenntnis der maßgeblichen Umstände vorliegende Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB wäre demnach keine irrige Vorstellung. *Herzbergs* Definition der „Kenntnis“ i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB als Irrtum macht den Tatbestandsirrtum mithin einerseits unbegreiflich und andererseits zur Grundform des Vorsatzes, der schließlich für Versuch und Vollendung gleichermaßen Gültigkeit beanspruchen können soll,[22] d.h. er setzt einen irrigen Vorstellungsvorsatz als Grundform des Tatvorsatzes an. Insoweit tendiert *Herzberg* hinsichtlich des Vorsatzerfordernisses im Verhältnis von Versuch und Vollendung von seiner alten Differenzthese weg hin zu einer neuen Identitätsthese (siehe oben). Mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ist dies indes unvereinbar, denn nach dieser Vorschrift begründet allenfalls eine irrtumsfreie Vorschrift den Tatvorsatz.

b) Ein irrtumsindifferenter Vorstellungsvorsatz als Grundform des Vorsatzes?

Allerdings wird sich *Herzberg* insoweit im Zweifel kaum beim Wort nehmen lassen, sondern auf seiner alten Differenzthese beharren wollen. Denn er wartet noch mit einer weiteren Bestimmung des Kenntnisbegriffs auf, die sich scheinbar indifferent zur irrtümlichen Vorstellung verhält, mithin auf die bloße Vorstellung abstellt, und ihm daher ein Changieren zwischen irrtümlicher, nicht irrtümlicher und bloßer Vorstellung ermöglicht, so wie es zur Begründung der für richtig erachteten Ergebnisse jeweils gerade erforderlich erscheint:

> „Richtig gedeutet, lässt die Vorschrift für das ‚kennt‘ genügen, dass der Täter bei Begehung der Tat jeden ‚Umstand […], der zum gesetzlichen Tatbestand gehört‘, […] *ernsthaft für möglich hält*.“[23]

Auf dieser Grundlage ist es ihm ein Leichtes, sowohl die irrige Vorstellung beim untauglichen Versuch (z.B. eine Vogelscheuche zu töten) als auch die irrtumsfreie Vorstellung bei Vollendung (z.B. der Tötung eines Menschen) gleichermaßen als vorsatzbegründend anzusehen, da sich der Akteur in beiden Fällen die Tatbestandsverwirklichung ernsthaft als möglich „vorgestellt“ hat:

> „Unzweifelhaft handelt er dann mit Totschlagsvorsatz.“[24]

Doch mit seiner begrifflich angelegten Unfähigkeit zum Zweifel abstrahiert *Herzberg* lediglich von der Richtigkeit/Falschheit der maßgeblichen Vorstellung, indem er allein auf das Vorstellen als solches abhebt. Mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ist auch dies indes unvereinbar, denn nach dieser Vorschrift begründet allenfalls eine irrtumsfreie Vorstellung (z.B. einen anderen Menschen zu töten) den Tatvorsatz. Die Möglichkeit, zwecks der (Schein-)Begründung des je gerade benötigten Tatvorsatzes, zwischen nicht irrtümlicher Vorstellung (z.B. bei Tötung eines anderen Menschen) und bloßer Vorstellung (beim Schuss auf die Vogelscheuche) zu changieren, ist *Herzberg* nach geltendem Recht also verbaut. Folglich muss auch eine Auslegung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB dieser Begrenzung Rechnung tragen, indem sie diese Vorschrift beim Versuch nicht schlicht zum Verschwinden bringt. Eine solche Auslegungsmöglichkeit liegt aber der These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs (z.B. eine Vogelscheuche zu töten) zugrunde, gegen die sich *Herzberg* mit Identitäts- und Differenzthesen zu wehren versucht.

2. Heusers „Kenntnis“

Will man dem Begriff der Kenntnis im Kontext des Tatvorsatzes einen Wissensbegriff im Sinne der Korrespondenztheorie unterlegen, so ist dies nicht unvermittelt möglich, weil die praktisch noch nicht verwirklichte Tat zwar schon in der subjektiven Vorstellung des Akteurs vorgestellt sein mag, aber noch nicht in der objektiven Wirklichkeit verwirklicht ist. Die maßgebliche Modalität der erforderlichen Erkenntnis kann demnach nicht unmittelbar die der *Wirklichkeit*, sondern lediglich die der *Möglichkeit* sein. Insoweit weiß sich der *Verf.* einig mit *Herzberg* sowie der Möglichkeitstheorie des Vorsatzes, dass für das Kenntnismoment des Tatvorsatzes unmittelbar auf die Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung abzuheben ist.

Entgegen *Herzberg* sowie allen übrigen Anhängern der (Irr-)Lehre vom umgekehrten Irrtum reicht zur Kenntnisbegründung im Rahmen der Tatvorsatzes aber nicht schon die bloße Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aus, weil andernfalls von der Richtigkeit/Falschheit der Vorstellung in Widerspruch zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gänzlich abstrahiert wäre. Erforderlich für die Kenntnisbegründung ist ein mittelbarer Bezug auf die Erkenntnismodalität der Wirklichkeit, mithin die Vorstellung einer *möglichen Wirklichkeit* der Tatbestandsverwirklichung, d.h. die *zutreffende* (= irrtumsfreie) Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Die Vorstellung einer *unmöglichen Wirklichkeit* der Tatbestandsverwirklichung, d.h. die *unzutreffende* (= irrige) Vorstellung ihrer Möglichkeit, reicht deshalb gerade nicht aus, um die für den Tatvorsatz erforderliche Kenntnis zu begründen. Andernfalls würde § 16 Abs. 1 S. 1 StGB leerlaufen. Wollte man im Rahmen des Versuchs die unzutreffende Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ausreichend sein lassen, so wäre unklar, weshalb im Rahmen der Vollendung allein die zutreffende Vor-

[21] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (687 – *Hervorhebung* durch den *Verf.*).
[22] Siehe oben Fn. 7.
[23] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (687).
[24] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (687).

stellung derselben ausreichend sein sollte, wenn doch der Versuch eine notwendige Vor- und Durchgangsstufe der Vollendung ist.

3. Die „Bewährungsprobe" an „drastischeren Beispielen"

In seiner Replik hat *Herzberg* dem *Verf.* vorgehalten, davor zurückzuscheuen, die These der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs „mit drastischeren Beispielen auf die Bewährungsprobe zu stellen"[25]. Die Erwiderung auf dessen Replik gibt nun auch insoweit Gelegenheit zum Beweis des Gegenteils. Denn der *Verf.* muss die fallweise Probe auf's Exempel – wie bereits die vorstehenden Überlegungen deutlich gemacht haben dürften – mit seiner Interpretation von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB durchaus nicht scheuen. Sie wird vielmehr anhand einiger der von *Herzberg* gebildeten Fallkonstellationen aufzeigen, dass die Auffassung des *Verf.* nicht zu den absurden Ergebnissen führt, von denen jener gerne hätte, dass sie dahinführt.

a) Das Eingangsbeispiel zum versuchten Werklohnbetrug

Mit seinem Eingangsbeispiel zeichnet *Herzberg* einen typischen Fall des (in der Diktion der h.M.) tauglichen Versuchs, der nach dessen abweichender Diktion untauglich gewesen sein musste, und der infolgedessen nach angeblicher Ansicht des *Verf.* zur Straflosigkeit führen solle:[26] Der versuchte Betrug scheitert, weil das präsumtive Betrugsopfer die Wahrheit der täuschungsgegenständlichen Tatsache kennt.[27] Wenn *Herzberg* hierbei aber zum Zwecke seiner Beweisführung aus dieser Konstellation eines tauglichen Versuchs am tauglichen Objekt einen „Versuch am untauglichen Objekt" – gleich dem Schuss eines gedungenen Mörders auf eine Vogelscheuche – machen zu können glaubt, um hierauf, und zwar mit einem alsdann in der Tat absurden Ergebnis, die Behauptung des *Verf.* von der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs zu beziehen, so verkennt er, dass gesetzlich erforderliches Tat- bzw. Täuschungsobjekt des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB lediglich ein anderer Mensch ist, nicht aber ein solcher in Unkenntnis der Wahrheit. Der Versuch in der geschilderten Konstellation ist jedoch tauglich und strafbar nicht etwa deshalb, weil sich der Akteur die Möglichkeit der Täuschung eines tauglichen Täuschungs- bzw. Tatobjekts *vorgestellt* hat, wie *Herzberg* im Ergebnis annimmt, sondern weil er sich diese Möglichkeit *zutreffend* vorgestellt hat. Diese zutreffende Vorstellung des Tatobjekts wird schließlich auch nicht dadurch unzutreffend im Sinne der gesetzlichen Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, dass eine Täuschungshandlung gegenüber dem konkreten Individuum des konkret vorgesetzten Tatobjekts infolge von dessen Wahrheitskenntnis in concreto nicht erfolgsversprechend gewesen sein mag. Denn die Tauglichkeit der Täuschungshandlung ist nach der Gesetzesfassung abhängig von der generellen Möglichkeit einer Irrtumserregung durch Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen (z.B. durch unrichtige Anrechnung nicht geleisteter Arbeitsstunden), nicht aber von der Wahrheitsunkenntnis der Person des Tat- bzw. Täuschungsobjekts. Bei Lichte betrachtet besteht somit im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, Einigkeit in Beurteilung des geschilderten Falles. Allerdings rückt *Herzbergs* Darstellung des Eingangsbeispiels die These des *Verf.* gleich zu Beginn seiner Replik in ein falsches Licht.

b) Die vermeinte Tötung einer Leiche

Herzbergs zweites Beispiel ist der klassische Fall der versuchten Tötung einer Leiche.[28] In dieser Konstellation liegt nun tatsächlich ein Fall des untauglichen Versuchs am untauglichen Objekt vor. Gesetzlich erfordertes Tatobjekt eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB ist ein anderer Mensch, nicht eine Leiche bzw. Sache. An einer solchen kann der Totschlag also nicht ausgeführt werden, sodass die Verwirklichung des Straftatbestands von vornherein objektiv unmöglich ist bzw. war. Die subjektiv gewiss vorhanden gewesene Vorstellung des Akteurs, durch den Schuss auf einen für lebendig gehaltenen Toten einen anderen Menschen objektiv töten zu können, entspricht zwar der Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Entgegen den von *Herzberg* kurzerhand einvernommenen Laienrichtern – mögen diese auch, anders als „der große Haufen", allesamt „tiefdenkende Geister" im *Schopenhauer*'schen Sinne gewesen sein – reicht dies zur Vorsatzbegründung im Rahmen des Versuchs nach geltendem Recht jedoch nicht aus, da es insoweit auf die Mindestvorstellung einer möglichen Wirklichkeit der Tatbestandsverwirklichung ankommt, andernfalls es an einer irrtumsfreien Vorstellung i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB fehlt. Dies ist hier aber der Fall. Die subjektive Vorstellung des Akteurs, durch den Schuss auf einen für lebendig gehaltenen Toten einen anderen Menschen objektiv töten zu können, ist objektiv unzutreffend, d.h. irrig i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, sodass der Akteur – wie das Gesetz anerkennt – nicht vorsätzlich handeln konnte, mag er dies irrig dafür selbst umso mehr gewünscht haben. Der tatohnmächtige Wunsch der Tatbestandsverwirklichung begründet schließlich nicht den im Rechtssinne für einen strafbaren Versuch erforderlichen Tatvorsatz, sondern allenfalls den falschen Schein eines solchen. Die von *Herzberg* einvernommenen Laienrichter haben als Zeugen für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs also schlicht zwischen Sein und Schein nicht unterschieden, konnten dies indes allerdings auch nicht, sofern sie sich an dessen Bestimmung des Tatvorsatzes als bloße Möglichkeitsvorstellung gehalten haben.

c) Die Verabreichung eines vermeintlichen Gifts zwecks Tötung

Das dritte Beispiel betrifft den kaum weniger klassischen Fall der Verabreichung eines vermeintlichen Gifts zwecks Tötung.[29] In diesem Fall liegt ein untauglicher Versuch mit untauglichem Handlungsmittel vor. Gesetzlich erforderte Tat-

[25] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (686).
[26] Wenn im Folgenden die Unterscheidung un-/tauglicher Versuche verwendet wird, so wird damit das Begriffsverständnis der h.M. zugrunde gelegt, nicht aber das abweichende *Herzbergs*, es sei denn, dies wäre ausdrücklich gekennzeichnet.
[27] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (685).
[28] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (686).
[29] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (686).

handlung eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB ist eine zur Tötung eines anderen Menschen geeignete, d.h. erfolgskausal mögliche Handlung (gleich welcher Art). Mit einer hierzu ungeeigneten Handlung, d.h. mit einer erfolgskausal nicht möglichen Handlung, kann ein Totschlag also nicht ausgeführt werden. Durch die Verabreichung einer nur für giftig (letal) gehaltenen Substanz ist bzw. war die Verwirklichung des Straftatbestands daher von vornherein objektiv unmöglich. Auch hier entspricht die subjektiv gewiss vorhanden gewesene Vorstellung der Akteurin, durch die Verabreichung einer für giftig (letal) gehaltenen Substanz einen anderen Menschen objektiv töten zu können, zwar der Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung, nicht aber der Vorstellung einer möglichen Wirklichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Infolge der somit unzutreffenden Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung handelte die Akteurin – wie § 16 Abs. 1 S. 1 StGB anerkennt – nicht vorsätzlich, sodass eine Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Versuchsdelikts nicht begründet ist.

Problematischer sind insoweit gewiss jene Fälle, bei denen die Letalität der Handlung erst durch eine Überdosierung einer sonst neutralen Substanz (z.B. Salz) oder durch die Hochdosierung eines sonst beim Menschen nicht letal wirkenden Gifts (z.B. Detmol) hergestellt werden muss und der Akteur in der konkreten Anwendung einem Dosierungsirrtum erliegt. In solchen Fällen dürfte die Beurteilung der Un-/Tauglichkeit davon abhängig sein, ob sich der Akteur die Möglichkeit der Tötung eines anderen Menschen mittels Über- bzw. Hochdosierung der konkreten Substanz überhaupt zutreffend vorgestellt hat (tauglicher Versuch) oder nicht (untauglicher Versuch). Der vom BGH entschiedene Detmol-Fall[30] dürfte vor diesem Hintergrund unrichtig von einem untauglichen Versuch ausgegangen sein, da sich die Akteurin die bestehende Möglichkeit, einen anderen Menschen durch Dosierung des Insektengifts Detmol zu töten, zutreffend vorgestellt hatte, mithin lediglich in der konkreten Anwendung einem Dosierungsirrtum erlegen war.[31] Sie hatte also gerade nicht verkannt, dass der Versuch nach der Art des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen konnte (§ 23 Abs. 3 StGB), eben weil der Versuch nach Art des Mittels (letal wirkendes Insektengift) zur Vollendung gelangen konnte.

VII. Fazit

Es würde zu weit führen, auch die übrigen von *Herzberg* angeführten Beispielsfälle im Einzelnen ad nauseam zu besprechen. Deutlich geworden sein dürfte schon jetzt, wie sich das aus der Interpretation von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gewonnene Beurteilungsprinzip in der Unterscheidung von tauglichen und untauglichen Versuchen applizieren lässt, ohne dass – wie von *Herzberg* insinuiert – eine in der Tat absurde Straflosigkeit tauglicher Versuche droht (z.B. bei fehlgehendem Schuss auf ein zutreffend erkanntes Tatobjekt). Das von ihm gerügte „Grundgebrechen der *heuser*schen Lehre“[32] besteht also nicht, sofern man dieser Lehre nicht diejenige Missdeutung der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unterschiebt, der *Herzberg* selbst aufsitzt. *Herzbergs* Deutung der maßgeblichen Zusammenhänge, die nicht zwischen einer bloßen Vorstellung und ihrer Richtigkeit/Falschheit unterscheidet, führt hingegen zur Überwindung und Ausschaltung dieser Irrtumsvorschrift, nicht nur beim Versuch, sondern – konsequent – auch bei der Vollendung. Als Determinist meint er, nicht anders zu können. Doch dem Weg ins *herzberg*sche Vorstellungs- und Einbildungsstrafrecht steht bislang noch immer das geltende Gesetz entgegen, sodass auch er die geforderte Unterscheidung als Jurist vornehmen können muss und vornehmen kann. Vor diesem Hintergrund wird von der behaupteten Einbildungsstrafbarkeit des untauglichen Versuchs dereinst endgültig Abschied zu nehmen sein. Sie ist weder ein Natur- noch ein Rechtsgesetz, d.h. niemand determiniert *Herzberg* zu der Annahme der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs – außer der ihm unterlaufen(d)e Irrtum über den Irrtum.

[30] BGHSt 41, 94.

[31] BGHSt 41, 94 (96): „Die Angeklagte irrte hier nicht über die grundsätzliche Eignung von Insektengift zur Tötung, ihre Fehlvorstellung bezog sich lediglich auf die tatsächliche Beschaffenheit des von ihr gewählten und in seiner giftigen Konzentration für ausreichend gehaltenen Mittels. Es handelt sich um einen Irrtum über die erforderliche Dosis.“

[32] *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (687).

„Femizide“ und Kriminalpolitik

Von Prof. Dr. **Tonio Walter**, Regensburg*

Der Beitrag referiert kritisch, was über „Femizide“ rechtstatsächlich bekannt ist (Stand Oktober 2025), und spricht sich dagegen aus, das Geschlecht des Opfers und/oder des Täters zu einem strafschärfenden Merkmal zu machen. Ferner macht er darauf aufmerksam, dass Tötungs- wie auch andere Gewalttaten deutlich häufiger Männer zu Opfern haben als Frauen und dass die Diskussion über Änderungen des Strafrechts und über präventive Maßnahmen diese männlichen Opfer bislang und zu Unrecht fast vollkommen ausblendet.

I. Einleitung

1. „Femizide“ als kriminalpolitisches Thema

Viele Juristen, Politiker und Journalisten fordern, „Femizide“ härter zu bestrafen.[1] Als „Femizid“ bezeichnet man jedenfalls und vor allem Morde, deren Opfer Frauen sind und die begangen werden, weil der Täter – ob er ein Mann sein muss, ist umstritten – Frauen hasst oder, häufiger, sich die Herrschaft über das Leben einer Frau anmaßt, weil sie eine Frau ist, und sich dann sinngemäß auf dieses vermeintliche Herrschaftsrecht beruft, wenn er die Frau aus dem zusätzlichen Grund ermordet, dass sie sich nicht wie von ihm gewünscht verhält, vor allem sich von ihm trennt (Trennungsmord) oder religiöse oder kulturelle Normen missachtet, die der Täter für verbindlich hält („Ehrenmord“).

Ist das Motiv schierer Frauenhass, spielt die Identität der Frau für den Täter nur eine untergeordnete Rolle und ist ihr Geschlecht das vorrangige und unmittelbare Motiv; in diesen Fällen lässt sich tatsächlich sagen, die Frau werde ermordet, „weil sie eine Frau ist“. Weniger klar ist das in den anderen Fällen der Trennungs- und der „Ehrenmorde“. Denn bei ihnen ist das Geschlecht des Opfers nicht das Motiv des Täters, sondern die Voraussetzung dafür, dass er sich aufgrund des Verhaltens des Opfers berechtigt wähnt – bei den „Ehrenmorden“ oft auch verpflichtet –, die Frau zu töten. Mit anderen Worten wirkt sich das Geschlecht des Opfers in diesen Fällen lediglich mittelbar auf das Tatmotiv aus. Ferner ist in diesen Fällen die Identität des Opfers für den Täter nicht nachrangig, sondern entscheidend. Er ermordet die Frau nicht, weil sie eine Frau ist, sondern weil sie eine ganz bestimmte Frau ist, die ganz bestimmte Handlungen vollzogen oder ganz bestimmte Dinge gesagt hat.

Ich habe die oben beschriebenen Taten bis hierher ohne weiteres als Morde bezeichnet, weil sie dies bereits nach geltendem Recht sind. Denn der Bundesgerichtshof subsumiert alle diese Fälle dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe, und das beanstandet so gut wie niemand – zu Recht.[2] Die kriminalpolitische Frage, die sich noch stellt, ist daher wie folgt zu präzisieren und zu untergliedern, erstens: Sollten diese Fälle *ausdrücklich* erfasst, heißt als ausformulierte Spezialregelung in das Gesetz eingefügt werden; sei es als weiteres Mordmerkmal in § 211 StGB oder als neuer Qualifikationstatbestand zu § 212 StGB? Zweitens: Sollten über die oben beschriebenen Fälle hinaus weitere Varianten der Tötungsdelikte an Frauen und Mädchen mit einer höheren Strafe als der des § 212 StGB bedroht werden, *sofern* das geltende Recht und die Rechtsprechung dies bislang nicht gestatten?

Ich werde im Folgenden beide Fragen verneinen, soweit es um Vorschläge geht, die für das Opfer – oder für das Opfer und den Täter – ein bestimmtes Geschlecht verlangen.[3] Denn solche Vorschläge missachten sowohl Art. 3 GG als auch den Grundsatz des Humanismus, dass alle Menschen unabhängig von ihrem Geschlecht den gleichen Wert haben: Kein Geschlecht des Täters kann seine Tat verwerflicher und kein Geschlecht des Opfers dessen Tod beklagenswerter machen. Und daher spielen in den Augen des Humanismus das Geschlecht des Täters und das des Opfers für die Strafwürdigkeit einer Tat keine Rolle. Ausnahmen sind nur denkbar für Taten, die sich gegen ein biologisches Merkmal richten, wenn nur ein Geschlecht dieses Merkmal aufweist und wenn es für dieses Merkmal keine Entsprechung beim anderen Geschlecht gibt. Theoretisch denkbar wäre es daher, die Verletzung der weiblichen Brust, der Gebärmutter sowie die Verletzung einer Schwangeren zu Tatbestands- oder zu qualifizierenden Merkmalen zu machen. Hiervon abgesehen bleibt es aber dabei, dass das Geschlecht eines Menschen ihn weder als Opfer beklagenswerter noch sein Handeln als Täter verwerflicher machen kann.

Unbenommen bleibt, dass es statistische Zusammenhänge geben kann zwischen dem Geschlecht des Täters oder des Opfers und *anderen* Teilen des Sachverhalts, die für die Strafwürdigkeit sehr wohl eine Rolle spielen; etwa dass ein männlicher Täter die körperliche Schwäche eines weiblichen Opfers ausnutzt (auch wenn dieses Beispiel vielleicht eher für ein Klischee steht als für einen realen statistischen Zusammenhang). Doch solche statistischen Zusammenhänge sind für die Ausgestaltung des Strafgesetzes ohne Belang. Denn

---

* Der *Autor* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht an der Universität Regensburg und Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D.

[1] Siehe stellvertretend eine Stellungnahme der Rechtspolitiker der SPD: „lebenslange Haft für Femizide“, hier zitiert nach Spiegel online v. 7.3.2023, abrufbar unter https://www.spiegel.de/politik/deutschland/gewalt-gegen-frauen-spd-rechtspolitiker-fordern-lebenslange-haft-fuer-femizide-a-48368a0d-094c-4750-81cc-ed6697ff052b (28.10.2025).

[2] Siehe etwa *H. Schneider*, ZRP 2021, 183 (183 und 186) zum Motiv des Frauenhasses sowie BGHSt 3, 180 (183) und *H. Schneider*, ZRP 2021, 183 (185), ferner *ders.*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 211 Rn. 104 zu dem Motiv der „exklusiven Besitzansprüche“ mit weiteren Nachweisen. Siehe auch *H. Schneider* (a.a.O.), § 211 Rn. 106.

[3] So schon *H. Schneider*, ZRP 2021, 183 (186). Er schlägt zur angemesseneren Bestrafung von Trennungstötungen ausschließlich vor, in § 46 StGB ein Vorverschulden des Täters zu einem allgemeinen Strafschärfungsgrund zu machen.

das Strafgesetz hat auch in statistisch atypischen Fällen für Gerechtigkeit zu sorgen.

Etwaige statistische Zusammenhänge spielen für die Ausgestaltung der Strafvorschriften zu den Tötungsdelikten selbst dann keine Rolle, wenn man diesen Vorschriften mit Donald Trump, aber entgegen allen empirischen Erkenntnissen präventive Wirkung zuschriebe.[4] Denn selbst wenn sie die hätten, verletzte es sowohl Art. 3 GG als auch den humanistischen Grundsatz der Gleichwertigkeit der Geschlechter, eine solche präventive Wohltat nur einem Geschlecht zugutekommen zu lassen. Und auch dafür spielte es keine Rolle, wenn von einer solchen Wohltat ein Geschlecht statistisch häufiger profitieren könnte als ein anderes. Denn das wäre doch kein Grund, dem statistisch weniger profitierenden Geschlecht einen (vermeintlichen) Schutz zu streichen, den man ihm (vermeintlich) ganz ebenso zukommen lassen könnte wie dem statistisch stärker profitierenden Geschlecht. Vielmehr wäre eine solche Schutzverweigerung eine lehrbuchmäßige Missachtung der Verteilungsgerechtigkeit (iustitia distributiva).

Unbenommen bleibt bei alldem ferner, dass §§ 211 ff. StGB so oder so reformiert werden müssen. Dazu verweise ich auf einen Vorschlag, den ich 2014 veröffentlicht habe; übrigens einschließlich eines neues Mordmerkmals „wenn der Täter einen anderen wegen dessen Geschlechts tötet“.[5]

2. Überblick über das Folgende und Zusammenfassung

Das Folgende (II.) widmet sich zunächst der Rechtswirklichkeit der „Femizide“ und der immer wieder irreführenden bis bizarr falschen Berichterstattung über sie. Denn das Hauptargument der kriminalpolitischen Initiativen zugunsten einer härteren Bestrafung von „Femiziden“ sind falsche Annahmen zu dieser Rechtswirklichkeit. Es wird sich ergeben, dass wir erstens über die Fallzahlen viel weniger wissen, als ständig suggeriert wird, dass es zweitens nicht plausibel ist, von steigenden Fallzahlen auszugehen, und dass drittens die meisten der behaupteten Fallzahlen zu „Femiziden“ schon deshalb kriminalpolitisch wertlos sind, weil man ihnen nie die entsprechenden Zahlen zu den Tötungsdelikten an Männern gegenüberstellt, sondern darauf setzt, dass bereits die absoluten Zahlen der Taten gegenüber Frauen ein hinreichender Grund seien, zugunsten von Frauen zu handeln – während die Männer als Opfergruppe vollständig gleichgültig bleiben. Außerdem werde ich ein Fragezeichen hinter die verbreitete These setzen, dass Trennungstötungen stets auch Trennungsmorde seien; dass die Täter also praktisch immer aufgrund „patriarchalen Besitzdenkens“ oder ähnlich zu beschreibender Motive handelten. Ferner werde ich dafür plädieren – in Übereinstimmung mit praktisch tätigen Experten –, den Begriff des „Femizids“ aus der kriminalpolitischen Diskussion zu verabschieden, weil er in der Wirklichkeit der gesprochenen Sprache stets überdurchschnittlich unklar bleiben wird und weil er jedenfalls nutzlos ist, da er weder zu mehr Gerechtigkeit beitragen kann noch zu einer besseren Gewaltprävention.

Der anschließende Teil (III.) knüpft an den Befund an, dass sich Rechtswissenschaft und Politik zwar intensiv für Gewaltdelikte an Frauen interessieren, aber so gut wie überhaupt nicht für die viel zahlreicheren Gewaltdelikte an Männern. Als Hauptargument für diese Einseitigkeit hört man meist, dass doch auch die Täter von Gewaltdelikten überwiegend Männer seien. Das trifft zwar insgesamt zu, kann aber Opfer männlichen Geschlechts nicht irrelevant werden lassen. Denn bei diesen Opfern handelt es sich um *andere* Männer, und das Leid eines Menschen wird nicht dadurch unbeachtlich, dass er mit dem gleichen Geschlecht zur Welt gekommen ist wie sein Peiniger. Zu erklären ist das rechtswissenschaftliche und kriminalpolitische Desinteresse am Leid von Männern und Jungen nur mit der allgemeinen „Empathielücke“ zum Nachteil des männlichen Geschlechts (gender empathy gap). Sie hat evolutionsbiologische Ursachen: Will eine Gemeinschaft von Menschen biologisch überleben, braucht sie gebärfähige Frauen deutlich dringender als zeugungsfähige Männer. Diese krude Tatsache beherrscht noch immer unser Denken, doch dieses Denken widerspricht dem humanistischen Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Menschen sowie Art. 3 GG und muss daher neutralisiert werden, wenn es darum geht, die Rechtsordnung auszugestalten.

Der Schlussteil (IV.) führt zunächst noch einmal aus, was hier schon bislang stillschweigend vorausgesetzt worden ist und in der Diskussion um die gesetzliche Ausgestaltung der Tötungsdelikte besondere Beachtung verlangt: Kriminalstrafen können nur eines verlässlich, und zwar durch Vergeltung für Gerechtigkeit sorgen. Daher können sie auch nur diesen einen Hauptzweck haben. Demgemäß muss es die Aufgabe des Kriminalstrafrechts sein, die Strafen zu bestimmen, die als gerechte Vergeltung angemessen sind, wenn jemand grundlegende Werte der Rechtsgemeinschaft missachtet. Zu diesen Werten gehört die humanistische Regel, dass das Geschlecht eines Menschen rechtlich im Grundsatz ohne Belang zu sein hat. Daher dürfen auch die Strafvorschriften zu den Tötungsdelikten nicht danach unterscheiden, welches Geschlecht das Opfer oder der Täter hat: Gerechtigkeit kennt kein Geschlecht.

II. Lauter „Femizide“?

1. Eine Zahl macht Karriere

Eine Zahl macht seit Dezember letzten Jahres Karriere, die 360. So viele Femizide, heißt es, gebe es in Deutschland jährlich; also fast jeden Tag einen! Die Tagesschau etwa ließ (und lässt) uns wissen: „Im Jahr 2023 wurden 360 Frauen in Deutschland getötet – weil sie Frauen waren.“[6]

[4] Zu Trump tagesschau v. 27.8.2025, abrufbar unter https://www.tagesschau.de/ausland/amerika/trump-todesstrafe-washington-100.html ([28.10.2025]: Todesstrafe als „sehr wirksame Präventionsmaßnahme“. Allgemein zur vermeintlich präventiven Wirkung höherer Kriminalstrafen jüngst etwa *Rebmann/Maier*, KriPoZ 2024, 404 (404: „fehlende Evidenz“).

[5] *T. Walter*, NStZ 2014, 368.

[6] Tagesschau v. 19.11.2024, abrufbar unter https://www.tagesschau.de/inland/straftaten-frauen-statistik-100.html (28.10.2025).

Und das gleiche schrieben (und schreiben) der „Stern“,[7] die „Zeit“[8] und eine Reihe weiterer Medien. Der Bremer Justizsenator hat das gleiche der „Welt“ gesagt („In Deutschland wird fast jeden Tag eine Frau oder ein Mädchen aufgrund ihres [sic] Geschlechts ermordet“)[9], in die LTO und beck-online[10] hat es die 360 auch schon geschafft[11], und neulich war sie sogar an der Tafel meines Hörsaals zu sehen; Aktivisten hatten sie dort hingeschrieben, nachdem ich mir in der Vorwoche erlaubt hatte, einen fiktiven § 212a StGB zu „Femiziden“ straftheoretisch zu erörtern.[12] Was hat es mit dieser Zahl auf sich? Und wo kommt sie her?

2. Die Realität

a) Die Falschpropaganda des BKA

Die zweite Frage ist schnell geklärt: Die 360 kommt aus der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) für 2023. Genauer: aus dem Lagebild „Geschlechtsspezifisch gegen Frauen gerichtete Gewalttaten“, dessen Daten das Bundeskriminalamt (BKA) aus der PKS zieht. Schon in der Zusammenfassung dieses Lagebildes heißt es: „Insgesamt wurden 360 Mädchen und Frauen Opfer vollendeter Taten. Demnach gab es 2023 *beinahe jeden Tag einen Femizid* in Deutschland.“ Die *Hervorhebung* findet sich bereits im Original[13] – dort im Fettdruck – sowie in der Pressemitteilung des BKA zur Vorstellung des Lagebildes.[14] Von dort aus war der Weg in die Berichterstattung nicht weit.

Interessanter ist die Frage, wie das BKA auf diese Zahl kommt. Wer ihr nachgeht, muss bereit sein, innere Schmerzen auszuhalten. Jedenfalls wenn er gewohnt ist, folgerichtig zu denken. Es beginnt analytisch noch einigermaßen zutreffend, wenn die Autoren des Lagebildes zunächst festhalten, „Femizide“ würden „allgemeinhin [sic] verstanden als Tötungsdelikte […] aufgrund einer von der Annahme geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit gegen Frauen geleiteten [will sagen: gerichteten] Tatmotivation“ (Lagebild S. 36). Sie äußere sich „insbesondere in einer ablehnenden Einstellung der tatbegehenden Person [sic] zur Gleichwertigkeit und Gleichberechtigung der Geschlechter und resultiert aus nach wie vor bestehenden patriarchalen Denkmustern und Strukturen“ (a.a.O.). Entscheidend sein soll also das Tatmotiv. Es muss auf die eine oder andere Art frauenfeindlich sein, und wenn es hierzu auch im Detail Unterschiede in einzelnen Definitionen des „Femizids“ geben mag, so besteht doch Einigkeit darüber, dass eine solche Tat nicht nur vom Geschlecht des Opfers gekennzeichnet wird – das weibliche, vielleicht auch „diverse“, jedenfalls nicht männliche –, sondern auch und entscheidend vom Motiv des Täters.

Dazu, was sich zu diesem Motiv aus der PKS ablesen lässt, folgen in unserem Lagebild sodann erfreulich klare und im Wesentlichen zutreffende Sätze: „Eine Erfassung von tatauslösenden Motiven erfolgt in der PKS nicht. Damit ist unklar, ob es sich bei den erfassten Fällen um geschlechtsspezifisch gegen Frauen gerichtete Straftaten handelte.“ Falsch ist zwar, dass die PKS überhaupt keine „tatauslösenden Motive“ erfasse. Denn das tut sie natürlich überall dort, wo ein Straftatbestand ein bestimmtes Tatmotiv verlangt; etwa bei der Begünstigung, § 257 StGB, die Absicht, Vorteile aus der Vortat zu sichern. Richtig ist aber, dass sie nirgends das Tatmotiv „Frauenfeindlichkeit“ oder „patriarchales Denkmuster“ erfasst – oder was sich sonst noch denken ließe, um einen „Femizid“ zu definieren.

Folgerichtig hätte das Lagebild im Anschluss sagen müssen: „Daher können wir leider keine Angaben dazu machen, wie viele Femizide es in Deutschland 2023 gegeben hat.“ Aber diese logisch unausweichliche Schlussfolgerung wäre politisch unbrauchbar gewesen. Denn in der kriminalpolitischen Diskussion spielen „Femizide“ bereits seit geraumer Zeit eine Rolle, diese Rolle wächst stetig, und da hätte niemand Verständnis dafür, wenn die zuständigen Stellen zu diesem Phänomen nichts mitzuteilen wüssten. Außerdem haben das BKA und die Innenminister generell ein politisches Interesse daran, neue, möglichst bedrohliche und möglichst

[7] Stern v. 19.11.2024, abrufbar unter https://www.stern.de/news/zahl-von-gewalt-betroffener-frauen-steigt---paus--hilfegesetz-schnell-beschliessen-35240838.html (28.10.2025).

[8] Die Zeit v. 19.11.2024, abrufbar unter https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2024-11/bundeslagebericht-straftaten-frauen-sexualdeliktbaeusliche-gewalt-menschenhandel (28.10.2025).

[9] Tagesschau v. 9.6.2025, abrufbar unter https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/innenministerkonferenz-fussfessel-100.html (28.10.2025).

[10] Sogar doppelt, siehe Redaktion beck-aktuell, becklink 2032579 v. 19.11.2024, abrufbar unter https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fdok%2Fbecklink%2F2032578.htm&pos=15&hlwords=on (28.10.2025) und FD-StrafR 2024, 824033, abrufbar unter https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffdstrafr%2F2024%2Fcont%2Ffdstrafr.2024.824033.htm&pos=10&hlwords=on (28.10.2025).

[11] *Mathy*, LTO v. 4.6.2025 (abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/57309 [28.10.2025]): „360 Femizide als vollendete Tötungsdelikte“.

[12] Er lautete wie folgt:
„§ 212a Femizid.
Ist der Totschläger männlichen und sein Opfer weiblichen oder diversen Geschlechts und begeht der Täter die Tat aus Wut oder Enttäuschung darüber, dass das Opfer eine private Beziehung oder Ehe mit ihm beendet hat oder nicht fortsetzen will, oder darüber, wie sich das Opfer nach dem Ende einer solchen Beziehung oder Ehe ihm gegenüber verhalten hat, so wird er gleich einem Mörder bestraft.“

[13] BKA, Geschlechtsspezifisch gegen Frauen gerichtete Straftaten, Bundeslagebild 2023, abrufbar unter https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/StraftatenGegenFrauen/StraftatengegenFrauenBLB2023.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (28.10.2025).

[14] BKA, Pressemitteilung v. 19.11.2024, abrufbar unter https://www.bka.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Presse_2024/pm241119_BLB_Straftaten_gegen_Frauen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (28.10.2025).

wachsende Kriminalitätsphänomene auszumachen; denn die bedeuten für sie immer ein Plus an Daseinsberechtigung, und jede Institution ist im Kampf um begrenzte staatliche Aufmerksamkeit und Ressourcen bestrebt, die eigene Notwendigkeit zu untermauern.

Unser Lagebild betreffend „geschlechtsspezifisch gegen Frauen gerichtete Gewalttaten“ hätte also zum Thema „Femizid“ redlicherweise passen müssen. Und das sagt es zunächst auch ausdrücklich: in den oben zitierten Sätzen, dann aber auch noch in dem Satz, der ihnen folgt (*Hervorhebung* von mir): „Tötungsdelikte an Frauen können also über die Daten der PKS *nicht* als Femizide im Sinne des allgemeinen Verständnisses ‚Tötung einer Frau, weil sie eine Frau ist‘ interpretiert werden“ (im Lagebild noch immer S. 36). Und wie gesagt können sie dies auch sonst in keinem Sinne, der auch nur zu irgendeiner der Motivdefinitionen eines „Femizids“ passte. Aber da nicht sein kann, was nicht sein darf, geht es in unserem Lagebild wie folgt weiter (a.a.O.): „Dementsprechend werden in diesem Lagebild die von der Begriffsdefinition geschlechtsspezifisch gegen Frauen gerichteten Straftaten umfassten Tötungsdelikte zum Nachteil von Frauen als Femizide quantitativ ausgewiesen.“ Vereinfacht: Zwar sind wir mit der PKS nicht in der Lage, Femizide quantitativ ausweisen, aber – wir machen das jetzt einfach trotzdem!

Aber wie? Nun, man nimmt aus der PKS die Zahl der vollendeten Morde ohne jene „im Zusammenhang mit Raubdelikten“ – da motivatorisch ziemlich sicher kein Femizid –, das heißt die Morde „im Zusammenhang mit Sexualdelikten“ (PKS-Schlüssel 012000) und „sonstigen Mord“ (Schlüssel 010079 – andere Mordvarianten weist die PKS nicht gesondert aus), ferner die vollendeten Totschlagsdelikte (§ 212 StGB, Schlüssel 020010) und die minder schweren Fälle des Totschlags (§ 213 StGB, Schlüssel 020020), und dann noch die vollendeten Körperverletzungen mit Todesfolge nach den §§ 227 und 231 StGB (Schlüssel 221000). Dann schaut man in jene Spalte, in der die Zahlen der weiblichen Opfer stehen. Dann addiert man. Fertig ist die 360. Für das Jahr 2023. Im letzten Jahr hingegen, 2024, lag diese Zahl bei 328. Fünf Jahre zuvor, 2019, betrug sie 262. Und 2014 lag sie bei 317.

Was sagen uns diese Zahlen? Wenn man empirisch ehrlich ist: so gut wie nichts. Und am allerwenigsten sagen sie uns etwas zu „Femiziden“ in deren gängiger Definition. Denn man halte sich erneut vor Augen: Das einzig Geschlechtsspezifische an diesen Zahlen ist das Geschlecht des Opfers. Unabhängig von dessen Alter. Unabhängig vom Geschlecht des Täters und unabhängig von seinem Motiv. Das bedeutet unter anderem, dass in diesen Zahlen auch sämtliche Taten stecken, die *von Frauen* begangen werden, insbesondere Partnertötungen in lesbischen Beziehungen sowie Kindstötungen an Mädchen, vor allem den eigenen Töchtern, das heißt Neonatizide (Tötung des Kindes am ersten Lebenstag, Frauenquote auf Täterseite insgesamt – unabhängig vom Geschlecht des Opfers – praktisch 100 %), Infantizide (Tötung des Kindes im ersten Lebensjahr, Frauenquote auf Täterseite insgesamt 80 %) und Filizide (Tötung bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres, Frauenquote auf Täterseite insgesamt 65–75 %).[15]

Das einzige also, was die Zahl 360 mit den in Deutschland begangenen „Femiziden“ zu tun hat – wie auch immer man sie im Detail definiert – ist, dass es 2023 jedenfalls nicht mehr als 360 solcher Taten gegeben haben kann. Wie viele es aber wirklich waren – das weiß niemand. Und dies wiederum muss jedem klar sein, der sich anschaut, wie das BKA auf die 360 gekommen ist. Warum tut das fast keiner?[16]

b) Die Studie des Landeskriminalamts Nordrhein-Westfalen

Auch das Landeskriminalamt Nordrhein-Westfalen – genauer: seine Kriminalistisch-kriminologische Forschungsstelle – hat sich in einer Studie mit „Femiziden“ befasst.[17] Für sie wurden die nordrhein-westfälischen Daten der PKS für die zehn Jahre von 2014 bis 2024 ausgewertet und Experteninterviews geführt. Auch diese Studie stand vor dem Problem, dass die PKS so gut wie keine Tatmotive erfasst – und jedenfalls nicht die Tatmotive Frauenhass oder „patriarchales Besitzdenken“ (oder ähnliches). Zu lösen versucht haben es die Autoren der Studie, indem sie auch die Kurzsachverhalte in ihre Auswertung der PKS einbezogen, die man in den EDV-Systemen der nordrhein-westfälischen Polizei zu den einzelnen PKS-Fällen finden kann (elektronische Vorbearbeitungssysteme, VBS). Ferner wurden diese Kurzsachverhalte nicht von den Autoren der Studie ausgewertet, sondern ließ man 26 Experten vor allem aus der Praxis schätzen, ob ein solcher Sachverhalt auf ein Motiv schließen ließ, das die Tat als „Femizid“ zu qualifizieren gestattete. Die Experten waren überwiegend, und zwar zu 65 % weiblich, heißt nur zu 35 % männlich und von Beruf Polizisten, Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Psychologen, Psychiater, Mitarbeiter der Frauenberatung und der Opferhilfe sowie Sozialwissenschaftler. Als „Femizid“-Motive definierten die Autoren der Studie „geschlechtsspezifische Motive“ sowie „geschlechtsspezifische Erwartungen und Vorstellungen des Täters in Bezug auf Frauen“[18].

Zu kämpfen hatte dieses Vorgeben einmal damit, dass der Begriff der „geschlechtsspezifischen Motive“ kaum präziser ist als jener des „Femizids“. Ferner gilt für die besagten

[15] *Csef*, Die Kriminalpolizei (Zeitschrift der GdP) 9/2023, abrufbar unter https://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2023/september/detailansicht-september/artikel/toetungsdelikte-durch-frauen.html?tx_ttnews%5BsViewPointer%5D=3&cHash=17ddda7985663a21ce88eb027be763b4 (28.10.2025).

[16] Eine Ausnahme ist *Reisin*, Übermedien v. 12.12.2024, abrufbar unter https://uebermedien.de/100930/faesers-zahl-zu-femiziden-ist-fragwuerdig-aber-journalisten-uebernehmen-sie-trotzdem/ (28.10.2025).

[17] LKA Nordrhein-Westfalen, Tötungsdelikte zum Nachteil von Frauen in Nordrhein-Westfalen, Ergebnisbericht, abrufbar unter https://lka.polizei.nrw/ergebnisbericht-toetungsdelikte-zum-nachteil-von-frauen-in-nordrhein-westfalen (28.10.2025).

[18] LKA Nordrhein-Westfalen (Fn. 17), S. 8 f.

Kurzsachverhalte, dass sie sich „in ihrem Umfang und ihrer Qualität teilweise stark unterscheiden“[19]. Daher war es kaum zu vermeiden, dass die Experten die Fälle ziemlich schematisch zu qualifizieren hatten. Und zwar hatten sie sämtliche versuchte oder vollendete Tötungsdelikte als „Femizide“ einzuordnen, die ihrer Ansicht nach zu einer dieser Fallgruppen gehörten:[20] Beziehungstaten, „sofern keine anderen Motive nahelagen“; Sexualdelikte mit Todesfolge; die Tötung von weiblichen Prostituierten; „Ehrenmorde“; erweiterte Suizide, „bei welchen keine Anhaltspunkte vorlagen, dass die Geschädigte tatsächlich sterben wollte“. Ausgenommen sein sollten Fälle, in denen wahrscheinlich eine psychische Erkrankung des Täters die Tatursache war.

Das Ergebnis war, dass es in dem untersuchten Zeitraum in Nordrhein-Westfalen insgesamt 522 Fälle vollendeter oder versuchter Tötungsdelikte gegeben hatte, die von den Experten als „Femizid“ eingeordnet wurden, und 331, die sie als „möglichen Femizid“ qualifizierten; wobei eine Tat als „möglicher Femizid“ einzuordnen war, wenn ein „geschlechtsspezifisches Motiv“ immerhin möglich erschien, „etwa bei der Tötung der Schwiegermutter durch den Schwiegersohn“[21]. Vollendet wurden von den als „Femizid“ eingestuften Taten allerdings weniger als die Hälfte, nämlich 235 (45 %), und von den „möglichen Femiziden“ ebenfalls weniger als die Hälfte, und zwar 158 (47,7 %). Pro Jahr kommt man mit diesen Zahlen auf einen Mittelwert von aufgerundet 24 vollendeten „Femiziden“ und 16 vollendeten „möglichen Femiziden“. Wertet man die „möglichen Femizide“ – faute de mieux – zur Hälfe ebenfalls als „Femizide“ im Sinne der Studie, ergibt sich also ein Jahreswert von 32 Taten. Rechnet man ihn auf die Gesamtbevölkerung hoch – in Nordrhein-westfalen wohnen rund 22 % der Bundesbevölkerung –, kommt man bundesweit und für den untersuchten Zeitraum auf jährlich 145 vollendete Taten.

Diese Zahl liegt zwar wahrscheinlich näher bei der Wahrheit als die praktisch haltlose 360 des Bundeskriminalamts, denn die Studie des nordrhein-westfälischen Landeskriminalamts versucht immerhin, die Motive der Täter zu berücksichtigen und die Standards empirischer Forschung einzuhalten. Allerdings hat auch sie methodische Handicaps. So ergab sich schon für sämtliche Klassifizierungen der Fälle durch die Experten, dass deren Einschätzungen zwar überzufällig oft übereinstimmten, aber keineswegs durchgehend. Vielmehr war ihre Übereinstimmung – per Stichprobe ermittelt – lediglich eine moderate (für Statistiker: Cohens Kappa 0,555). Mit anderen Worten hingen die Klassifizierungen in nicht geringem Maße davon ab, wer den Fall zu beurteilen hatte. Zweitens boten die als „Femizide“ etikettierten Fallklassen keine Gewähr dafür, dass in ihnen nur Fälle landeten, in denen die Täter aus „patriarchalem“ oder sonstigem Besitzdenken handelten oder gar aus Frauenhass. Und drittens bestand bei der Klassifizierung die Gefahr, die jetzt ganz allgemein besteht, wenn jemand das Motiv eines Mannes beurteilen soll, der eine Frau getötet hat: dass in sein Handeln jenes patriarchale, Frauen generell geringschätzende Denken hineingelesen wird, das – wie doch heute alle sagen – so oft wirksam wird, wenn Männer Frauen töten. Es ist so ähnlich wie in den 1990er- und den frühen „Nuller“-Jahren, als man bei jedem ungewöhnlichen oder vermeintlich ungewöhnlichen Verhalten von Kindern den Anfangsverdacht hatte, dass sie von Lehrern, Erziehern oder nahestehenden Personen missbraucht worden seien.[22] Und so, wie es derartige Missbrauchsfälle auch tatsächlich gab und gibt, gab und gibt es Männer, die Frauen umbringen, weil sie sich dazu auch aufgrund des Geschlechts des Opfers moralisch berechtigt wähnen. Aber derzeit hat es den Anschein, als nähme man diese Haltung gewissermaßen als „default option“ immer dann an, wenn ein Mann eine Frau tötet und es keine klaren Hinweise auf ein völlig anderes Motiv gibt.

c) Keine Studien zu Tötungsdelikten an Männern

Eigentlich müsste sowohl an dem „Lagebild“ des Bundeskriminalamts als auch an der Studie des Landeskriminalamts Nordrhein-Westfalen vor allem eines auffallen: dass sie beide ausschließlich Taten an Frauen und Mädchen zählen, klassifizieren und bewerten, ohne sich auch nur mit einer Silbe für die entsprechenden Zahlen, Klassifikationen und Bewertungen von Taten an Männern und Jungen zu interessieren. Natürlich war das jeweils durch die Titel und Forschungsfragen vorgegeben. Aber warum solche Einseitigkeit?

Diese Frage gilt nicht nur den Gründen dafür, dass sich unsere Gesellschaft intensiv für das Leid von Frauen und Mädchen interessiert, aber praktisch überhaupt nicht für das von Männern und Jungen; wir kommen darauf zurück. Sondern sie weist auch auf den argumentativen Totalausfall hin, den Zahlen zu Taten an Frauen und Mädchen eigentlich erleiden müssten, wenn man ihnen nicht die entsprechenden Zahlen zu Taten an Männer und Jungen gegenüberstellen kann. Denn was hieße es zum Beispiel, dass pro Jahr soundsoviele Frauen „aus Frauenhass“ getötet würden – wenn für denselben Zeitraum festzustellen wäre, dass genauso viele oder gar mehr Männer „aus Männerhass“ Opfer eines Tötungsdelikts würden? Daraus ließen sich überhaupt keine geschlechterspezifischen politischen Forderungen mehr ableiten, weder präventive noch kriminalpolitische. Und grundsätzlich gilt: Geschlechterspezifische Forderungen lassen sich nur aus Befunden ableiten, die es zu beiden Geschlechtern gibt (oder allen; auf deren Zählung kommt es hier nicht an).

Anders nur, wenn man Frauenhass als etwas Schlimmeres betrachtete als Männerhass. Das mag zwar in unserer Gesellschaft eine verbreitete Wertung sein. Der Gesetzgeber dürfte sie sich aber nicht zu eigen machen; nicht solange es noch Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG gäbe. Und daher müsste es eigentlich jede rechtspolitische Relevanz von Zahlen beseitigen, die sich allein mit dem einen Geschlecht befassen, wenn keine entsprechenden Zahlen für das andere Geschlecht vorliegen.

Dass es sich in der tatsächlichen rechtspolitischen Diskussion anders verhält, kann nur zwei Gründe haben und hat sie

[19] LKA Nordrhein-Westfalen (Fn. 17), S. 11.
[20] LKA Nordrhein-Westfalen (Fn. 17), S. 12.
[21] LKA Nordrhein-Westfalen (Fn. 17), S. 12.
[22] Vgl. exemplarisch *Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes, Ein Justizirrtum und seine Folgen, 2007, S. 103 ff.

wahrscheinlich auch: Erstens hält man Taten zum Nachteil von Frauen und Mädchen tatsächlich für schlimmer und daher beachtlicher als solche zum Nachteil von Männern und Jungen. Dafür gibt es neben weiteren Belegen – vgl. unten III. 4. – auch im geltenden Recht unmissverständliche Zeugnisse: § 226a StGB stellt selbst leichte Verletzungen des Genitals von Mädchen und Frauen unter besonders hohe Strafe, während selbst schwere Genitalverstümmelungen von Männern außen vor bleiben und § 1631d BGB das Herumschneiden am Genital eines Jungen sogar rechtfertigt; die Istanbul-Konvention will allein Gewalt an Frauen und Kindern bekämpfen, und auch § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB erfasst den Menschenhandel „insbesondere mit einer Frau oder einem Kind“.

Zweitens ist man auch ohne Zahlenvergleich überzeugt, dass die fraglichen Taten weit überwiegend zum Nachteil weiblicher Opfer begangen werden. Manchmal entspricht diese Intuition der Wirklichkeit, etwa bei den Partnertötungen: Rund 81,5 % der Opfer solcher Tötungen sind Frauen, dementsprechend nur 18,5 % Männer.[23] Manchmal aber auch nicht. Etwa dürfte es einige verwundern, dass auch die Tötungen von Kindern im Alter zwischen zwei und dreizehn Jahren – wie schon erwähnt – zu 65–75 % Frauen zur Last liegen.[24] Und immer wieder auf Unglauben stößt, was aber empirisch nachhaltig erwiesen ist: Frauen sind „häufiger als Männer Ausübende körperlicher Partnergewalt, aber auch Ausübende von Gewalt gegenüber sonstigen Familienmitgliedern.“[25]

d) Alarmierende und steigende Zahlen?

Das Bundeskriminalamt, Politiker und Medien suggerieren, dass die Zahl der Tötungsdelikte an Frauen erstens alarmierend hoch sei – ähnlich *Hoven* („enorme Zahlen“[26]) – und zweitens steige. Das erste ist eine Wertung, das zweite eine Tatsachenbehauptung. Wertungen können plausibel oder weniger plausibel sein, Tatsachenbehauptungen richtig oder falsch. Die Plausibilität der hier in Rede stehenden Wertung hängt von Vergleichsgrößen ab: Nimmt man als Vergleichsgröße die Zahl der Tötungsdelikte in einer zu wünschenden idealen Gesellschaft, so ist die Wertung plausibel. Denn in einer solchen Gesellschaft wäre die Zahl der Tötungsdelikte an Frauen null, und im Vergleich dazu muss jede Abweichung davon nach oben alarmierend sein, also schon eine einzige Tat, da es doch stets um das höchste Gut des Menschen geht, um sein Leben.

Vergleicht man die Zahl der Tötungsdelikte an Frauen hingegen mit den entsprechenden Zahlen der Vergangenheit, ist jene Wertung nicht plausibel, da die Zahl dieser Delikte weder angestiegen ist noch ansteigt, siehe sogleich. Nicht plausibel ist die besagte Wertung ferner, wenn man als Vergleichsgröße die Zahl der Tötungsdelikte an Männern heranzieht. Denn diese Zahl war und ist praktisch immer und überall höher, wie ich ebenfalls noch näher ausführen werde. Da aber Vergleiche mit theoretischen Idealen über die Wirklichkeit wenig bis keinen Aufschluss geben, wird man als Realist zu der Einschätzung gelangen müssen, dass die Zahl der Tötungsdelikte an Frauen heute nicht alarmierender ist als vor zehn oder zwanzig Jahren; und dass sie erst recht nicht alarmierender ist als die Zahl der Tötungsdelikte an Männern. Davon unberührt bleibt das kaum steigerungsfähige Leid, das jedes Tötungsdelikt zunächst beim Opfer und dann bei den ihm nahestehenden Personen auslöst. Die Beurteilung einer Zahl und ihrer Entwicklung ist nun einmal etwas ganz anderes als das Empfinden der Betroffenen in einem der Fälle, die sie erfasst.

Weniger komplex ist es, die Tatsachenbehauptung zu beurteilen, dass die Zahl der Tötungsdelikte zum Nachteil von Frauen steige. Denn diese Behauptung ist mit größter Wahrscheinlichkeit falsch. Weder steigt die Gesamtzahl der Tötungsdelikte an Frauen noch die Zahl jener Taten, die man als „Femizide“ bezeichnen möchte. Auch der Studie des Landeskriminalamts Nordrhein-Westfalen lässt sich kein Anstieg von „Femiziden“ entnehmen, obwohl sie sich immerhin mit einem Zeitraum von zehn Jahren befasst: „Ein statistischer Trend in Richtung einer generellen Zu- oder Abnahme der Zahlen zeichnete sich nicht ab“, und auch „unter den interviewten Expertinnen und Experten herrschte Einigkeit darüber, dass es in den letzten Jahren kaum oder gar nicht zu Veränderungen in Bezug auf Tötungen an Frauen gekommen ist“ (beispielhafte Zitate aus den Interviews: „Zahlen sehr konstant“, „Zahlen haben sich nicht verändert“).[27] Und allgemein lässt sich aus kriminologischer Sicht zu häuslicher Gewalt und Partnerschaftsgewalt sagen, dass jüngsten Anstiegen im Hellfeld Befunde gegenüberstehen, die vermuten lassen, dass diese Anstiege auf Gesetzesverschärfungen sowie eine erhöhte Anzeigebereitschaft zurückzuführen sind und dass realiter eher von einer Stagnation, ja einem Rückgang dieser Kriminalität auszugehen ist.[28]

[23] Bundeskriminalamt, Partnerschaftsgewalt, Kriminalstatistische Auswertung – Berichtsjahr 2021, Tabelle 7.3 im Tabellenanhang (S. 44), abrufbar unter https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Partnerschaftsgewalt/Partnerschaftsgewalt_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (28.10.2025).

[24] Oben Fn. 15.

[25] *Hölling*, Leiterin einer einschlägigen Studie des Robert-Koch-Instituts. Zu ihr *T. Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 4. Aufl. 2024, S. 236 in Fn. 276. Veröffentlicht ist die Studie im Bundesgesundheitsblatt 2016, S. 4–16, sowie im Netz unter https://link.springer.com/article/10.1007/s00103-015-2267-6 (28.10.2025). Zahlreiche zusätzliche Nachweise weiterer Studien in *A. Hoffmanns* Lexikon der feministischen Irrtümer, Irrtum „Häusliche Gewalt geht überwiegend von Männern aus“, abrufbar unter https://feministischeirrtuemer.de/haeusliche-gewalt-geht-ueberwiegend-von-maennern-aus/ (28.10.2025).

[26] Zitiert nach Redaktion beck-aktuell, beckline 2033765 v. 25.3.2025, abrufbar unter https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fdok%2Fbecklink%2F2033765.htm&pos=20&hlwords=on (28.10.2025).

[27] LKA Nordrhein-Westfalen (Fn. 17), S. 35, 40.

[28] *Rebmann/Maier*, KriPoZ 2024, 404 (406 f.) mit Nachweisen.

3. Frauenhass oder Besitzansprüche als Tatmotiv?

Wenn es auch noch keine einheitlich ausformulierte Definition dessen gibt, was man unter „Femiziden" verstehen will, so herrscht doch Einigkeit darüber, dass es allein das Tatmotiv ist, das die Tötung einer Frau zum Femizid machen kann. Und im Wesentlichen werden auch nur zwei solcher Motive genannt: Frauenhass und „patriarchales Besitzdenken" einschließlich der Absicht, Macht und Kontrolle auszuüben. Für solches Besitzdenken nennt man zwei Spielarten, und zwar einmal die Trennungsmorde, bei denen der Mann nach der Maxime „du gehörst mir oder niemandem" töte, und zum zweiten die „Ehrenmorde", mit denen Frauen gehindert werden sollen, ein Leben entgegen den kulturellen, moralischen oder religiösen Überzeugungen des Täters oder seines Auftraggebers zu führen.

Fraglos gibt es Morde an Frauen – und dann sind es Morde auch nach § 211 StGB –, bei denen die Täter, fast immer Männer, eines dieser Motive haben. Mit Vorsicht zu genießen ist aber die Großzügigkeit, mit der man das Motiv „du gehörst mir oder niemandem" unterstellt – oder ähnliche Formen „patriarchalen Besitzdenkens" –, wenn ein Mann seine Partnerin oder Ex-Partnerin tötet, weil sie sich von ihm getrennt hat oder trennen will.

Zunächst ist zu bedenken, dass es bei solchen Trennungstötungen nur selten unmittelbare Beweise für dieses Motiv gibt, etwa eine Textbotschaft des Täters. Man kann also meist nur versuchen, das Motiv des Täters aus den äußeren Umständen abzuleiten. Das ist zwar nicht von vorneherein aussichtslos und gilt für fast alle Fälle, in denen das Gesetz ein bestimmtes Motiv verlangt; etwa eine Zueignungsabsicht beim Diebstahl oder eine Verdeckungsabsicht beim Mord. Jedoch besteht die Gefahr, bei Trennungstötungen an Frauen patriarchales Herrschaftsdenken als Grund zu unterstellen, weil man bereits davon überzeugt ist, dass ein solches Denken bei Trennungstötungen eine entscheidende Rolle spiele. Mit anderen Worten besteht die Gefahr eines sich selbst bestätigenden Vorurteils.

Zugegeben: Die besteht auch in der Gegenrichtung; kann sich jemand eine Trennungstötung eigentlich nur so vorstellen, dass der Mann von der Getöteten zuvor ungerecht behandelt worden sein müsse und in größter seelischer Verzweiflung gehandelt habe – dann wird er geneigt sein, bei Trennungstötungen aus den äußeren Umständen auf eben jene Vorgeschichte und jene Verzweiflung zu schließen. Und *vielleicht* ist der Rechtsprechung der Vorwurf zu machen, bei Trennungstötungen bisher allzu rasch eine solche Verzweiflung angenommen zu haben.[29] Vielleicht aber auch nicht.

Ich will die Gefahr, um die es geht, anhand von Zitaten meiner Kollegin *Elisa Hoven* verdeutlichen, indem ich diese Zitate mit gezielten *Hervorhebungen* wiedergebe: „Das *Narrativ* des verzweifelten Mannes, der verlassen wurde, ist in der Rechtsprechung immer noch präsent", hat sie gegenüber beck-aktuell geäußert.[30] Und: „Die Menschen sind […] nicht mehr bereit hinzunehmen, dass diese Tötungsdelikte als Verzweiflungstaten *dargestellt* werden. Dieses *Bild* hat sich verändert. Solche Taten werden nun viel stärker als Ausdruck patriarchaler Strukturen *gewertet*." Es geht um Narrative, Darstellungen, Bilder und Wertungen. Mit anderen Worten geht es um die *Deutung* (Interpretation) eines Verhaltens.

Für sie kommt es auf unser Vorverständnis an: Wer unsere Gesellschaft für ein Patriarchat und Männer im Zweifel für patriarchale Frauenverächter hält, der begreift auch Trennungstötungen überwiegend als Symptome dieser Missstände. Wer hingegen überzeugt ist, dass unsere Gesellschaft Frauen mindestens die gleichen Rechte und die gleichen Chancen auf Erfolg und Lebensglück bietet wie den Männern und Männer im Durchschnitt für weder moralisch besser noch schlechter hält als Frauen und in Beziehungen auch nicht für herrsch- und kontrollsüchtiger, der wird auch bei einer Trennungstötung denken, was mancher Experte und manche Expertin in den Interviews des Landeskriminalamts Nordrhein-Westfalen angab, und zwar „dass die Mehrheit der Tatmotive für sie unabhängig von einem negativen Frauenbild sei"[31] (was auch immer ein „negatives Frauenbild" im Einzelnen bedeutet; die Mehrheit der interviewten Experten indes hielt ein solches Frauenbild für tatsächlich). Und der praktisch erfahrene Bundesanwalt *Hartmut Schneider* schreibt, „dass die zuweilen kolportierte Annahme, Trennungstötungen seien in aller Regel Ausfluss eines patriarchalischen Herrschafts- und Besitzdenkens des Täters, in dieser pauschalen Form rechtstatsächlich unausgewiesen ist. Gewiss kommen derartige Sachverhalte im Alltag der Schwurgerichte vor; aber sie dominieren ihn nicht. Vielmehr weist das einschlägige Fallmaterial eine Vielzahl weiterer trennungstypischer Tatantriebe auf"[32].

Zur Veranschaulichung jener Fall, den mir einmal die Redakteurin eines großen Online-Mediums als „Femizid"-Beispiel genannt und über den der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 1. März 2012[33] entschieden hat. In diesem Fall hatte die Frau den ihr treu ergebenen, stets friedlichen, nichts ahnenden Mann betrogen und ihm zwei Tage nach einer Versöhnung eröffnet, sie liebe allerdings den anderen, der sei ein besserer Mensch, ihm in allem „tausendmal" überlegen, „auch im Bett", und er – ihr Mann – solle sich jetzt aus ihrem Leben „verpissen", denn er habe sie nicht verdient. Das Gericht stellte in diesem Fall ein Motivbündel fest aus Angst vor dem Verlassenwerden, begründeter Eifersucht sowie Enttäuschung und Verzweiflung des Mannes über das Ende seiner bisherigen Lebens- und Familienverhältnisse.

[29] In diese Richtung *H. Schneider*, ZRP 2021, 183 (183 und 185: „sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung trennungstypischer Tötungsbeweggründe männlicher Täter"; „männlich geprägtes Verstehen-Können von Motiven mündet recht häufig in eine mehr oder minder plumpe täterfreundliche Individualethik"; „Hang zu täterfreundlicher individualpsychologisierender Nachsicht"); ebenso die Begründung eines Entwurfs der Unionsfraktion des Bundestages zur Änderung des § 211 StGB, BT-Drs. 20/12085, S. 17 unter Berufung auf den zuvor angeführten Aufsatz von *Schneider*. Ähnlich *Hoven*: „Das Narrativ des verzweifelten Mannes, der verlassen wurde, ist in der Rechtsprechung immer noch präsent" (Fn. 26).

[30] Wie Fn. 26.

[31] LKA Nordrhein-Westfalen (Fn. 17), S. 31.

[32] *H. Schneider*, ZRP 2021, 183 (183).

[33] BGH, Urt. v. 1.3.2012 – 3 StR 425/11 = NStZ 2012, 691.

Selbstverständlich entschuldigen auch solche Motive kein Tötungsdelikt und machen das Opfer nicht weniger beklagenswert. Doch darum geht es nicht. Überhaupt geht es bei den Mordmerkmalen, insbesondere den niedrigen Beweggründen, nicht darum, ob man für die Tat „Verständnis“ haben und mit dem Täter „einfühlsame Nachsicht“ üben müsse.[34] Denn keineswegs bedeutete es solches Verständnis und solche Nachsicht, ein Mordmerkmal zu verneinen. Vielmehr geht es umgekehrt darum, ob eine ohnehin furchtbare Tat – § 212 StGB droht die zweithöchste Strafe an, die unser Recht kennt, und sein Absatz 2 erlaubt sogar die Höchststrafe – ob also eine ohnehin furchtbare Tat auch noch die höchstmögliche Stufe des Verabscheuungswürdigen erreicht, wie dies zum Beispiel ein Mord aus Geldgier tut. Und das lässt sich bestreiten, wenn jemand, und sei es ein Mann, Partnerin oder Partner mit einem Motivbündel wie jenem tötet, das uns das Fallbeispiel oben zeigt.

Und solche Motivbündel sind keine raren Ausnahmen gegenüber Taten aufgrund irgendeines Besitzdenkens. Eher als solches Besitzdenken sollte man in Betracht ziehen, dass unsere Gesellschaft – wie die meisten – Jungen und Männer von klein auf daran gewöhnt und von ihnen erwartet, Gewalt auszuhalten *und auszuüben*. Das geschieht heute gottlob schwächer als noch vor 50 Jahren und nur noch indirekt. Aber es geschieht; zusammenfassen lassen sich die zahlreichen Beispiele dafür wohl am besten mit Art. 12a GG, der den „Dienst an der Waffe“ – das Töten und Sterben im Schützenloch – nach wie vor den Männern vorbehält. Auch zeitgenössische Bücher und Filme, jedenfalls die Bestseller und Blockbuster, lassen kaum einen Zweifel daran, dass ein richtiger Mann nur ein solcher sei, der jederzeit kräftig zuschlagen und notfalls auch töten könne. Dann jedoch nimmt es nicht wunder, wenn Männer überdurchschnittlich oft dazu neigen, schwerste Krisen und innere Probleme mit schwerster Gewalt zu „lösen“. Und an dieser Neigung werden noch härtere Strafen bei Tötungsdelikten nichts ändern.

4. „Femizid“ – ein sinnvoller Begriff?

Nein, denn der Begriff des „Femizids“ ist weder dazu geeignet, für mehr Vergeltungsgerechtigkeit zu sorgen, noch dazu, Frauen und Männer besser vor Gewaltdelikten zu schützen. Zum einen ist er im Sprachgebrauch bislang nur in einem Kern etabliert (zu ihm oben **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**.), aber hinsichtlich der im Einzelnen erfassten Motive des Täters und hinsichtlich seines Geschlechts umstritten; und daran wird sich in absehbarer Zeit nichts ändern. Zum anderen – und wichtiger – fördert dieser Begriff ein Denken, das Tötungsdelikte an Frauen verwerflicher erscheinen lässt als Tötungsdelikte an Männern, und solches Denken widerspricht den Grundsätzen des Humanismus ebenso wie den Forderungen der Art. 1 und 3 GG. Auch Praktiker stehen dem Begriff des „Femizids“ oft skeptisch gegenüber und brauchen ihn jedenfalls kaum für ihre Arbeit: Von den 26 Experten, die das Landeskriminalamt Nordrhein-Westfalen interviewt hat, hielt rund die Hälfte den Begriff für sinnvoll, die andere hingegen für problematisch. Ferner gab die Mehrheit der Experten an, dass dieser Begriff in ihrer beruflichen Praxis selten oder gar nicht gebraucht werde.[35] Dabei kann es bleiben; auch in der Kriminalpolitik.

III. Tötungs- und Gewaltdelikte an Männern

1. Die Realität

Wie schon festgestellt, geht die Präsentation von Zahlen zu „Femiziden“ meist damit einher, dass man die entsprechenden Zahlen zu Tötungsdelikten an Männern verschweigt. Besonders eindrucksvoll ist auch in diesem Punkt das „Lagebild“ des Bundeskriminalamts, dem wir die abstruse These verdanken, dass es in Deutschland jährlich zu 360 „Femiziden“ komme. Schaut man sich hingegen an, wie viele Männer Opfer jener Delikte geworden sind, die das Bundeskriminalamt bei seiner Zählung berücksichtigt hat, stellt sich heraus, dass diese Delikte in sämtlichen Jahren mehr Männer als Frauen das Leben gekostet haben. Die fragliche Zahl lautet für 2023: 387 – ein Plus von 7,5 % gegenüber der Zahl weiblicher Opfer. 2024 lag die Zahl bei 429, das waren 30,8 % mehr als bei den Frauen. 2019 betrug sie 333, ein Plus von 27,1 % gegenüber der Zahl weiblicher Opfer. Und 2014 lag sie bei 364, seinerzeit 14,8 % mehr als bei den Frauen. Noch aussagekräftiger und eindrucksvoller ist allerdings der Geschlechterunterschied in der Gesamtzahl der Opfer von Gewaltkriminalität. Er lag 2024 bei den vollendeten Gewaltdelikten bei sage und schreibe 137,8 %. Die Zahl der Männer, die Opfer eines solchen Delikts wurden, betrug also 237,8 % der Zahl der Frauen (PKS-Schlüssel 892000: 180.424 Opfer insgesamt, davon 127.006 Männer und 53.418 Frauen). Männer sind also über doppelt so oft Opfer von Gewalt wie Frauen. Und zu dieser Gewalt zählen auch Tötungen aus Männerhass, Partnertötungen und häusliche Gewalt unterhalb der Schwelle eines Tötungsdelikts.

Aus Männerhass tötete zum Beispiel – mutmaßlich – jene 26-Jährige, gegen die im Mai dieses Jahres in Ulm die Hauptverhandlung begonnen hat und die als Motiv für ihren Mord an einem zufällig ausgewählten Mann im Ermittlungsverfahren glaubhaft „Hass auf Männer“ angegeben hatte.[36] Von einer typischen Partnertötung berichtet zum Beispiel *Sigrun Roßmaniths* Buch „Täterin“ – das ich insgesamt zur Lektüre empfehle, insb. S. 197 ff. zu Beziehungstäterinnen –, und zwar gleich auf S. 1. Es geht dort um eine Tat aus Eifersucht, nachdem die Täterin an ihrem Mann das Parfum einer anderen Frau gerochen hatte. Er schlief, und „sie sprang wie von Sinnen auf ihn los. Landete mit den Knien auf seinem Hals. Blieb, drückte ihm die Halsgefäße ab, nahm ihm die Luft, brach ihm die Rippen. Dabei schrie sie sich alles aus der Seele. Als sie fertig war, war er tot.“ Als Motiv gab die Täterin an: „Er hat mir mehr als das Herz gebrochen.“

Schuldspruch: Körperverletzung mit Todesfolge, Strafmaß sechs Jahre Freiheitsstrafe. Auch des Schuldspruches und des

[34] So ließe sich aber *H. Schneider* (ZRP 2021, 183 [184, 185, 186]) verstehen, von dem diese Formulierungen stammen.

[35] Siehe jeweils LKA Nordrhein-Westfalen (Fn. 17), S. 30.

[36] Siehe FAZ online v. 28.5.2025, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/prozess-in-ulm-frau-soll-mann-aus-hass-auf-maenner-getoetet-haben-110503761.html (28.10.2025).

Strafmaßes wegen erwähne ich diesen Fall. Er spielt zwar in Österreich. Aber das allein erklärt schwerlich die Milde des Urteils. Vielmehr liegt nahe, dass auch das Geschlecht des Opfers und jenes der Täterin eine Rolle spielten. Denn man kann sich nur schwer vorstellen, dass ein Mann ebenso glimpflich davonkäme, wenn er auf diese Weise und mit diesem Motiv seine Frau tötete. Auch die Beteuerung, keinen Tötungs(eventual)vorsatz gehabt zu haben, hätte bei ihm vor Gericht wahrscheinlich geringeren Erfolg, in Österreich wie in Deutschland.

Drittens die häusliche Gewalt. Von ihr sind Männer mittlerweile sogar im Hellfeld deutlich betroffen. Dort stellen sie jetzt fast ein Drittel der Opfer, Tendenz steigend.[37] Und das Hellfeld zeigt nur jene Taten, die angezeigt werden. Ferner vermutet man praktisch einhellig, dass es bei den Männern ein größeres Dunkelfeld gibt als bei den Frauen, weil sich Männer stärker als Frauen schämen, wenn sie Opfer häuslicher Gewalt werden, und die Taten daher (noch) weniger oft anzeigen als Frauen.

Schließlich ist zu bedenken, dass es in der Menschheitsgeschichte noch keinen Krieg oder Bürgerkrieg gegeben hat, in dem so viele Frauen und Mädchen ums Leben gekommen wären wie Männer und Jungen. Das liegt nicht nur daran, dass die Kampftruppen stets ausschließlich oder weit überwiegend aus Männern bestanden und bestehen. Sondern es liegt auch daran, dass in solchen Krisen Männer als Zivilisten schlechtere Karten haben. Zwar droht ihnen viel seltener die Gefahr, vergewaltigt zu werden (sicher sind sie auch davor nicht). Dafür werden sie deutlich häufiger und oft systematisch ermordet. Bei der Eroberung des Kreuzfahrerstaats Edessa im Jahr 1144 durch den muslimischen Heerführer Zengi wurden die Frauen und Kinder als Sklaven verkauft – und die Männer umgebracht. Bei dem Juden-Pogrom in Zürich im Jahr 1349 wurden die Frauen und Kinder aus der Stadt vertrieben – und die Männer verbrannt. Die deutschen „Einsatzgruppen“ im Zweiten Weltkrieg erschossen nach dem Beginn des deutschen Überfalls auf die Sowjetunion zunächst allein und gezielt Männer, die sie für Juden oder Kommunisten hielten. Frauen und Kinder wurden lediglich gefangengenommen, weil man mit ihnen andere Pläne hatte. Ermordet wurden sie erst, als der deutsche Angriff nicht so schnell wie erwartet vorwärts kam, die Versorgungslage kritisch wurde und man sich der „überflüssigen Esser“ entledigen wollte.[38] Beim Massaker von Srebrenica 1995 ermordeten die bosnischen Serben gezielt und so gut wie ausschließlich rund 8.000 Jungen und Männer, während sie Frauen, Kinder und alte Menschen deportierten.[39] Und von den Leichen – allesamt Zivilisten –, die man nach dem Abzug der Russen in Butscha fand und als Opfer von Kriegsverbrechen in Betracht zog, waren 366 Männer und nur 86 Frauen (bei fünf Leichen ließ sich das Geschlecht nicht mehr bestimmen).[40] Die Liste ließe sich fortsetzen.

2. Das Desinteresse

Dass Männer praktisch überall auf der Welt und zu allen Zeiten der Menschheitsgeschichte stärker unter brutaler Gewalt gelitten haben und leiden als Frauen und dass sie jedenfalls auch Opfer von Männerhass, Beziehungs- sowie häuslicher Gewalt werden, interessiert allerdings fast niemanden. Es gibt kaum jemanden, der darüber schreibt. Es gibt kaum jemanden, der daraus Handlungsbedarf ableitet. Und es wird auch kaum gehandelt, will sagen betroffenen Männern geholfen. Drei aktuelle Schlaglichter mögen das beleuchten.

Das erste ist eine große aktuelle Reportage der Wochenzeitung „Die Zeit“ über die Opfer von Beziehungstötungen:[41] Die vier Autorinnen berichten von allen 104 Frauen, die 2024 von ihrem Partner oder früheren Partner getötet wurden, von jedem einzelnen Fall. Aber von keinem einzigen, in dem 2024 eine Frau (oder ein Mann) ihren Partner oder früheren Partner getötet hat; obwohl es auch diese Fälle Jahr für Jahr gibt. Ja, es sind deutlich weniger. Aber wieso rutschen sie dadurch in die Belanglosigkeit?

Das zweite Schlaglicht ist eine neue Kampagne „Identify me“ von sechs europäischen Ländern, auch Deutschland, die durch Öffentlichkeitsarbeit und polizeiliche Zusammenarbeit das Ziel verfolgt, bisher unbekannte Opfer von Tötungsdelikten zu identifizieren – wenn es sich um Frauen handelt.[42] Die Frage, warum man sich nicht auch für die nicht identifizierten männlichen Opfer von Tötungsdelikten interessiere, beantwortet das Bundeskriminalamt im Internet damit, „dass Frauen von Gewalt und Ausbeutung überproportional betroffen sind“[43]. Das ist aber im ersten Teil eine recht offensichtlich

[37] Siehe für Deutschland das „Bundeslagebild Häusliche Gewalt“ des Bundeskriminalamts, das in seiner aktuellsten Fassung für 2023 einen Männeranteil (an den Opfern häuslicher Gewalt) von 29,5 % ausweist, abrufbar unter https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/HaeuslicheGewalt/HaeuslicheGewalt2023.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (28.10.2025); auch für 2024 soll dieser Anteil bei 29,5 % liegen, berichten Medien (etwa die FAZ online v. 2.8.2025, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/knapp-257-000-opfer-haeusliche-gewalt-erreicht-2024-laut-bericht-allzeithoch-110619429.html [28.10.2025]); die entsprechende Zahl für die Schweiz findet sich unter https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/polizei/haeusliche-gewalt.html (2023: 30 %).

[38] Näher *Kukielka/T. Walter*, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 14 (2013), 61 (66 ff.).

[39] Zusammenfassend *Bećirević*, in: Kiernan/Lower/Naimark/Straus (Hrsg.), Genocide in the Contemporary Era, 1914–2020 (The Cambridge World History of Genocide, Band 3), 2023, S. 627 ff.

[40] Siehe The Washington Post v. 8.8.2022, abrufbar unter https://www.washingtonpost.com/world/2022/08/08/ukraine-bucha-bodies/ (28.10.2025).

[41] *Raether/Ehmann/Flemisch/Hajek*, Die Zeit v. 10.4.2025, abrufbar unter https://www.zeit.de/gesellschaft/2025-04/toetungsdelikte-frauen-2024-partner-mord-femizide (28.10.2025).

[42] Dazu das Bundeskriminalamt, abrufbar unter https://www.bka.de/DE/Landingpages/Identifyme/identifyme_node.html (28.10.2025).

[43] Wie Fn. 42.

falsche Behauptung und im zweiten eine ebenso vage wie gewagte These, besonders mit Blick auf Deutschland. Aber auch wenn es so sein mag, dass unter den nicht identifizierten Opfern von Tötungsdelikten mehr Frauen als Männer sind: Warum macht das die Männer wiederum vollständig irrelevant?

Das dritte Schlaglicht sind die Maßnahmen zum Schutz vor häuslicher Gewalt. Wie schon erwähnt, betrifft diese Gewalt unterdessen sogar im Hellfeld immerhin zu rund 30 % Männer. Daher sollte man meinen, dass auch die öffentliche Berichterstattung und die staatliche Fürsorge zugunsten der Opfer von häuslicher Gewalt zu rund einem Drittel Männern zugutekämen. Davon kann aber keine Rede sein. Denn während es in Deutschland für Frauen rund 8.100 Plätze in Frauenhäusern und Schutzwohnungen gibt,[44] beträgt deren Zahl für Männer 44.[45] 30 % der Gesamtzahl solcher Plätze wären etwa 2.400, das heißt rund 54-mal so viele. Und auch die Berichterstattung ergeht sich zwar in umfangreichen Klagen über einen weiterhin bestehenden Mangel solcher Plätze für Frauen und überhaupt in zornigen Forderungen nach besserer Prävention und stärkerer Hilfe zugunsten von Frauen, erwähnt aber praktisch nie den viel größeren Bedarf an solchen Plätzen, solcher Prävention und solcher Hilfe zugunsten von gewaltbetroffenen Männern.

Es ist bei alldem wie bei Unglücken und Naturkatastrophen, wenn die Zahl der Opfer genannt wird mit dem Zusatz „darunter (zahlreiche) Frauen und Kinder“: Tote und verletzte Männer sind keiner Erwähnung wert. Sie sind der Normalfall. Ihn braucht man nicht besonders zu erwähnen, nicht besonders zu betrauern, und gegen ihn muss man auch nichts Besonderes unternehmen. Warum ist das so?

3. Gründe des Desinteresses

a) Männer als Täter annullieren Männer als Opfer?

In der politischen Diskussion ist die Reaktion auf Befunde wie die soeben mitgeteilten stets dieselbe: Es wird eingewandt, dass doch auch die Verursacher des Leids, bei Straftaten also die Täter ganz überwiegend Männer seien. Das trifft zumindest bei den Straftaten zu und wird gerade bei den vollendeten Tötungsdelikten besonders deutlich: 2024 lag der Männeranteil an den Tatverdächtigen zu §§ 211–213 StGB bei 88,5 %.[46] Tötungs- wie auch sonstige Gewaltkriminalität ist noch immer Männersache, jedenfalls im Hellfeld der PKS. Aber was sagt das aus über den Wert und die Schutzwürdigkeit der Opfer, wenn die das gleiche Geschlecht haben wie ihre Peiniger und Mörder? Die einzige Antwort, die wissenschaftlich vertretbar ist, lautet: Es sagt darüber überhaupt nichts aus. Und das ist auch die einzige Antwort, die verfassungsrechtlich und ethisch vertretbar ist. Denn es ist die einzige Antwort, die den Menschen, hier: das Opfer einer Gewalttat, als Individuum betrachtet – und nicht lediglich als Teil eines Geschlechterkollektivs, innerhalb dessen man die Schuld jedes Mitglieds des Kollektivs jedem anderen Mitglied zurechnen könnte, so dass alle Taten innerhalb des Kollektivs gewissermaßen Selbstverletzungen wären.

Geht es um Frauen, leuchtet das auch allen sofort ein. Es ist noch keiner auf die Idee gekommen, es für nicht so schlimm zu halten oder gar für ein kriminalstatistisches Nullum, wenn eine Frau Opfer eines Mordes wird, den eine andere Frau begeht. Denn was kann das Opfer eines Mordes für das Geschlecht des Täters – oder der Täterin? Inwieweit würde der Wert eines Mordopfers oder die Verwerflichkeit der Tat dadurch vermindert, dass Opfer und Täter mit dem gleichen Geschlecht zur Welt gekommen sind? Werden sie aber durch diesen Umstand nicht vermindert, dann ist es für die Würdigung eines Verbrechens zunächst einmal vollkommen gleichgültig, welches Geschlecht das Opfer hat und welches der Täter: Das Geschlecht eines Menschen entscheidet weder über seinen Wert als Opfer einer Straftat noch über seinen Unwert als Täter noch über die Verwerflichkeit einer Tat von wem auch immer gegen wen auch immer.

b) Männer als Menschen minderen Werts

Tatsächlich zu erklären ist das flächendeckende gesellschaftliche und politische Desinteresse an männlichem Leid und an Männern als Opfer von Gewalt allein damit, dass Männer von den Gesellschaften, in denen sie leben, schon immer als Menschen minderen Werts betrachtet und behandelt worden sind. Das dürfte den schlichten evolutionsbiologische Grund haben, dass der biologische Fortbestand einer Gesellschaft vor allem gebärfähige Frauen voraussetzt, aber nur wenige zeugungsfähige Männer. Daher konnten und mussten es sich frühe menschliche Gemeinschaften leisten, Männer größere Risiken eingehen zu lassen und sie eher und häufiger als Frauen zu opfern. Und das wirkt auch in den modernen Gesellschaften fort.

Dafür, dass Gesellschaften dem Leben von Frauen höheren Wert beimaßen und beimessen, gibt es zahlreiche Belege. Aus der deutschen, genauer germanischen Strafrechtsgeschichte ist etwa an die Wergelder zu denken, die zu zahlen hatte, wer einen Menschen tötete. Sie waren deutlich höher, wenn das Opfer eine Frau war. Gemäß der Lex Alamannorum zum Beispiel betrug die Buße bei der Tötung einer Frau das Doppelte der Buße bei Tötung eines Mannes, und gleiches galt bei der Körperverletzung.[47] Ich habe mich zu dieser „Wertlosigkeit der Männer“ bereits an anderer Stelle und mit weiteren Beispielen geäußert, darauf sei verwiesen.[48] Hier nur noch drei Hinweise auf weitere normative Indikatoren dieser

[44] Spiegel Online v. 6.3.2023, abrufbar unter https://www.spiegel.de/politik/deutschland/frauenhaeuser-in-deutschland-ueberlastet-a-0f5cf824-d8dc-421f-8b44-ca1a297b2d49 (28.10.2025).

[45] Bundesfach- und Koordinierungsstelle Männergewaltschutz, https://www.maennergewaltschutz.de/maennerschutz-und-beratung/bedarf/ (28.10.2025).

[46] Zu § 211 StGB insgesamt 869 Tatverdächtige, davon 759 Männer. Zu § 212 StGB (ohne § 213 StGB) insgesamt 2.009 Tatverdächtige, davon 1.789 Männer. Zu § 213 StGB insgesamt zwei Tatverdächtige, davon einer ein Mann.

[47] Siehe *Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2012, S. 14.

[48] Siehe *T. Walter*, Schweizer Monat 1072 (Dez. 2019, Jan. 2020), 28 ff.

Wertlosigkeit. Erstens auf den sogenannten Birkenhead-Drill bei Katastrophen, insbesondere Schiffshavarien: zu retten sind dann „Frauen und Kinder zuerst", die Männer mögen sterben. Zweitens auf die Wehrpflicht, die in vielen Staaten allein für Männer besteht. Bekanntlich auch in Deutschland, dessen Art. 12a GG den „Dienst an der Waffe" den Frauen sogar ausdrücklich verbietet; kämpfen und sterben sollen allein die Männer. Drittens auf die schon erwähnte Istanbul-Konvention, die sich allein um den Schutz von Frauen und Kinder vor Gewalt sorgt.

Erinnert sei ferner daran, dass in den Kriegen und Bürgerkriegen der Menschheitsgeschichte alle Parteien so gut wie immer eher bereit gewesen sind, die Männer des gegnerischen Kollektivs zu töten – auch Zivilisten – als dessen Frauen und Kinder, und dass es nicht selten das erklärte Ziel eines Völkermordes war, diese Männer und nur sie umzubringen.

Zu alldem passt die nachhaltig gesicherte psychologische Erkenntnis, dass Männer wie Frauen dem Leid von Männern gleichgültiger gegenüberstehen als dem Leid von Frauen und eher bereit sind, Männern Nachteile zuzufügen, um anderen zu helfen, als Frauen (Mitleidslücke, gender empathy gap).[49]

Diese Mitleidslücke und der allgemeine Befund, dass Männer und Jungen tatsächlich so gut wie immer und überall stärker unter Gewalt zu leiden hatten und haben als Frauen und Mädchen, sind zwar psychologische, historische und soziologische Fakten. Sie taugen aber nicht als Leitsterne für den Gesetzgeber, am allerwenigsten für den Strafgesetzgeber. Denn der hat nicht die Missachtung von Werten zu reproduzieren, sondern Werte gegen ihre Missachtung zu verteidigen und hochzuhalten. Das gilt auch – und in unserer Zeit ganz besonders – für die Gleichwertigkeit der Geschlechter.

IV. Schluss

1. Das Ziel der Kriminalstrafen ist Gerechtigkeit

Das Plädoyer für härtere Strafen bei „Femiziden" wird oft mit dem Wunsch begründet, Frauen besser vor dieser Gewaltkriminalität zu schützen. Das indes setzt eine präventive Wirkung von Kriminalstrafen voraus, die sie kaum und bei den Tötungsdelikten überhaupt nicht haben. Bei ihnen darf man nicht einmal auf einen nennenswerten präventiven Nebeneffekt der Kriminalstrafen hoffen. Für die Tötungsdelikte gilt daher besonders deutlich, was aber auch für alle anderen Delikte Beachtung verlangt: Systematisch, heißt mit durchgehender Aussicht auf Erfolg, kann das Strafrecht nur zweierlei, und zwar erstens *Werte* betonen und zweitens für *Gerechtigkeit* sorgen, wenn sie missachtet werden. Daher kommt es auch für Tötungsdelikte an Frauen darauf an, welche Werte betont werden sollen und wann es gerecht ist, auf ihre Missachtung mit einer besonders harten Strafe zu reagieren. Und für die Antwort ist eines klar: Das Geschlecht darf keine Rolle spielen. Mit anderen Worten sind diese Fragen für Tötungsdelikte an Frauen genauso zu beantworten wie für Tötungsdelikte an Männern:

2. Gerechtigkeit kennt kein Geschlecht

Art. 1 Abs. 1 GG spricht von der Würde des Menschen schlechthin – und nicht von einer besonderen Würde der Menschen des weiblichen Geschlechts. Und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sagt in klarsten, eigentlich unmissverständlichen Worten, dass niemand aufgrund seines Geschlechts bevorzugt oder benachteiligt werden darf. Das gilt auch für die Werturteile und Strafdrohungen des Strafgesetzbuchs. Daher dürfen sie nicht von dem Geschlecht eines Täters oder eines Opfers abhängen (mit den drei ebenso theoretischen wie unbedeutenden Ausnahmen, von denen oben I. 1. die Rede gewesen ist).

Unbedenklich ist es nur, wenn eine Strafbestimmung statistisch betrachtet auf der Täter- oder der Opferseite ein Geschlecht häufiger erfasst als das andere. Ein solcher statistischer Unterschied berechtigt aber nie dazu, das statistisch weniger häufige als unbeachtlich anzusehen und daher ganz aus einer strafrechtlichen Norm herausfallen zu lassen. Ferner lehrt ein Blick auf die Gewaltkriminalität, dass es nur wenige Fallgruppen gibt, in denen Frauen und Mädchen statistisch häufiger Opfer werden als Männer und Jungen – und dass Gewalt insgesamt ein Phänomen ist, das Männer und Jungen als Opfer viel häufiger und härter trifft als Frauen und Mädchen. Diese Männer und Jungen sind *andere* Menschen als jene, von denen die Taten begangen werden, und daher lassen sich ihr Leben und ihre Gesundheit auch dann nicht als belanglos oder minderwertig behandeln, wenn der Täter das gleiche Geschlecht hat wie sie.

Wenn es derzeit in Deutschland auf dem Gebiet der Gewaltkriminalität eine handfeste Geschlechterungerechtigkeit gibt, so ist das die Ungerechtigkeit, dass es für Männer kaum Hilfs- und Schutzangebote gibt, wenn sie Opfer von häuslicher Gewalt sind oder zu werden drohen. Von dieser – in ihrer Dimension himmelschreienden – Ungerechtigkeit lenkt die kriminalpolitische Diskussion über „Femizide" allerdings eher ab, als sie geeignet wäre, für Abhilfe zu sorgen. Ein Zweck dieses Beitrages ist, das zu ändern. Dass er ihn erreicht, wage ich nicht zu hoffen.

[49] Siehe etwa *Bleske-Rechek/Deaner,* Behavioral and Brain Sciences 45 (2022), e131, abrufbar unter https://www.cambridge.org/core/journals/behavioral-and-brain-sciences/article/societies-also-prioritize-female-survival/8FBA1AE13EB0271EBA0F201F302A55FD (28.10.2025);
Graso/Reynolds/Aquino, Archives of sexual behavior 52 (2023), 2433, abrufbar unter https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10508-023-02571-0.pdf (28.10.2025);
Graso/Reynolds, Biology Letters, 20 (11/2024), abrufbar unter https://royalsocietypublishing.org/doi/full/10.1098/rsbl.2024.0381#d1e452 (28.10.2025); alle mit weiteren Nachweisen.

Die Neuen Medien zwischen Telemedien und Digitalen Diensten

Von Prof. Dr. **Manfred Heinrich**, Kiel*

In den letzten vier bis fünf Jahrzehnten haben sich neben den – inzwischen längst als „klassisch" bezeichneten – Medien Presse, Rundfunk und Film die sog. Neuen Medien etabliert – und mittlerweile derart an Bedeutung gewonnen, dass es längst nicht mehr als übertrieben erscheint, von einer „Ära der Neuen Medien" bzw. (insofern gleichbedeutend) vom „Multimedia-Zeitalter" zu sprechen. Tatsächlich entspringt es keiner überzogenen Phantasie, wenn man mit dem in atemberaubender Geschwindigkeit vonstattengegangenen Siegeszug der Neuen Medien eine geradezu revolutionäre – und noch immer nicht abgeschlossene – Umgestaltung des Medienwesens einhergehen sieht.

I. Der Begriff der Neuen Medien

Der Begriff „Neue Medien" – zurückgedrängt mittlerweile durch die „moderneren" Begriffe „Telemedien" (siehe unten II. 2.) und jüngst „digitale Dienste" (unten II. 3.) – fand sich zunächst noch in etwa gleichbedeutend mit der seit Anfang der 1970er-Jahre gebräuchlichen Bezeichnung „Neue elektronische Kommunikationstechniken" und stand anfänglich im Zusammenhang vor allem mit der Entwicklung der Kabeltechnologie.[1] Mehr und mehr jedoch löste er sich aus dem rein am raschen Fortschreiten der technischen Innovation bei der Signalübertragung orientierten Verständniszusammenhang (Breitbandkabel, Satellitentechnik, digitale Übertragungssysteme etc.) und wurde zunehmend zur Bezeichnung neuartiger Kommunikationsangebote herangezogen. Ging es dabei zuerst im Wesentlichen um Fernseh-, Bildschirm- und Kabeltext,[2] rückte alsbald – unter dem Leitstern der „Integration verschiedener Kommunikationsdienste (Fernsprech-, Daten- und Rundfunkdienste usw.) in ein einheitliches Übertragungssystem"[3] – die Entwicklung immer neuer Dienste in den Mittelpunkt des Interesses, „die Rundfunk mit Formen der Individualkommunikation verbinden".

Dabei bestand noch keineswegs vollkommene Klarheit über den Inhalt des Begriffs „Neue Medien" – ebenso wenig wie über den des oftmals damit gleichgesetzten[4] Begriffs „Multimedia". „Was ‚Neue Medien' sind, lässt sich definitorisch nicht genau fassen", beklagte etwa *Fechner*[5] und wies ganz richtig darauf hin, dass man sie „zunächst in Gegenüberstellung zu den ‚alten', den herkömmlichen Medien zu sehen" habe:[6]

> „Fragt man nach den Charakteristika von Multimedia, so stößt man auf technische Besonderheiten, die den Medien früher nicht zur Verfügung standen. Dies ist vor allem die Möglichkeit der Kombination von Texten und Grafiken, bewegten Bildern und Tönen in *einem* Medium, die den Begriff ‚Multimedia' erklärt."[7]

Der Sache nach geht es also um die Vermengung der verschiedenen kommunikativen Ausdrucksmöglichkeiten auf ein- und derselben Kommunikationsplattform. Charakteristisch ist insofern die Verwendung von Computertechnik auf Grundlage der dabei bestehenden Möglichkeit der Digitalisierung von Daten und Informationen jeglicher Art sowie die (realiter oder zumindest als Option gegebene) Anbindung an bzw. Einbindung in Datennetze unterschiedlichen Zuschnitts.[8]

Von besonderer Bedeutung ist hierbei, neben ganz unterschiedlich ausgelegten lokalen Netzen – wie etwa den sog. Intranets von Wirtschaftsunternehmen oder Universitäten, die jeweils nur einem bestimmten Personenkreis (Mitarbeiter, Studierende) zugänglich sind – das Internet mit seinen verschiedenen Ausformungen wie (in erster Linie) dem World Wide Web (www), aber auch dem Usenet sowie Diensten wie FTP, Archie, Gopher, Freenet und anderen.[9] War dabei lange Zeit der PC *die* Multimedia-Plattform schlechthin, gewann in den vergangenen Jahren das schon die Telefonie revolutionierende Mobiltelefon auch in dieser Hinsicht zunehmend an Bedeutung, ist es doch nach Einführung der UMTS-Technik längst möglich, nahezu alles, was bisher nur am Computer nutzbar war, auch für das Handy nutzbar zu machen (Stichworte etwa: Smartphone, „Handy-TV").

Die höchst vielseitige Verwendbarkeit gerade des Internets reicht von den weitgestreuten individualkommunikativen Möglichkeiten, E-Mails auszutauschen, Internet-Telefonie, online-banking oder online-shopping zu betreiben über die jedermann offenstehende jederzeitige Teilnahme an frei zugänglichen Diskussionsforen (chatrooms) bis hin zu massenmedialen Angeboten wie Internet-Radio oder regelmäßig über aktuelle Ereignisse informierende, zeitungsähnliche Newsletter. Zumindest vorübergehend von Bedeutung war auch die Möglichkeit, sich von einem entsprechenden Anbieter individuell

---

* Der mittlerweile im Ruhestand befindliche *Verf.* war bis September 2025 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Kiel.

[1] Zu dieser Entwicklung im Überblick *Stammler*, in: Schiwy/Schütz, Medienrecht, Lexikon für Praxis und Wissenschaft, 3. Aufl. 1994, S. 275 ff. unter eben dem Stichwort: „Neue elektronische Kommunikationstechniken".

[2] Näher hierzu *Stammler* (Fn. 1), S. 279.

[3] Hier und nachfolgend *Stammler* (Fn. 1), S. 280.

[4] Vgl. nur etwa *Fechner*, Medienrecht, 22. Aufl. 2023, Kap. 12 Rn. 2; *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), 650.

[5] So explizit noch *Fechner*, Medienrecht, 9. Aufl. 2008, Kap. 12 Rn. 2.

[6] *Fechner* (Fn. 5); ganz entsprechend zu „Multimedia" noch immer *ders.* (Fn. 4), Kap. 12 Rn. 2: „in Gegenüberstellung zu den ‚alten', den ‚monomedialen' Medien".

[7] *Fechner* (Fn. 4), Kap. 12 Rn. 2 (*Hervorhebung* durch den *Verf.*).

[8] Vgl. zu den genannten Charakteristika auch *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), 650.

[9] Näher hierzu *Weiss*, Das Internet und die klassische Medien – Konkurrenz oder Komplementierung? Eine medienpolitische Betrachtung, 2003, S. 12 ff.; zu den Wesensmerkmalen, der historischen Entwicklung und den technischen Grundlagen des Internets *ders.* (a.a.O.), S. 2 ff., 6 ff. und 14 ff.

ausgewählte Fernsehsendungen aufzeichnen und zum anschließenden Download bereitstellen zu lassen (sog. true-video-on-demand),[10] was freilich durch die umfassenden Angebote der millionenfach genutzten Streaming-Dienste wie Netflix, Disney Plus oder Amazon Prime mittlerweile weitestgehend verdrängt wurde.

Wichtig für das Verständnis der Neuen Medien und den rechtlichen Umgang mit ihnen ist dabei vor allem aber eines: Mit der doch so pluralisierend erscheinenden Bezeichnung „Neue Medien" ist nicht etwa eine enumerativ benennbare Mehrzahl einzelner Kommunikationsmodelle gemeint (wie bei den „Klassischen Medien" die Trinität von Presse, Rundfunk und Film), sondern gewissermaßen nur – was denn auch im eher singularischen Begriff des „Multimedia" weit besser zum Ausdruck gelangt – der Umstand, dass unter Aufhebung der trennscharfen Abgrenzungen zwischen den überlieferten Formen medial vermittelter Kommunikation eine eben dadurch gekennzeichnete neue Medienkategorie entstanden ist. Der Plural im Begriff der „Neuen Medien" steht mithin letztlich für nichts anderes als die zur medialen Realität gewordene Vorstellung einer Vielfalt in sich selbst. Um mit *Fechner* zu sprechen:

> „Genau besehen handelt es sich bei den Neuen Medien letztlich nicht um *unterschiedliche* Medien, sondern um *ein* neues Medium, das in sehr unterschiedlicher Weise genutzt werden kann".[11]

Und noch etwas: Die von Jahr zu Jahr kontinuierlich fortschreitende, nicht nur technische,[12] sondern gerade auch inhaltliche Konvergenz der Medien[13] ist eine unabtrennbare Begleiterscheinung speziell der Neuen Medien, ja mehr noch: eine deren Multimedia-Charakter entsprechende, ihrem Wesen von vornherein inhärente Grundeigenschaft. So denn auch *Paschke*:[14] Die Eigenart von Multimediadiensten bestehe „darin, dass sie im Zwischenbereich zwischen Medien der Massenkommunikation nach Art des Rundfunks und Fernsehens und der medienvermittelten Individualkommunikation nach Art des Telefon-Ferngesprächs angesiedelt sind". Dabei ist diese Entwicklung noch keineswegs abgeschlossen, ist vielmehr „ein weiteres Zusammenwachsen der bisher so unterschiedlichen Formen zu erwarten".[15]

II. Die gesetzliche Regelung[16]

1. Auf dem Wege zur heutigen Regelung: Mediendienste und Teledienste

Von Anfang an bestanden (bis heute noch nicht endgültig ausgeräumte) Unklarheiten hinsichtlich der Kompetenzverteilung bei der Multimediagesetzgebung:[17] Der Bund vermag sich auf seine ausschließliche Zuständigkeit aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 9 GG für das Postwesen und die Telekommunikation bzw. für den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht sowie auf die konkurrierende Gesetzgebung für verschiedene periphere Materien (wie gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 GG etwa für das Strafrecht und den – in der öffentlichen Fürsorge enthaltenen – Jugendschutz) zu berufen, während die Länder demgegenüber darauf verweisen können, dass dem Bund keine ausdrückliche Kompetenz für die Medien eingeräumt ist und daher die grundsätzliche Landeszuständigkeit gem. Art. 70 Abs. 1 GG bestehe. Vor diesem Hintergrund kam es, um Streitigkeiten vor dem BVerfG zu vermeiden,[18] im Jahr 1996 (nach heftiger Diskussion, aber doch erstaunlich rasch) zu einer zwischen Bund und Ländern ausgehandelten Kompromisslösung:[19] Die an die Allgemeinheit gerichteten sog. Mediendienste sollten von den Ländern, die der Individualkommunikation dienenden sog. Teledienste hingegen vom Bund geregelt werden.[20]

So wurde zunächst am 18.12.1996 zwischen den Ländern der Staatsvertrag über Mediendienste (Mediendienste-Staatsvertrag – MDStV) vereinbart[21] sowie wenig später vom Bundesgesetzgeber auch das Teledienstegesetz (TDG) beschlossen.[22] Beide sind zeitgleich zum 1.8.1997 in Kraft getreten und galten später in einer Fassung, die den Vorgaben der im

[10] Vgl. hierzu etwa *Paschke*, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 40.

[11] So explizit noch *Fechner* (Fn. 5), Kap. 12 Rn. 6 (*Hervorhebung* durch den *Verf.*).

[12] Vgl. zu deren unterschiedlichen Aspekten *Hartmann*, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Medienrecht, Praxishandbuch, 3. Aufl. 2014, Bd. 5, Kap. 1 Rn. 2.

[13] Insofern zu Recht kritisch zur Bezeichnung „inhaltliche Konvergenz" *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 3, als „sich die Angebote gerade nicht im Verschmelzen vorbekannter Dienste erschöpfen, sondern ganz neue Formen der Kommunikation entstehen".

[14] *Paschke* (Fn. 10), Rn. 43.

[15] So die noch immer zutreffende Einschätzung von *Fechner*, Medienrecht, 15. Aufl. 2014, Kap. 12 Rn. 7; aktuell jetzt *ders.* (Fn. 4), Kap. 12 Rn. 3: „Die unterschiedlichen Medienformen wachsen ständig weiter zusammen, weshalb von einer zunehmenden ‚Konvergenz der Medien' gesprochen wird."

[16] Ausf. zur Entwicklung des Telemedienrechts bis 2014 *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 § 1; siehe auch den kurzen, aber aktuellen Überblick bei *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2025, Kap. 15 Rn. 183.

[17] Näher hierzu *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 12 ff.; *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 48 ff.

[18] Näher hierzu *Fechner*, Medienrecht, 8. Aufl. 2007, Rn. 1118.

[19] Vgl. *Fechner*, Medienrecht, 16. Aufl. 2015, Kap. 12 Rn. 18 ff.; *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, 13/4; *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 19.

[20] Explizit hierzu *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 20 ff.

[21] Zu seinem Inhalt *Fechner* (Fn. 18), Rn. 1186 ff.; *Gounalakis*, NJW 1997, 2993 ff.

[22] Als Art. 1 des als Artikelgesetz gestalteten Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes des Bundes (IuKDG) v. 22.7.1997 (BGBl. I 1997, S. 1870), in welchem außerdem in den Art. 2, 3 noch das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) sowie das Signaturgesetz (SigG) enthalten waren; zum Inhalt des TDG ausf. *Fechner* (Fn. 18), Rn. 1132 ff.; siehe auch *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 17), Rn. 52 f.

Jahr 2000 auf EG-Ebene zu Vereinheitlichungszwecken erlassenen sog. e-commerce-Richtlinie (ECRL) entsprach, der „Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt."[23]

Damit wurde eine Aufteilung der Multimediadienste in Mediendienste einerseits und Teledienste andererseits festgeschrieben. Das TDG erfasste nach seinem § 2 Abs. 1 „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt (Teledienste)" – wobei beispielhaft in § 2 Abs. 2 etwa Telebanking, der individualkommunikative Datenaustausch, Datendienste und Angebote zur Nutzung des Internets erwähnt wurden. Demgegenüber erstreckte der MDStV sich nach seinem § 2 Abs. 1 auf „das Angebot und die Nutzung von an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten (Mediendienste) in Text, Ton oder Bild, die unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters verbreitet werden" – mit beispielhafter Nennung in § 2 Abs. 2 der verschiedensten Verteildienste (wie etwa des Fernsehtextes und der durch direkte Angebote an die Öffentlichkeit gekennzeichneten Formen des Teleshoppings) sowie bestimmter Abrufdienste.

Trotz jener Abgrenzungsbemühungen fiel die Unterscheidung von Medien- und Telediensten und damit die Feststellung der (einander ausschließenden) Anwendbarkeit des TDG einerseits und des MDStV andererseits nicht immer leicht.[24] Das lag insb. daran, dass die beiden Normierungen von unterschiedlichen Standpunkten ausgingen, nämlich der MDStV den Blickwinkel der *Anbieter* einnehmend nach „an die Allgemeinheit gerichteten" Diensten fragte, während es beim TDG die *Nachfrager* waren, deren „individuelle Nutzung" maßgeblich sein sollte.[25] Das führte dazu, dass bei Diensten, die zwar der Allgemeinheit angeboten werden, die gleichwohl aber individuell abgerufen werden können, eine eindeutige Abgrenzung nicht oder nur schwer möglich war und in der Praxis letztlich nur eine Schwerpunktbetrachtung als Lösung blieb.[26]

Dessen ungeachtet ist freilich festzustellen, dass trotz gewisser Regelungsdifferenzen[27] wenigstens die – gerade auch unter dem Blickwinkel des Medienstrafrechts – zentral bedeutsamen Bestimmungen zur Verantwortlichkeit der Anbieter hinsichtlich der kommunizierten Inhalte – §§ 8 ff. TDG, §§ 6 ff. MDStV – abgesehen von der Paragrafenzählung vollkommen identisch waren.

2. Die spätere Rechtslage: Telemedien und Telemediengesetz

Mit dem 1.3.2007 ist an die Stelle von MDStV und TDG das vom Bundesgesetzgeber erlassene – und mittlerweile wieder außer Kraft gesetzte[28] (vgl. nachf. Abschnitt 3) – Telemediengesetz (TMG) getreten.[29] Wie schon die Bezeichnung offenbart, ging dieses Gesetz nicht mehr von Telediensten einerseits und Mediendiensten andererseits aus, sondern fasste beide unter dem einheitlichen Begriff der „Telemedien" zusammen – wobei ein an die bisherigen Kategoriebezeichnungen anknüpfender Begriff „Telemediendienste" hier schon deswegen treffender gewesen wäre, weil doch im TMG stets von „Diensteanbieter" und „Nutzer" eben dieser Dienste die Rede war.[30]

Dabei waren Telemedien gem. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG (sowie inhaltsidentisch § 2 Abs. 1 S. 3 des entsprechend neu gefassten Rundfunkstaatsvertrages[31]), auf eine kurze, handhabbare Formel gebracht, „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste […], telekommunikationsgestützte Dienste […] oder Rundfunk […] sind"[32] – womit der Gesetzgeber letztlich den Begriff der (elektronischen) „Informations- und Kommunikationsdienste" als Oberbegriff der drei Teilbereiche „Telekommunikation", „Rundfunk" und „Telemedien" etabliert hat.[33]

Damit fanden sich nunmehr sämtliche Telemediendienste erstmals einer einheitlichen Regelung unterworfen – die sich allerdings verteilte auf (hinsichtlich v.a. wirtschaftlicher/technischer Aspekte) das TMG[34] sowie (hinsichtlich vor allem inhaltlicher/medienrechtlicher Aspekte) den Rundfunkstaatsvertrag (insb. §§ 54–61 RStV) bzw. später den ihm nachfolgenden Medienstaatsvertrag (insb. §§ 17–25 MStV).[35]

[23] ABl. EG Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1; zum Einfluss der ECRL auf TDG und MDStV *Fechner* (Fn. 18), Rn. 1120 ff.; vgl. nunmehr aktuell auch *ders.* (Fn. 4), Kap. 12 Rn. 19 ff.

[24] Ausf. hierzu *Fechner* (Fn. 18), Rn. 1126 ff.; *Paschke*, Medienrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 99 ff., sowie *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 44 mit Fn. 135.

[25] So zu Recht *Fechner* (Fn. 18), Rn. 1128; siehe auch *Paschke* (Fn. 24), Rn. 99.

[26] Näher *Fechner* (Fn. 18), Rn. 1129; siehe auch *Paschke* (Fn. 24), Rn. 100 ff.

[27] Zu den Unterschieden zwischen TDG und MDStV *Fechner* (Fn. 18), Rn. 1216 ff.

[28] Mit Wirkung v. 14.5.2024 aufgrund Gesetzes v. 6.5.2024, BGBl. I 2024, S. 149.

[29] Telemediengesetz v. 26.2.2007, BGBl. I 2007, S. 179. Näher zu ihm *Fechner* (Fn. 4), Kap. 12 Rn. 22 ff., sowie die ausf. Kommentierung von *Altenhain*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2023, Kap. 5 II.

[30] Vgl. *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 38; *Kitz*, ZUM 2007, 369; *Paschke* (Fn. 10), Rn. 74; *Roßnagel*, NVwZ 2007, 743 f. sowie BT-Drs. 16/3078, S. 13.

[31] Durch den am 1.3.2007 in Kraft getretenen 9. RÄStV.

[32] Weniger technisch die – im Übrigen freilich kaum vorteilhafter erscheinende – Umschreibung bei *Dörr/Schwartmann/Mühlenbeck*, Medienrecht, 7. Aufl. 2023, Rn. 352: „Telemedien sind eine Vielzahl von unterschiedlichen Erscheinungsformen elektronisch gespeicherter und verbreiteter Inhalte."

[33] Vgl. *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 35; *Paschke* (Fn. 10), Rn. 74; BT-Drs. 16/3078, S. 13.

[34] In dem jetzt auch die Materie des (mit seinem Inkrafttreten aufgehobenen) vormaligen TDDSG geregelt war (vgl. Fn. 22).

[35] Näher zum Inhalt dieser beiden Regelungsbereiche *Dörr/Schwartmann/Mühlenbeck* (Fn. 32), Rn. 353, 373 ff., 383 ff.

Telemedien sind danach z.B.: „Internet-Handelsplattformen und sonstige Webshops, Foren und Chats, Video on Demand Angebote, die Werbung für Waren und Dienstleistungsangebote per E-Mail, das Bereitstellen eigener Inhalte und Informationen in sozialen Netzwerken, wie ein Profil auf Facebook, die Vermittlung des Zugangs zu Telemedien (Accessprovider) sowie das Betreiben eines WLAN".[36]

Wichtig für das Strafrecht war, dass die zuvor für Teledienste einerseits und Mediendienste andererseits in §§ 8 ff. TDG bzw. §§ 6 ff. MDStV bereits identisch formulierten Verantwortlichkeitsregelungen in ihrer Anwendbarkeit nunmehr auf sämtliche Telemedien, wenn auch unter neuer Nummerierung, so jedoch inhaltlich nahezu unverändert in die §§ 7 ff. TMG übernommen wurden.

3. Die heutige Regelung: Telemedien und Digitale-Dienste-Gesetz

Waren somit bis vor Kurzem die Telemedien im Wesentlichen an zwei Orten geregelt,[37] nämlich zum einen (zunächst) im Rundfunkstaatsvertrag (RVSt) bzw. (ab dem 7.11.2020) im Medienstaatsvertrag (insb. in §§ 17–25 MStV) und zum anderen – ganz zentral und letztlich namensgebend – im Telemediengesetz (TMG), so ist ihnen mit dem zum 14.5.2024 erfolgten Außerkrafttreten des TMG und seiner gleichzeitigen Ablösung durch das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG)[38] nicht nur eines ihrer bisherigen normativen Standbeine entzogen worden, sondern sind im DDG – zumindest begrifflich – die „Telemedien" gewissermaßen verdrängt worden durch die „digitalen Dienste". Tatsächlich findet sich im gesamten DDG kein einziges Mal der Begriff der „Telemedien", sondern ist in allen einschlägigen Regelungszusammenhängen stets nur von „digitalen Diensten" die Rede – wobei der Begriff „digitaler Dienst" in § 1 Abs. 4 Nr. 1 DDG (unter Inbezugnahme des Art. 1 Abs. 1 lit. b der EU-Richtlinie 2015/1535)[39] eine (nicht negativ abgrenzende, sondern positiv besetzende) Legaldefinition erfährt.

Damit sind freilich weder der Begriff der „Telemedien", noch die bislang mit ihm umschriebene Kategorie des Medienrechts einfach aus der Welt geschafft. Denn außerhalb des DDG – vor allem im unverändert in Kraft befindlichen MStV, aber auch im Jugendmedienstaatsvertrag (JMStV) – sind die Telemedien nach wie vor sowohl begrifflich wie auch inhaltlich zentraler Gegenstand der Regelungen im Bereich der Neuen Medien. So sind etwa die als kategoriebegründend zu verstehende Legaldefinition von „Telemedien" in § 2 Abs. 1 S. 3 MStV, wie auch in § 2 Abs. 1 S. 1 JMStV bislang beibehalten worden.

Überdies sind „Telemedien" und „digitale Dienste" angesichts ihrer unterschiedlichen Definition in § 2 Abs. 1 S. 3 MStV hier und § 1 Abs. 4 Nr. 1 DDG dort *notwendigerweise* in ihrer begrifflichen Ausdehnung nicht deckungsgleich, sodass es eine unzulässige sachliche Verkürzung darstellte, die einen – und sei es auch nur begrifflich – schlicht als durch die anderen ersetzt zu begreifen.[40] Es handelt sich vielmehr um zwei sich überschneidende Kreise: Nicht alle „Telemedien" sind auch „digitale Dienste",[41] und nicht alle „digitalen Dienste" sind auch „Telemedien".[42]

Man hat also davon auszugehen, dass im Bereich der „Neuen Medien" nunmehr zwei unterschiedliche Kategorien im Raume stehen, nämlich einerseits nach wie vor die unverändert relevante Kategorie der Telemedien i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 3 MStV und andererseits die neu hinzugetretene, in ihrem Zuschnitt eigenständige Kategorie der Digitalen Dienste i.S.d. § 1 Abs. 4 Nr. 1 DDG. Aus diesem Grunde kann und sollte auch weiterhin überall dort von „Telemedien" die Rede sein, wo es eben der Sache nach um Telemedien i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 3 MStV geht. Als Treppenwitz des Medienrechts mag es dabei erscheinen, dass der (ob seiner Fortschreibung im Begriff der „Telemedien) zwischenzeitlich als veraltet verstandene Begriff der „Neuen Medien" nunmehr wieder aufleben könnte als probater, die Kategorien „Telemedien" und „digitale Dienste" überwölbender Sammelbegriff.

In welchem Verhältnis aber stehen nun die „Telemedien" zu den „digitalen Diensten" und – wichtiger noch – wie verhalten sich die rechtlichen Regelungen der „Telemedien" zu denjenigen der „digitalen Dienste"? Fraglich ist, um es auf den entscheidenden Punkt zu bringen, ob bzw. inwieweit die Regelungen des DDG auch für die – im DDG ja nicht eigens genannten – Telemedien gelten.

Hierauf gibt es – den Landesgesetzgebern sei Dank – in § 24 Abs. 1 MStV eine klare Antwort: Zum einen wird dort unterschieden zwischen „Telemedien, die zugleich digitale Dienste sind" (S. 1), und solchen, die dies eben *nicht* sind (S. 2). Zum anderen wird festgelegt, dass für erstere „die

[36] *v. Petersdorff-Campen*, in: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner (Hrsg.), Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. 2021, TMG § 7 Rn. 2; siehe auch *Hartmann* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 39 ff.

[37] Zu dieser „einfachgesetzlichen Mehrfachregulierung der Telemedien" näher *Dörr/Schwartmann/Mühlenbeck* (Fn. 32), Rn. 373 ff.

[38] Beschlossen als Art. 1 des Gesetzes v. 6.5.2024 (BGBl. I 2024, Nr. 149), in Kraft getreten am 14.5.2024.

[39] Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 2015/1535: Der Ausdruck „Dienst" bezeichne „eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d.h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung."

[40] So aber *Dörr/Schwartmann/Mühlenbeck* (Fn. 32), Rn. 373: Es werde im DDG „der Begriff ‚Telemedien' durch den Begriff ‚Digitale Dienste' ersetzt".

[41] Auch *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (681), erklären, dass „einige bislang vom TMG erfasste Diensttypen nun grundsätzlich nicht mehr unter die E-Commerce-Regeln des DDG fallen", so etwa bestimmte „Dienste, deren Erbringung nicht auf individuellen Abruf hin erfolgt", wie „beispielsweise Teletextdienste und bestimmte Teleshopping-Angebote".

[42] Vgl. *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (682), mit dem Hinweis, dass „auch (Vermittlungs-)Dienste in den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierungen einbezogen werden, deren Privilegierung unter […] dem TMG noch ungeklärt war oder von der Rechtsprechung sogar abgelehnt wurde, beispielsweise Content Delivery Networks, DNS-Dienste und DNS-Resolver."

Bestimmungen des DDG gelten" (S. 1 – man mag ergänzen: *unmittelbar* gelten), für letztere sie hingegen – nur, aber immerhin – „*entsprechend* gelten" (S. 2).

4. Die telemedienrechtlichen Haftungsbeschränkungen

Was nun auf dieser Grundlage speziell die aus der Perspektive des Strafrechts heraus wohl brennendste Frage nach dem Schicksal der bislang in §§ 7 ff. TMG beheimateten telemedienrechtlich relevanten Haftungsbeschränkungen anlangt, so ist die Antwort in gewisser Hinsicht durchaus beruhigend: Sie sind sie mit der Aufhebung jenes Gesetzes nicht etwa sang- und klanglos untergegangen, sondern lediglich – in weitgehend unveränderter inhaltlicher Ausgestaltung – gewissermaßen „umgezogen":

Mit vollinhaltlicher Geltung der EU-Verordnung 2022/2065,[43] dem sog. Digital Services Act (DSA),[44] ab dem 17.2.2024[45] einerseits und der Ablösung des TMG durch das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG) zum 14.5.2024 andererseits finden sich die zuvor in §§ 7 ff. TMG geregelten telemedienrechtlich relevanten Haftungsbeschränkungen nunmehr in Art. 4–8 DSA sowie in §§ 7, 8 DDG. Dabei stellen Art. 4–8 DSA als (gem. Art. 3 lit. a DSA) für Dienste i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. b der EU-Richtlinie 2015/1535 *unmittelbar geltendes* EU-Recht die Kernregelung dar, die in Deutschland durch §§ 7, 8 DDG ergänzt wird.[46]

Damit ergibt sich für diejenigen Telemedien i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 3 MStV, die (vgl. § 24 Abs. 1 S. 1 MStV) „zugleich digitale Dienste gem. § 1 Abs. 4 Nr. 1 DDG" und damit (gem. § 1 Abs. 4 Nr. 1 DDG) ebenfalls „Dienste i.S.d. Art. 1 I lit. b der EU-Richtlinie 2015/1535" sind, dass für sie die Art. 4–8 DSA schon als unmittelbar geltendes EU-Recht anwendbar sind – und demgemäß die „Verweisung" in § 7 Abs. 1 DDG auf die schon per se geltenden Art. 4–8 DSA lediglich deklaratorische Bedeutung hat.[47] Hinsichtlich der i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 2 MStV „anderen" Telemedien hingegen, also denjenigen, die *nicht* zugleich auch „digitale Dienste" i.S.d. DDG sind, führt der Weg zu Art. 4–8 DSA über die Entsprechensklausel des § 24 Abs. 1 S. 2 MStV und die nun konstitutiv wirkende Inbezugnahme durch § 7 Abs. 1 DDG. Die (direkte oder entsprechende) Geltung von § 7 Abs. 2–4 und § 8 DDG (sowie der in § 7 Abs. 1 DDG neben dem Verweis auf Art. 4–8 DSA enthaltenen Geltungserweiterungen auf unentgeltliche bzw. von öffentlichen Stellen angebotene Dienste)[48] auf alle Telemedien ergibt sich aus den insoweit wiederum konstitutiv wirkenden Geltungsregeln in § 24 Abs. 1 S. 1, S. 2 MStV.

Des Weiteren ist zu beachten, dass durch das Abstellen sowohl des DSA (Art. 3 lit. b), als auch des DDG (in § 1 Abs. 4 Nr. 1) auf Dienste i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. b der EU-Richtlinie 2015/1535 nunmehr „auch (Vermittlungs-)Dienste in den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierungen einbezogen werden, deren Privilegierung unter […] dem TMG noch ungeklärt war oder von der Rechtsprechung sogar abgelehnt wurde, beispielsweise Content Delivery Networks, DNS-Dienste und DNS-Resolver".[49] Die Haftungsregelungen der Art. 4–8 DSA, §§ 7, 8 DDG gelten mithin auch über den Bereich der „Telemedien" hinaus für bestimmte andere digitale Dienste i.S. von DSA und DDG.

III. Fazit

Letztlich bleibt also festzuhalten, dass sich aus der Perspektive des Strafrechts mit der Ablösung des TMG durch das DDG jedenfalls hinsichtlich der Telemedien strukturell wie inhaltlich nicht allzu viel geändert hat: Zwar erscheint, was die begriffliche Erfassung anlangt, nunmehr allein der MStV als normative Heimstatt der Telemedien; noch immer aber sind die Telemedien als solche nach wie vor existent und – jedenfalls inhaltlich – im Wesentlichen an zwei Orten geregelt, nämlich zum einen – nicht anders als bisher – im MStV (insb. in §§ 17–25 MStV) und zum anderen nunmehr – anders als bisher – nicht mehr im ausgemusterten TMG, sondern in den Regelungen des neuen DDG und (in erster Linie) des neuen DSA. Dabei sind die telemedienrechtlichen Haftungsbeschränkungen – deren Einzelheiten an anderem Ort noch näher darzustellen sind[50] – zwar räumlich verlagert worden, aber doch inhaltlich im Wesentlichen unverändert aufrechterhalten geblieben.

[43] DSA vom 27.10.2022, ABl. EU Nr. L 277, S. 1, ber. 2022 ABl. EU Nr. L 310, S. 17, in Kraft als EU-weit unmittelbar geltendes Recht ab 16.11.2022 (zur Geltung der Normen siehe Fn. 45); dem eigentlichen Regelungsinhalt der VO sind dabei die einschlägigen Erwägungsgründe vorangestellt. Ausf. zum DSA *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3 (Teil 1) sowie 115 (Teil 2); *Paschke/Wernicke*, in: Taeger/Pohle (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, 39. Lfg., Stand: April 2024, Kap. 120.4 Rn. 20 ff.

[44] Deutsche Fassung als „Gesetz über digitale Dienste" (GdD); nicht zu verwechseln mit dem DDG!

[45] Geltung der meisten Normen des DSA (auch der Art. 4–8) gem. Art. 93 Abs. 2 S. 1 DSA erst ab 17.2.2024; demgegenüber in Geltung bereits ab 16.11.2022 die in Art. 93 Abs. 2 S. 2 DSA einzeln benannten Normen.

[46] Vgl. zu Letzteren durchaus krit. *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (682): „nationale Besonderheiten, deren Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Regelungen indes ebenso zweifelhaft ist wie ihre systematische Sinnhaftigkeit".

[47] Vgl. *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (682): „deklaratorische Klarstellungen des Vorrangs der Verordnungsregelungen".

[48] *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (682).

[49] *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (682); dort auch zum neuen „Notice-and-Take-Down-Mechanismus für Host-Provider gemäß Art. 16 DSA" und dessen Auswirkungen auf die Providerhaftung.

[50] Vgl. dazu den entsprechenden Beitrag in einer der nächsten Ausgaben der ZfIStw.

Smarte Überführung?

Zum zwangsweisen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf gesperrte Mobiltelefone

Von Prof. Dr. **Ken Eckstein**, Bochum*

Mit Beschluss vom 13.3.2025[1] *hat der Bundesgerichtshof (BGH) es für zulässig erklärt, dass die Strafverfolgungsbehörden zwangsweise einen Finger des Beschuldigten auf den Fingerabdrucksensor seines Mobiltelefons auflegen, um Zugang zu den Daten zu erhalten, die auf dem Mobiltelefon gespeichert sind. Diese Maßnahme soll auf § 81b Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 94 ff. StPO gestützt werden dürfen, wenn eine nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO richterlich angeordnete Durchsuchung dem Auffinden von Mobiltelefonen diente und der Datenzugriff verhältnismäßig ist (amtlicher Leitsatz).*

Bestärkt und herausgefordert fühlen konnte der BGH sich durch ein Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 4.10.2024[2] *– herausgefordert, weil der EuGH den Geltungsanspruch der europäischen Datenschutzordnung und der Grundrechtecharta der EU für den Zugriff der nationalen Strafverfolgungsbehörden auf Mobiltelefone ausformuliert,*[3] *und in der Sache bestärkt, weil der EuGH eine richterliche Anordnungskompetenz, die strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall und die Information des Betroffenen zur Ermöglichung nachträglichen Rechtsschutzes als Eingriffsvoraussetzungen genügen zu lassen scheint.*

Der BGH hat in der Folge ein kunstvolles Bauwerk aus drei Befugnisnormen errichtet, die in ihrer Zusammenschau eine Ermächtigung unter Richtervorbehalt ergeben: § 81b StPO i.V.m. §§ 94 ff. und 102 ff. StPO – smarte Überführung oder Flickschusterei?

I. Problemaufriss

Über die Zulässigkeit einer Entsperrung und Auswertung von Mobiltelefonen (oder ähnlichen Geräten wie Tablets und Notebooks) wird seit einiger Zeit kontrovers diskutiert.[4] Die Strafverfolgungsbehörden haben großes Interesse an einem Zugriff, weil Mobiltelefone eine Fundgrube für ermittlungsrelevante Informationen sind. Auf eine Gelegenheit zu warten, das schon entsperrte Mobiltelefon zu beschlagnahmen, dürfte wenig praktikabel sein. Vermutlich hilft den Strafverfolgungsbehörden nicht selten die Kooperationsbereitschaft Betroffener. In der Annahme, Widerstand sei zwecklos, oder auf den Hinweis hin, nur so könne eine langfristige Beschlagnahme zwecks Brute-force-Entschlüsselung vermieden werden, womöglich ergänzt um den fürsorglichen Fingerzeig, eine solche Entschlüsselung berge das Risiko einer Beschädigung,[5] werden nicht wenige Betroffene der Aufforderung nachkommen, das Mobiltelefon zu entsperren.[6] Der BGH erlaubt den Strafverfolgungsbehörden eine zwangsweise Entsperrung via Fingerabdrucksensor und bestätigt so, dass in der Praxis, jedenfalls für den Beschuldigten, denn nur auf ihn bezieht sich die Entscheidung, ein Finderabdrucksensor keinen effektiven Zugriffsschutz bietet.

In der zwangsweisen Entsperrung sieht der BGH keinen Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz (unten IV.).[7] Der BGH erkennt aber an, dass es sich beim nicht konsentierten Zugriff auf die Daten eines Mobiltelefons um einen „schwerwiegenden oder sogar besonders schwerwiegenden Eingriff"[8] in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 Charta der Grundrechte der Europäischen Union [GrCh])[9] und das Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GrCh) handle.[10] Auch sei der Anwendungsbereich der JI-Richtlinie (EU) 2016/680[11] eröffnet.[12] Das besondere Gewicht des Grundrechtseingriffs erkennt der BGH zutreffend darin, dass beim Zugriff auf ein Mobiltelefon eine Vielzahl an Daten auch vertraulicher oder gar höchstpersönlicher Natur zugänglich werden (Kommunikation, Lichtbilder, Videoaufnahmen, Notizen oder Kalendereinträge).[13] Über die §§ 81b, 94 ff., 102 ff. StPO hinausgehende Eingriffsvoraussetzungen leitet der BGH daraus jedoch nicht ab. Das erscheint fragwürdig (unten V.).

Näherer Untersuchung bedarf außerdem der methodische Umgang des BGH mit den Befugnisnormen der Strafprozessordnung. Nach Ansicht des BGH findet sich eine gesetzliche Eingriffsgrundlage für die Entsperrung von Mobiltelefonen des Beschuldigten in § 81b Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 94 ff. StPO.[14] Daran überrascht die Kumulation von Befugnisnormen. Sie führt zu der Frage, wie weit § 81b StPO legitimerweise reicht und ob nicht §§ 94 ff. StPO schon für sich

---

* Der *Verf.* ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

[1] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24 = NJW 2025, 2265 = NStZ 2025, 560 – vorgesehen für BGHSt.

[2] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321.

[3] Die von mir vorgeschlagene Restriktion des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta (*Eckstein*, ZIS 2013, 220 [224] m.w.N.) hat sich nicht durchgesetzt.

[4] Für Nachweise zum Streitstand siehe Fn. 53 ff. und 94 ff.

[5] *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 [194].

[6] Zu den Grenzen von Einwilligung und Freiwilligkeit i.S.v. § 51 BDSG *Rückert*, Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 577 ff. m.w.N.

[7] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 32.

[8] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28, 33. Wortgleich EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (325).

[9] ABl. EU 2016 Nr. C 202, S. 389 ff.

[10] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28, 33.

[11] Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. EU 2016 Nr. L 119, S. 89 ff.).

[12] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28 f.

[13] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 33.

[14] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28.

genommen eine Annexkompetenz zu vorbereitenden Eingriffen implizieren. Der Rückgriff auf § 81b StPO wirft außerdem die Frage auf, ob und wie auf Mobiltelefone Nichtbeschuldigter zugegriffen werden darf, für die § 81b StPO seinem klaren Wortlaut nach nicht gilt (unten VI.).

Der BGH reichert seine Kumulation der Befugnisnormen sogar noch weiter an, indem er einschränkend hinzufügt, dass die Entsperrung jedenfalls dann von § 81b Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 94 ff. StPO gedeckt sei, wenn eine nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO richterlich angeordnete Durchsuchung dem Auffinden von Mobiltelefonen diente und der Datenzugriff verhältnismäßig ist.[15] Mit § 102 StPO kommt also eine dritte Befugnisnorm ins Spiel. Wohlgemerkt bezieht der BGH alle drei Befugnisnormen auf den „Versuch der Ermittlungsbehörden", durch Entsperrung „Zugang zu den auf einem Mobiltelefon […] gespeicherten Daten zu erlangen".[16] Zwar wechselt der BGH zwischendurch zu einer stärker analytischen Betrachtung der Abfolge von Eingriffen, wie sie insbesondere von *Rottmeier/Eckel* befürwortet wird:[17] Durchsuchung (§ 102 StPO) – Sicherstellung der Mobiltelefone – Entsperrung der Mobiltelefone (§ 81b Abs. 1 StPO) – Durchsicht der Daten (§ 110 StPO) – Beschlagnahme der verfahrensrelevanten Daten (§ 94 Abs. 2 StPO).[18] Der BGH hält diese analytische Betrachtung aber nicht durch, weil erst die Kumulation der Befugnisnormen ein Set an Eingriffsvoraussetzungen ergibt, wie der EuGH es in seinem Urteil vom 4.10.2024 zur Bedingung gemacht hat[19] (unten VI.).

Man wird die Entscheidung des BGH auf andere biometrische Sicherungen übertragen dürfen (Festhalten für die Gesichts- oder Iriserkennung). Dagegen bleibt das Erzwingen der PIN-Eingabe oder einer Stimm- oder Schrittprobe durch den Beschuldigten zwecks Entsperrung unzulässig (unten IV.). Auch ergibt sich aus der Entscheidung keine Befugnis für die verdeckte Benutzung des Mobiltelefons.[20] Im Übrigen wird vom BGH für das Problem des Zugriffs auf gesicherte Datenträger allenfalls eine punktuelle Lösung vorgeschlagen. Die Anforderungen, die BGH und EuGH aufstellen, verdeutlichen jedoch die weiterreichende Virulenz des Problems. Darf auch der Finger eines Toten oder eines anderen Nichtbeschuldigten aufgelegt werden, um ein Mobiltelefon zu entsperren?[21] Unter welchen Voraussetzungen darf eine Entsperrung mit technischen Mitteln (brute force) erfolgen?[22] Dürfen freiwillig zur Identitätsfeststellung abgegebene Fingerabdrücke nachträglich umgewidmet werden, um eine Fingerabdruck-Attrappe zu erstellen, mit der ein Mobiltelefon entsperrt wird (unten V., VI.)?[23] Die Regelungsbedürfnisse unterstreichen die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung (unten V., VI.).

Bevor der Beitrag diesen Fragen im Einzelnen nachgeht, folgt im Anschluss ein Blick auf den Sachverhalt (unten II.) und auf eine Sonderfrage, die sich dem BGH in der vorliegenden Entscheidung stellte (unten III.).

II. Sachverhalt[24]

Zu entscheiden hatte der BGH über die Revision des Beschuldigten gegen eine Verurteilung wegen Herstellung und Besitz kinderpornographischer Inhalte (§ 184b StGB) sowie wegen Verstoßes gegen ein Berufsverbot (§ 145c StGB). Das Berufsverbot war in einem früheren Verfahren wegen Herstellung und Besitz kinderpornographischer Inhalte gegen den Beschuldigten verhängt worden und untersagte ihm lebenslang, als Sozialarbeiter, Sozialpädagoge, Erzieher, Pfleger und Betreuer von Kindern und Jugendlichen tätig zu werden.

Im März 2021 ordnete der Ermittlungsrichter auf Antrag der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen das Berufsverbot (§ 145c StGB) die Durchsuchung der Wohnräume des Beschuldigten und seiner Person an. Aufgefunden werden sollten unter anderem Mobiltelefone, um die Anbahnung von Kinder-Betreuungsverhältnissen zu belegen. Am folgenden Tag wurde die Durchsuchung durchgeführt. Die Polizei fand zwei Mobiltelefone. Der Beschuldigte weigerte sich, diese freiwillig zu entsperren. Daraufhin ordnete ein Polizeibeamter an, unmittelbaren Zwang anzuwenden und auf diese Weise den rechten Zeigefinger des Beschuldigten auf die Fingerabdrucksensoren der Mobiltelefone aufzulegen. So wurden die Mobiltelefone entsperrt und anschließend einer Datensicherung unterzogen. Später wurde der Verteidiger des Beschuldigten angerufen. Dieser machte das Schweigerecht des Beschuldigten geltend und widersprach jeglicher Maßnahme.

Auf den Mobiltelefonen wurde kinderpornographisches Material gefunden.[25] Am ersten Hauptverhandlungstag widersprach der Verteidiger der Einführung dieses Materials in die Hauptverhandlung und der Verwertung als Beweismittel, weil eine Befugnisnorm für die zwangsweise Entsperrung von Mobiltelefonen fehle und die Selbstbelastungsfreiheit, der Fair-trial-Grundsatz und das Recht auf informationelle Selbst-

[15] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28.
[16] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28.
[17] *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (194 ff.).
[18] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 42 ff.
[19] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321.
[20] Für § 110a StPO *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (198). Richtigerweise bedarf es für die Verwendung der Identität des Betroffenen und die qualifizierte Täuschung einer speziellen Befugnisnorm, vgl. § 163g StPO-Entwurf in der Fassung durch Art. 5 Nr. 4 Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme vom 27.3.2019, abrufbar unter http://intrapol.org/wp-content/uploads/2019/04/IT-Sicherheitsgesetz-2.0-_-IT-SiG-2.0.pdf (28.9.2025).
[21] Vgl. *Sehl*, LTO v. 23.4.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/28131 (28.9.2025).
[22] Zu den Möglichkeiten *Bäumerich*, NJW 2017, 2718 (2718 f.); *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641; *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (194).
[23] Dazu *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (200).
[24] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 1 ff.
[25] Der *Senat* befasst sich in diesem Zusammenhang auch mit der Abgrenzung von nicht kinderpornographischen Darstellungen sowie mit dem Begriff der prozessualen Tat bei Besitzdelikten und der Reichweite des Strafklageverbrauchs (BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 9 ff.).

bestimmung verletzt seien. Auf die Anordnung des Vorsitzenden hin, das Material in Augenschein zu nehmen, wurde eine Entscheidung der Strafkammer herbeigeführt, die diese Anordnung bestätigte (§ 238 StPO). Das Material wurde in Augenschein genommen und der Verurteilung zugrunde gelegt.

Die Revision des Beschuldigten stützt sich auf eine Verletzung des § 261 StPO durch Missachtung eines Beweisverwertungsverbots. Angeführt werden wiederum das Fehlen einer Befugnisnorm für die zwangsweise Entsperrung von Mobiltelefonen und ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit und den Fair-trial-Grundsatz. Außerdem – das macht die Verteidigung offenbar erstmals mit der Revision geltend – fehle ein richterlicher Beschlagnahmebeschluss.

III. Der fehlende Beschlagnahmebeschluss

Dass kein richterlicher Beschlagnahmebeschluss nach § 94 Abs. 2 StPO i.V.m. § 98 Abs. 2 S. 1 StPO erging, obwohl der Beschuldigte der Beschlagnahme widersprochen hatte, führt nach den in der Rechtsprechung geläufigen Voraussetzungen für ein Beweisverwertungsverbot für sich genommen nicht zur Unverwertbarkeit. Der BGH fasst sich insofern kurz.[26] Die zugrundeliegenden Maßstäbe sind freilich komplex (Abwägungslehre; absolute Grenze bei vorsätzlicher oder willkürlicher Rechtsverletzung; kein Verwertungsverbot, wenn ein Widerspruch in der Hauptverhandlung erforderlich gewesen wäre und nicht erfolgte).[27]

Die Rüge, es sei kein Beschlagnahmebeschluss ergangen, bezieht der BGH nicht auf die Mobiltelefone selbst, sondern auf die spätere Beschlagnahme von auf den Telefonen gespeicherten Daten.[28] Das Verfahren gestaltet sich insofern wie folgt: Die Durchsicht von Speichermedien gestattet § 110 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 StPO als Teil der Durchsuchung. Die vorläufige Datensicherung zur späteren Durchsicht unterliegt nach § 110 Abs. 4 StPO dem Verfahren des § 98 Abs. 2 StPO. Bei einem zeitlich gestreckten Vorgehen können also neben den Telefonen selbst sowohl die vorläufige Sicherung des gesamten Datenträgers als auch eine spätere Beschlagnahme einzelner Datensätze Bezugspunkt des § 98 StPO sein.

Entscheidend stellt der BGH darauf ab, dass die Verteidigung das Fehlen eines Beschlagnahmebeschlusses nicht schon in der Hauptverhandlung geltend gemacht hatte.[29] Das Gericht bringt also die Widerspruchslösung zur Anwendung, der zufolge bestimmte Verfahrensfehler nur dann die Revision begründen können, wenn die Verteidigung dem Verfahrensgang in der Hauptverhandlung rechtzeitig widersprochen hat, einer Beweisverwertung also im Zeitpunkt der Erklärung nach § 257 StPO bzw. gem. § 238 Abs. 2 StPO entgegengetreten ist.[30] Dass der BGH auch einzelne Bestandteile der Begründung für die Unverwertbarkeit dem Mechanismus der Rügepräklusion unterwirft, macht dieses Instrument besonders schneidig. Freilich erscheint das konsequent, wenn der Zweck des Widerspruchserfordernisses darin liegt, das Gericht vor Fehlern zu bewahren, die noch verhindert werden könnten. Dass die Widerspruchslösung zu Unrecht der Verteidigung die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens überbürdet, wurde von kritischen Literaturstimmen ausführlich begründet.[31]

Der BGH stellt fest, dass die Voraussetzungen für einen Beschlagnahmebeschluss noch in der Hauptverhandlung vorgelegen hätten (§ 98 Abs. 2 S. 3 StPO i.V.m. § 162 Abs. 3 S. 1 StPO).[32] Mit einer solchen Heilungsmöglichkeit rekurriert das Gericht auf die Hypothese rechtmäßiger Beweisgewinnung. Überdies sei das Fehlen eines Beschlagnahmebeschlusses nach § 98 StPO für sich genommen kein hinreichend gravierender Verfahrensfehler.[33] Aufhorchen lässt die einschränkende Formulierung, dass das jedenfalls und regelmäßig dann gelte, wenn „die Sichtung der Daten auf einem Mobiltelefon von § 110 StPO gedeckt war".[34] Diese Begründung verweist auf die Kumulation der Befugnisnormen, durch die der BGH sich eine Verschleifung von Eingriffsvoraussetzungen ermöglicht: Der fehlende Beschlagnahmebeschluss wird durch den richterlichen Durchsuchungsbeschluss ersetzt. Deutlich wird schon an dieser Stelle, dass die fluide Konstruktion des BGH dem Richtervorbehalt nicht gerecht wird, den der EuGH für die Entsperrung eines Mobiltelefons statuiert.

IV. Selbstbelastungsfreiheit und Fair-trial-Grundsatz

Der Nemo-tenetur-Grundsatz verbietet es den Strafverfolgungsbehörden, Zwang anzuwenden, der bewirkt, dass der Betroffene sich aktiv selbst belastet.[35] Eine Beschränkung auf den Kernbereich der Aussagefreiheit findet in Deutschland überwiegend nicht statt.[36] Inwieweit generell die Eigen-

[26] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 25.

[27] Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 60 f.; BGH, Urt. v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06 = NJW 2007, 2269 (2271 ff.).

[28] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 25.

[29] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 25.

[30] BGH, Beschl. v. 21.11.2024 – 4 StR 270/24 = NStZ 2025, 179; BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 = NJW 1992, 1463 (1466); für die Durchsuchung BGH, Urt. v. 9.5.2018 – 5 StR 17/18 = NJW 2018, 2279 (2279 f.); kritisch BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15 = NStZ 2017, 367 (368 f.).

[31] *Eschelbach*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StPO, Stand: 1.7.2025, § 257 Rn. 30 ff. m.w.N.

[32] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 25.

[33] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 25 unter Berufung auf *Menges*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 98 Rn. 77.

[34] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 25.

[35] BVerfG, Beschl. v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37 (42 f.); BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = NJW 2013, 1058 (1061). Zu den Rechtsgrundlagen *Eckstein*, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 54 f. m.w.N. zum Streitstand.

[36] A.A. *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), StPO, Kommentar, 6. Aufl. 2025, § 81b Rn. 8. Zu anderen Rechtsordnungen *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (644) m.w.N. Für eine Beschränkung auf Mitwirkungshandlungen, die einen unmittelbaren Bezug zur Persönlichkeit des Beschuldigten haben, *Schrott*, NSW 2024, 286 (290) m.w.N.

verantwortlichkeit der Entscheidung, sich selbst zu belasten, garantiert wird[37] und inwieweit schon das passive Dulden von Zwang mit selbstbelastender Wirkung die Selbstbelastungsfreiheit verletzt,[38] ist umstritten. Der BGH folgt der engeren Lesart, die das passive Dulden von Zwang nicht der Selbstbelastungsfreiheit zuordnet, auch wenn der Körper des Beschuldigten dadurch zum Mittel der Überführung werden kann.[39]

Das erscheint mir überzeugend. Denn die Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes sollte schon aus systematischen Gründen einschränkend so ausgestaltet werden, dass die eigenständige Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit als absolute, abwägungsfeste Gewährleistung gewahrt bleibt. Ergänzenden relativen Schutz vor sonstigen Zugriffen der Strafverfolgungsbehörden auf Tatwissen und überführungsrelevante Informationen (Irrtum, Täuschung, Unwissenheit, erzwungenes Dulden) leisten andere Rechtsgarantien, die gesetzliche Eingriffe zulassen und begrenzen.

Nicht übersehen werden darf dabei, dass diese Sichtweise in einem Spannungsverhältnis zu europarechtlichen Tendenzen steht, den Nemo-tenetur-Grundsatz am Fair-trial-Prinzip (Art. 6 EMRK) auszurichten[40] und dadurch zu erweitern und zu relativieren. So unterscheidet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bei Beweismitteln, die unabhängig vom Willen des Beschuldigten vorhanden sind (Schriftstücke, Körperproben etc.), nach der Zielrichtung erzwungenen Duldens (Beweiserlangung), nach dem Grad des Zwanges und nach der ausgelösten Körperreaktion (Ausnutzen normaler Körperfunktionen versus Auslösen einer pathologischen Reaktion)[41] – und nimmt je nach den Umständen des Einzelfalls einen Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz an.

Die Verselbständigung des Nemo-tenetur-Grundsatzes als absolute, abwägungsfeste Gewährleistung erscheint mir dennoch vorzugswürdig. Sie bedeutet inhaltlich eine Rückbindung an den unantastbaren Menschenwürdegehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Absolut geschützt ist der Betroffene davor, durch Zwang (oder zwangsgleiche Einwirkung) in einen Entscheidungskonflikt gebracht zu werden, in dem er vor der Wahl steht, entweder aktiv an der eigenen Überführung mitzuwirken oder aufgezwungene Nachteile in Kauf zu nehmen.[42] Der Fair-trial-Grundsatz behält daneben seine Auffangfunktion und gewährleistet relativen Schutz nach Maßgabe einer Overall-fairness-Prüfung.[43]

So verstanden, ist der Nemo-tenetur-Grundsatz im Ausgangsfall nicht betroffen. Auch ein Verstoß gegen den Fair-trial-Grundsatz liegt fern, falls eine Rechtsgrundlage für das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden besteht. Ebenso wenig verbietet der Nemo-tenetur-Grundsatz das Festhalten für die Gesichts- oder Iris-Erkennung[44] oder das Auflegen des Fingers eines Toten auf den Fingerabdrucksensor eines Mobiltelefons. Dasselbe gilt letztlich für die zweckändernde Benutzung bereits vorliegender Fingerabdrücke, auch wenn der Betroffene bei der Aufnahme – ohne Zwang (oder zwangsgleiche Einwirkung) – aktiv mitgewirkt hat. Denn der Nemo-tenetur-Grundsatz verbietet nicht schlechthin die aktive Mitwirkung und ein Entscheidungskonflikt kann nicht rückwirkend entstehen.[45] Unzulässig wäre dagegen die Anwendung von Zwang, damit der Betroffene aktiv einen bestimmten Gesichtsausdruck annimmt, selbst eine PIN eingibt, selbst den Finger auflegt oder eine Stimm- oder Schrittprobe abgibt.[46] Dass alle diese Sachverhaltskonstellationen sich zu ähneln scheinen, ändert nichts an ihrer rechtlichen Verschiedenheit mit Blick auf den Entscheidungskonflikt, vor dem der Nemo-tenetur-Grundsatz schützt.

V. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit

Der Zugriff auf ein Mobiltelefon greift für sich genommen nicht in Art. 10 GG ein, weil nicht die Vertraulichkeit im Herrschaftsbereich des Netzbetreibers in Rede steht.[47] Betrof-

[37] Dafür z.B. *Neuhaus*, StV 2020, 489 (491); *Roxin*, NStZ 1997, 18 (18 ff.); *Schrott*, NSW 2024, 286 (288). Näher zu dieser Streitfrage *Eckstein* (Fn. 35), S. 55 ff. m.w.N.

[38] Unter dem Gesichtspunkt der Umgehung *Hecken/Ziegler*, jurisPR-ITR 10/2023 Anm. 5; ähnlich *Nicolai*, StV Spezial 2023, 148. Grundlegend gegen die Unterscheidung nach Aktivität und Passivität *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 277 ff.; weiter differenzierend *Satzger/Sarfraz*, NStZ 2025, 566 (vorausliegende bewusste Willensentscheidung zur Verschlüsselung).

[39] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 32. Ebenso *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386 (390); *Nadeborn/Irscheid*, StraFo 2019, 274 (275); *Neuhaus*, StV 2020, 489 (491); *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (199).

[40] Zum Verhältnis zwischen Fair-Trial- und Nemo-tenetur-Grundsatz *Jung*, GA 2013, 90 (93 f., 97: Nemo-tenetur-Grundsatz als Unterfall des Fair-Trial-Grundsatzes).

[41] EGMR (Große Kammer), Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh ./. Deutschland) = NJW 2006, 3117 (3123 f.) – Verabreichung von Brechmitteln.

[42] Näher dazu *Eckstein* (Fn. 35), S. 59 m.w.N.

[43] Näher dazu *Eckstein*, in: Schroeder/Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, 2014, S. 219 (222 f.) m.w.N.

[44] Zu § 136a StPO und Art. 3 EMRK als Grenzen *Wegner*, in: Beulke/Jahn/Schmitt-Leonardy/Bertheau/Müller-Jacobsen (Hrsg.), Strafrecht und Strafverteidigung in Geschichte, Praxis und Politik, Festschrift für Alexander Ignor zum 70. Geburtstag, 2023, S. 853 (861); vgl. auch *Schrott*, NSW 2024, 286 (289).

[45] Zu den Voraussetzungen zweckändernder Datenverwendung *Rückert* (Fn. 6), S. 525 ff.

[46] *Bäumerich*, NJW 2017, 2718 (2720): § 136a StPO. Anschaulich *Kudlich*, JA 2025, 697: zulässige vis absoluta versus unzulässige vis compulsiva. Zu § 163g StPO-Entwurf (Fn. 20: Pflicht, Zugangsdaten herauszugeben, kompensiert durch ein Verwertungsverbot) *Nadeborn/Irscheid*, StraFo 2019, 274 (275 ff.).

[47] *El-Ghazi*, in: Verhandlungen des 74. Deutschen Juristentages Stuttgart 2024, Band I, 2024, C 47 f. m.w.N.: Auch nicht, wenn während der Sicherstellung weitere Nachrichten auf dem Telefon eingehen, anders bei der Online-Durchsicht

fen sind jedoch, gegebenenfalls neben Art. 14 GG,[48] das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und von Fall zu Fall besondere Datenschutz-Garantien (Art. 4, 5, 6, 12 GG),[49] bei unmittelbarem Zwang zur Durchsetzung der Entsperrung die allgemeine Handlungsfreiheit und gegebenenfalls das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)[50] sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GrCh) und das Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GrCh).[51] Dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung geht allerdings das IT-System-Grundrecht (auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) als lex specialis vor. Auch der offene Zugriff auf eigengenutzte IT-Systeme greift in das IT-System-Grundrecht ein. Nur für Daten Dritter bleibt es beim Schutz durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.[52] Art und Menge der Daten auf einem Mobiltelefon begründen das besondere Gewicht des Eingriffs. Dass ein Eingriff in das IT-System-Grundrecht stattfindet, hat der BGH übersehen.

Der besonderen Eingriffstiefe wegen werden zu Recht von vielen Stimmen für den Beschlagnahmezugriff insbesondere auf Mobiltelefone gegenüber §§ 94 ff. StPO erhöhte Eingriffsvoraussetzungen und besondere Schutzvorschriften gefordert, teilweise in Anlehnung an die Regelungen für heimliche Maßnahmen in den §§ 100a, 100b StPO.[53] Teilweise werden technische Mittel zur Entsperrung sowie die Erstellung und Auswertung von Datenkopien schon heute nur nach § 100b StPO für zulässig erachtet.[54] In der Praxis dagegen wird im Kern auf §§ 94 ff., 110 Abs. 3 StPO zurückgegriffen.[55] Dass ergänzende Verfahrensregeln erforderlich werden könnten, neben den Auskunfts- und Löschungspflichten gem. §§ 483 ff., 489, 491 StPO beispielsweise ein Anwesenheitsrecht, hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2005 angemerkt.[56] Seitdem sind die Vorgaben in § 500 StPO i.V.m. §§ 45 ff. BDSG hinzugekommen.[57] Einen detaillierten Vorschlag zu Beschlagnahme und Auswertung de lege ferenda hat *El-Ghazi* in seinem Gutachten für den 74. Deutschen Juristentag 2024 vorgelegt: Anlasstatenschwelle (Mindesthöchststrafe von mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe oder IT-Gerät Tatmittel), durch ein Tatsachenerfordernis qualifizierte Erfolgsaussicht, Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, Möglichkeit der Vollzugshemmung bei gerichtlicher Überprüfung, Durchführungsvorschriften (wenn möglich Datensicherung statt Gerätebeschlagnahme, sonst Rückgabefrist mit Verlängerungsmöglichkeiten und unverzügliche Überlassung einer Datenkopie, Regelungen zum Schutz von Integrität und Authentizität, Dokumentation).[58]

Der BGH führt zum Gewicht des Eingriffs einerseits aus, dass es sich um eine offene Maßnahme handle, so dass der Betroffene jederzeit Rechtsschutz erlangen könne.[59] Andererseits erkennt der BGH an, dass angesichts der Vielzahl an Daten auch vertraulicher oder höchstpersönlicher Natur (Kommunikation, Lichtbilder, Videoaufnahmen, Notizen oder Kalendereinträge), die beim Zugriff auf ein Mobiltelefon zugänglich werden, ein gravierender Eingriff in Rede steht.[60] Der BGH sieht die Gefahr einer Ausforschung zahlreicher Aspekte der Persönlichkeit bis hin zur Ableitung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen.[61] Die generelle Unzulässigkeit der Maßnahme folgt daraus richtigerweise nicht.[62] Anderenfalls würde schon die nicht auszuschließende Möglichkeit des Auffindens kernbereichsrelevanter Informationen zur Ermittlungssperre. Das würde Wohnungsdurchsuchungen sehr weitgehend in Frage stellen. Das BVerfG erklärt nur die zielgerichtete Ausforschung des Kernbereichs privater Lebens-

nach § 110 Abs. 3 S. 2 StPO; *Neuhaus*, StV 2020, 489: z.B. E-Mail-Abruf vom Server des Providers.

[48] *Hiéramente*, StV 2024, 611 (612) – Entziehung des Geräts.

[49] Vgl. dazu *Eckstein*, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 1, 2025, § 100a Rn. 37, 56 m.w.N.

[50] *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (199).

[51] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28, 33.

[52] BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I) = BeckRS 2025, 19412 Rn. 96 ff.; BVerfG, Beschl. v. 24.6. 2025 – 1 BvR 180/23 (Trojaner II) = BeckRS 2025, 19413 Rn. 173, 227 ff.; LG Ravensburg, Beschl. v. 14.2.2023 – 2 Qs 9/23 jug. = BeckRS 2023, 3879 Rn. 17; *El-Ghazi* (Fn. 47), C 56 ff.; *Horter*, NStZ 2023, 447 (448); *Jahn*, JuS 2025, 791 (792); *Neuhaus*, StV 2020, 489. A.A. mangels Heimlichkeit *Brodowski*, JZ 2024, 750 (752 f.); *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (642).

[53] *Cornelius*, NJW 2024, 2725 (2727 f.); *Greco*, StV 2024, 276 (280); *Grzesiek/Zühlke*, StV Spezial 2021, 117 (122); *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (643 f.); *Momsen*, DRiZ 2018, 140 (142 f.); *Ruppert*, StV 2025, 565 (567); *Stam*, JZ 2023, 1070 (1076 f.); differenzierend (Beschlagnahmezugriff beim Telekommunikationsdienstleister oder anderweitig) *Eckstein* (Fn. 49), Vor §§ 100a–101 Rn. 28 und § 100a Rn. 23, 83; für das Auslesen einer SIM-Karte auch BVerfG, Beschl. v. 4.2.2005 – 2 BvR 308/04 = NStZ 2005, 337.

[54] *Cornelius*, NJW 2024, 2725 (2726 f.); *Greco*, StV 2024, 276 (280); *Grzesiek/Zühlke*, StV Spezial 2021, 117 (120 ff.) – Zu den Grenzen des § 100b StPO unten VI.

[55] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 44 m.w.N.

[56] BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 (1922). Näher dazu *Hiéramente*, StV 2024, 611 (613).

[57] Grundlegend dazu *Rückert* (Fn. 6), S. 515 ff.

[58] *El-Ghazi* (Fn. 47), C 79, 81, 86, 90, 94, 97 ff.; kritisch zur Beschränkung der Anlasstaten *Knauer/Schmorl*, AnwBl 2024, 252 (253), die ergänzend eine zeitliche Beschränkung der Durchsicht fordern (a.a.O. S. 254).

[59] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 33. Ebenso *Neuhaus*, StV 2020, 489 (489 f.).

[60] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 33. Anders z.B. *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (200): geringfügiger Eingriff.

[61] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 33.

[62] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 34.

gestaltung für schlechthin ausgeschlossen.[63] Auch eine explizite Regelung zum Schutz des Kernbereichs verlangt der BGH nicht. Das überzeugt zwar nicht,[64] steht aber ebenfalls in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG, die eine Regelung zum Schutz des Kernbereichs bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen fordert, bei denen der Betroffene keine Möglichkeit hat, die Strafverfolgungsbehörden dazu anzuhalten, den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu achten.[65] Wenn der BGH zur Begrenzung des Eingriffs auf die Beweiserheblichkeit im Einzelfall verweist,[66] also auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als die Beweiserhebung limitierenden Faktor, wird auch das der Rechtsprechung zum Kernbereichsschutz letztlich gerecht. Denn absoluten Kernbereichsschutz verlangt das BVerfG erst auf Beweisverwertungsebene.[67]

Dem Eingriffsgewicht zum Trotz weist der BGH kritische Stimmen[68] zurück, die eine andere, speziellere, enger gefasste Eingriffsgrundlage als § 81b Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 94 ff. StPO fordern.[69] Einer auf bestimmte, schwere Straftaten beschränkten Befugnisnorm bedürfe es nicht.[70] Die Regelung in den §§ 94 ff., 102 ff. StPO genüge verfassungsrechtlichen wie europarechtlichen Vorgaben.[71] Insbesondere ergebe sich die Befugnis zur Datenerhebung nach Anlass, Umfang und Zweck hinreichend bestimmt aus den Vorschriften über die Beschlagnahme im Regelungszusammenhang mit dem Zweck der Ermittlungen (§§ 152, 155, 160, 170, 244, 264 StPO) und der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall.[72] Eine genauere Bestimmung sei der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte wegen nicht geboten.[73] Anzumerken ist, dass eine genauere Bestimmung sich auch nicht aus § 81b Abs. 1 StPO ergibt. Diese Sichtweise wird vom BVerfG gebilligt.[74] Noch ungeklärt ist aber, ob der EuGH dieser großzügigen Sichtweise folgt.

Der Idee, den Beschlagnahmezugriff auf die Daten eines Mobiltelefons durch eine Anlasstatenregelung auf die Bekämpfung schwerer Kriminalität zu beschränken, hat auch der EuGH eine Absage erteilt. Der EuGH verweist stattdessen auf eine Einzelfallprüfung der Verhältnismäßigkeit, wie sie das deutsche Recht ohne Weiteres vorsieht.[75] Anderenfalls sei eine erhöhte Gefahr der Straflosigkeit sonstiger Taten zu befürchten.[76] Freilich folgert der EuGH aus Art. 4 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/680 und Art. 52 Abs. 1 GrCh die Notwendigkeit gesetzlicher Bestimmtheit dergestalt, dass „die Rechtsgrundlage, die eine solche Einschränkung gestattet, deren Tragweite hinreichend klar und präzise definieren muss".[77] Dazu müsse der nationale Gesetzgeber „die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte, insbesondere die Art oder die Kategorien der betreffenden Straftaten, hinreichend präzise definieren".[78] Der BGH reagiert darauf mit einer Variation des Arguments, es genügten gesetzliche Bestimmbarkeit und eine Auslegung durch die Rechtsprechung, die zu Bestimmtheit führe.[79] Um eine hinreichend bestimmte Auslegung nachzuweisen, erläutert der BGH die Parameter einer die Datenerhebung nach Anlass, Umfang und Zweck begrenzenden Verhältnismäßigkeitsprüfung in allen Einzelheiten.[80] Das alles kann aber nicht überzeugen. Zwar ist in der europäischen Rechtsprechung ungeschriebenes Recht anerkannt.[81] Das wird man aber auf Common-law-Systeme zu beziehen haben.[82] Und eine Auslegung ohne konkreten Anhaltspunkt in der Strafprozessordnung als „gesetzlich vorgesehene Einschränkung" i.S.v. Art. 52 Abs. 1 GrCh auszugeben, hieße, den Gesetzesvorbehalt vollständig zu entwerten.

Mit Blick auf die entscheidende Weichenstellung schon im Vorfeld der Datenauswertung ist daher ist aus der Entscheidung des EuGH abzuleiten, dass eine Befugnis zur Entsperrung von Mobiltelefonen gesetzlicher Regelung bedarf und dass diese Regelung die Tragweite des Eingriffs und die wesentlichen zu berücksichtigenden Gesichtspunkte, insbesondere die Art und die Kategorien von Straftaten, hinreichend präzise bestimmen muss.[83] Dafür streiten auch die

[63] BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 180/23 (Trojaner II) = BeckRS 2025, 19413 Rn. 125.
[64] *Eckstein* (Fn. 49), § 100d Rn. 10, 41 ff.; *Rückert* (Fn. 6), S. 146 ff., 499 ff., 743.
[65] BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07 = BVerfGE 120, 274 (336 f.).
[66] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 34.
[67] BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 180/23 (Trojaner II) = BeckRS 2025, 19413 Rn. 125 f.
[68] Nachweise in Fn. 53 ff., 96.
[69] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 35, 42 ff.
[70] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 42.
[71] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 45 ff.
[72] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 46 ff.
[73] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 46.
[74] Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06 = BVerfGE 124, 43 (60 ff.); BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04 = BVerfGE 115, 166 (191 ff.); BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = BVerfGE 113, 29 (50 ff.).
[75] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wird in Art. 52 Abs. 1 GrCh durch Ausformulierung der Zwecksetzung angereichert: von der Union anerkannte, dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen oder Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer.
[76] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (324 f.). Kritisch *Rataj*, NStZ 2025, 398 (402).
[77] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (325).
[78] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (325).
[79] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 50. Vgl. für das materielle Strafrecht BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20 = BVerfGE 160, 284 (319 ff.).
[80] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 46 ff. m.w.N.
[81] EuG, Urt. v. 27.4.2022 – T-710/21, T-722/21, T-723/21 = BeckRS 2022, 8458 Rn. 81.
[82] *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 6. Aufl. 2024, Art. 52 Rn. 33.
[83] Für eine gesetzliche Regelung auch *Cornelius*, NJW 2025, 2270 (2271); *Luh/Grosmann*, ZD 2025, 457 (458): bislang fehlende Definition der Anlassstraftaten und fehlender expli-

erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz biometrischer Daten gem. § 500 StPO i.V.m. §§ 48, 46 Nr. 14 lit. c BDSG.[84] Die Regelung sollte auf sonstige zugriffsgeschützte Datenträger erstreckt werden und für alle Zugriffsarten gelten, die nicht gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstoßen (z.B. brute force; oben IV. und unten VI.). § 110 Abs. 3 S. 2 StPO sollte darauf Bezug nehmen. De lege ferenda werden Bagatelldelikte auszunehmen sein – wenn auch nicht alle Ordnungswidrigkeiten (§§ 130, 30 OWiG)[85] – es sei denn, das Mobiltelefon ist Teil der Tatbegehung. Eine höhere Anlasstatenschwelle wird sich gegenüber zu erwartenden Gegenstimmen aus der Praxis kaum durchsetzen lassen. Kompensierend muss daher der Datenzugriff zielführend kanalisiert und beschränkt werden. Dazu könnte, angelehnt an die Vorschriften der österreichischen Strafprozessordnung,[86] eine verpflichtende Beschränkung schon der Durchsicht des Datenbestands nach jeweils zu begründenden Datenkategorien, Dateninhalten und vor allem Zeiträumen vorgesehen werden (vgl. § 115f Abs. 3 Hs. 2 öStPO; eine andere Frage ist, ob vorab eine komplette Kopie des Datenträgers anzufertigen ist und inwieweit eine Kopie die Sicherstellung der Hardware entbehrlich machen kann;[87] jedenfalls muss jedem Betroffenen eine Kopie seines Datenträgers zur sachgerechten Interessenwahrnehmung zur Verfügung stehen, bei Datenträgern Dritter muss die Verteidigung des Beschuldigten grundsätzlich den gesamten, für die Durchsicht ausgewählten Datenbestand einsehen können[88]). Diese Hürde könnte mit einer zweiten Anlasstatenschwelle verknüpft werden, die bei schwersten Straftaten die Durchsicht erleichtert. Umgekehrt könnte bei und in den Grenzen einer Zustimmung des Betroffenen auch ein vereinfachtes Verfahren[89] den Zugriff auf konkrete einzelne Informationen ermöglichen.

Aus der Pflicht zur Differenzierung zwischen verschiedenen Kategorien betroffener Personen nach Art. 6 Richtlinie (EU) 2016/680 schließt der EuGH auf ein Adressierungserfordernis dergestalt, dass im Falle des Beschuldigten mindestens „hinreichende objektive Anhaltspunkte" den Verdacht begründen müssen.[90] Das entspricht fast wörtlich dem Anfangsverdacht i.S.v. § 152 Abs. 2 StPO und ergibt daher keine zusätzliche Einschränkung. Jedoch wird eine Adressatenregelung vorzusehen sein, die auch den Zugriff auf Mobiltelefone Nichtbeschuldigter einschließt (unten VI.).[91] Außerdem bedürfen schwerwiegende oder besonders schwerwiegende Eingriffe in Art. 7, 8 GrCh, von begründeten Eilfällen abgesehen, der vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle,[92] so dass ein entsprechender Richtervorbehalt zu normieren ist. Schließlich muss das Verfahrensrecht die in Art. 13 und Art. 54 Richtlinie (EU) 2016/680 i.V.m. Art. 47 GrCh vorgesehenen Anforderungen an die Gewährleistung nachträglichen Rechtsschutzes umsetzen. Ein wirksamer Rechtsbehelf setzt Information voraus, und zwar Information des auf Datenebene Betroffenen (Art. 6) nach Maßgabe des Art. 13 Richtlinie (EU) 2016/680, dessen Abs. 3 eine Zurückstellung erlaubt, wenn die Information das Verfahren beeinträchtigen würde.[93]

Zur Klärung wäre die Sache nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen gewesen. Doch der BGH versucht stattdessen, die erforderliche Rechtsgrundlage in der StPO zu finden.

VI. Zur Reichweite von Befugnisnormen

1. Erkennungsdienstliche Maßnahmen, Identitätsfeststellung, Befugnisgeneralklauseln

Der BGH schließt sich der Auffassung an, die biometrische Entsperrung eines Mobiltelefons durch zwangsweises Auflegen eines Fingers des Beschuldigten auf den Fingerabdrucksensor könne de lege lata auf § 81b Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 94 ff. StPO als Ermächtigungsgrundlage gestützt werden.[94] Teilweise werden von den Vertretern dieser Ansicht verdeckte Eingriffe (Entsperrung, während der Betroffene schläft oder bewusstlos ist) explizit ausgenommen.[95] Kritische Stimmen, die § 81b Abs. 1 StPO nach Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Ratio enger fassen wollen und für eine voraussetzungsreichere, hinreichend bestimmte Befugnisnorm plädieren,[96] weist der BGH zurück:[97] Als der Aufnahme von

ziter Richtervorbehalt; für Subsidiarität *Hiéramente*, StV 2024, 611 (615); für eine Beschränkung der Anlasstaten kraft Verhältnismäßigkeit schon de lege lata *Neuhaus*, StV 2020, 489 (492).

[84] Vgl. *Rückert*, StV 2025, 350 (352).

[85] *Hiéramente*, StV 2024, 611 (614).

[86] Näher zu deren Neufassung *Zerbes*, GA 2024, 421 (429 ff.) m.w.N.

[87] Näher dazu *El-Ghazi* (Fn. 47), C 23 f., 32 f. m.w.N.

[88] *Zerbes*, GA 2024, 421 (438 f.). Ausnahmen zum Schutz von Persönlichkeitsrechten liegen bei Datenträgern Dritter nahe.

[89] *Zerbes*, GA 2024, 421 (437).

[90] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (325).

[91] Vgl. dazu *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 20.

[92] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (325 f.).

[93] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (326 f.).

[94] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 35. Für zweistufiges Vorgehen nach § 81b StPO (Entschlüsselung) und §§ 94 ff. StPO (Datenzugriff) OLG Bremen, Beschl. v. 8.1.2025 – 1 ORs 26/24 = NJW 2025, 847; LG Ravensburg, Beschl. v. 14.2.2023 – 2 Qs 9/23 jug. = BeckRS 2023, 3879; AG Baden-Baden, Beschl. v. 13.11.2019 – 9 Gs 982/19 = BeckRS 2019, 66684 (Entsperrung analog § 81b StPO); *Neuhaus*, StV 2020, 489 (490 f.); *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (194 ff.), zum Zitiergebot *dies.*, NStZ 2020, 193 (200); *Ruhs*, GSZ 2024, 254 ff.; vgl. auch *Bäumerich*, NJW 2017, 2718 (2721).

[95] *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (197).

[96] *Cornelius*, NJW 2025, 2270 (2271); *Grzesiek/Zühlke*, StV Spezial 2021, 117 (118 ff.); *Hecken/Ziegler*, jurisPR-ITR 10/2023 Anm. 5; *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (642 ff.); *Horter*, NStZ 2023, 447 (448); *Jahn*, JuS 2025, 791 (792 f.); *Luh/Grosmann*, ZD 2025, 457 (458); *Momsen*, DRiZ 2018, 140 (141 ff.); *Nadeborn/Albrecht*, NZWiSt 2021, 420 (423 f.); *Nicolai*, StV Spezial 2023, 148 (148 f.). Vgl. auch *Bosch* (Fn. 36), § 81b Rn. 7.

[97] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 35 ff.

Fingerabdrücken zumindest ähnliche, das heißt, der Feststellung der körperlichen Beschaffenheit des Beschuldigten dienende Maßnahme soll das Entsperren unter den Wortlaut des § 81b Abs. 1 StPO fallen.[98]

Zur Begründung verweist der BGH auf eine Ununterscheidbarkeit „dem äußeren Anschein nach".[99] Das Aufnehmen von Fingerabdrücken erfolge weitgehend digital durch Pressen des Fingers auf eine Lesevorrichtung. Anschließend finde eine daktyloskopische Vergleichsuntersuchung statt. Das Auflegen des Fingers auf den Fingerabdrucksensor eines Mobiltelefons zur Feststellung der Papillarlinien und zum Abgleich mit zuvor gespeicherten Daten könne davon „dem äußeren Anschein nach" nicht unterschieden werden.[100] Die verkürzende Betrachtung nur des äußeren Anscheins verfehlt allerdings den Wortlaut des Gesetzes. Anderenfalls müsste das Niederschlagen einer Person, die leblos liegen bleibt, in Zukunft als töten i.S.v. § 212 Abs. 1 StGB angesehen werden, auch wenn das Opfer überlebt. Der äußere Anschein kann eben trügen. Und der BGH versucht mit Hilfe des äußeren Anscheins darüber hinwegzutäuschen, dass das Entsperren eines Mobiltelefons nicht der Feststellung der körperlichen Beschaffenheit des Beschuldigten dient, sondern dem Eröffnen des Zugriffs auf Daten. Anders verhielte es sich, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Finger eines Beschuldigten auf den Fingerabdrucksensor eines Mobiltelefons auflegten, um ihm dieses Telefon zuzuordnen.[101] Damit soll nicht gesagt sein, dass Befugnisnormen immer direkt zum Ziel führen müssen. Mittelbare Zweckverfolgung genügt, beispielsweise, wenn das Versenden einer stillen SMS auf § 100i StPO gestützt wird, obwohl erst die zusätzliche Verkehrsdatenerhebung nach § 100g StPO den Standort der Zielperson offenbart.[102] Befugnisnormen können aber nicht umgekehrt zur Erreichung überschießender Effekte herangezogen werden, nur weil ein äußerer Anschein den überschießenden Effekt nicht erkennen lässt. Genau genommen wird ohnehin schon der äußere Anschein verkürzt, wenn bei seiner Festlegung das Entsperren des Mobiltelefons ausgeklammert wird. Der Begriff des äußeren Anscheins impliziert eine Unsicherheit, die nicht mit dem Vorbehalt des Gesetzes vereinbar ist.

Der Versuch, die weitergehende Zielrichtung der Entsperrung, also das Eröffnen des Zugriffs auf Daten zu verstecken, prägt auch die Argumentation des BGH zu Entstehungsgeschichte, Systematik und Ratio des § 81b StPO. Es trifft zwar zu, dass – jedenfalls bei objektiver Auslegungsrichtung[103] – Maßnahmen unter § 81b Abs. 1 StPO subsumiert werden können, von denen der Gesetzgeber bei Verabschiedung der Norm nichts wissen konnte.[104] Insbesondere die ausdrückliche Zulassung ähnlicher Maßnahmen ist technikoffen zu verstehen.[105] Ebenso überzeugt es, § 81b Abs. 1 StPO der verkürzenden gesetzlichen Überschrift zum Trotz nicht auf erkennungsdienstliche Maßnahmen im Sinne der Zwecke des Erkennungsdienstes (§ 81b Abs. 1 Alt. 2 StPO) zu beschränken, weil nach Wortlaut, Systematik und Teleologie die im Gesetz ausdrücklich genannte allgemeine Zielrichtung der Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens Beachtung verlangt.[106] Das ändert aber nichts daran, dass § 81b Abs. 1 StPO nur zu Maßnahmen ermächtigt, die der Feststellung der körperlichen Beschaffenheit des Beschuldigten dienen.[107] Und zwar einer Feststellung zum Zwecke der Wiedererkennung dieser körperlichen Beschaffenheit. Daran anknüpfend erlaubt § 163b Abs. 1 S. 3 StPO erkennungsdienstliche Maßnahmen zur Identitätsfeststellung, also zum Zwecke der Aufhebung der Anonymität einer Person. Erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 81b Abs. 1 StPO dienen der Erkennung, entweder für Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens (Alt. 1) oder für die auf Abwehr künftiger Gefahren zielenden Zwecke des Erkennungsdienstes (Alt. 2). Der BGH hält einen Fingerabdruckvergleich durch das Mobiltelefon für ebenso erlaubt wie andere daktyloskopische Vergleichsuntersuchungen.[108] Die weitergehende Zielrichtung der Entsperrung, also das Eröffnen des Zugriffs auf Daten, sprengt aber die Grenzen der Ermächtigung zur Wiedererkennung i.S.v. § 81b StPO.[109] Dasselbe gilt für § 163b StPO.

Auch wenn der BGH für den anschließenden Zugriff auf die Daten des Mobiltelefons flankierend §§ 94, 110 StPO heranzieht,[110] bleibt es dabei, dass zwischen Fingerabdruckerfassung und Datenzugriff das Eröffnen des Zugriffs auf

[98] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 36 f. Ebenso *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (195).
[99] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 38.
[100] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 38.
[101] Ebenso *Horter*, NStZ 2023, 447 (448).
[102] *Eckstein* (Fn. 49), § 100i Rn. 19 ff. m.w.N. zum Streitstand.
[103] Näher dazu *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2019, § 6 Rn. 152 ff.
[104] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 39 f. Ebenso *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (195). Zur Neufassung der Absätze 2 bis 5 des § 81b StPO LG Ravensburg, Beschl. v. 14.2.2023 – 2 Qs 9/23 jug. = BeckRS 2023, 3879 Rn. 12. Kritisch *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386 (388: Schweigen des Gesetzgebers bei der Neufassung); *Roggan*, NJW 2015, 1995 (1998).
[105] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 39 f. m.w.N.
[106] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 40 f. m.w.N.
[107] *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386 (387 f.); *Nadeborn/Albrecht*, NZWiSt 2021, 420 (423 f.); etwas überspitzt *Hecken/Ziegler*, jurisPR-ITR 10/2023 Anm. 5: Maßnahmen an einem technischen Gegenstand sind nicht erfasst; ähnlich *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (642).
[108] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 37 f.
[109] Ähnlich *Grzesiek/Zühlke*, StV Spezial 2021, 117 (119); *Hecken/Ziegler*, jurisPR-ITR 10/2023 Anm. 5; *Horter*, NStZ 2023, 447 (448); *Momsen*, DRiZ 2018, 140 (141, 143); *Nadeborn/Albrecht*, NZWiSt 2021, 420 (423 f.); *Nicolai*, StV Spezial 2023, 148 (148 f.); *Ruppert*, StV 2025, 565 (565 f.); *Satzger/Sarfraz*, NStZ 2025, 566.
[110] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 42 ff. Ebenso *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (195 f.).

Daten, also die Entsperrung erfolgen muss.[111] Sie kann nicht auf § 81b StPO gestützt werden. Aufschlussreich ist, dass sie vom BGH, beim Wort genommen, auch nicht allein auf § 81b StPO, sondern auf § 81b Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 94 ff. StPO als Ermächtigungsgrundlage gestützt wird, und zwar einschränkend nur dann, wenn eine nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO richterlich angeordnete Durchsuchung dem Auffinden von Mobiltelefonen diente und der Datenzugriff verhältnismäßig ist.[112] Genau genommen nimmt der BGH also Zuflucht zu einer Kumulation von Befugnisnormen. Und diese Kumulation soll eine Befugnislücke schließen. Sie ist nicht damit zu erklären, dass ein Entsperren – § 81b Abs. 1 StPO – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur erfolgen darf, wenn auch der anschließende Datenzugriff – §§ 94 ff. StPO – zulässig ist.[113] Vielmehr korrespondiert die kumulierende Betrachtung des BGH mit der unzulänglichen Reichweite des § 81b StPO und der Entscheidung des EuGH vom 4.10.2024, die schon den Versuch der Strafverfolgungsbehörden, Zugang zu den auf einem Mobiltelefon gespeicherten Daten zu erlangen, als Datenverarbeitung im Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/680 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Nr. 2 Richtlinie (EU) 2016/680 einordnet.[114] Der EuGH verlangt gerade dafür insbesondere eine richterliche Anordnungskompetenz, die § 81b StPO nicht vorsieht, die sich aber aus §§ 94 ff., 102, 105 StPO ergeben könnte.

Die Tücken der kumulierenden Flickschusterei offenbaren sich im vorliegenden Fall anschaulich. Denn beim Rückgriff auf die richterliche Zuständigkeit für die Beschlagnahme (§ 98 StPO) konnte der BGH es nicht bewenden lassen, fehlte doch im vorliegenden Fall ein Beschlagnahmebeschluss (oben III.). Durch die zusätzliche Heranziehung der §§ 102, 105 StPO versucht der BGH, die vorherige richterliche Kontrolle zu etablieren, die der EuGH für die Entsperrung eines Mobiltelefons, von Eilfällen abgesehen, verlangt.[115] Deshalb beschränkt der BGH seine Entscheidung über die Zulassung der zwangsweisen Entsperrung von Mobiltelefonen auf Fälle, in denen eine nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO richterlich angeordnete Durchsuchung dem Auffinden von Mobiltelefonen diente und der Datenzugriff verhältnismäßig ist.[116] Ausführlich legt der BGH dar, dass schon der Durchsuchungsbeschluss die datenschutzrechtlich gebotene Begrenzung der Datenerhebung nach Anlass, Umfang und Zweck leisten muss.[117] Diese Konstruktion jedoch bleibt unzulänglich. Zum Beispiel können die Voraussetzungen für ein Vorgehen ohne richterliche Anordnung wegen Gefahr im Verzug bei der Durchsuchung vorliegen, das muss aber keineswegs zugleich für die spätere Entsperrung des bereits sichergestellten Mobiltelefons gelten.[118] Wie soll vorgegangen werden, wenn nicht schon die Durchsuchung auf das Auffinden von Mobiltelefonen gerichtet war oder wenn keine Durchsuchung vorausging? Es zeigt sich: Die Kumulation von Eingriffsvoraussetzungen kann eine gesetzliche Befugnisnorm für die Entsperrung samt Richtervorbehalt nicht ersetzen. Einer solchen bedarf es (oben V.).

Die vom BGH vorgeschlagene Lösung erweist sich als unzulässige Lückenfüllung durch Kumulation der Voraussetzungen unterschiedlicher Eingriffsgrundlagen für eine Maßnahme, die überdies mit dem IT-System-Grundrecht ein anderes Grundrecht betrifft und eine wesentlich gravierendere Eingriffstiefe hat als die anerkannten Fälle des § 81b Abs. 1 StPO.[119] Dass erst recht die Befugnisgeneralklauseln in den §§ 161, 163 StPO nicht hinreichen, ergibt sich aus dem Gewicht des in Rede stehenden Grundrechtseingriffs.[120]

2. Körperliche Untersuchung

Vereinzelt wird ein Rückgriff auf § 81a StPO erwogen.[121] Überwiegend jedoch wird für § 81a StPO davon ausgegangen, dass die Vorschrift auf den Körper als Beweismittel abzielt.[122] Das überzeugt zwar nicht. Denn § 81a StPO dient umfassend der Feststellung von Tatsachen, die für das Verfahren von Bedeutung sind, und zeichnet sich durch spezifische Mittel aus, nämlich körperliche Untersuchungen und Eingriffe.[123] Es bleibt aber dabei, dass § 81a StPO ebenso wenig wie § 81b StPO eine Rechtsgrundlage für die Entsperrung eines Mobiltelefons normiert. Die vom BGH entwickelte Lehre vom äußeren Anschein wird für § 81a StPO glücklicherweise nicht als großer Gleichmacher herangezogen. Die Klarheit, mit der die Unanwendbarkeit des § 81a StPO festgestellt wird, wünschte man sich auch für § 81b StPO:

> „Im Zentrum der Maßnahme steht nicht die Feststellung der biometrischen Merkmale, sondern deren Verwendung. Das zeigt sich auch daran, dass den Strafverfolgungsbehörden die konkrete Beschaffenheit der körperlichen Merkmale vollkommen gleichgültig ist, solange sie nur

[111] Vgl. dazu *Bäumerich*, NJW 2017, 2718 (2721: von § 81b StPO gedeckt). Diese Dreistufigkeit übersehen auch *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (195 f.).

[112] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28, 35.

[113] Zu dieser Verknüpfung *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (196).

[114] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (322 f.).

[115] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 51 ff.

[116] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 28, 51 ff.

[117] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 53.

[118] *Satzger/Sarfraz*, NStZ 2025, 566.

[119] *Jahn*, JuS 2025, 791 (792 f.), verweist schlagend auf BGHSt 51, 211 (218 Rn. 22: Online-Durchsuchung vor der Neuregelung in § 100b StPO). Grundlegend zu den Grenzen der Rechtsfortbildung bei strafprozessualen Eingriffsbefugnissen *Rückert* (Fn. 6), S. 465 ff., der ebenfalls eine neue Befugnisnorm für das Entsperren von IT-Systemen fordert (a.a.O., S. 489, 507).

[120] *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386 (389 f.); *Grzesiek/Zühlke*, StV Spezial 2021, 117 (120).

[121] Vgl. dazu AG Ravensburg, Beschl. v. 12.1.2023 – 11 Gs 69/23 = BeckRS 2023, 4139; weiterer Nachweis bei *Momsen*, DRiZ 2018, 140 (141 Fn. 11).

[122] *Bäumerich*, NJW 2017, 2718 (2720); *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386; *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (642); *Momsen*, DRiZ 2018, 140 (141); *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (196 f.).

[123] Näher dazu *Eckstein* (Fn. 35), S. 156 f. m.w.N.

zu den im Smartphone hinterlegten Schlüsselmerkmalen passen. § 81a StPO ist damit schon nach seinem Wortsinn nicht einschlägig."[124]

3. Telekommunikationsüberwachung, Online-Durchsuchung, Bestandsdatenauskunft

Für eine Befugnisnorm mit strengeren Voraussetzungen, als § 81b StPO sie vorsieht, streitet das Gewicht des Eingriffs.[125] § 100j StPO betrifft allerdings nur die Auskunft über zugriffsschützende Daten durch den Telekommunikationsdienstleister oder Erbringer digitaler Dienste und scheidet daher aus.[126] Eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO erfasst nur Telekommunikation im Herrschaftsbereich des Telekommunikationsdienstleisters.[127] Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO) und die Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) sind dagegen umfassende Ausforschungserlaubnisse für Endgeräte. Schon die Quellen-Telekommunikationsüberwachung ist ein Schwarzes Loch der Datenerhebung, weil sie potentiell alle ab Anordnung per Telekommunikation übermittelten Daten zum Ausforschungsobjekt macht. Diese Fehlkonstruktion muss de lege ferenda beseitigt und der Eingriff § 100b StPO zugeordnet werden.[128] Das BVerfG hat die Regelung für teilweise verfassungswidrig und nichtig erklärt.[129] Für die Online-Durchsuchung entfällt sogar das Erfordernis eines früheren Telekommunikationsbezugs, so dass alle für die Ermittlung erforderlichen Daten erhoben werden dürfen. Immerhin knüpft § 100b StPO diese Super-Überwachungsbefugnis an strenge Voraussetzungen.[130]

Dass §§ 100a, 100b StPO heimliche Eingriffe erlauben, spricht nicht gegen ihre Anwendung auf offene Maßnahmen wie die Entsperrung eines Mobiltelefons.[131] Das stellt die Formulierung „auch ohne Wissen" im jeweiligen Abs. 1 S. 1 unmissverständlich klar. Aus der Formulierung „mit technischen Mitteln" folgt aber, dass nicht jede Eingriffsform erfasst ist. Zwar könnte neben dem Brute-force-Zugriff wohl auch, gerade noch, eine Passworteingabe darunter subsumiert werden,[132] nicht aber der zusätzliche Zwang, die Verwendung des eigenen Körpers zur Öffnung biometrischer Sicherungen zu dulden.[133] Ein Analogieschluss scheidet im Eingriffsrecht aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes richtigerweise aus.[134]

Darf für das Entsperren eines Mobiltelefons wegen einer Nähe der Maßnahme zu §§ 100a, 100b, 100j StPO nicht auf andere Befugnisnormen wie §§ 81b, 94 ff. StPO zurückgegriffen werden?[135] Aus § 100j Abs. 1 S. 2, 3 StPO wird vereinzelt gefolgert, Passwörter und andere zugriffsschützende Daten dürften nur nach dieser Vorschrift erhoben werden.[136] § 100j StPO beschränkt sich freilich nach Wortlaut, Systematik und Ratio auf eine konkrete Datenerhebungssituation, nämlich die Auskunft durch den geschäftsmäßigen Diensteerbringer (siehe § 100j Abs. 5 StPO) über dort gespeicherte Daten auf der Grundlage des Doppeltürmodells. Rückschlüsse auf andere Datenerhebungssituationen – Auskunft vom Beschuldigten und Nemo-tenetur-Grundsatz (oben IV.), Zeugenpflichten bei Kenntnis Dritter – lässt die Regelung nicht zu. Dementsprechend entfaltet sie auch keine Sperrwirkung.[137] Vielmehr betrachtet der Gesetzgeber den offenen Beschlagnahmezugriff als grundsätzlich zulässig. Das stellt § 100g Abs. 5 StPO partiell klar,[138] weil das BVerfG im SIM-Karten-Beschluss[139] für Telekommunikationsverkehrsdaten andere Schlüsse gezogen hatte.[140] Auch §§ 100a, 100b StPO haben insofern keine Sperrwirkung.

4. Durchsuchung und Beschlagnahme

Der Leser fragt sich, warum der BGH den Umweg über § 81b StPO nimmt. Genügen nicht allein §§ 94 ff., 102 ff. StPO als Befugnisnormen, wenn in anderen Fällen den Durchsuchungs- und Beschlagnahmevorschriften als Annexkompetenz die Ermächtigung zu vorbereitenden Eingriffen entnommen wird (z.B. Aufbrechen einer Tür)?[141] Der BGH führt zu den Voraussetzungen der Beschlagnahme aus, dass nicht nur Sachen, sondern auch Daten beschlagnahmefähig sind.[142] Damit ist

[124] *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (197).
[125] Nachweise in Fn. 96.
[126] Zutreffend *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (198). Anders bei Abfrage der PIN oder PUK vom Telekommunikationsdienstleister zur Überwindung einer SIM-Kartensperre, *Neuhaus*, StV 2020, 489 (490).
[127] *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 67.
[128] *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 23, 58 ff., 97.
[129] BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 180/23 (Trojaner II) = BeckRS 2025, 19413 Rn. 176 ff., 188 ff. (unzulängliche Anlasstatenregelung).
[130] Trotz Verstoßes gegen das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) lässt das BVerfG die Fortgeltung zu, BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 180/23 (Trojaner II) = BeckRS 2025, 19413 Rn. 240 ff., 275.
[131] A.A. *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386 (389); *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (197).
[132] OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.5.2021 – 2 Ws 75/21 = BeckRS 2021, 15469 Rn. 19.
[133] *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 109; *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (197).
[134] Vermittelnd *Rückert* (Fn. 6), S. 491 ff. (Analogie nur in den vom Wesentlichkeitsprinzip gezogenen Grenzen) m.w.N. zum Streitstand.
[135] So wohl *Momsen*, DRiZ 2018, 140 (142 f.).
[136] *Graf*, in: Graf (Fn. 31), § 100j Rn. 23; *Hauck*, in: Löwe-Rosenberg (Fn. 33), StPO § 100j Rn. 12.
[137] *Eckstein* (Fn. 49), § 100j Rn. 39 f.; *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (198).
[138] Näher dazu *Eckstein* (Fn. 49), § 100g Rn. 124 ff.
[139] BVerfG, Beschl. v. 4.2.2005 – 2 BvR 308/04 = NStZ 2005, 337.
[140] BT-Drs. 16/5846, S. 26.
[141] *Schmitt*, in: Schmitt/Köhler, Strafprozessordnung, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 81b Rn. 8a, stützt die Nutzung der Fingerabdrücke, also die Entsperrung des Mobiltelefons, auf eine Annexkompetenz zu § 94 StPO. Für eine Neuregelung der Beschlagnahme von großen Datenbeständen und in der Folge eine Annexkompetenz *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (643 f.). Zur Beschlagnahme eines Zettels, auf dem die PIN notiert ist, *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (198).
[142] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 44.

eine Datenkopie gemeint und das entspricht der ganz überwiegenden Ansicht.[143] Eine vorgeschaltete Durchsicht von Datenträgern gestattet § 110 Abs. 3 StPO. §§ 94 ff. StPO und §§ 102 ff. StPO genügen nach Ansicht des BGH verfassungsrechtlichen wie europarechtlichen Vorgaben (oben V.).[144]

Dennoch beschließt der BGH seine Ausführungen zur gesetzlichen Bestimmtheit der Regelung in §§ 94 ff. StPO mit einer Bezugnahme auf § 81b Abs. 1 StPO.[145] Möglicherweise soll die Heranziehung dieser, im Gegensatz zu den uferlos weiten Durchsuchungs- und Beschlagnahmevorschriften, sachnäher und konkreter bestimmt erscheinenden Rechtsgrundlage europarechtlichen Bedenken zuvorkommen (oben V.).[146] Für eine Art Windowdressing spricht, dass der BGH in einer überraschenden Volte das Fehlen einer Anordnung nach § 81b StPO für unerheblich erklärt; zu dieser Lücke im Durchsuchungsbeschluss führt der BGH aus:

> „Ob der Zugriff dann ohne Weiteres oder unter Aufhebung einer numerischen oder einer biometrischen Verschlüsselung erfolgen konnte bzw. auf welche Weise diese vorzunehmen war, war nicht von entscheidender Relevanz."[147]

Und für den Fall, dass eine Entsperrung mangels Ermächtigungsgrundlage doch unzulässig wäre, ergänzt der BGH:

> „Ohnehin ergäbe sich aus der zwangsweisen Entsperrung kein Beweisverwertungsverbot."[148]

Dass schon im Durchsuchungsbeschluss der Richtervorbehalt wirksam werden soll, den der EuGH für die Entsperrung eines Mobiltelefons verlangt,[149] an diesen Baustein seiner Begründung glaubt der BGH offenbar selbst nicht. Dennoch: Wäre der Weg über eine Annexkompetenz gangbar?[150]

5. Lücken im Befugnisnormenkonzept der StPO

Die Strafprozessordnung schweigt weithin zu vorbereitenden und begleitenden Eingriffsmaßnahmen (z.B. Installation des Staatstrojaners für § 100b StPO und der Abhöreinrichtung für § 100c StPO). Dieses Schweigen erinnert an die gemeinrechtliche Vorstellung, was beweisrechtlich erlaubt sei, müsse auch zwangsweise durchgesetzt werden können. Doch diese Sichtweise ist mit dem Vorbehalt des Gesetzes unvereinbar.[151] Dementsprechend muss nach zutreffender Ansicht auch die heutige Lehre von der Annexkompetenz eingehegt und begrenzt werden.

Grundsätzlich zuzulassen sind meines Erachtens vorbereitende und begleitende Eingriffe, die auf eine andere Ermittlungsbefugnis der StPO gestützt werden können. Die mittelbare Zweckverfolgung im Sinne der Vorbereitung einer weiteren Ermittlungsmaßnahme genügt regelmäßig der Zwecksetzung von Ermittlungsmaßnahmen (z.B. Erforschung des Sachverhalts).[152] Darin liegt der wahre Kern des missglückten Rückgriffs auf § 81b StPO durch den BGH – missglückt, weil § 81b StPO die Entsperrung eines Mobiltelefons nicht gestattet. Eine solche Sukzession von Befugnissen ist keine unzulässige, dem Vorbehalt des Gesetzes widersprechende Kumulation von Eingriffsvoraussetzungen bzw. Addition zwecks Schaffung neuer Befugnisse.[153]

Diskutiert wird vor diesem Hintergrund beispielsweise, ob das Aufspielen einer Überwachungssoftware nach § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO oder § 100b Abs. 1 StPO[154] im Anschluss an eine Entsperrung nach § 81b StPO erfolgen darf.[155] Abgesehen davon, dass schon die Entsperrung nicht auf § 81b StPO gestützt werden kann, würde dadurch jedoch die Beschränkung von § 100a Abs. 1 S. 2, S. 3, § 100b Abs. 1 StPO auf technische Mittel umgangen. Deshalb ist eine Sperrwirkung anzunehmen. Die Beschränkung sperrt auch die Sukzession von Befugnissen.[156] In vergleichbarer Weise wird teilweise vorgeschlagen, die Benutzung des menschlichen Körpers aus den Annexkompetenzen auszuscheiden, weil diese abschließend in den §§ 81a ff. StPO geregelt sei.[157]

Grundsätzlich werden Annexkompetenzen, vermittelnd und mit Unterschieden im Einzelnen, dann zugelassen, wenn es sich um typische, unerlässliche und verhältnismäßige Begleitmaßnahmen handelt,[158] wenn diese nicht intensiver in

[143] BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 (1919 f.); zusammenfassend und kritisch *Stam*, JZ 2023, 1070 (1073 f.) m.w.N. (fehlende Befugnis zur Kopie).
[144] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 45 ff.
[145] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 50.
[146] *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (196), erklären § 81b StPO für spezieller, so dass es keines Rückgriffs auf §§ 94, 110 StPO bedürfe.
[147] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 56.
[148] BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 59. A.A. *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386 (390).
[149] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (325 f.); BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 51 ff.
[150] Dafür *Stam*, JZ 2023, 1070 (1079).
[151] Näher dazu *Eckstein* (Fn. 35), S. 161 f. m.w.N.; *Ziemann*, ZStW 2018 (130), 762 (772 ff.).
[152] *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 139 ff. m.w.N. Einschränkend *Horter*, NStZ 2023, 447 (448: Bezugnahme nötig).
[153] Vgl. dazu *Eckstein* (Fn. 49), § 100b Rn. 11 ff. m.w.N.; *Rüscher*, NStZ 2018, 687 (692). Abweichend *Nadeborn/Albrecht*, NZWiSt 2021, 420 (422 ff.): Aus Intensität und Qualität des Grundrechtseingriffs kann sich die Zulässigkeit einer Kumulation wie die Unzulässigkeit einer Sukzession ergeben; ähnlich *Schrott*, NSW 2024, 286 (293).
[154] Zur Verfassungswidrigkeit dieser Vorschriften siehe Fn. 129 f.
[155] Dafür *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (198).
[156] *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 201 m.w.N. A.A. *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (198): Sperrung nur der Annexkompetenz.
[157] *Bock/Fülscher*, StraFo 2023, 386 (389); *Grzesiek/Zühlke*, StV Spezial 2021, 117 (119 f.); *Horter*, NStZ 2023, 447 (448); *Nicolai*, StV Spezial 2023, 148 (149).
[158] BGH, Beschl. v. 11.10.2018 – 5 BGs 48/18 = BeckRS 2018, 47025 insbesondere zu Exzessen, Grenzen und § 164 StPO; *Ziemann*, ZStW 2018 (130), 762 (802 f.).

Grundrechte eingreifen als die Primärmaßnahme[159] oder wenn sie nicht in andere Grundrechte als die Primärmaßnahme eingreifen und erheblich weniger eingriffsintensiv sind.[160] Diese Gesichtspunkte entfalten aber richtigerweise nur in den Grenzen einer möglichen Auslegung der jeweiligen Befugnisnorm Relevanz.[161] Sie ersetzen nicht das Erfordernis einer Befugnisnorm. Daher lassen sich auf diese Weise zwar einzelne, notwendige Begleitmaßnahmen wie der freiheitsbeschränkende Zwang zur Durchführung körperlicher Untersuchungen und Eingriffe als mitgeregelte Bestandteile eingeräumter Befugnisse verstehen. Im Übrigen jedoch erscheint es konsequent und vorzugswürdig, vom Gesetzgeber ausdrückliche Befugnisnormen zu fordern, insbesondere für Substanzeingriffe, um deren Grenzen zu bestimmen (Aufbrechen der Wohnungstür etc.)[162] – auch wenn der gegenwärtige Rechtszustand für eine Übergangszeit hinzunehmen sein wird. Bei geringfügigen Eingriffen kommen die Befugnisgeneralklauseln in den §§ 161, 163 StPO als Rechtsgrundlage für Annex-Maßnahmen in Betracht.

Die Entsperrung eines Mobiltelefons kann, wie dargestellt, weder auf eine vorhandene spezielle Befugnisnorm noch auf die Befugnisgeneralklauseln gestützt werden. Von Durchsuchung und Beschlagnahme ist die Entsperrung, nach den geläufigen Auslegungsregeln, nicht als Annexkompetenz mitumfasst. Des Eingriffsgewichts wegen ist der Gesetzgeber vielmehr zur Neuregelung aufgerufen. Die Neuregelung sollte sich nicht auf die zwangsweise biometrische Entsperrung beschränken (oben V.). Sie sollte die Verwendung einer beschlagnahmten Notiz mit PIN oder Passwort einschließen, ebenso die Verwendung von Zugangsdaten, wenn ein verdeckter Ermittler von ihnen Kenntnis erlangt oder ein Zeuge über sie Auskunft gegeben hat, die offene wie die verdeckte Entsperrung. Denn bei allen Methoden zur Entsperrung muss die erhöhte Schutzbedürftigkeit von Zugangsdaten[163] berücksichtigt werden. Anderweitige Offenbarung der Zugangsdaten führt dabei nicht, im Sinne mangelnden Selbstschutzes, zu einer Absenkung der Anforderungen, schon weil biometrische Merkmale wie das Gesicht grundsätzlich öffentlich zugänglich sind. Anders wäre es nur, wenn der Berechtigte den Schutz eigenverantwortlich willentlich vollständig preisgibt. Einbezogen werden sollten über Mobiltelefone hinaus auch sonstige zugriffsgeschützte Datenträger. Denn in allen diesen Fällen liegt ein Eingriffsschwerpunkt auf der vorbereitenden Maßnahme der Entsperrung, die selbstschützende Vorkehrungen der Betroffenen untergräbt. Die Schutzbedürftigkeit von Zugangsdaten besteht in allen Fällen einheitlich. Wie bei § 100j StPO kommt als zusätzliche Voraussetzung hinzu, dass auch die anschließende Datenerhebung zulässig ist. Die Spezialregelung in den §§ 100a, 100b StPO bleibt unberührt.

Mit dieser Neuregelung wäre ein erster Schritt getan, um im System der Eingriffsbefugnisse den Technikbezug zu variieren und maßnahmenübergreifend stärker auf die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit von Informationen in konkreten Datenerhebungssituationen abzustellen.[164] Für dieses Regelungsmodell stehen beispielsweise § 160a StPO[165] und § 500 StPO i.V.m. §§ 48, 46 Nr. 14 BDSG. Eingewandt werden könnte, dass erhöhter Schutz für elektronische Systeme formuliert wird (oben V.), während Öffnung und Durchsuchung einer Wohnung den Ermittlungsbehörden ohne weitere Anlassschwelle Einblick in die gesamte Lebensführung einer Person eröffnen. Dieser Einwand übersieht aber, dass elektronische Systeme auch autonom Daten generieren, dass die Beherrschbarkeit für den Durchschnittsnutzer beschränkt ist und dass Art, Menge und Zeitraum der verfügbaren Daten eine qualifizierte Informationsdichte ergeben, die überdies maschinell verarbeitet werden kann. All das beeinflusst das Eingriffsgewicht.[166]

Die Neuregelung muss Nichtbeschuldigte einschließen. Das ermöglicht den Zugriff auf Mobiltelefone Toter. Es stellt sicher, dass Nichtbeschuldigte nicht allein qua Aussage- oder Herausgabepflicht (§§ 48 ff., 95 StPO) um den gebotenen Zugangsdatenschutz gebracht werden und andererseits nicht unter Berufung auf § 163b Abs. 2 S. 2 Hs. 2 StPO[167] verschont bleiben. Außerdem streitet die Unschuldsvermutung gegen das verbreitete Konzept, Eingriffsbefugnisse vorrangig gegen den Beschuldigten zu richten. In-Verdacht-Geraten ist kein zurechnungsbegründendes Verhalten, das eine verschärfte Inanspruchnahme rechtfertigen würde. Vielmehr obliegt es im Ausgangspunkt der Rechtsgemeinschaft, dem Beschuldigten eine Straftat nachzuweisen. Die konkrete Lastenverteilung richtet sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nach den Ermittlungserfolgsaussichten. Höhere Ermittlungserfolgsaussichten können eine vorrangige Inanspruchnahme des Beschuldigten rechtfertigen. Doch Geräte nichtbeschuldigter Informationsträger (insbesondere Zeugen) müssen gleichermaßen herangezogen werden können, ebenso Geräte, die der Beschuldigte oder ein Informationsträger benutzt. Nach § 72 BDSG muss zwar zwischen Kategorien betroffener Personen, insbesondere Verdächtigen und Zeugen, unterschieden werden. Das gilt aber nur „so weit wie möglich", so dass die unschuldsvermutungskonforme Adressierung von Eingriffsbefugnissen Vorrang hat. Der EuGH betont zwar das Erfordernis, zwischen Kategorien betroffener Personen zu unterscheiden, versteht diese Unterscheidung aber letztlich als formale Notwendigkeit, die jeweils nötigen Voraussetzungen klar festzulegen.[168] Abhilfemöglichkeiten (Herausgabe der

[159] *F. Horn*, Kriminalistik 2019, 641 (643) m.w.N.
[160] *Rückert* (Fn. 6), S. 496, 770.
[161] *Ziemann*, ZStW 2018 (130), 762 (802).
[162] *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Nachdruck, 2. Aufl. 1968, S. 22 f., 294; *Eckstein* (Fn. 35), S. 162; *Eckstein* (Fn. 49), Vor §§ 100a–101 Rn. 31.
[163] Dazu z.B. *Grzesiek/Zühlke*, StV Spezial 2021, 117 (121 f.); *Nadeborn/Albrecht*, NZWiSt 2021, 420 (424); *Neuhaus*, StV 2020, 489 (491).
[164] *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 34.
[165] Zur Kritik an dieser Vorschrift *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 75 f. und § 100d Rn. 74 ff. m.w.N.
[166] *Eckstein* (Fn. 49), § 100a Rn. 34 m.w.N.
[167] Dafür *Wegner* (Fn. 44), S. 857 ff., 861.
[168] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.10.2024 – C-548/21 = NVwZ 2025, 321 (325).

verfahrensrelevanten Daten durch den Betroffenen) haben aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bei Beschuldigten wie Nichtbeschuldigten Vorrang.[169] Besondere schützende Vorkehrungen kommen zum Beispiel bei der Weiterverarbeitung von Daten in Betracht. Hinzugefügt werden sollte überdies eine Regelung zur unvermeidbaren Mitbetroffenheit Dritter. Rechtspolitisch soll dieses Plädoyer für weitergehende Inanspruchnahme Nichtbeschuldigter die Diskussion über generelle statt personellen Grenzen der Überwachung fördern.[170]

VII. Fazit

Der BGH lässt eine zwangsweise Entsperrung von Mobiltelefonen des Beschuldigten im Ausgangsfall zu. Doch die Befugnisnormen kumulierende Argumentation des BGH legt nolens volens offen, dass eine tragfähige Rechtsgrundlage fehlt. Die Entscheidung ist geprägt vom Bemühen, dem zu entscheidenden Fall gerecht zu werden.[171] Doch das Gesetz hält die gesuchte Lösung nicht bereit. Für eine Neuregelung sprechen sich, zur Klarstellung, auch einige Befürworter der Lösung des BGH aus.[172] Dieser Beitrag unterbreitet einen Regelungsvorschlag (oben V., VI.). Nach europarechtlichen Maßstäben ist die Neuregelung zwingend erforderlich. Das Europarecht wird so zum Motor für die Modernisierung der StPO. Solange es nicht gelingt, das Befugnisnormenkonzept der Strafprozessordnung sachgerecht zu modernisieren, bleibt es ein Spielfeld rabulistischer Gesetzesanwendung unter dem Druck praktischer Bedürfnisse. Der Wissenschaft muss das ein Ansporn sein, noch stärker zu versuchen, dem Gesetzgeber breit konsentierte Reformvorschläge zu unterbreiten.

[169] A.A. *Brodowski*, JZ 2024, 750 (752): Schonung Nichtbeschuldigter.
[170] Näher dazu *Eckstein* (Fn. 35), S. 307 ff., 359 ff.; *ders.* (Fn. 49), § 100a Rn. 20 m.w.N.
[171] Kritisch *Ferner*, beck-aktuell v. 23.5.2025, becklink 2034373: „Hard cases make bad law“.
[172] *Neuhaus*, StV 2020, 489 (492); *Rottmeier/Eckel*, NStZ 2020, 193 (200).

Zwischen Symbolik und Effektivität: Gravierende Umweltschäden als völkerstrafrechtlicher „Ökozid"?*

Von RiOLG Prof. Dr. **Kai Cornelius**, LL.M. (Hannover, London), Wiss. Mitarbeiterin **Anja Holzer**, Hamburg**

Im folgenden Beitrag wird die unter dem Schlagwort „Ökozid" populär gewordene völkerstrafrechtliche Diskussion um die rechtspolitische Frage der Sanktionierung individueller und juristischer Personen für Umweltschäden in Friedenszeiten aufgegriffen. In Anknüpfung an neue Tendenzen auf nationaler und EU-Ebene wird der Rahmen strafrechtlicher Verantwortlichkeit de lege lata nach dem Rom Statut analysiert und ein sich mit dem Vorschlag der „Stop Ecocide"-Foundation auseinandersetzender Gegenvorschlag unterbreitet.

I. Einführung

Der Schutz der natürlichen Umwelt ist von zentraler und unverzichtbarer Bedeutung. Ökosysteme unterliegen dabei natürlichen Regelungsmechanismen, die unabhängig von politisch-territorialen Grenzen oder staatlicher Souveränität wirken. Umweltkatastrophen entfalten, abhängig von ihrem Ausmaß, nicht lediglich regionale, sondern globale Wirkungen.[1] Dies wird exemplarisch durch die fortschreitende Degradation des Amazonas-Regenwaldes, die zunehmende Eisschmelze in den Polarregionen, den Rückgang der Gletscher sowie die drohende irreversible Schädigung der Korallen des Great Barrier Reef verdeutlicht. Die Konsequenzen des Klimawandels gewinnen in der internationalen Gemeinschaft zunehmend an Aufmerksamkeit und wurden in völkerrechtlichen Instrumenten wie dem Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992,[2] dem Kyoto-Protokoll vom 11. Dezember 1997[3] sowie dem Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015[4] ausdrücklich adressiert.

Es wird in der wissenschaftlichen Diskussion die Besorgnis geäußert, dass die endlichen Ressourcen unseres Planeten erschöpft sind und ein Überschreiten ökologischer Belastungsgrenzen zu einem globalen ökologischen Kollaps führen könnte, der die Lebensgrundlagen auf der Erde nachhaltig untergräbt.[5] Dies begründet die Forderung, ökologische Begrenzungen in wirtschaftlichen, politischen und sozialen Institutionen verbindlich zu verankern, etwa durch Konzepte wie „the rule of ecological law",[6] „ecological sovereignity",[7] „ecocentric rule of law"[8] und „global environmental constitutionalism"[9]. Rechtsdogmatische Grundlage hierfür ist die zunehmende Ablösung territorialer Rechtskonzepte, da Schutzgüter wie die Atmosphäre, die Ozonschicht oder das Klima als entterritorialisierte, global bedeutsame Gemeinschaftsgüter anerkannt werden, welche die Verabschiedung universeller Standards zwingend erforderlich machen.[10]

Neben dem wirtschaftlich bedingten Ressourcenabbau resultiert eine zusätzliche Gefährdungslage aus vorsätzlichen Beeinträchtigungen der Umwelt im Rahmen bewaffneter Konflikte, wie etwa dem Einsatz von Herbiziden, insbesondere „Agent Orange", durch die Streitkräfte der Vereinigten Staaten während des Vietnamkriegs[11] und das Inbrandsetzen von Bohrlöchern durch die irakischen Truppen nach ihrer Niederlage in Kuwait im Jahre 1991.[12] Ein Beispiel aus jüngerer Zeit sind die Ausmaße der durch den Krieg verursachten Umweltkatastrophe in der Ukraine, für die die gezielte Sprengung des Kachowka-Staudamms im Osten der Ukraine am 6. Juni 2023 nur exemplarisch ist.[13] So gehen Forscher davon

---

* Dieser Beitrag thematisiert Umweltverbrechen im Völkerstrafrecht, wozu durch den *Erstverf.* bereits in AVR 2020, 1 Stellung genommen wurde, geht jedoch über diesen hinaus und berücksichtigt insbesondere die aktuellen Entwicklungen der letzten fünf Jahre.

** *Kai Cornelius* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Digitalisierungsrecht sowie Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; *Anja Holzer* war wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl und ist jetzt als Rechtsanwältin in Hamburg beschäftigt.

[1] Vgl. *Hilgendorf*, in: Dreier/Forkel/Laubenthal (Hrsg.), Raum und Recht – Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, S. 333 (339); *v. Arnauld*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 909.

[2] BGBl. II 1993, S. 1784 ff.

[3] BGBl. II 2002, S. 967 ff.

[4] BGBl. II 2016, S. 1083 ff.

[5] Stockholm Resilience Centre, 2025, abrufbar unter https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/the-nine-planetary-boundaries.html (22.10.2025).

[6] *Garver*, Sustainability 5 (2013), 316 ff., abrufbar unter https://doi.org/10.3390/su5010316.

[7] *Boulot/Sunggaila*, Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law 8 (2012), 1 (1 ff.).

[8] *Kotzé/French*, Global Journal of Comparative Law 7 (2018), 5 ff.

[9] *Kotzé*, Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene, 2017.

[10] *v. Arnauld* (Fn. 1), Rn. 881.

[11] Zu weiteren umweltbeeinträchtigenden Kriegsführungspraktiken vgl. *Spieker*, Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt, 1992, S. 189 ff.

[12] *Sharp*, Military Law Review 137 (1992), 1 ff.; *Ross*, Dickinson Journal of International Law (1992), 515 (516 ff.); *Lawrence/Heller*, Georgetown International Environmental Law Review 20 (2007), 61 (62). Zu den drastischen Folgen *Tomuschat*, in: Arndt/Knemeyer/Kugelmann (Hrsg.), Völkerrecht und deutsches Recht, Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag, 2001, S. 105; *Spieker* (Fn. 11), S. 425 f.

[13] *Stakhiv/Demydenko*, Bundeszentrale für politische Bildung v. 19.9.2023, abrufbar unter https://www.bpb.de/themen/europa/ukraine-analysen/nr-288/541011/analyse-oekozid-die-katastrophalen-folgen-der-zerstoerung-des-kachowka-staudamms/ (22.10.2025);

aus, dass neben 25.000 Hektar verbranntem Wald 220 Naturschutzgebiete bedroht oder zerstört und ca. eine Million Hektar Wald- und Landflächen vermint sind.[14]

In Deutschland hat der bahnbrechende „Klima-Beschluss" des BVerfG vom 24. März 2021 die staatliche Pflicht zum Klimaschutz hervorgehoben.[15] Im Oktober 2021 hat sodann der UN-Menschenrechtsrat die Resolution 48/13 erlassen, in welcher er das „Recht auf eine sichere, saubere, gesunde und nachhaltige Umwelt" als fundamentales Recht zur Sicherung der Existenz der Menschheit (fundamental right for the existence of humankind[16]) statuiert.[17] Dies betrifft inhaltlich insbesondere die Luft-, Wasser- und Bodenqualität sowie die Lebensmittelproduktion und den Umgang mit Giftstoffen. Während die Resolution vornehmlich von Mitgliedstaaten der Europäischen Union und karibischen bzw. pazifischen Inselstaaten (z.B. Haiti, Fidschi und Vanuatu), welche dem Anstieg des Weltmeeresspiegels besonders hilflos ausgesetzt sind, vorangetrieben wurde, stimmten die CO_2-Großemittenten China, Indien und Russland gegen die Verabschiedung.[18] Zur Unterstützung der Nationen bei der Umsetzung der Resolution wurde mit der Folgeresolution 48/14 für den Zeitraum von drei Jahren ein Sonderberichterstatter eingesetzt.[19]

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Fall „Verein Klimaseniorinnen" gegen die Schweiz hervorgehoben, dass unzureichende Klimaschutzmaßnahmen geeignet sein können, das Recht auf Leben sowie das Recht auf Privat- und Familienleben zu beeinträchtigen.[20] Das Gutachten des Internationalen Seegerichtshofs vom 21. Mai 2024 markiert aus völkerrechtlicher Sicht einen Wendepunkt, indem es Klimaschutz als integralen Bestandteil des Meeresschutzes etabliert.[21] Der bisherige Höhepunkt internationaler Klimaschutzbemühungen dürfte durch das jüngst veröffentlichte Rechtsgutachten des Internationalen Gerichtshofs erreicht worden sein, in welchem das Gericht das durch die UN-Resolution 48/13 begründete „Recht auf eine saubere, gesunde und nachhaltige Umwelt" anerkannt und eine Haftpflicht der Vertragsstaaten verschiedener Klimaschutzabkommen für Umweltschäden dem Grunde nach hergeleitet hat.[22] Zwar bleibt der IGH bezüglich des durchaus schwierigen Feststellungsmaßstabs für den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung eines Staates und den Klimawandelfolgen im betroffenen Staat[23] sowie den möglichen Rechtsfolgen einer Reparationspflicht[24] insgesamt noch vage, dennoch gehen hierzu befragte Rechtswissenschaftler davon aus, dass das Gutachten zukünftig rechtlicher Anknüpfungspunkt für konkrete Schadensersatzklagen, so z.B. des initiierenden Pazifikstaats Vanuatu, sein wird und die zwischenstaatliche Rechtsdurchsetzung im Klimaschutz erheblich stärken kann.[25]

Mit Spannung erwartet wird ferner das auf Antrag von Kolumbien und Chile zu erstellende Gutachten des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dessen Veröffentlichung in diesem Jahr erwartet wird und die Schnittstelle von Klimawandel und Menschenrechten adressiert.[26] Eine Staatenverantwortlichkeit durch Unterlassen für

zur rechtlichen Einordnung näher *Gillett*, Verfassungsblog v. 3.7.2023, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/the-kakhovka-dam-and-ecocide/ (22.10.2025).

[14] *Friedrich/Madalka*, rbb v. 30.1.2025, abrufbar unter https://www.rbb24.de/panorama/beitrag/2025/01/ukraine-krieg-oekozid-umweltverschmutzung-natur-schaeden-viadrina-frankfurt-oder.html (22.10.2025).

[15] BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

[16] So bereits der Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-23/17 of 15.11.2017, Requested by the Republic of Colombia, Rn. 59, abrufbar unter http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_ing.pdf (22.10.25).

[17] Human Rights Council, Resolution 48/13, 5.10.2021, abrufbar unter https://docs.un.org/en/a/hrc/48/l.23/rev.1 (22.10.2025).

[18] *Versea*, Humanium online v. 7.12.2021, abrufbar unter https://www.humanium.org/de/das-recht-auf-eine-gesunde-umwelt-ist-ein-grundlegendes-menschenrecht-die-resolution-des-unhrc/ (22.10.2025).

[19] Human Rights Council, Resolution 48/14, 4.10.2021, abrufbar unter https://docs.un.org/en/a/hrc/48/l.27 (22.10.2025).

[20] EGMR, Urt. v. 9.4.2024 – 53600/20 (Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland).

[21] International Tribunal for the Law of the Sea, Request for an advisory opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Case 31, abrufbar unter https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory_Opinion/C31_Adv_Op_21.05.2024_corr.pdf (22.10.2025).

[22] International Court of Justice, Obligations of States in Respect of Climate Change, Advisory Opinion of 23.7.2025, abrufbar unter https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-00-en.pdf (22.10.2025); auf Antrag der General Assembly Resolution 77/276, Request for Advisory Opinion, Obligations of States in Respect of Climate Change, abrufbar unter https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20230412-app-01-00-en.pdf (22.10.2025).

[23] Ausreichen sollen zwei Elemente, einerseits eine wissenschaftlich bestätigte Schadensfolge des anthropozentrischen Klimawandels, und andererseits eine konkrete Zuordnung zu einem Staat oder einer Staatengruppe, vgl. International Court of Justice (Fn. 22), Rn. 437.

[24] Unter „reparation" stellt sich der IGH „restitution, compensation, satisfaction or a combination thereof" vor, vgl. International Court of Justice (Fn. 22), Rn. 450.

[25] *Kring*, LTO v. 23.7.2025, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/57737 (22.10.2025).

[26] Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile of 9.1.2023, abrufbar unter https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_en.pdf (22.10.25).

Umweltschäden, die sich auf die eigene Bevölkerung auswirken, hatte der Interamerikanische Gerichtshof bereits im November 2023 durch die Verurteilung von Peru zu zivilrechtlichen Reparationsmaßnahmen im Fall der Stadt La Oroya statuiert.[27]

Selbst wenn die genannten Institute, wie z.B. die UN-Resolution oder das IGH-Gutachten, völkerrechtlich *nicht* bindend sind, oder konkrete Gerichtsentscheidungen bloß „inter partes" wirken, bilden sie dennoch eine politische Richtlinie für die gesamte Staatengemeinschaft. Damit wird nicht nur eine Signalwirkung für zukünftiges Staatenhandeln erzeugt, sondern auch ein erster Rahmen zum Schutz des „neuen Menschenrechts auf eine sichere, saubere, gesunde und nachhaltige Umwelt" abgesteckt. Dabei heben die Rechtsakte hervor, wozu sich der Großteil der Staatengemeinschaft in internationalen Klimaschutzverträgen, wie der UN-Klimarahmenkonvention, dem Kyoto-Protokoll und dem Pariser Klimaübereinkommen, – sehr wohl rechtverbindlich – verpflichtet hat, nämlich primär die Einhaltung des 1,5-Grad-Ziels und die Abwendung der daraus resultierenden Umweltschäden.[28]

All diese Entwicklungen führen zu einer bereits seit einiger Zeit anhaltenden Diskussion um ein Verbrechen, welches häufig als „Ökozid" bezeichnet wird.[29] Dieses rechtspolitische Phänomen soll im Folgenden anhand der Entwicklung des Umweltvölkerstrafrechts (II.) und dem Schutz, welcher der Umwelt de lege lata nach dem Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH)[30] zukommt (III.) untersucht werden. Im Anschluss wird die Schaffung eines völkerstrafrechtlichen Tatbestandes für gravierende Umweltschädigungen erwogen (IV.) und mit einem Ergebnis geschlossen (V.).

II. Entwicklung des Umweltvölkerstrafrechts

Die Herausbildung eines Umweltvölkerstrafrechts ist ohne die dynamische Entwicklung des Umweltvölkerrechts nicht denkbar.[31] Unter Anerkennung einer vorrangigen Zuständigkeit des Umweltverwaltungsrechts hat sich in vielen Staaten[32] die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Umwelt auch durch den (nationalen) Einsatz von kriminalstrafrechtlichen Elementen zu schützen ist.[33] Das damit verfolgte Ziel ist es, eine wirksame Durchsetzung von Umweltvorschriften sowie eine unterstützende Funktion präventiv-administrativer Maßnahmen zu gewährleisten.[34] Dabei sind Verstöße gegen behördliche Anordnungen strafbar, sofern sie ein bestimmtes Mindestmaß an Schwere erreichen.[35] Die Legitimität des Strafrechts als Instrument im System des Völkerrechts wird für den Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter vor gravierenden Verletzungen anerkannt.[36] Nachfolgend wird kurz nachgezeichnet, inwieweit die Umwelt als Schutzgut des Völkerstrafrechts in Betracht kommt.[37]

1. Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse

Die Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse gelten als Geburtsstunde des modernen Völkerstrafrechts.[38] Basierend auf dem Londoner Statut vom 8. August 1945, das die Grundlage für den Internationalen Militärgerichtshof (IMT) bildete,[39] wurden Kriegsverbrechen gemäß Art. 6 Abs. 2 lit. b verfolgt, die mittelbar[40] Umweltzerstörungen einschlossen, etwa durch „die mutwillige Zerstörung von Städten, Märkten oder Dörfern oder jede durch militärische Notwendigkeit nicht gerechtfertigte Verwüstung".[41] Das Ziel war jedoch primär die Ahndung von Schäden an menschlichen Behausungen im Sinne der zugrunde liegenden Vorschriften der Art. 23 und 25 der Haager Landkriegsordnung.[42] In drei Verfahren wurden Um-

[27] Inter-American Court of Human Rights, Case of the Inhabitants of La Oroya v. Peru, Judgment of 27.11.2023, Rn. 320. Die peruanische Regierung hat den Betrieb von Metallminen in der Kleinstadt La Oroya nicht untersagt, obwohl diese Bleirückstände zurückließen und zu Luftverschmutzungen und Vergiftungen bei der Bevölkerung geführt hat.

[28] Vgl. International Court of Justice (Fn. 22), Rn. 196–267.

[29] Zur internationalen Diskussion über den „Ökozid" vgl. *Zierler*, The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam and the Scientist Who Changed the Way We Think About the Environment, 2011, S. 19; *Tekayak*, Geoforum 71 (2016), 62 (63); *Lay/Neyret/Short/Baumgartner/Oposa Jr.*, The Journal Jurisprudence 28 (2015), 431 (433 ff.); *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (7 ff.); *Mistura*, Columbia Journal of Environmental Law 43 (2018), 181 (222 ff.).

[30] Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, BGBl. II 2000, S. 1394 ff.; II 2013, S. 140 ff.

[31] Hierzu bereits ausführlich *Cornelius*, AVR 2020, 1 (4 ff.).

[32] Vgl. Überblick zu den europäischen Staaten *Knaut*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, 2005, S. 145 ff.

[33] *Heine*, ZStW 101 (1989), 722 (724 ff.); *Ruhs*, ZJS 2011, 13.

[34] *Hecker*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 28 Rn. 2.

[35] *Heger*, in: Hecker/Weißer/Brand (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S. 615 (622).

[36] *Triffterer*, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 493 (500).

[37] Dies erfolgt in geraffter Form unter Verweis auf die ausführliche Darstellung in *Cornelius*, AVR 2020, 1 (9 ff.).

[38] *v. Arnauld* (Fn. 1), Rn. 1332; zur Geschichte des Völkerstrafrechts *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts nach Nürnberg, 1966, S. 4 ff.; zu den Kriegsverbrecherprozessen nach dem Ersten Weltkrieg *Ladiges*, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, S. 109 ff.

[39] Statut für den Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg v. 8.8.1945, abgedruckt u.a. bei *v. Münch*, Dokumente des geteilten Deutschland, Stuttgart 1968, S. 45 ff.; Art. 6–11 bei *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 886 ff.

[40] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 106.

[41] Die Regelung lautet: „War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to [...] wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity".

[42] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 107.

weltschäden thematisiert:[43] So wurde General Lothar Rendulic in Bezug auf die Anwendung der Taktik der „verbrannten Erde" in Norwegen freigesprochen, da das Gericht eine militärische Notwendigkeit annahm.[44] Alfred Jodl wurde hingegen für ähnliche Handlungen verurteilt.[45] Im „Polish Forestry Case" stuften die Vereinten Nationen neun von zehn deutschen Verwaltungsbeamten als Kriegsverbrecher ein, weil sie polnisches Holz fällten.[46] Nach diesen Verfahren gab es keine weiteren „Nürnberger" Verurteilungen wegen kriegsbedingter Umweltzerstörungen.[47]

2. Draft Code of Crime against the Peace and Security of Mankind

Im Jahr 1982 nahm die Völkerrechtskommission (ILC) ihre (zuvor unterbrochene) Arbeit am Draft Code of Crime against the Peace and Security of Mankind (wieder) auf,[48] um völkerrechtliche Straftaten zu kodifizieren, die individuelle Verantwortlichkeit auslösen.[49] Der 1991 in erster Lesung angenommene Entwurf umfasste Umweltverbrechen: Art. 22 Abs. 2 lit. d definierte Umweltschädigungen als Kriegsverbrechen, wenn sie ausgedehnte, langanhaltende und schwere Schäden verursachen, während Art. 26 vorsätzliche, schwere Umweltzerstörungen außerhalb von Konflikten als Verbrechen gegen die Menschlichkeit schützte.[50] Beide Vorschriften orientierten sich an den Genfer Konventionen (Art. 35 Abs. 3, 55 Zusatzprotokoll I) und dem ENMOD-Abkommen.[51] Dadurch sollten umweltverändernde Techniken wie die Manipulation von Klima, Meeresströmungen oder der Ozonschicht mit gravierenden Auswirkungen erfasst werden.[52] Trotz dieser Ansätze stieß der Entwurf auf Skepsis bei VN-Mitgliedstaaten, insbesondere wegen der weitreichenden völkerstrafrechtlichen Sanktionen[53] und möglicher Implikationen für Kernwaffen[54]. Im Ergebnis wurden diese Ansätze nicht weiterverfolgt.[55]

3. Römisches Statut

Dafür integrierte das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs Elemente des „Draft Code".[56] So werden in Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv vorsätzliche Angriffe mit ausgedehnten, langanhaltenden und schweren Umweltschäden als Kriegsverbrechen definiert, sofern diese unverhältnismäßig zum militärischen Vorteil sind. Dies ist die einzige geltende Norm im Völkerstrafrecht, die Umweltverbrechen direkt adressiert.[57] Die Jurisdiktion des IStGH ist jedoch auf Vertragsstaaten beschränkt, es sei denn, der UN-Sicherheitsrat weist einen Fall zu (Art. 13 lit. b IStGH-Statut).[58] Damit lässt sich festhalten, dass das Statut keine eigenständigen Umweltverbrechen außerhalb von Kriegsverbrechen schuf, was die Reichweite des Umweltvölkerstrafrechts einschränkt.[59]

4. Unmittelbare Verantwortlichkeit von Unternehmen

Außerdem ist auch eine Entwicklung im Bereich des sog. Wirtschaftsvölkerstrafrechts von Bedeutung. Dies zeigt sich in Fällen, wo wirtschaftliche Interessen (Produktion und Verkauf von Gütern durch Unternehmen) mit völkerrechtlichen Verbrechen (Umweltzerstörung als Kriegsverbrechen) verknüpft sind.[60] Infolge der rasant fortschreitenden Industrialisierung sind Wirtschaftsunternehmen je nach Art und Größe der Branche die intensivsten Nutzer bzw. Verbraucher von Ressourcen und gleichzeitig die größten Schadstoffemitten-

[43] *Smith*, in: Schabas/McDermott/Hayes (Hrsg.), The Ashgate Research Companion to International Criminal Law, 2013, S. 45 (52).

[44] Law Reports of Trials of War Criminals Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Committee, List et al. (The Hostages Trial), Vol. VIII, 1949, S. 34 (45, 67 ff.).

[45] Trial of the Major War Criminals before The International Military Tribunal („The Blue Series"), Vol. XXII (1948), S. 568 (570 f.) – Trial of Alfred Jodl; *Lawrence/Heller*, Georgetown International Environmental Law Review 20 (2007), S. 61 (68).

[46] United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 496 (1948), Case No. 7150; *Weinstein*, Georgetown International Environmental Law Review 17 (2005), 697 (704); *Lawrence/Heller*, Georgetown International Environmental Law Review 20 (2007), 61 (64 f.).

[47] Ausführlich hierzu *Cornelius*, AVR 2020, 1 (10 ff.).

[48] *Ambos* (Fn. 39), S. 443.

[49] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 108.

[50] Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April–19 July 1991), S. 275 (Doc. A/46/10); zur Genese seit der 36. Tagung der ILC (1984) *Reichart*, Umweltschutz durch völkerrechtliches Strafrecht, 1999, S. 527 ff.

[51] Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April–19 July 1991), S. 272 f., 275 f. (Doc. A/46/10).

[52] Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session (29 April–19 July 1991), S. 276 (Doc. A/46/10); *Reichart* (Fn. 50), S. 531.

[53] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 108; *Tekayak*, From „polluter pays" to „polluter does not pollute", Geoforum 71 (2016), 62 (63).

[54] *Tomuschat*, Environmental Policy & Law 26 (1996), 242 (243): „One cannot escape the impression that nuclear arms played a decisive role in the minds of many of those who opted for the final text, which now has been emasculated to such an extent that its conditions of applicability will almost never be met even after humankind would have gone through disasters of the most atrocious kind as a consequence of conscious action by persons who were completely aware of the fatal consequences their decisions would entail."

[55] Ausführlich hierzu *Cornelius*, AVR 2020, 1 (12 ff.).

[56] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 112. wies bereits auf den Zusammenhang zwischen dem IStGH-Statut und dem Draft Code hin.

[57] *Smith* (Fn. 43), S. 52.

[58] *Gärditz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2013, Bd. 11, § 245 Rn. 16.

[59] Ausführlich hierzu *Cornelius*, AVR 2020, 1 (15 ff.).

[60] Zu den Ursprüngen des „Wirtschaftsvölkerstrafrechts" als eine Verstrickung von Industrie und Wirtschaft in Unrechtstaten mit Menschenrechtsbezug vgl. *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2018, S. 13 ff.; *Jeßberger*, JZ 2009, 924.

ten.[61] Die vulnerable Umwelt wird doppelt belastet, indem ihr gleichsam „Gutes" entzogen und „Schlechtes" zugefügt wird, was irreparable Schäden zur Folge haben kann, die sich auch auf die Menschheit auswirken. Der potenzielle (Sonder-)Täterkreis besteht in diesem Bereich aus Unternehmen bzw. ihren vertretungsberechtigten Organen (vgl. § 14 Abs. 1 StGB) und Leitungspersonen (vgl. § 14 Abs. 2 StGB). Das Umweltvölkerstrafrecht, das sich mit der strafrechtlichen Verfolgung schwerwiegender Umweltzerstörungen als völkerrechtliche Verbrechen beschäftigt, überschneidet sich diesbezüglich mit dem Wirtschaftsvölkerstrafrecht.

a) Menschenrechtsdimension

Ein zentrales Beispiel hierfür ist das sogenannte „Monsanto-Tribunal" (2016–2017), ein zivilgesellschaftliches Gremium, das in einem Rechtsgutachten – unter anderem zum Einsatz von „Agent Orange" im Vietnam-Krieg (1962–1971), zu Geschäftspraktiken wie dem Vertrieb glyphosathaltiger Herbizide in Kolumbien sowie zur massenhaften Verwendung gefährlicher agrochemischer Produkte durch das Unternehmen Monsanto (nunmehr Teil der Bayer AG) – zu dem Schluss gelangt ist, dass ein neuer völkerrechtlicher Straftatbestand des „Ökozids" zu schaffen ist. Dieser Tatbestand soll Handlungen sanktionieren, die substanzielle und anhaltende Schäden an Umwelt und Biodiversität erzeugen, welche das Leben und die Gesundheit der menschlichen Bevölkerung negativ beeinflussen, und in das Römische Statut aufgenommen werden.[62] Denn schwere Umweltzerstörungen können Menschenrechte wie z.B. das Recht auf Leben, Gesundheit oder – das nunmehr vom UN-Menschenrechtsrat und dem IGH anerkannte[63] – „Recht auf eine sichere, saubere und gesunde Umwelt" verletzen. Das Tribunal argumentierte, dass Umweltschäden, die durch Unternehmen aus Gewinnmaximierungsabsicht verursacht werden, „gegen die fundamentalen Werte der (gesamten Staaten-) Gesellschaft" verstoßen, was im Gegenzug eine strafrechtliche Verantwortlichkeit legitimiere.[64]

In diesem Rahmen ist insbesondere ein immenses Gefälle einerseits zwischen den verursachenden und den leidtragenden Akteuren sowie andererseits zwischen der Schwere der Umweltschäden und der Höhe der jeweiligen Menschenrechtsstandards zu beobachten. Während vornehmlich Unternehmen mit Sitz in großen G7- bzw. G20-Ländern den höchsten Schadstoffausstoß verursachen[65], werden die Folgen von Umweltschäden zuerst und besonders stark in kleinen Entwicklungsländern wie z.B. Vanuatu, Fidschi oder Bangladesch real weil dort das Land aufgrund des Anstiegs des Meeresspiegels, des irreparablen Ressourcenabbaus durch die outgesourcten Produktionsstätten oder stark zunehmender Naturreaktionen schlecht oder gar unbewohnbar wird.[66] So hat der IGH in seinem Gutachten festgehalten, dass die Beiträge zur Umweltschädigung und die tatsächlichen lokalen Auswirkungen in verschiedenen Staaten signifikant voneinander abweichen.[67] Soweit die Entwicklungsländer Erfolgsorte der Umweltschädigung sind, gelten dort jedoch im Vergleich zu den Jurisdiktionen der Industrieländer ohnehin wesentlich niedrigere nationale Menschenrechtsstandards (beispielhaft in Bangladesch für die Textilindustrie[68]). Für die von solchen Umweltschäden räumlich unmittelbar betroffenen Opfer bestehen daher spiegelbildlich weniger Mechanismen zur Durchsetzung ihrer rudimentären Rechte als in den Staaten, denen die verursachenden Unternehmen angehören.

b) Unternehmenshaftung als Kollektivschuld

Im Umweltvölkerstrafrecht steht (wie auch im Wirtschaftsvölkerstrafrecht) die Haftung juristischer Personen im Zentrum.[69] Wirtschaftsunternehmen sind oft – wenn auch indirekter – Hauptursachensetzer von degenerativen Veränderungen der natürlichen Umwelt, wobei ihre strafrechtliche Haftung nicht unproblematisch ist. Obwohl das Römische Statut derzeit ausschließlich individuelle Verantwortlichkeit regelt (Art. 25 Abs. 1), vertritt das Monsanto-Tribunal die Auffassung, dass „keine konzeptionellen oder normativen Hindernisse" für eine Unternehmensstrafbarkeit auf internationaler Ebene bestünden.[70] Losgelöst von den Fragen der Handlungs-, Schuld- und Straffähigkeit juristischer Personen, welche auf deutscher Ebene die dogmatische Hürde für ein Unternehmensstrafrecht bilden,[71] sei laut dem Tribunal insbesondere die Verantwortlichkeit des Rechtskonstrukts „Unternehmen"

[61] Vgl. The Carbon Majors Database Report of April 2024, Zusammenfassung, abrufbar unter https://carbonmajors.org/briefing/The-Carbon-Majors-Database-26913 (29.10.2025), wonach im Untersuchungszeitraum (2016 bis 2022) allein 57 Unternehmen für ca. 80 % aller weltweiten CO_2-Emissionen gesorgt haben.

[62] International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion of 18.4.2017, S. 47, abrufbar unter https://de.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/189791450.pdf (29.10.2025).

[63] Siehe hierzu bereits oben I.

[64] International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion of 18.4.2017 (Fn. 62), S. 45.

[65] Vgl. The Carbon Majors Database Report of April 2024, (Fn. 61), wonach im Untersuchungszeitraum (2016 bis 2022) die größten schadstoffemittierenden Unternehmen ihren Sitz in den USA, Russland, Großbritannien, Saudi-Arabien und China haben.

[66] *Esswein/Zernack*, Deutschlandfunk online v. 15.3.2020, abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/der-suedpazifik-und-der-klimawandel-inselstaat-vanuatu-will-100.html (29.10.2025).

[67] International Court of Justice (Fn. 22), Rn. 421.

[68] Vgl. Amnesty International Report, 29.4.2025, abrufbar unter https://www.amnesty.de/informieren/amnesty-report/bangladesch-2024 (29.10.2025).

[69] Hierzu *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387.

[70] International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion of 18.4.2017 (Fn. 62), S. 47.

[71] Entsprechend dem Grundsatz „societas delinquere non potest" soll es juristischen Personen an diesen individuellen Fähigkeiten mangeln, vgl. nur *Dannecker*, GA 2001, 101 (107 ff.)

von der Verantwortlichkeit der vertretungsberechtigten Organe oder Leitungspersonen systematisch zu trennen.[72] Dies gipfelt in der kriminalpolitischen Forderung, Unternehmen als völkerrechtliche Subjekte anzuerkennen, um sie für Umwelt- und Menschenrechtsverletzungen strafrechtlich verfolgbar zu machen.[73] Für eine Verbandsverantwortlichkeit auf völkerstrafrechtlicher Ebene mittels eines Organisations- oder Zurechnungsmodells[74] – wie es in einigen europäischen Rechtsordnungen bereits existiert[75] – bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Änderung des Römischen Statuts.

Aktuelle völkerstrafrechtliche Beispielsverfahren mit Unternehmensbezug sind die Strafverfahren gegen die Unternehmen Lafarge (Frankreich) und Lundin (Schweden) sowie deren Verantwortlichen. Dem Zementhersteller Lafarge wird vorgeworfen, ab dem Jahr 2013 den Islamischen Staat in Syrien durch den Abkauf von Rohstoffen und die Zahlung von Mautgebühren unterstützt zu haben.[76] Dem Ölkonzern Lundin wird zur Last gelegt, ab dem Jahr 1999 die Völkerstraftaten des sudanesischen Militärs gebilligt und dieses mittelbar durch den Ausbau der dortigen Infrastruktur unterstützt zu haben.[77] Neben der Reichweite des jeweiligen Vorsatzes ist es in diesen Fällen insbesondere mühsam, die Aufsichtspflichtverletzungen der natürlichen Personen in der jeweiligen Unternehmensstruktur nachzuvollziehen.[78] Die Hindernisse für eine umweltvölkerstrafrechtliche Verurteilung fernab bewaffneter Konflikte dürften zudem auch auf tatsächlicher Ebene liegen, da die Beweisführung – ähnlich deutscher Produkthaftungsfälle – insbesondere bei der Kausalität zwischen Unternehmenshandlungen und Umweltschäden sowie der objektiven Zurechnung konkret-individueller Verantwortungsbereiche komplex ist.[79] Dass aufgrund der Art der Tatbeiträge und den Regelungen zum Gehilfenvorsatz (Art. 25 Abs. 3 lit. c Rom-Statut) einem Unternehmen zumeist lediglich eine Gehilfenhandlung nachzuweisen ist, wird als unangemessene Rechtsfolge des spiegelbildlichen Gewinnprofits empfunden.[80]

Das Monsanto-Tribunal will auch in diesem Zusammenhang dogmatische Hürden aufweichen, indem es betont, dass die „complicity", d.h. das kumulativ kausale Zusammenwirken mehrerer Subjekte, die Schuldfeststellung einer einzelnen juristischen Person nicht erschweren dürfte.[81] Der IGH hat hierzu festgestellt, dass auch eine – ggf. über die zivilrechtlich hinausgehende strafrechtliche – Zurechnung von Unternehmenshandeln an Staaten nicht ausgeschlossen ist, wenn diese nicht die erforderlichen regulatorischen und legislativen Maßnahmen ergriffen haben, um die Menge unter in seinen Staatsgrenzen verursachten Emissionen zu begrenzen.[82]

Ob die Etablierung einer Kollektivschuld auf völkerstrafrechtlicher Ebene eine angemessene Lösung darstellt, kann mit Blick auf die noch geringe nationale Regulierung bzw. verpflichtende Compliance von Wirtschaftsunternehmen zur Überwachung von Menschenrechten – selbst durch das z.B. auf deutscher Ebene verabschiedete Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (LkSG)[83] – gezweifelt werden. Obgleich mittlerweile Eingriffe in die natürliche Umwelt durch zahlreiche EG/EU-Rechtsakte geregelt werden,[84] existieren in diesem Kontext neben der fehlenden subsidiären strafrechtlichen Unternehmensverantwortung wenige öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Schutz humanitärer Grundprinzipien auf transnationaler Ebene,[85] sodass es vornehmlich in der freien Entscheidung eines Unternehmens als „good corporate citizen" liegt, sich umweltbewusst zu verhalten. Die Forderung nach einem „Ökozid"-Tatbestand im Römischen Statut, wie vom Monsanto-Tribunal und Initiativen wie „Stop Ecocide International"[86] unterstützt, könnte das Umweltvölkerstrafrecht – je nach Umsetzung und Kontrolle gegebenenfalls nur symbolisch[87] – stärken und seine Verbindung zum Wirtschaftsvölkerstrafrecht vertiefen.

5. „Ökozid" als Umweltverbrechen

Infolge der genannten und menschlich herbeigeführten Umweltkatastrophen kam es zu einer Diskussion um ein – an den Genozid angelehntes – Verbrechen des „Ökozid".[88] Laut einer aktuellen Studie der European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust) ist Umweltkriminalität weltweit die vierthäufigste kriminelle Aktivität, welche jähr-

[72] International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion of 18.4.2017 (Fn. 62), S. 47.
[73] International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion of 18.4.2017 (Fn. 62) S. 47.
[74] *Ambos* (Fn. 60), S. 45 ff.
[75] So z.B. das Unternehmensstrafrecht in der Schweiz, Art. 102 Abs. 1, 2 StGB (seit 2003) und Frankreich, Art. 121-2 Code Pénal (seit 2015). Zu einem unionsrechtlichen Ansatz *Cornelius*, in: Dannecker/Meyer (Hrsg.), Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, 2023, S. 183.
[76] Dazu näher *Mehring-Zier*, WiJ 2024, 104 (105).
[77] Dazu näher *Mehring-Zier*, WiJ 2024, 104 (106).
[78] *Mehring-Zier*, WiJ 2024, 104 (109 f.).
[79] Dazu bereits *Momsen/Sandbrink*, ZRP 2023, 76 (77).
[80] So *Oehm*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, S. 177 (192), welche diesen Umstand als „strukturelles Problem" bezeichnet. Dagegen favorisiert *Ambos* (Fn. 60), S. 79, gegenüber einer Kollektivschuld die Ausschöpfung der bestehenden völkerstrafrechtlichen Beteiligungsformen (S. 59 ff., 79).
[81] International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion of 18.4.2017 (Fn. 62), S. 47.
[82] International Court of Justice (Fn. 22), Rn. 428.
[83] Dazu *Ofterdinger/Schrage*, GA 2024, 199 (205 ff.).
[84] Zuletzt z.B. der „European Green-Deal", vgl. unten 6.
[85] *Meyer*, ZStW 126 (2014), 123 (131) forderte zum Schutz von Menschenrechten statt der Ausweitung des internationalen Strafrechts auf Wirtschaftsakteure mittelfristig „vorrangig ein transnational wirksames Wirtschaftsaufsichtsrecht […], das effektive zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Schritte gegen Rechtsverstöße eröffnet".
[86] Siehe hierzu unten 5. a).
[87] *Heger*, in: Jeßberger/Vormbaum/Burghardt (Hrsg.), Strafrecht und Systemunrecht, Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, 2022, S. 131 (140).
[88] Vgl. die Nachweise Fn. 25.

lich um 5 bis 7% wächst und einen messbaren Gesamtschaden von bis zu 258 Milliarden US-Dollar herbeiführt.[89]

a) Internationale Vorschläge

So schlug *Falk* im Jahr 1973 vor, den „Ökozid" als ein Verbrechen nach internationalem Recht anzusehen.[90] Ein anderer Ansatz – den Genozid auf die Fälle des Ökozid auszudehnen – wurde nicht weiter verfolgt, unter anderem auch aufgrund der Befürchtung, dass dadurch die Effektivität der Genozid-Konvention von 1948 erheblich beeinträchtigt würde.[91] Ein noch weiter gehender Ansatz aus dem Jahr 2011 ist der von *Higgins*, welche vorgeschlagen hat, das Römische Statut dahingehend zu ändern, dass der „Ökozid" als fünftes Verbrechen gegen den Frieden aufgenommen wird. Diesen definierte sie als

> „the extensive destruction, damage or loss of ecosystem(s) of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been severely diminished".[92]

Es gibt weitere Vorschläge, schwerwiegende Verbrechen gegen die Umwelt als eigenständige Norm im IStGH-Statut zu implementieren.[93] Sehr große Aufmerksamkeit erlangte zuletzt der im Jahr 2021 von dem „Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide" (IEP) entwickelte und gemeinsam mit der „Stop Ecocide Foundation" auf einem Side-Event des ICC präsentierte Vorschlag für eine einvernehmliche Definition von Ökozid als internationales Verbrechen. Die Einfügung des „Ökozids" in das IStGH-Statut als Art. 8ter hat das IEP folgendermaßen formuliert:

> „Ecocide
> For the purpose of this Statute, ‚ecocide' means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts."[94]

Im Hinblick auf die Abhängigkeit von nationalem Recht („unlawful"), dem entgrenzten Tatbestandsumfang („acts commited"), der Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt und dem – von Art. 30 IStGH-Statut abweichenden – subjektiven Tatbestandsmerkmal („wanton" und „knowledge that there is a substantial likelihood") ist der IEP-Vorschlag im Schrifttum Gegenstand substanzieller Kritik.[95] Auch die Verortung des anthropozentrisch-ökozentrisch-gemischten IEP-Vorschlags im IStGH-Statut wird wegen dessen rein anthropozentrischer Struktur fundamental in Frage gestellt.[96]

Die Kriminalisierung von Umweltverbrechen schwebte auch den Mitgliedern der Afrikanischen Union (AU) vor, als sie sich im Jahr 2014 auf das „Malabo-Protokoll" einigten. Hierdurch sollte die Zuständigkeit des African Court of Justice and Human Rights (ACJHR) auf das Völkerstrafrecht erweitert werden.[97] Im Protokoll wurde vorgeschlagen, als Tatbestand die unerlaubte Ausbeutung natürlicher Ressourcen aufzunehmen.[98] Da Art. 28L als objektive Bedingung

[89] Report on Eurojust's Casework on Environmental Crime v. 29.1.2021, S. 7, abrufbar unter https://www.eurojust.europa.eu/publication/report-eurojusts-casework-environmental-crime (29.10.2025).

[90] *Falk*, Belgian Review of International Law 9 (1973), 1 (18); nach Art. II seines Entwurfs einer „International Convention on the Crime of Ecocide" definierte *Falk* diesen so: „[…] ecocide means any of the following acts committed with intent to disrupt or destroy, in whole or in part, a human ecosystem […], wobei dann unter anderem eine Aufzählung der Anwendung von Massenvernichtungswaffen, Herbiziden, Unmengen von Bomben und Artilleriegeschossen, aber auch von Bulldozern zur Zerstörung großer Flächen und von Techniken zur Wetterveränderung folgte."

[91] *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (14 f.).

[92] *Higgins*, Ecocide Law, abrufbar unter https://ecocidelaw.com/polly-higgins-ecocide-crime/ (29.10.2025).; vgl. *Lay/Neyret/Short/Baumgartner/Oposa Jr.*, Journal Jurisprudence 28 (2015), 431 (434); *Mistura*, Columbia Journal of Environmental Law 43 (2018), 181 (223).

[93] Vgl. *Rauxloh*, in: Botchway (Hrsg.), Natural Resource Investment and Africa's Development, 2011, S. 423 (432 ff.).

[94] Stop Ecocide Foundation, IEP-Vorschlag v. Juni 2021, abrufbar unter https://de.stopecocide.earth/legal-definition (9.11.2025).

[95] Dazu *Ambos*, NJW-aktuell 2021, 15; *Bock*, ZRP 2021, 187; *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (482 ff.); *Karnavas*, opiniojuris, 28.7.2021, abrufbar unter http://opiniojuris.org/2021/07/29/ecocide-environmental-crime-of-crimes-or-ill-conceived-concept/ (29.10.2025); *Mührel*, AVR 2022, 322 (334 ff.).

[96] *Minkova*, Journal of Genocide Research 2021, 62; *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (206); *Gillett*, The International Journal of Human Rights 29 (2025), 1009 (1029).

[97] *Werle/Vormbaum*, JZ 2015, 581 (586).

[98] Article 28L Bis Illicit Exploitation of Natural Resources: „For the purpose of this Statute, ‚Illicit exploitation of natural resources' means any of the following acts if they are of a serious nature affecting the stability of a state, region or the Union:
a) Concluding an agreement to exploit resources, in violation of the principle of peoples' sovereignty over their natural resources;
b) Concluding with state authorities an agreement to exploit natural resources, in violation of the legal and regulatory procedures of the State concerned;
c) Concluding an agreement to exploit natural resources through corrupt practices;
d) Concluding an agreement to exploit natural resources that is clearly one-sided;
e) Exploiting natural resources without any agreement with the State concerned;

vorsieht, dass die Stabilität eines Staates, einer Region oder der AU beeinträchtigt werden muss („a serious nature affecting the stability of a state, region or the Union"), kommt dem Tatbestand jedoch eine verstärkt anthropozentrische Schutzrichtung zu.[99] Es fehlte für die Durchsetzung des „Malabo-Protokolls" letztlich an personellen Ressourcen und den erforderlichen Ratifikationen der Mitgliedstaaten der AU.[100]

b) Nationale „Ökozid"-Gesetze

Allerdings gibt es in Vietnam, Russland und Weißrussland sowie in anderen Nachfolgestaaten der Sowjetunion[101] nationale Strafvorschriften, die in Anlehnung an den Völkermord die massenhafte Zerstörung natürlicher Ressourcen oder Ökosysteme, die eine ökologische Katastrophe herbeiführen kann, als „Ökozid" unter Strafe stellen. Dem haben sich mehrere südamerikanische Länder wie Peru, Ecuador und Chile angeschlossen. Der Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.) hat schon vor längerer Zeit betont, dass die Umwelt einen zentralen Aspekt im Bewusstsein der indigenen Völker verkörpert.[102] In der Verfassung Ecuadors wird die Umwelt darüber hinaus seit 2008 als Rechtssubjekt anerkannt.[103] In einigen Staaten wurden unter Zugrundelegung des IEP-Vorschlags Gesetzgebungsverfahren zur Einführung nationaler „Ökozid"-Gesetze initiiert – darunter z.B. Mexiko[104] und Peru[105], wobei stets weitere hinzutreten.

Auch zentraleuropäische Länder wie Frankreich[106] und Belgien[107] sind in der Gesetzgebung nachgezogen. In Belgien wurde jüngst im Februar 2024 beschlossen, dass das belgische StGB mit Inkrafttreten zum Februar 2026 um einen „Ökozid" erweitert wird.[108] In Frankreich wurde Ende November 2021 sogar das erste Strafverfahren wegen „Ökozids" gegen die ehemaligen Betreiber einer Industriewäscherei eingeleitet.[109]

---

f) Exploiting natural resources without complying with norms relating to the protection of the environment and the security of the people and the staff; and
g) Violating the norms and standards established by the relevant natural resource certification mechanism."

[99] Näher zur Analyse des Protokolls *Heger* (Fn. 87), S. 138.

[100] Amnesty International, Malabo Protocol, Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court, 2016, S. 35, abrufbar unter https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/05/AFR0130632016ENGLISH.pdf (29.10.2025).

[101] Art. 358 des russischen StGB und Art. 131 des weißrussischen StGB stellen die „massenhafte Zerstörung der Pflanzen- und Tierwelt, die Vergiftung der Atmosphäre oder der Wasserressourcen sowie die Vornahme sonstiger Handlungen, die geeignet sind, eine ökologische Katastrophe herbeizuführen" unter Strafe, vgl. *Lammich*, in: Eser/Sieber/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 6, S. 351 (369); Art. 154 des armenischen StGB, abrufbar unter https://legislationline.org/sites/default/files/2023-12/Criminal%20Code%20of%20the%20Republic%20of%20Armenia%20%282022%29%20%28English%29.pdf;
Art. 136 des Strafgesetzbuches der Republik Moldawien, abrufbar unter https://legislationline.org/sites/default/files/2025-03/MDA-64897.pdf;
Art. 441 des ukrainischen StGB, abrufbar unter https://legislationline.org/taxonomy/term/18058;
Art. 409 des georgischen StGB, abrufbar unter https://legislationline.org/sites/default/files/2025-03/Georgia%20English.pdf;
Art. 169 des Strafgesetzes der Republik Kasachstan, abrufbar unter https://legislationline.org/sites/default/files/2025-03/Penal%20code.20-08-2024.eng_.pdf;
Art. 400 des tadschikischen StGB, abrufbar unter https://legislationline.org/sites/default/files/2025-03/TJ_Criminal%20Code%20of%20Rep%20of%20Tajikistan_EN.pdf;
Mehta/Merz, Environmental Law Review 17 (2015), 3 (5); *Jha*, Armed Conflict and Environmental Damage, 2014, S. 19 f.; vgl. auch International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion of 18.4.2017 (Fn. 62), S. 46.

[102] I/A Court H.R., Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Merits, Reparations and Costs, Judgement of 31 August 2001. Series C No. 79, para. 149, abrufbar unter https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf (29.10.2025).

[103] Art. 71 (Rechte der Natur): „Die Natur oder Mutter Erde, in der das Leben vorkommt und sich fortpflanzt, hat das Recht auf ganzheitliche Achtung ihrer Existenz und auf die Erhaltung und Regeneration ihrer Lebenszyklen".

[104] Vgl. die Meldung auf https://de.stopecocide.earth/breaking-news-2023/bill-to-criminalise-ecocide-proposed-in-mexico (26.11.2025).

[105] Vgl. die Meldung auf https://de.stopecocide.earth/2024/peru-ecocide-law-approved-by-justice-commission (26.11.2025).

[106] Art. 296 des Klima- und Resilienzgesetzes Nr. 2021–1104 v. 22.8.2021.

[107] Art. 94 § 1 belgStGB, offizielle Übersetzung von der Zentralen Dienststelle für Deutsche Übersetzungen in Malmedy abrufbar unter https://www.scta.be/de/file-download/20240229_CodePenalNEW.docx (26.11.2025):
„Das Verbrechen des Ökozids besteht in der vorsätzlichen Begehung, durch Handlung oder Unterlassung, einer rechtswidrigen Tat, die schwere, weitreichende und langfristige Schäden an der Umwelt verursacht, in dem Wissen, dass diese Tat solche Schäden verursacht, insofern diese Tat einen Verstoß gegen föderale Rechtsvorschriften oder internationale Rechtsvorschriften, die für die Föderalbehörde verbindlich sind, darstellt, oder wenn die Tat nicht in Belgien lokalisiert werden kann."

[108] Dazu *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 216.

[109] Vgl. France Nature Environnement v. 5.12.2022, abrufbar unter

In einer französischen Kleinstadt sind Wohnhäuser auf dem ursprünglichen Areal der Wäscherei gebaut worden, obwohl die Böden durch den jahrelangen Betrieb mit einem krebserregenden Stoff kontaminiert waren, sodass in der Folge Gesundheitsschäden bei den Bewohnern aufgetreten sind.[110]

Damit zeigt die zunehmende Aufnahme von „Ökozid"-Straftatbeständen in nationale Jurisdiktionen[111] – auch unterschiedlicher Rechtskreise – ein steigendes Bewusstsein der Staatengemeinschaft für die Verfolgung von Umweltzerstörungen.[112] Hierdurch können sich weitere Staaten zu Verfassungsänderungen und der Einführung strengerer Umweltgesetze veranlasst sehen. Dennoch kann nach wie vor nicht auf eine entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Strafbarkeit geschlossen werden.[113] Ein völkergewohnheitsrechtlicher Tatbestand eines Umweltverbrechens (bzw. eines Ökozids) existiert bislang nicht.[114]

6. Unionsrechtliche Bemühungen

Neben wenigen internationalen Abkommen, die die Vertragsstaaten in einigen spezifischen Fällen umweltschädlichen Verhaltens eine Verpflichtung zur Kriminalisierung auferlegen,[115] gibt es auf europäischer Ebene Harmonisierungsbemühungen im Umweltstrafrecht. Deren Beginn kann im Übereinkommen über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht[116] des Europarates aus dem Jahr 1998 gesehen werden.[117] Dieses Übereinkommen scheiterte, weil es zwar von einigen Mitgliedstaaten unterschrieben, aber – bis auf Estland – von keinem ratifiziert wurde.[118] Mit Erlass und Umsetzung der Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt[119] wurde das Übereinkommen als überholt betrachtet.[120]

Der Vorschlag einer Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt[121] vom 13.3.2001 konnte nicht realisiert werden, da sich zu diesem Zeitpunkt die überwiegende Anzahl der Mitgliedsstaaten gegen eine Anweisungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts aussprachen.[122] Nachdem ein Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht vom 27.1. 2003[123] durch den EuGH für nichtig erklärt wurde,[124] kam es zur Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 19. November 2008.[125] Diese Richtlinie gab Mindeststandards vor, anhand derer die Mitgliedstaaten ihre nationalen Rechtsvorschriften dahingehend anpassen müssen, dass für schwere Verstöße gegen das unionsrechtliche Umweltschutzrecht strafrechtliche Sanktionen vorzusehen sind.[126] Die Umsetzung dieser Vorgaben in Deutschland erfolgte durch das 45. Strafrechtsänderungsgesetz.[127]

Eine Weiterentwicklung erfolgte durch die neue EU-Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt (RL 2024/1203) vom 11. April 2024, welche als Teil des sog. „European Green-Deal" verabschiedet wurde.[128] Auch wenn der Ökozid nur einmal in Erwägungsgrund 21 der Richtlinie erwähnt wird, enthält sie eine – gegenüber der Vorgänger-Richtlinien 2008/99/EG und 2009/123/EG – stark erweiterte Liste von materiellen Straftattatbeständen in Art. 3 (erhöht von neun auf 20) und sieht hierfür in Art. 5 gleichzeitig höhere Strafrahmen (fünf Jahre Höchstfreiheitstrafe für Grundtaten, acht Jahre Höchstfreiheitstrafe für sog. qualifizierte Taten und zehn Jahre Mindestfreiheitsstrafe für Delikte mit Todesfolge) vor.[129] Die Mitgliedstaaten haben bis Ende April 2026 Zeit zur Umsetzung. Als neue Verbote wurden u.a. der illegale Holzhandel, die Erschöpfung von Wasservorräten, schwere Verstöße gegen die EU-Chemikalienvorschriften und die Meeresverschmutzung durch das illegale Recycling umweltschädlicher Schiffsteile aufgenommen. Hierbei handelt es sich

https://www.fne-aura.org/actualites/rhone/pollution-des-sols-aux-solvants-a-grezieu-la-varenne-le-premier-dossier-decocide/ (29.10.2025).

[110] Vgl. *Schittly*, Le Monde v. 14.10.2022, abrufbar unter https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/10/14/des-maisons-construites-sur-les-sols-pollues-d-une-ancienne-blanchisserie-le-premier-dossier-d-ecocide-arrive-devant-la-justice_6145739_3224.html (29.10.2025).

[111] Dazu *Pereira*, Criminal Law Forum 2020, 179 (181).

[112] Vgl. dagegen noch der Stand vor 2020 bei *Cornelius*, AVR 2020, 1 (16 f.).

[113] *Cornelius*, AVR 2020, 1 (16 f.).

[114] *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (36); *Tomuschat* (Fn. 12), S. 114.

[115] Hierzu *Cornelius*, AVR 2020, 1 (17).

[116] Council of Europe, abrufbar unter https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f588 (29.10.2025).

[117] *Ruhs*, ZJS 2011, 13 (14).

[118] Siehe hierzu den Ratifikationsstand, Council of Europe, abrufbar unter https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/172/signatures?p_auth=UtlRzUYH (9.11.2025).

[119] ABl. EG L 328 v. 6.12.2008, S. 28.

[120] Bericht der Bundesregierung zum Stand der Unterzeichnung und Ratifizierung europäischer Abkommen und Konventionen durch die Bundesrepublik Deutschland für den Zeitraum März 2017 bis Februar 2019, BT-Drs. 19/10411, S. 16.

[121] KOM (2001) 139 endg. (ABl. EG 2001 Nr. C 180 E, S. 238).

[122] Vgl. BT-Drs. 14/4991, S. 9; *Ruhs*, ZJS 2011, 13 (14).

[123] ABl. EG 2003 Nr. L 29.

[124] EuGH Slg. 2005, I-7879 – Umweltstrafrecht.

[125] ABl. EU 2008 Nr. L 328, S. 28.

[126] *Ruhs*, ZJS 2011, 13 (15).

[127] Vgl. dazu *Heger*, HRRS 2012, 211; *Szesny/Görtz*, ZUR 2012, 405.

[128] ABl. EU 2024 Nr. L 1203. Zum Stand des Entwurfs vor dem Inkrafttreten *Momsen/Sandbrink*, ZRP 2023, 76; *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (216 ff.).

[129] Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 27.2. 2024, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20240223IPR18075/umweltkriminalitat-liste-der-straftaten-und-sanktionen-wird-langer (29.10.2025).

insbesondere um verwaltungsakzessorische Strafbarkeiten bei Verstößen gegen zugrunde liegende EU-Rechtsakte. Auch Unternehmen sollen über die Umsetzung der Richtlinie zur Kasse gebeten werden: Die Geldbußen für Unternehmen können gem. Art. 7 je nach Art der Straftat bis zu 3 oder 5 % ihres weltweiten Jahresumsatzes bzw. bis zu 24 oder 40 Millionen Euro betragen und damit den deutschen Standard (§ 30 Abs. 2 OWiG) weit überschreiten.

Der „European Green-Deal" hat den Europarat sodann zu einer Neuauflage des bereits Übereinkommens über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht (CM 2025–52[130]) bewegt, welches das Ministerkomitee am 14. Mai 2025 verabschiedet hat. Das Übereinkommen orientiert sich inhaltlich stark an der EU-Richtlinie 2024/1203, wobei es in materiellrechtlicher Hinsicht zwar dahinter zurückbleibt (z.B. beim Vorsatzmaßstab und der Verwaltungsakzessorietät), allerdings einen erkennbaren Fokus auf Verfahrensregeln wie die personelle Ressourcenschaffung, Koordinierung und Zusammenarbeit von Vertragsstaaten zur Prävention und Verfolgung von Umweltkriminalität legt (Art. 5–11).[131] Während der Begriff „ecocide" scheinbar bewusst ausgespart wird, ist von der Begehung von „environmental crime" unter den Definitionen des „Stop-Ecocide"-Vorschlags (Art. 3) die Rede. Das Übereinkommen hebt zudem bewusst die Verantwortlichkeit von Unternehmen (Art. 34), wahlweise nach dem Zurechnungs- (Abs. 1) oder Organisationsmodell (Abs. 2) hervor, wobei es den Vertragsstaaten obliegt, diese als straf-, zivil- oder verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit auszugestalten (Abs. 3).

III. Schutz der Umwelt nach dem Römischen Statut

1. Draft Policy (2024)

Das Office of the Prosecutor des ICC betonte bereits im Jahr 2016, dass zukünftig auch etwaige Umweltzerstörungen eine Rolle bei der Auswahl derjenigen Fälle spielen sollen, die nach dem Römischen Statut untersucht und vor den IStGH gebracht werden.[132] In der am 18.12.2024 veröffentlichten „Draft Policy On Environmental Crimes Under The Rome Statute" sprach es sich für eine stärkere Strafverfolgung von internationalen Umweltverbrechen aus:

> „With this Policy, the Office commits to ensuring that environmental crimes – crimes that are committed by means of or that result in environmental damage – are a strategic priority at the heart of its investigations and prosecutions. The Office will continue to strengthen its understanding of and approach to these crimes".[133]

Hierbei handelt es sich laut eigener Aussage des Office of the Prosecutor um ein Strategiepapier, das der Behörde als Leitfaden dienen soll, um einen systematischen Ansatz für den Umgang mit Umweltverbrechen zu gewährleisten, und zwar vom Beginn des Vorprüfungsverfahrens bis hin zu Ermittlungen und Strafverfolgung.[134] Die Anklagebehörde streicht in der Draft Policy heraus, dass die Zerstörung bzw. nachteilige Beeinflussung der Umwelt über nationale Staatengrenzen hinausgehe und zumeist einen direkten Einfluss auf menschliches Leben nehme.[135] In der Draft Policy werden Begriffe wie die natürliche Umwelt, Umweltschäden und Umweltstraftaten definiert und Verletzungen hiervon unter die core crimes subsumiert.[136] Dabei geht es nicht darum, eine neue Art eines Umweltverbrechens zu schaffen – das stünde auch gar nicht in der Macht des Office of the Prosecutor – sondern darum, das Bewusstsein einer Strafbegründung und -verfolgung von Umweltstraftaten zu fördern.[137] Wenn es damit auch nicht zu einem Umweltverbrechen (oder „Ökozid) als völkerstrafrechtlichen Tatbestand kommt, wird dadurch deutlich, dass die Anklagebehörde beim IStGH den Belangen des Umweltschutzes eine hohe Bedeutung beimisst. Dabei drängt es sich nicht direkt auf, gravierende Umweltschädigungen über einen neuen Straftatbestand zu sanktionieren, denn zuvor könnte versucht werden, solche Verstöße über eine umweltbezogene („grünere") Auslegung (vgl. Art. 21 Abs. 2, 3 IStGH-Statut) bestehender Strafnormen zu erfassen.[138]

2. Einbeziehung ökologischer Belange bei der Auslegung des IStGH-Statuts

In diesem Kontext wird vorgeschlagen, die bestehenden Regelungen zu Art. 6 (Völkermord), Art. 7 (Verbrechen

[130] Abrufbar unter CM(2025)52-final (29.10.2025), 134th Session of the Committee of Ministers (Luxembourg, 13–14 May 2025) – Council of Europe Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law.

[131] Dazu *Bertram*, Blog of the European Journal of International Law, 4.6.2025, abrufbar unter https://www.ejiltalk.org/the-first-ecocide-treaty/ (29.10.2025).

[132] The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritization, INT'L CRIM. CT. v. 15.9.2016, S. 14, abrufbar unter https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf (5.11.2025). Dazu *Pereira*, Criminal Law Forum 2020, 179.

[133] The Office of the Prosecutor, Draft Policy On Environmental Crimes Under The Rome Statute v. 18.12.2024, S. 32, abrufbar unter https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-12/2024-12-18-OTP-Policy-Environmental-Crime.pdf (5.11.2025).

[134] Statement des Office of the ICC Prosecutor v. 16.2.2024, abrufbar unter https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-launches-public-consultation-new-policy-initiative-advance-accountability-0 (5.11.2025). Dazu wird um Anmerkungen und Kommentare aus der „Rome Statute community" gebeten.

[135] The Office of the Prosecutor (Fn. 133), S. 6. Ebenso *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (189).

[136] The Office of the Prosecutor (Fn. 133), S. 9–21.

[137] The Office of the Prosecutor (Fn. 133), S. 24–31.

[138] *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (200 f.); *Gillett*, The International Journal of Human Rights 29 (2025), 1009 (1015 ff., 1023 ff.) mit dem Vorschlag einer „framework integration" zur Einbeziehung separater Rechtsquellen (z.B. IEL, IHL) in das IStGH-Statut.

gegen die Menschlichkeit) und Art. 8 (Kriegsverbrechen) des Römischen Statuts so auszulegen, dass ökologische Belange stärker gewichtet werden. Eine Grundlage hierfür bietet die Präambel des IStGH-Statuts in Absatz 3, die „the peace, security and well-being of the world" als schützenswerte Rechtsgüter nennt. Diese Formulierung verdeutlicht, dass neben der Menschheit auch die Natur in ihrer Gesamtheit, einschließlich der Fauna und Flora, als schützenswerte Güter anerkannt wird.[139] Diese Schutzperspektive ist bei der Auslegung aller Straftatbestände zu berücksichtigen.[140]

a) Auslegungsgrundsätze

Die Auslegung orientiert sich an den allgemeinen Methoden der Interpretation völkerrechtlicher Verträge gemäß Art. 31 bis 33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜRV),[141] die als allgemeines Völkergewohnheitsrecht gelten.[142] Dabei sind die Kriterien Wortlaut (ordinary meaning),[143] Systematik (context)[144] und Telos (object and purpose)[145] für die Auslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben[146] maßgeblich. Ergänzend kann gemäß Art. 32 WÜRV die historische Auslegung (travaux préparatoires) herangezogen werden, entweder zur Bestätigung des Auslegungsergebnisses oder bei Mehrdeutigkeiten bzw. einem „offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis", wie in Art. 32 lit. b WÜRV vorgesehen.[147] Außerdem ist Art. 22 IStGH zu beachten, wonach die Begriffsbestimmung eines Verbrechens eng auszulegen ist und nicht durch Analogie erweitert werden darf (Art. 22 Abs. 2 IStGH).[148] Jedoch verlangt das Gebot der engen Auslegung nicht, dass immer nur die restriktivste Auslegungsvariante gewählt wird, sondern greift erst dann, wenn auch nach Anwendung der Auslegungsmethoden gemäß Art. 31 WÜRV mehrere (mindestens zwei) gleich gut begründbare Auslegungsergebnisse bestehen bleiben.[149]

b) Berücksichtigung ökologischer Aspekte in Art. 6 lit. c des IStGH-Statuts (Genozid)?

Selbst wenn der Begriff der Umwelt im Genozid-Tatbestand des IStGH-Statuts nicht erwähnt wird, könnte eine Umweltzerstörung im Rahmen des Art. 6 lit. c IStGH-Statut berücksichtigt werden, sofern diese vorsätzlich durchgeführt wird, um eine ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu vernichten, indem gezielt Lebensbedingungen geschaffen werden, die geeignet sind, die „körperliche Vernichtung" dieser Gruppe ganz oder teilweise herbeizuführen.[150] Eine derartige Auslegung bietet jedoch keine aussichtsreiche Grundlage zur Erfassung von Umweltverbrechen, da der für einen Völkermord erforderliche Vernichtungsvorsatz eine zu hohe Hürde darstellt, um schwere Umweltzerstörungen umfassend zu adressieren.[151] Beispielsweise wirft das Office of the Prosecutor im Sudan-Konflikt dem ehemaligen Staatsoberhaupt Omar Al-Bashir vor, durch Zerstörung von Nahrungsmitteln, Viehbeständen, Brunnen und Unterkünften Völkermord begangen zu haben.[152]

c) Berücksichtigung ökologischer Belange in Art. 7 Abs. 1 lit. k des IStGH-Statuts (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)?

Außerdem bietet Art. 7 Abs. 1 lit. k des IStGH-Statuts die Möglichkeit, dem geltenden Völkerrecht durch Normauslegung eine umweltstrafrechtliche Regelung zu entnehmen.[153] Die Umweltzerstörungen könnten demnach berücksichtigt werden, wenn sie durch „unmenschliche Handlungen" verursacht werden, die vorsätzlich erhebliches Leid oder schwere Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit bzw. der geistigen oder körperlichen Gesundheit hervorrufen. Darunter fallen laut dem Office of the Prosecutor z.B. die Ausbeutung natürlicher Ressourcen und die illegale Bodenenteignung gegenüber indigenen Völkern, welche aufgrund ihrer traditionellen Verbundenheit zur Umwelt oft großes körperliches und psychisches Leid der Menschen verursachen.[154] Obwohl das Merkmal der „unmenschlichen Handlungen" weit gefasst ist und Umweltzerstörungen vom Wortlaut umfasst,[155] müssen diese im Rahmen eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs" erfolgen. Ein „Angriff gegen die Zivilbevölkerung" ist gemäß der Legaldefinition in Art. 7 Abs. 2 IStGH-Statut „eine Verhaltensweise, die mit der mehrfachen Begehung der in Absatz 1 genannten Handlungen gegen eine Zivilbevölkerung verbunden ist". Folglich werden Umweltzerstörungen nur dann erfasst, wenn sie unmittelbar zu menschlichem Leid oder schweren Gesundheitsschäden führen.

d) Einbeziehung ökologischer Aspekte bei Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut (Kriegsverbrechen)

Abschließend ist auf Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv des IStGH-Statuts einzugehen, der Umweltverbrechen als Kriegsverbrechen unmittelbar und ausdrücklich regelt.[156] Die Tatbestandsvoraussetzungen sind jedoch durch die kumulativen Kriterien

[139] *Triffterer* (Fn. 36), S. 532.
[140] *Triffterer* (Fn. 36), S. 544.
[141] Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl. II 1985, S. 926.
[142] *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 15 Rn. 9.
[143] *Dörr*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 39 ff.
[144] *Dörr* (Fn. 143), Art. 31 Rn. 43 ff.
[145] *Dörr* (Fn. 143), Art. 31 Rn. 52 ff.
[146] *Dörr* (Fn. 143), Art. 31 Rn. 59 f.
[147] *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 210; *Satzger* (Fn. 142), § 15 Rn. 11.
[148] *Werle/Jeßberger* (Fn. 147), Rn. 229.
[149] *Werle/Burghardt*, ZIS 2012, 271 (274).
[150] *Smith* (Fn. 43), S. 52.
[151] *Mwanza*, Melbourne Journal of International Law 19 (2018), 586 (598).
[152] The Office of the Prosecutor (Fn. 133), S. 14 f.; Verfahrensstand unter ICC, Case Al Bashir, abrufbar unter https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir (5.11.2025).
[153] *Smith* (Fn. 43), S. 52.
[154] The Office of the Prosecutor (Fn. 133), S. 17.
[155] *Mwanza*, Melbourne Journal of International Law 19 (2018), 586 (597).
[156] Vgl. *Tomuschat* (Fn. 12), S. 110 ff.

„widespread, long-term and severe damage“ sowie die äußerst restriktive Verhältnismäßigkeitsklausel „clearly excessive to the military advantage gained“ derart hoch angesetzt,[157] dass selbst das Inbrandsetzen der kuwaitischen Ölfelder durch die irakische Armee[158] nicht strafbar wäre.[159] Zudem findet die Vorschrift ausschließlich in internationalen bewaffneten Konflikten Anwendung.[160] Bislang wurde niemand auf Grundlage dieser Norm angeklagt.[161] Das Office of the Prosecutor hat in der Draft Policy zu Umweltverbrechen angekündigt bei der Beurteilung zukünftig den fragilen Zustand der Umwelt unter Zugrundelegung des aktuellen Stands der Wissenschaft stärker zu berücksichtigen.[162]

e) Zwischenfazit

Es lässt sich feststellen, dass außerhalb eines internationalen bewaffneten Konflikts keine direkte umweltvölkerstrafrechtliche Norm existiert und selbst eine die ökologischen Belange einbeziehende Auslegung des IStGH-Statuts keine angemessene rechtliche Erfassung von Umweltverbrechen ermöglicht. Dies wirft unmittelbar die Frage auf, ob eine weitergehende völkerstrafrechtliche Regelung eingeführt werden sollte.

IV. Schaffung eines umfassenden völkerstrafrechtlichen Tatbestandes für „Umweltverbrechen“?

1. Legitimität

Gegen die Schaffung expliziter völkerrechtlicher Straftatbestände zum Schutz der Umwelt spricht zunächst, dass die Wirksamkeit des Umweltschutzes in alltäglichen Fällen zu beweisen ist, wofür das Völkerstrafrecht nicht primär geeignet ist.[163] Andere Ansätze, wie völkerrechtliche Verträge mit der Verpflichtung der Vertragsstaaten, angemessene strafrechtliche Sanktionen einzuführen, erscheinen hierfür besser geeignet.[164] Dennoch können großflächige, vorsätzliche Verschmutzungen oder Vergiftungen der Meere sowie die Zerstörung der Ozonschicht „nicht mehr auf die Dimension bloßer Lehrbeispiele“ reduziert werden.[165] Ähnliches gilt für die durch den Klimawandel verursachten Veränderungen. Bei schwerwiegenden Umweltschädigungen besteht eine Vergleichbarkeit mit den typischen Merkmalen völkerstrafrechtlicher Taten.[166] Die Etablierung des Rechts auf Leben in einer gesunden Umwelt als „fundamental right for the existence of humankind“[167] könnte einer entsprechenden völkerstrafrechtlichen Norm Legitimation aus dem universellen Schutz der Menschenrechte verleihen.[168] In diesem Zusammenhang sind auch die völkerrechtlichen Anstrengungen zur Bekämpfung der Folgen des anthropogenen Klimawandels zu berücksichtigen. Ein Ausgangspunkt für die Diskussion über die Einführung eines Umweltverbrechens ist somit gegeben.[169] Zudem entfaltet ein Urteil in einem Völkerstrafverfahren eine besondere, global ausstrahlende Wirkung, die über nationale Gerichtsurteile hinausgeht, da es ein internationales, strafrechtliches Werturteil vermittelt.[170]

a) Vermittelnder Ansatz zwischen anthropozentrischer und ökozentrischer Perspektive

Der Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach der Legitimität einer umweltvölkerstrafrechtlichen Norm ist, warum die Umwelt überhaupt zu schützen ist. Nach der ökozentrischen Perspektive ist die Umwelt um ihrer selbst willen zu schützen,[171] während die anthropozentrische Perspektive den Umweltschutz allein auf seine Bedeutung für den Menschen stützt.[172] Völkerstrafrechtliche Verbrechen richten sich zwar primär gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Menschen, können jedoch auch deren indirek-

[157] *Smith* (Fn. 43), S. 55; *Mwanza*, Melbourne Journal of International Law 19 (2018), 586 (598).
[158] Vgl. oben I.
[159] *Smith* (Fn. 43), S. 56; *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (19).
[160] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 248.
[161] *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (30).
[162] The Office of the Prosecutor (Fn. 133), S. 18.
[163] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 113.
[164] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 113.
[165] Vgl. mit Hinweis auf den Einsatz durch Terroristen *Schofield*, Boston College Environmental Affairs Law Review 26 (1999), 619 (623 ff.).
[166] *Provost*, in: Goodwin-Gill/Talmon (Hrsg.), The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie, 1999, S. 439 (442 ff.); *Tomuschat* (Fn. 12), S. 113.
[167] Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-23/17 of 15.11.2017 Requested by the Republic of Colombia, Rn. 59, abrufbar unter https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_ing.pdf (5.11.25).; vgl. auch EGMR, Urt. v. 9.4.2024 – 53600/20 (Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland).
[168] *Neubacher*, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, 2005, S. 89 ff.
[169] *Kemp*, in: Ruppel/Roschmann/Ruppel-Schlichting/Pöttering (Hrsg.), Climate Change: International Law and Global Governance, 2013, S. 711 (731).
[170] *Oehm* (Fn. 80), S. 183.
[171] Vgl. Inter-American Court of Human Rights (Fn. 16), Rn. 62: „The Court considers it important to stress that, as an autonomous right, the right to a healthy environment, unlike other rights, protects the components of the environment, such as forests, rivers and seas, as legal interests in themselves, even in the absence of the certainty or evidence of a risk to individuals. This means that it protects nature and the environment, not only because of the benefits they provide to humanity or the effects that their degradation may have on other human rights, such as health, life or personal integrity, but because of their importance to the other living organisms with which we share the planet that also merit protection in their own right.“
[172] *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 1991, S. 194 ff.

tem Schutz dienen.[173] Ein vermittelnder Ansatz, wie er sich in Deutschland etabliert hat,[174] steht dem nicht entgegen.[175] Der Bundesgerichtshof hat zwar ausgeführt, dass „die Umwelt als solche in ihren verschiedenen Medien geschützt" ist,[176] doch spiegelt dies keine rein ökozentrische Auffassung wider, sondern eine vermittelnde Position.[177] Diese betrachtet die Umwelt selbst als geschütztes Gut, sieht dies jedoch in einer Synthese von Öko- und Anthropozentrismus zugleich als Schutz der natürlichen Lebensgrundlage des Menschen.[178] Dabei wird lediglich ein allgemeiner Bezug zum Menschen, einschließlich zukünftiger Generationen, gefordert, ohne konkrete individuelle Betroffenheit zu erfordern.[179]

Dieser vermittelnde Ansatz ist mit der Auslegung von Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv des IStGH-Statuts vereinbar, der „weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt"[180] in die Strafbarkeit einbezieht. Zwar wird teilweise argumentiert, dass es sich hierbei um „the first genuinely ecocentric war crime" handele,[181] doch steht dies im Widerspruch zur engen Verknüpfung der Norm mit dem Zusatzprotokoll I zur Genfer Konventionen und dem ENMOD-Abkommen,[182] die einen gemischt anthropozentrischen und ökozentrischen Ansatz verfolgen.[183] Dem widerspricht nicht, dass das Wohlergehen der Menschen untrennbar mit dem Wohlergehen der Natur verbunden ist. Selbst bei einer ökologisch-anthropozentrischen Bestimmung des geschützten Rechtsguts werden nicht nur lebende Menschen, sondern auch zukünftige Generationen einbezogen, sodass eine Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen durch die Tat ausreicht, ohne dass es auf die Betroffenheit einzelner Personen ankommt.[184]

b) Strafzwecke

Aus straftheoretischer Perspektive lässt sich ein völkerstrafrechtlicher Straftatbestand für Umweltverbrechen insbesondere unter generalpräventiven Gesichtspunkten rechtfertigen. Zwar bleibt die negative Generalprävention ohne empirisch belegte Abschreckungswirkung wenig überzeugend, jedoch kann die positive Generalprävention als Legitimationsgrundlage dienen.[185] Dies findet sich auch in Absatz 5 der Präambel des IStGH-Statuts, wo betont wird, dass die Beendigung der Straflosigkeit für völkerstrafrechtliche Verbrechen zugleich einen Beitrag „to the prevention of such crimes" leisten soll.[186] Die Strafverfolgung extraterritorialer Völkerrechtsverbrechen zielt vorrangig auf die universelle Stabilisierung von Normen ab.[187]

Die Erfahrungen mit der Sicherung von Menschenrechten verdeutlichen, dass neben einer Verankerung in nationalen Rechtsordnungen eine supranationale Anerkennung mit wirksamen Durchsetzungsmechanismen erforderlich ist, um deren weltweite Gewährleistung auf nationaler Ebene zu gewährleisten.[188] Das Völkerstrafrecht kann hierbei eine bedeutende Rolle einnehmen, insbesondere durch den subsidiären Schutz von Rechtsgütern, die primär dem nationalen Recht unterliegen.[189]

2. Anforderungen an einen völkerstrafrechtlichen Tatbestand

In der neueren Literatur bestehen drei konstitutive „Kriterien eines echten völkerrechtlichen Verbrechens" aus, nämlich dass (1) das zugrundeliegende Verbot ein Bestandteil des Völkerrechts sein muss (also ein Verbot mit konsentierter Definition ist), (2) der Verstoß wichtige universelle Werte berührt und deshalb besonders schwerwiegend ist und (3) das völkerrechtliche Verbot eine unmittelbare Bindungswirkung für die Einzelperson entfaltet und eine universelle Verfolgbarkeit durch ein internationales Strafgericht oder dezentral durch Staaten gegeben ist.[190] Zudem ist das positiv normierte (Art. 22 IStGH-Statut) völkerstrafrechtliche Bestimmtheitsgebot („nullum crimen sine lege"), insbesondere die Normenklarheit, im Hinblick auf die genaue Bezeichnung und Begrenzung der Tathandlungen zu beachten.[191] Ein positiver Nebeneffekt wäre, dass je konkretisierter die verbotenen Verhaltensweisen gesetzlich beschrieben werden, desto größer

[173] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 114.
[174] *Krell*, Umweltstrafrecht, 2017, Rn. 10.
[175] Vgl. *Lawrence/Heller*, Georgetown International Environmental Law Review 20 (2007), 61 (62), mit dem Hinweis, dass die internationalen Vereinbarungen betreffend des Schutzes der Umwelt in Kriegszeiten zunächst ausschließlich anthropozentrisch orientiert waren und auch das ENMOD-Abkommen sowie das Zusatzprotokoll I zu den Genfer Konventionen sowohl eine ökozentrische als auch eine anthropozentrische Perspektive vereinen (66).
[176] BGHSt 59, 45.
[177] *Krell* (Fn. 174), Rn. 10.
[178] *Krell* (Fn. 174), Rn. 10.
[179] *Saliger*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 270; *Heger*, HRRS 2014, 168 (171).
[180] Vgl. *Tomuschat* (Fn. 12), S. 105; *Spieker* (Fn. 11), S. 425 f.
[181] *Lawrence/Heller*, Georgetown International Environmental Law Review 20 (2007), 61 (71).
[182] *Werle/Jeßberger* (Fn. 147), Rn. 1380.
[183] Vgl. *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (14).
[184] *Heger*, HRRS 2014, 168 (171).
[185] *Gärditz* (Fn. 58), § 245 Rn. 42 f.
[186] *Triffterer* (Fn. 36), S. 549, 554.
[187] *Gärditz* (Fn. 58), § 245 Rn. 43; *Werle/Jeßberger* (Fn. 147), Rn. 121 f.
[188] *Triffterer* (Fn. 36), S. 504.
[189] *Triffterer* (Fn. 36), S. 505.
[190] *Ambos/Timmermann*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, Praxis des Völkerstrafrechts, 2014, S. 305 (308), zwar mit Blick auf das VStGB, aber unter Hinweis (S. 307) auf das IStGH-Statut als dessen Grundlage; vgl. auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 147), Rn. 99; *Werle/Burghardt*, ZIS 2012, 271 (275); zu anderen (ähnlichen) Ansätzen vgl. auch *Cassese/Gaeta*, International Criminal Law, 3. Aufl. 2013, S. 18.
[191] So auch *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (485 f.); *Gillett*, The International Journal of Human Rights 29 (2025), 1009 (1025).

die Akzeptanz der Vertragsstaaten ausfallen könnte.[192] Dies ist deshalb von einer besonderen Bedeutung, da momentan der politische Wille zur Pönalisierung von Umweltschädigungen als nicht besonders groß angesehen wird.[193] Ein völkerstrafrechtlicher Tatbestand sollte Umweltschädigungen erfassen, die eine besonders schwere Verletzung universeller Werte darstellen, die internationale Gemeinschaft als Ganzes betreffen und die individuelle Verantwortlichkeit begründen.[194] Eine solche Regelung könnte Staaten dazu verpflichten, den Umweltschutz als Angelegenheit der gesamten Menschheit ernst zu nehmen.[195] Dabei empfiehlt es sich, an die Formulierungen des Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv des IStGH-Statuts anzuknüpfen, um etablierte Begriffe wie die „natürliche Umwelt" zu nutzen. Gleichzeitig ist zu beachten, dass das IStGH-Statut ausschließlich die „schwersten Verbrechen" adressiert, die „die internationale Gemeinschaft als Ganzes" betreffen, indem die Menschheit als solche zum „Opfer" wird.[196]

a) Normadressaten

Das Völkerstrafrecht richtet sich im Gegensatz zum klassischen Völkerrecht, das primär Staaten adressiert, an natürliche Personen. Es zielt auf die individuelle Strafverantwortlichkeit von natürlichen Personen ab, die entweder selbst Verbrechen begehen oder in kollektiven Strukturen über eine maßgebliche Lenkungs- und Entscheidungsgewalt verfügen und dadurch eine „effective control" ausüben (vgl. hierzu Art. 28 IStGH-Statut).[197]

b) Objektiver Tatbestand

aa) Unabhängigkeit von Kriegs- oder Friedenszeiten

Bereits 1999 gelangte *Reichart* in seiner umfassenden Analyse zu dem Schluss, dass die Strafbarkeit von Umweltverbrechen nicht vom Kontext eines bewaffneten Konflikts abhängen sollte.[198] Das Völkerstrafrecht solle nur die schwersten Umweltverbrechen erfassen, bei denen der zeitliche oder situative Rahmen der Tatausführung irrelevant sei.[199] Die näheren Umstände der Tat könnten jedoch im Rahmen von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen sowie bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden.[200] Diese Überlegungen sind insbesondere mit Blick auf eine möglichst breite internationale Zustimmung von Bedeutung, um die praktische Umsetzbarkeit der Regelung zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang sollte die in Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut enthaltene Verhältnismäßigkeitsklausel, wonach die Umweltschädigung „eindeutig in keinem Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen" („which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated") zwar nicht wegfallen, sondern sie könnte bei der Prüfung von Rechtfertigungsgründen berücksichtigt werden.

bb) Begriff der „natürlichen Umwelt"

Der Begriff der „natürlichen Umwelt" könnte beibehalten werden, welcher sich dabei auf Art. 35 Abs. 3, 55 Abs. 1 des Zusatzprotokolls I zu den Genfer Konventionen stützen ließe. Er findet sich sowohl in Art. 20 lit. g des Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind als auch in Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut. Als Orientierung für die Begriffsbedeutung könnte die Definition der Resolution des XV. Internationalen Strafrechtskongresses von Rio de Janeiro (1994) herangezogen werden[201]:

> „Environment means all components of the earth, both abiotic and biotic, and includes air and all layers of the atmosphere, water, land, including soil and mineral resources, flora and fauna, and all ecological inter-relations among these components."

cc) Irrelevanz einer grenzüberschreitenden Dimension

Die Notwendigkeit einer grenzüberschreitenden Dimension ist fraglich. Für Luft- und Wasserschäden ist diese Erwägung aufgrund globaler Zirkulationsprozesse ohnehin von geringer praktischer Relevanz. Bei Verwüstungen oder Verseuchungen des Bodens und darauf basierender Ökosysteme könnte sie jedoch Bedeutung erlangen.[202] Ein Vergleich mit den Verbrechen gegen die Menschlichkeit zeigt jedoch, dass eine grenzüberschreitende Dimension keine zwingende Voraussetzung für völkerstrafrechtliche Tatbestände ist.[203] Entscheidend ist vielmehr, dass die Menschheit in ihrer Gesamtheit betroffen ist, unabhängig von der Einbeziehung mehrerer Jurisdiktionen oder Staaten.[204] In diesem Sinne entspricht Art. 20 lit. g des Draft Code den Anforderungen an einen Umweltverbrechenstatbestand besser als Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut, der eine internationale Komponente voraussetzt.[205]

---

[192] *Robinson/Vasiliev/van Sliedregt/Oosterveld*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 5. Aufl. 2024, S. 326.
[193] *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (174 ff.).
[194] *Kemp* (Fn. 169), S. 732, führt als Beispiel den durch den Menschen verursachten Klimawandel an, der die Umwelt in einer solchen Weise beeinflusst, dass ganze Ökosysteme zerstört werden.
[195] *Kemp* (Fn. 169), S. 735.
[196] So die Präambel (Abs. 4 und 9) des IStGH-Statuts; vgl. auch Art. 1, 5 IStGH-Statut sowie *Werle/Jeßberger* (Fn. 147), Rn. 91; *Werle/Burghardt*, ZIS 2012, 271 (274 f.).
[197] *Gärditz* (Fn. 58), § 245 Rn. 18; vgl. nur JStGH, Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boškoski/Tarčulovski), Rn. 410 (S. 176) m.w.N.; JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (Prosecutor v. Hadžihasanović u.a.), Rn. 78 (S. 24 f.); vgl. zu Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut RStGH, Urt. v. 1.12.2003 – ICTR-98-44A-T (The Prosecutor v. Kajelijeli), Rn. 773 f. (S. 171); ausführlich hierzu *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit, 2015, S. 473 ff.
[198] *Reichart* (Fn. 50), S. 535; vgl. auch *Smith* (Fn. 43), S. 59.
[199] *Reichart* (Fn. 50), S. 541.
[200] *Reichart* (Fn. 50), S. 541.
[201] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 116; *Kemp* (Fn. 169), S. 731 f.
[202] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 116 f.
[203] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 117.
[204] *Kemp* (Fn. 169), S. 733.
[205] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 117.

dd) Anforderungen an die Schwere der Umweltschädigung

Hinsichtlich der Merkmale „weitreichend", „langanhaltend" und „schwer" ist zu klären, ob diese kumulativ, wie in Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut und Art. 20 lit. g Draft Code, oder alternativ, wie im ENMOD-Abkommen[206] oder dem IEP-Vorschlag[207], gefordert werden sollten. Eine kumulative Verknüpfung spiegelt den Grundsatz wider, dass völkerstrafrechtliche Verbrechen durch eine besondere Schwere gekennzeichnet sein müssen.[208] Allerdings birgt eine solche Kumulation die Gefahr, den Tatbestand derart einzuengen, dass er praktisch bedeutungslos wird.[209] Eine rein alternative Verknüpfung könnte hingegen dazu führen, dass die für völkerstrafrechtliche Verbrechen erforderliche außergewöhnliche Schwere nicht mehr hinreichend abgebildet wird.

c) Subjektiver Tatbestand

aa) Absicht

Im System des Völkerstrafrechts ist gemäß Art. 30 IStGH-Statuts grundsätzlich eine willentliche Begehung, verstanden als gezielte Absicht, erforderlich. Reichart schlägt hingegen eine Differenzierung der Umweltverbrechen in zwei Kategorien vor: einerseits den „Umweltterrorismus", also die zielgerichtete Verursachung von Umweltschäden,[210] und andererseits die Herbeiführung sonstiger schwerer Umweltschädigungen,[211] welche als Nebenfolge oder Begleiterscheinung einer Handlung auftreten. Als übergeordneten Begriff für solche Taten erwägt er – in Anlehnung an das Verbrechen des Genozids – die Bezeichnung „Ökozid" bzw. „ecocide".[212]

bb) Strict liability

Der weitreichendste Ansatz sieht einen vollständigen Verzicht auf ein subjektives Tatbestandselement vor und plädiert für die Einführung eines „strict liability"-Tatbestandes.[213] Als Begründung wird angeführt, dass ein Umweltverbrechen als „crime of consequence" zu qualifizieren sei.[214] Dies würde es ermöglichen, Unternehmen unmittelbar für Umweltverbrechen haftbar zu machen.[215] Zudem würde der Fokus stärker auf die Prävention statt auf die nachträgliche Sanktionierung gelegt.[216] Schließlich könnten durch diesen Ansatz praktische Schwierigkeiten beim Nachweis der mens rea umgangen werden.[217]

cc) Stellungnahme

Für die Beschränkung des Straftatbestandes auf absichtliches Verhalten spricht, dass damit die besonders verwerflichen Verbrechen adressiert werden, wodurch die Beschränkung auf die „core crimes" gewährleistet bleibt.

Allerdings würde eine solche Einschränkung dazu führen, dass Handlungen, bei denen die dauerhafte Umweltschädigung nicht primäres Ziel ist, jedoch in sicherer Kenntnis der Folgen dennoch vorgenommen werden, nicht erfasst werden. Ein Beispiel wäre die Zündung von Kernwaffen, deren primäres Ziel regelmäßig nicht die Umweltschädigung ist, obwohl die Folgen gravierend wären.[218] Eine „strict liability"-Ahndung erscheint hingegen zu weitgehend. Das Argument, eine Haftung von Unternehmen zu ermöglichen, ist nicht überzeugend, da diese auch über Zurechnungsmodelle erreicht werden kann.[219] Die Betonung der Prävention durch „strict liability" wirft die Frage auf, ob nicht andere Instrumente, wie völkerrechtliche Umweltkonventionen, hierfür besser geeignet wären. Ein „strict liability"-Tatbestand würde zudem ein Fremdkörper im Völkerstrafrecht und in vielen nationalen Rechtsordnungen darstellen.[220] Da völkerstrafrechtliche Verbrechen auf die „schwersten Verbrechen" beschränkt sind, „welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren",[221] empfiehlt es sich, an die bestehende Regelung in Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut anzuknüpfen. Diese fordert die willentliche (intentionally) Anwendung von Mitteln oder Methoden zur Umweltschädigung, wobei hinsichtlich der eintretenden ausgedehnten oder langanhaltenden schweren Umweltschädigung lediglich Kenntnis des Täters erforderlich ist.

d) Formulierungsvorschlag und Vergleich mit dem IEP-Vorschlag

Auf Grundlage der vorstehenden Erwägungen wird folgender Tatbestand für Umweltverbrechen vorgeschlagen:

[206] BGBl. II 1983, S. 126 ff.
[207] Stop Ecocide Foundation (Fn. 94), S. 9.
[208] Vgl. oben zu Fn. 39.
[209] Vgl. oben Fn. 54. Ebenso *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (485); *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (206).
[210] *Reichart* (Fn. 50), S. 544.
[211] *Reichart* (Fn. 50), S. 546 f.
[212] *Reichart* (Fn. 50), S. 543.
[213] *Gray*, California Western International Law Journal 26 (1996), 215, (218); *Mwanza*, Melbourne Journal of International Law 19 (2018), 586 (609 ff.).
[214] *Gray*, California Western International Law Journal 26 (1996), 215 (218).
[215] *Gray*, California Western International Law Journal 26 (1996), 215 (218); hierfür *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (171 f.); *Momsen/Sandbrink*, ZRP 2023, 76 (78).
[216] *Gray*, California Western International Law Journal 26 (1996), 215 (218).
[217] *Mwanza*, Melbourne Journal of International Law 19 (2018), 586 (600). Zu Beweishürden im Bereich des Ökozids vgl. *Ahmed*, Archaeological and Environmental Forensic Science, 2017, S. 139–147.
[218] *Tomuschat* (Fn. 12), S. 118.
[219] *Ambos*, in: Ambos/Bock (Hrsg.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, 2019, S. 181 ff.
[220] *Stewart*, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 165 (175); *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75 (147): „Strict liability, where the defendant need have no particularly blameworthy mental state, is rare and disfavored in criminal law."
[221] Art. 5 Abs. 1 IStGH-Statut.

„Severe damage to the environment
An individual who intentionally employs methods or means in the knowledge that it will cause a widespread or long-term severe damage to the natural environment shall, on conviction thereof, be sentenced (to …).“[222]

Die genaue Ausgestaltung der Vorschrift hängt von den Durchsetzungsmöglichkeiten ab. Eine eigenständige Strafrahmenfestlegung könnte entfallen, sofern der Tatbestand in das IStGH-Statut integriert wird, da in diesem Fall die Regelungen der Art. 77 ff. IStGH-Statut anwendbar wären. Im Vergleich zu dem IEP-Vorschlag fällt zunächst die unterschiedliche Bezeichnung der Straftatbestände auf. Der Begriff des „Ökozid“ hat sich mittlerweile zu einem allgemeinen Schlagwort für Umweltverbrechen entwickelt[223] und bleibt in seinen genauen Umrissen noch unklar. Aufgrund anhaltender Kritik an der begrifflichen Nähe und der damit einhergehenden Relativierung des Genozids trifft der Begriff nicht zu Unrecht auf Ablehnung[224], sodass eine Bezeichnung als gravierende Umweltschädigung vorzugswürdig erscheint.

Sofern man – wie der IEP-Vorschlag – als Tathandlung (acts) auch kumulative Einzelakte erfassen will, muss man eine notwendige Erheblichkeitsschwelle hineinlesen, um das sowieso schon kritikanfällige (abstrakte) Gefährdungsdelikt angemessen zu begrenzen.[225] Im IEP-Vorschlag benötigt die Tathandlung zur Eignung ein Bezugsrechtssystem (unlawful), wofür wohl auf eine nationale Rechtsordnung zurückgegriffen werden muss. Aufgrund des übergreifenden „ultima-ratio“-Prinzips, welches auch im Völkerstrafrecht Anwendung finden dürfte, muss die Kriminalstrafe aber gerade letztes Mittel sein, sodass Eingriffe in die natürliche Umwelt vorrangig über das Verwaltungsrecht zu regeln sind.[226] Dabei ist fraglich, nach welchen Maßstäben die Rechtsordnung ermittelt werden soll und ob hierdurch nicht die Eigenständigkeit und Einheitlichkeit des komplementären Völkerstrafrechts untergraben wird.[227]

Sowohl der hiesige als auch der IEP-Vorschlag sehen Tatfolgen vor, die zwingend „severe“ sowie alternativ „widespread or long-term“ sein müssen. Diese Begriffe sind interpretationsbedürftig,[228] jedoch durch Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut und Quellen des internationalen Umweltrechts bestimmbar. Die Kombination beider Kriterien schafft einen Ausgleich zwischen einer zu weitreichenden und einer zu engen Tatbestandsfassung.

Soweit ein „Ökozid“-Entwurf – wie der IEP-Vorschlag – keinen tatbestandlichen Erfolg vorsieht, ist es bereits schwierig, einen Ansatzpunkt für das Vorsatzelement zu setzen.[229] Das kognitive Vorsatzelement ist im IEP-Vorschlag gegenüber dem hiesigen Vorschlag deutlich herabgesetzt, da eine erhebliche Wahrscheinlichkeit (substantial likelihood) gegenüber dem (sicheren) Wissen des Täters (in the knowledge) qualitativ zurücktritt.[230] Das nach Art. 30 IStGH-Statut erforderliche voluntative Vorsatzelement (intent) wird vom IEP-Vorschlag nur alternativ erfasst (or wanton), während der hiesige Vorschlag dieses Element übergreifend voraussetzt (intentionally). Außerdem ließe sich ein Vorsatz durch Rückgriff auf ein Vorsorgeprinzip (precautionary principle) begründen, bei welchem es – ähnlich dem „dolus eventualis“ – um die bewusste Übernahme von Risiken und das Unterlassen von Präventivmaßnahmen geht.[231] Selbst wenn ein „Ökozid“-Tatbestand mit strenger Absichtsregelung nicht effektiv genug wäre, um die aus rechtspolitischer Sicht strafwürdigen Verhaltensweisen zu erfassen, sind Formulierungen, die einer bewussten Fahrlässigkeit ähneln, den „core crimes“ des IStGH-Statuts grundsätzlich fremd und damit wohl nicht umsetzbar.[232]

3. Möglichkeiten der Durchsetzung

a) Bildung eines International Environmental Court?

Es wird teilweise vorgeschlagen, einen eigenständigen International Environmental Court (IEC) zu etablieren, der auch für Umweltverbrechen zuständig sein soll.[233] Zwar könnte ein solcher Gerichtshof spezifische Expertise bündeln,[234] doch erscheint die Änderung des IStGH-Statuts angesichts der komplexen und langwierigen Gründungsprozesse eines neuen Gerichtshofs[235] zielführender.[236] Innerhalb des IStGH könnte

[222] So auch *Cornelius*, AVR 2020, 1 (33).
[223] *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (481).
[224] Vgl. die Kritik von *Heller*, Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of „Ecocide“ (That Isn't), OpinioJuris v. 23.6.2021, abrufbar unter https://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/ (5.11.2025); *Bock*, ZRP 2021, 187; *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (481).
[225] Ähnlich auch *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (485 f.).
[226] *Heger* (Fn. 39), S. 142 f.
[227] Ähnlich auch *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (482 f.).
[228] *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (485); *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (161).
[229] *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (486); *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (169).
[230] Dazu *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (165 f.).
[231] *Gillett*, The International Journal of Human Rights 29 (2025), 1009 (1024).
[232] Ähnlich auch *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (486).
[233] *Hockman*, Environmental Law Review 11 (2009), 1 (4); *Abrami*, International Academy of Environmental Sciences v. 7.7.2010, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201007/20100714ATT78992/20100714ATT78992EN.pdf (5.11.2025); mit der Idee einer „Ökozid“-Konvention *Mührel*, AVR 2022, 322 (349).
[234] *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (38 ff.).
[235] Bis der IStGH tatsächlich gegründet wurde, gingen ca. ein Jahrhundert intensiver Bemühungen der internationalen Straf- und Völkerrechtswissenschaft (teilweise mit Unterstützung des Völkerbundes und der Vereinten Nationen sowie in der letzten Dekade von über 800 Non-Governmental Organizations) ins Land, *Triffterer* (Fn. 36), S. 498; vgl. die Konvention des Völkerbundes zur Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofes v. 16.11.1937, die jedoch nicht in Kraft trat; *Werle/Jeßberger* (Fn. 147), Rn. 57.

eine spezialisierte Kammer für Umweltverbrechen sowie eine entsprechende Abteilung beim Office of the Prosecutor eingerichtet werden.[237] Ein Gegenargument zur Nutzung des IStGH ist dessen beschränkte Jurisdiktion,[238] da bedeutende Umweltverschmutzer[239] wie China, die USA, Indien und Russland keine Vertragsstaaten des Römischen Statuts sind. Der IStGH hat keine Zuständigkeit für Verbrechen, die von Drittstaatsangehörigen auf dem Gebiet von Nichtvertragsstaaten begangen werden.[240] Allerdings ist fraglich, ob diese Staaten an der Gründung eines IEC partizipieren würden. Sollte dies der Fall sein, wäre dies ein starkes Argument für einen IEC.

b) Änderung des IStGH-Statuts

Die Zuweisung von Umweltverbrechen an den IStGH ist grundsätzlich möglich, da das Römische Statut in Abs. 3 der Präambel „the peace, security and well-being of the world" als schützenswerte Rechtsgüter nennt. Konsequent wäre es, Umweltverbrechen als fünfte Kategorie neben Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Aggression einzuführen,[241] da diese der Erhaltung von Frieden und Sicherheit nicht nachstehen.[242]

Eine Änderung des Römischen Statuts erfordert die Einbringung eines Vorschlags durch einen Vertragsstaat, der an den Generalsekretär der Vereinten Nationen weitergeleitet wird. Die Vertragsstaaten entscheiden mit einfacher Mehrheit über die Behandlung des Vorschlags,[243] wobei eine Zwei-Drittel-Mehrheit für die Annahme erforderlich ist.[244] Es gibt kein Vetorecht, und alle Stimmen haben gleiches Gewicht.[245] Im September 2024 haben die drei Pazifikstaaten Vanuatu, Fidschi und Samoa einen Diskussionsentwurf vorgelegt, indem sie begehren, den Straftatbestand des „Ökozids" nach der Definition des IEP-Vorschlags der „Stop Ecocide Foundation" in das Römische Statut aufzunehmen.[246] Der Änderungsvorschlag ist jedoch noch nicht auf der Agenda der am IStGH hierfür zuständigen Arbeitsgruppe zu finden.[247]

Es ist nicht zu verkennen, dass die Normierung eines eigenständigen Umweltverbrechens im IStGH-Statut einen gewissen Bruch mit den anderen „core crimes" bedeuten würde. Obwohl das Römische Statut teilweise über völkergewohnheitsrechtliche Regelungen hinausgeht oder hinter diesen zurückbleibt,[248] kodifiziert es primär bereits zuvor völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Verbrechen.[249] Angesichts der langen Zeiträume im Völkerrecht[250] wird eine Änderung des IStGH-Statuts oft als „utopisch" betrachtet,[251] da es schwer erreichbar erscheint, eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Vertragsstaaten dazu zu bewegen.[252] Dennoch ist das Völkerstrafrecht ein dynamisches System, das auf schrittweise Entwicklung ausgelegt ist.[253] Im Antragsverfahren der drei Pazifikstaaten bleibt dies mit Spannung zu erwarten. Das Europäische Parlament sieht mittlerweile ebenfalls Potenzial für die Normierung eines „Ökozid"-Tatbestands als fünftes Verbrechen im IStGH-Statut.[254]

c) Öffnung nationaler Rechtsordnungen

Zur Förderung dieser Entwicklung wäre es vorteilhaft, nationale Strafrechtsordnungen für Umweltverbrechen zu öffnen, die außerhalb des jeweiligen Staatsgebiets begangen werden. Dies könnte durch völkerrechtliche Abkommen erreicht werden, die entweder die Strafverfolgung erlauben oder eine Verpflichtung dazu begründen.[255]

Das deutsche Strafrecht bietet hierfür ein Beispiel: Nach § 5 Nr. 11 StGB sind bestimmte Handlungen gegen die Umwelt in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone

[236] *Stephens*, International Courts and Environmental Protection, 2009, S. 60 f.; *Sieders*, in: Espinoza de los Monteros de la Parra/Gullo/Mazzacva (Hrsg.), The Criminal Law Protection of Our Common Home, 2020, S. 29 (43).
[237] *Garlick*, New Journal of European Criminal Law 4 (2013), 506 (509); *Mwanza*, Melbourne Journal of International Law 19 (2018), 586 (606).
[238] *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (40 ff.).
[239] Vgl. Global Carbon Project, abrufbar unter http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions (5.11.25).
[240] *Gärditz* (Fn. 58), § 245 Rn. 16.
[241] *Reichart* (Fn. 50), S. 542.
[242] *Reichart* (Fn. 50), S. 542 f.
[243] Art. 121 Abs. 1 und 2 Römisches Statut.
[244] Art. 121 Abs. 3 Römisches Statut.
[245] *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (6).
[246] *Harvey*, The Guardian v. 9.9.2024, „Pacific islands submit court proposal for recognition of ecocide as a crime", abrufbar unter https://www.theguardian.com/law/article/2024/sep/09/pacific-islands-ecocide-crime-icc-proposal (5.11.2025).
[247] Aktueller Stand der „Working Group on Amendments" abrufbar unter https://asp.icc-cpi.int/WGA (5.11.2025).
[248] *Cassese/Gaeta* (Fn. 190), S. 106 ff.
[249] *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (2019), 1 (36).
[250] Vgl. *Kuhli*, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, S. 110.
[251] *Mégret*, Columbia Journal of Environmental Law 36 (2011), 195 (254).
[252] *Mistura*, Columbia Journal of Environmental Law 43 (2018), 181 (226).
[253] *Kemp* (Fn. 169), S. 726; *Satzger* (Fn. 142), § 15 Rn. 13.
[254] Vgl. *Bekou/Mariniello/McDermott*, Workshop Envisioning International Justice: what role for the ICC?, PE 653.659 – November 2021, insb. S. 12 f., 34, 60 f. (abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653659/EXPO_STU%282021%29653659_EN.pdf); *Palarczyk*, Criminal Law Forum 34 (2023), 147 (206).
[255] Vgl. zur Differenzierung zwischen einer direkten (selbständigen) Durchsetzung von Völkerstrafrecht durch eine Gerichtsbarkeit der Völkergemeinschaft und einer indirekten Durchsetzung durch staatliche Gerichte *Bassiouni*, International Criminal Law: A Draft International Criminal Code, 1980, S. 107 ff.

nach §§ 324, 326, 330 und 330a StGB strafbar, „soweit völkerrechtliche Übereinkommen zum Schutze des Meeres ihre Verfolgung als Straftaten gestatten". Diesbezüglich bedeutend ist das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen,[256] das Schutz- (Art. 194 ff., 207 ff.) und Durchsetzungsverpflichtungen (Art. 213 ff.) enthält.[257] Außerdem kommen noch spezifische Abkommen wie das Übereinkommen zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen durch Schiffe und Luftfahrzeuge vom 15. Dezember 1972 sowie das Übereinkommen zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen vom 29. Dezember 1972[258], aber auch regionale Abkommen zum Schutz der Ost[259]- oder Nordsee[260] in Betracht. Eine Verpflichtung zur Strafverfolgung ist nicht zwingend; es genügt, dass die Abkommen diese ermöglichen,[261] wobei die spezifischen Verfolgungsvoraussetzungen der einzelnen Abkommen zu beachten sind.[262]

Nach § 6 Nr. 9 StGB ist das deutsche Strafrecht für Taten anwendbar, die aufgrund eines für Deutschland verbindlichen zwischenstaatlichen Vertrages auch im Ausland verfolgt werden müssen.[263] Solche Abkommen müssen dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG genügen, indem die Strafpflicht klar formuliert ist.[264] Durch die blankettartige Verweisung[265] in § 6 Nr. 9 StGB können bestehende oder zukünftige Strafvorschriften dynamisch (auch aufgrund zukünftiger zwischenstaatlicher Verträge) erweitert werden.[266]

V. Ergebnis

Trotz temporärer Rückschläge ist ein internationaler Bewusstseinswandel hinsichtlich des Umweltschutzes zu verzeichnen, wie nicht zuletzt die VN-Weltklimakonferenzen wie die COP29 im November 2024 in Baku und multilaterale Gipfel mit einer Priorisierung der Klimakrise zeigen.[267] Das Recht auf eine gesunde Umwelt wird zunehmend als kollektives und individuelles Menschenrecht anerkannt. Schwere Umweltschädigungen, insbesondere im Kontext des Klimawandels, betreffen die Menschheit in ihrer Gesamtheit und verletzen fundamentale gesellschaftliche Werte.[268] Die Debatte um den „Ökozid" als völkerstrafrechtliches Verbrechen unterstreicht die Wahrnehmung schwerer Umweltschädigungen als Angriff auf universelle Werte.

Die Analyse zeigt, dass ein völkerstrafrechtlicher Umweltverbrechenstatbestand bisher praktisch nicht existiert, jedoch bei schweren Umweltschädigungen eine Vergleichbarkeit mit den Kriterien völkerstrafrechtlicher Taten gegeben ist. Die Völkerrechtskommission (International Law Commission – ILC) wies bei ihren Arbeiten am „Weltstrafgesetzbuch" darauf hin, dass zwischen Wünschenswertem und Machbarem unterschieden werden müsse.[269] Kurz- oder mittelfristig ist die Verwirklichung eines solchen Tatbestands unwahrscheinlich, doch sollten Vorschläge eingebracht werden, um die Diskussion voranzutreiben. Denn mit dem Urteil eines internationalen Strafgerichts wird letztlich ein internationales Werturteil über die Verletzung eines grundlegenden Rechtsguts der Völkergemeinschaft kommuniziert. Ein solcher völkerstrafrechtlicher Tatbestand könnte ein Baustein im Rahmen einer globalen Strategie eines umfassenden Schutzes der Umwelt sein.[270]

Dieser Tatbestand sollte – in Übereinstimmung mit den „core crimes" des IStGH-Statuts – nur besonders schwere Umweltverbrechen in Kriegs- und Friedenszeiten erfassen. Der Begriff der „natürlichen Umwelt" aus Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut könnte beibehalten und auf eine grenzüberschreitende Dimension verzichtet werden. Nur schwere und ausgedehnte oder schwere und langanhaltende Umweltschädigungen (widespread or long-term severe damage) sollten erfasst werden. Ein „strict liability"-Tatbestand ist als Fremdkörper im Völkerstrafrecht (sowie in vielen nationalen Rechtsordnungen) abzulehnen. Stattdessen sollte die willentliche (intentionally) Anwendung von Mitteln oder Methoden zur Umweltschädigung gefordert werden, wobei die Kenntnis der ausgedehnten oder langanhaltenden schweren schädigenden Folgen für die Umwelt ausreicht.

Parallel sollten völkerrechtliche Umweltabkommen die Strafverfolgung durch Vertragsstaaten ermöglichen oder verpflichtend vorschreiben. Eine Öffnung nationaler Strafrechtsordnungen könnte die Anerkennung schwerer Umweltverbrechen als „core crimes", „welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren", fördern.[271]

---

[256] BGBl. II 1994 S. 1798.

[257] *Ambos*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 5 Rn. 33; *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 36.

[258] BGBl. II 1977 S. 180.

[259] Übereinkommen über den Schutz der Meeresumwelt des Ostseegebiets v. 22.3.1974 (BGBl. II 1979, S. 1230).

[260] Übereinkommen zur Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Verschmutzung der Nordsee durch Öl und andere Schadstoffe v. 13.09.1983 (BGBl. II 1990, 71).

[261] *Ambos* (Fn. 257), § 5 StGB Rn. 36.

[262] *Werle/Jeßberger*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 5 Rn. 162.

[263] *Böse* (Fn. 257), § 6 Rn. 21.

[264] *Satzger* (Fn. 142), § 5 Rn. 80; zur Drei-Stufen-Prüfung *Werle/Jeßberger* (Fn. 262), § 6 Rn. 127 ff.

[265] *Werle/Jeßberger* (Fn. 262), § 6 Rn. 102 f.

[266] *Ambos* (Fn. 257), § 6 Rn. 17.

[267] Vgl. zum G7-Gipfel in Fasano (2024): Bundesministerium für Umweltschutz und Verbraucherrecht, Pressemitteilung v. 30.04.2024, abrufbar unter https://www.bmuv.de/pressemitteilung/g7-staaten-beschliessen-kohleausstieg-bis-mitte-der-2030er-jahre-und-setzen-sich-fuer-globales-plastikabkommen-bis-ende-2024-ein (5.11.2025).

[268] Vgl. IPCC, AR6 Synthesis Report, 2023 mit Betonung der globalen Auswirkungen von Umweltschädigungen auf Biodiversität, Nahrungssicherheit und Lebensgrundlagen.

[269] „The Commission must distinguish between what is desirable and what is possible and maintain a reasonably realistic stance."; Yearbook of the International Law Commission 1984, Vol. II/1, S. 96 (Doc. A/CN.4/377).

[270] *Kemp* (Fn. 169), S. 738.

[271] Vgl. Art. 5 Abs. 1 IStGH-Statut.

Willensfreiheit im Strafrecht: eine funktionale Illusion?

Von Dr. **José Carlos Porciúncula**, Brasília*

Gemäß der Ergebnisse der modernen neurowissenschaftlichen Forschungen zur Willenshandlung ist die menschliche Willensfreiheit nichts weiter als eine Illusion. Es wäre also Aufgabe der Strafrechtswissenschaft zu fragen, ob dieses Konzept aufgegeben werden kann oder ob es in seinem Bereich eine so relevante Rolle spielt, dass es notwendig ist, es auch angesichts seines fiktiven Charakters zu bewahren. Der Beitrag soll zeigen, dass die menschliche Willensfreiheit eine Art „funktionale Illusion" oder „notwendige Fiktion" für die Bildung eines wirksamen und gerechten Strafrechtssystems ist.

I. Einleitung

Nachfolgend schlage ich vor, die folgende vexata quaestio kritisch zu analysieren: Bedeuten die modernen neurowissenschaftlichen Forschungen zur Willensfreiheit tatsächlich, wie einige vertreten, einen radikalen Wandel in unserem Verständnis von strafrechtlicher Verantwortlichkeit? Bei dem Versuch, eine angemessene Antwort auf diese Frage zu geben, beginne ich mit einem kurzen Bericht über eine Reihe von Experimenten, die der renommierte nordamerikanische Physiologe *Benjamin Libet* seit den 1980er-Jahren durchgeführt hat, und die eine authentische Wiederbelebung der alten Kontroverse um den menschlichen freien Willen hervorbrachten.

II. Neurowissenschaften und freier Wille

Wenn man von übermäßig technischen Aspekten absieht, können *Libets* Experimente wie folgt beschrieben werden: Eine Person wird angewiesen, die Finger ihrer Hand zu krümmen, wann immer sie möchte, und wird außerdem gebeten, den Moment, in dem sie diese Entscheidung getroffen hat, sofort zu melden. Gleichzeitig wird die elektrische Aktivität ihres Gehirns mittels EEG überwacht. *Libet* beobachtete, dass Neuronen im supplementären Motorcortex, die mit Handbewegungen verbunden sind, etwa 350 Millisekunden reagierten, bevor die Person sich ihres Wunsches bewusstwurde, diese Handlung auszuführen. Daraus schloss *Libet*, dass die Entscheidungen eines Menschen auf einer unbewussten Ebene beginnen und erst später von ihm bewusst wahrgenommen werden. Auf jeden Fall, so warnte aber der damalige Professor an der University of California, gäbe es immer noch etwas Raum für den freien Willen des Menschen, da das das Subjekt in der bewussten Phase des genannten Prozesses ein „Veto" gegen die tatsächliche Ausführung der Handlung einlegen könne[1].

Ausgehend von *Libets* Experimenten untersuchten dann renommierte Wissenschaftler das Problem des freien Willens des Menschen eingehend, und hier drei Namen können hervorgehoben werden: *Wolfgang Prinz*, *Gerhard Roth* und *Wolf Singer*. Betrachten wir kurz die Position eines jeden von ihnen.

Wolfgang Prinz vertritt, dass unsere Handlungen im Gegensatz zu dem, was uns die Alltagspsychologie (folk psychology) sagt, nicht durch mentale Ereignisse verursacht werden, die ihnen vorausgehen. In der Tat, sagt *Prinz*, gibt es empirische Belege dafür, dass körperliches Handeln und seine bewusste Wahrnehmung in zwei unabhängigen Modulen entstehen, die parallel ablaufen, wobei aber das erste dem zweiten vorausgeht.[2] Die bewusste Wahrnehmung, die wir von unseren Handlungen haben, wäre daher ein Phänomen, das mit einer gewissen Verzögerung, die für sie verantwortlichen unbewussten neurologischen Prozesse begleitet.[3] *Prinz* drückt seine Schlussfolgerungen mit einem Satz aus, der emblematisch geworden ist: „Wir tun nicht, was wir wollen, sondern wir wollen, was wir tun".[4] Obwohl *Prinz* der Ansicht ist, dass es den freien Willen in biologischer Hinsicht nicht gibt, gibt er zu, dass er eine kulturelle Dimension hat.[5] Nach Ansicht von *Prinz* ist der freie Wille eine soziale Institution.[6]

Auch *Gerhard Roth* vertritt die Auffassung, dass unsere Handlungen nicht durch einen bewussten Willen, sondern durch unbewusste neurologische Prozesse verursacht werden.[7]

---

* Der *Verf.* ist Doktor der Rechts- und Kriminalwissenschaften (Universität Barcelona, Spanien).

[1] *Libet/Gleason/Wright Jr./Pearl*, in: Neurophysiology of consciousness. Selected papers and new essays by Benjamin Libet, 1993, S. 249; *Libet*, ebd., S. 269 und 307; *ders.*, Journal of Consciousness Studies 1999, 47; *ders.*, Mind Time: the temporal factor in consciousness, 2004, S. 33 ff., 123 ff.

[2] *Prinz*, in: Maasen/Prinz/Roth (Hrsg.), Voluntary action: Brains, minds, and sociality, 2003, S. 21 (26 ff.).

[3] *Prinz*, Psychologische Rundschau 49 (1998), 10 (14).

[4] *Prinz*, in: v. Cranach/Foppa (Hrsg.), Freiheit des Entscheidens und Handelns, 1996, S. 86 (87); *ders.*, in: Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente, 2004, S. 20 (22).

[5] *Prinz*, in: Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, 2006, S. 51 (51): „Wenn man nämlich als Psychologe, wie ich es bin, über den freien Willen reden soll, dann ist das ähnlich, wie wenn man als Zoologe über das Einhorn zu reden hätte. Man spricht dabei über Dinge, die es von Natur aus gar nicht gibt. Daher gehört das Einhorn auch nicht in die Zuständigkeit der Naturwissenschaften, sondern allenfalls der Kulturwissenschaften. Denn wenn es auch keine Naturgeschichte hat, so hat es doch eine Kulturgeschichte. Und hier – in der Kultur – existiert es dann praktisch doch, und kulturgeschichtliche Forschung hat einiges darüber zu sagen, wie das Einhorn in die Welt kam, wie es kommt, dass es sich so hartnäckig am Leben hält, und was die Leute davon haben, dass sie an es glauben. Das Einhorn will ich mir im Folgenden zum Beispiel nehmen. Ich werde also nicht über die Willensfreiheit selbst reden, sondern vor allem über die Idee der Willensfreiheit als kollektive Vorstellung und Konstruktion."

[6] *Prinz* (Fn. 5), S. 51.

[7] *Roth*, in: Geyer (Fn. 4), S. 66 (73); *ders.*, Fühlen, Denken, Handeln, 2001, passim; *ders.*, in: Dölling (Hrsg.), Jus Humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 43; *ders.*, in: Maasen/Prinz/Roth (Fn. 2), S. 115 ff.; *ders.*, in: Rubia

Das Gefühl, unsere Handlungen kontrollieren zu können, sei daher eine rein subjektive Erfahrung ohne irgendwelche kausale Wirksamkeit, die erst entsteht, nachdem dem Bewusstsein unzugängliche Gehirnbereiche aktiviert worden sind. Nach *Roth* sind es diese Bereiche des Gehirns (nämlich die Basalganglien, die Amygdala, das mesolimbische System und die limbischen Thalamuskerne), die bezüglich der Handlung das letzte Wort haben.[8] Aus dieser Perspektive gesehen verschwindet die Vorstellung eines „Ich" als „Herr über sich selbst", als Zentrum, das seine eigenen Entscheidungen ausführt, und der freie Wille wird als Illusion angesehen.[9] Daher ist es laut *Roth* nur korrekt zu sagen: „Nicht mein bewußter Willensakt, sondern mein Gehirn hat entschieden!"[10]

Es muss darauf hingewiesen werden, dass *Roths* Überlegungen zum freien Willen des Menschen über sein Spezialgebiet hinausgingen und in unseren Anwendungsbereich, das Strafrecht, vordrangen. *Roth* zog aus seinen Forschungen zunächst radikale Konsequenzen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit. *Roth* behauptete Folgendes: Die Bedingtheit unserer Persönlichkeit impliziert die Abkehr von einem Strafrecht, das sich auf die Vorstellungen von Schuld und Vergeltungszweck der Strafe konzentriert. An ihre Stelle soll ein Programm treten, das untersuchen soll, unter welchen Voraussetzungen es möglich ist, Straftätern Maßregeln zur Besserung (positive Spezialprävention) aufzuerlegen.[11] In jüngerer Zeit hat der Autor jedoch den Ton seines Diskurses abgemildert und eine kompatibilistische Sichtweise von Determinismus, freiem Willen und Schuld vertreten. Die Wahrheit des Determinismus, so argumentiert *Roth* nun, hat keinen Einfluss auf das Konzept der Freiheit, das notwendig ist, um die Schuld eines Subjektes zu erklären. Als frei muss ein Mensch betrachtet werden, sagt *Roth*, wenn seine Handlungen das Ergebnis von in seiner Persönlichkeit verankerten Gründen und Motiven sind.[12] Hierbei handelt es sich eindeutig um die Übernahme eines charakterbasierten Schuldmodells.[13] Auch änderte *Roth* seine Sicht auf die Funktion der Strafe. Derzeit vertritt der Autor eine eklektische Theorie, die mit den Zwecken der Generalprävention und der Spezialprävention arbeitet. In *Roths* Worten:

> „*Grischa Merkel* from the University of Rostock and I have expanded these ideas in the sense that society defines which actions are considered tolerable and which are punishable. This is done in the framework of defending the criminal law system by sanctioning delinquents and thus deterring potential wrongdoers from breaking the law, but with a much stronger emphasis on the rehabilitation of the criminals.
> [...]
> It cannot be denied that sanctions are necessary to enforce the law, but to have any effect in the future there needs to be a minimum of cooperation of the delinquent. Importantly, however, cooperation in the form of therapy cannot be extorted, therefore the delinquent must play an active role in the process of protecting the norm by choosing between therapy and traditional sanctions – after careful consideration of safety interests."[14]

Betrachten wir abschließend noch die Position, die *Wolf Singer* zum freien Willen des Menschen vertritt. Laut *Singer* gibt es neurobiologisch gesehen keinen Raum für einen freien Willen, da jede unserer Handlungen durch unmittelbar vorausgegangene Zustände unseres Gehirns bestimmt wird.[15] Das Gefühl, frei zu handeln, ist laut *Singer* ausschließlich das Produkt kognitiver Operationen, die das Gehirn im Laufe der Evolution entwickelt hat[16]. Genau wie *Roth* dehnte *Singer* die Ergebnisse seiner Forschung auf den Strafbereich aus und plädierte für die Abkehr vom Schuldbegriff sowie für die Ersetzung der Strafe durch Maßregeln.[17] *Singer* argumentiert, dass dies eine mehr humanitäre und weniger diskriminierende Lösung gegenüber einem Menschen wäre, der das Pech hatte, mit einer physischen Konstitution auf die Welt zu kommen, die es ihm nicht erlaubt, Regeln einzuhalten.[18]

(Hrsg.), El Cerebro: avances recientes en Neurociencia, 2009, S. 113.

[8] *Roth* (Fn. 7 – Maasen/Prinz/Roth), S. 115 (129 f.).

[9] *Roth* (Fn. 7 – Fühlen, Denken, Handeln), S. 452 f.: „Dieses Ich ist nicht der Steuermann, auch wenn es sich in charakteristischer Weise Wahrnehmungen, mentale Akte und Handlungen zuschreibt und die Existenz des Gehirns, seines Erzeugers leugnet. Vielmehr ist es ein virtueller Akteur in einer von unserem Gehirn konstruierten Welt, die wir als unsere Erlebniswelt erfahren […]. Die subjektive empfundene Freiheit des Wünschens, Planens und Wollens sowie des aktuellen Willensaktes ist eine Illusion".

[10] *Roth* (Fn. 7 – Geyer), S. 66 (73).

[11] *Roth* (Fn. 7 – FS Lampe) S. 43 (56 f.).

[12] *Roth/Lück/Strüber*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 126 (135 f.); *Pauen/Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, 2008, S. 174 f.

[13] Das also jenen charakterbasierten Schuldmodellen nahesteht, die von folgenden Autoren vertreten werden: in Deutschland *Engisch*, ZStW 61 (1942), 166; *ders.*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963, S. 40 ff.; *Heinitz*, ZStW 63 (1951), 57 (76); in Österreich *Nowakowski*, SchwZStr 65 (1950), 301; in Portugal *Figueiredo Dias*, Liberdade, Culpa, Direito Penal, 3. Aufl. 1995, passim; *ders.*, Direito Penal, Parte Geral, Bd. I, 2004, S. 483 ff.; *ders.*, Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas, 1999, S. 185 (237 ff.).

[14] *Roth*, in: Frey/Störmer/Willführ (Hrsg.), Homo Novus — A Human Without Illusions, 2010, S. 231 (243 f.). Schon zuvor: *Merkel/Roth*, in: Grün/Friedman/Roth (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts: Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, 2008, S. 54 (77 ff.).

[15] *Singer*, Vom Gehirn zum Bewußtsein, 2006, S. 55; *ders.*, in: Geyer (Fn. 4), S. 30 (35 ff.) mit mehr Einzelheiten.

[16] *Singer* (Fn. 15 – Geyer), S. 30 (42). In einer sehr ähnlichen Linie: *Wegner*, The Illusion of Conscious Will, 2018, S. 90: „The experience of will […] is the way our minds portray their operations to us, not their actual operation."

[17] *Singer* (Fn. 15 – Geyer), S. 30 (62 ff.).

[18] *Singer* (Fn. 15 – Geyer), S. 30 (63).

Die oben dargelegten Reflektionen führen uns selbstverständlich zu zwei grundlegenden Fragen. Die erste davon wäre folgende: Stehen wir etwa vor einer neuen wissenschaftlichen Revolution[19], die in der Lage wäre, unsere Sicht auf uns selbst tiefgreifend zu verändern?[20] Homo novus ante portas? Und als Frage, die logisch mit der vorigen zusammenhängt: Würde dieses im Entstehen begriffene Menschenbild (sofern es wahr ist) einen erheblichen Wandel in den unterschiedlichsten Wissensgebieten wie zum Beispiel dem (Straf-)Recht bedeuten?[21]

Es ist offensichtlich, dass wir uns hier nur mit den möglichen (oder nicht) Konsequenzen der Fortschritte in den Neurowissenschaften für das Strafrecht befassen können. Bevor wir jedoch zu diesem Thema irgendeine Stellung beziehen, möchten wir die wichtigsten Beiträge darlegen, die in unserer Disziplin rund um das Thema entstanden sind. Sie lassen sich grundsätzlich in drei große Gruppen einteilen: 1) eine Gruppe revisionistischer Autoren, die sich für ein neues Neuro-Strafrecht einsetzen; 2) eine Gruppe kritischer Autoren, die versuchen, eine Parallele zwischen dieser neuen Strömung und einer weniger glorreichen Vergangenheit unserer Disziplin zu ziehen; und schließlich 3) eine Gruppe skeptischer Autoren, die zeigen wollen, dass die neuen Entdeckungen in den Neurowissenschaften keine größeren Konsequenzen für unsere Vorstellung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit haben. Betrachten wir sie also.

1. Beginnen wir mit Enthusiasten der Symbiose zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht wie *Grischa Merkel*. Sie geht davon aus, dass die Ergebnisse der neuesten neurowissenschaftlichen Forschung richtig sind, insbesondere die Vorstellung, dass der freie Wille des Menschen eine Illusion sei. Allerdings versucht *Merkel* zu zeigen, dass es auch unter Absehung von dem freien Willen möglich ist, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu rechtfertigen. Die Verhängung der Strafe beruht laut *Merkel* auf dem Schutzbedürfnis der Rechtsordnung (positive Generalprävention). Auf jeden Fall müsse bei der Strafvollstreckung, so *Merkel*, der Schwerpunkt auf die Möglichkeiten der Behandlung und Rehabilitation des Täters gelegt werden, die die Neurowissenschaften und die Psychologie derzeit bieten (positive Spezialprävention).[22] Auch *Anja Schiemann* hat sich als sehr empfänglich für den Einfluss der Neurowissenschaften im strafrechtlichen Bereich erwiesen. Sie meint, wir sollten neuen Entdeckungen in den Neurowissenschaften gegenüber aufgeschlossen und nicht feindlich eingestellt sein. Laut dieser Autorin ist jetzt ein ausgezeichneter Zeitpunkt, unser traditionelles Modell der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu überdenken.[23] Wie *Schiemann* sieht auch *Gunnar Spilgies* den neurowissenschaftlichen Nachweis der Nichtexistenz des freien Willens des Menschen als hervorragende Gelegenheit, über den Begriff der Schuld nachzudenken.[24] In neueren Arbeiten stellte *Spilgies* sein (deterministisch fundiertes) Modell der „strafrechtlichen Schuldzuschreibung als alltagspsychologische Kausalattribution" vor.[25] *Spilgies* fasst sein Konzept wie folgt zusammen:

> „Im Alltag verhalten sich Menschen wie ‚naive Wissenschaftler', indem sie ständig für ein die Ordnung störendes, d.h. anormales (unerwartetes) Ereignis nach Ursachen suchen und Kausalzusammenhange konstruieren. Dementsprechend wird im Alltag auch menschliches Verhalten

[19] Der renommierte nordamerikanische Neurowissenschaftler *Gerald Edelman* (Nobelpreis für Medizin), beginnt sein Werk Bright Air, Brilliant Fire: On the Matter of the Mind, 1992, S. XIII, folgendermaßen „I have written this book because I think its subject is the most important one imaginable. We are at the beginning of the neuroscientific revolution. At its end, we shall know how the mind works, what governs our nature, and how we know the world. Indeed, what is now going on in neuroscience may be looked at as a prelude to the largest possible scientific revolution, one with inevitable and important consequences." Von einer neurowissenschaftlichen Revolution sprechen auch *Rubia*, El fantasma de la libertad, 2009, passim; *Pinker*, in: Reuter-Lorenz/Baynes/Mangun/Phelps (Hrsg.), The Cognitive Neuroscience of Mind: A Tribute to Michael S. Gazzaniga, 2010, S. 223 (225).

[20] In diesem Sinn *Monyer/Rösler/Roth/Scheich/Singer/Elger/Friederici/Koch/Luhmann/von der Malsburg/Menzel*, Gehirn & Geist 6 (2004), 30 (37): „Dann werden die Ergebnisse der Hirnforschung, in dem Maße, in dem sie einer breiteren Bevölkerung bewusst werden, auch zu einer Veränderung unseres Menschenbilds führen […]. Was unser Bild von uns selbst betrifft, stehen uns also in sehr absehbarer Zeit beträchtliche Erschütterungen ins Haus. Geisteswissenschaften und Neurowissenschaften werden in einen intensiven Dialog treten müssen, um gemeinsam ein neues Menschenbild zu entwerfen".

[21] Eine bejahende Antwort auf diese Fragen bieten unter anderen: *Gazzaniga*, The Ethical Brain, 2006, S. 88; *ders.*, Neuron 60 (2008), 412; *Greene/Cohen*, Philosophical Transactions of the Royal Society of London B 2004, 1775; *O'Hara*, Philosophical Transactions of the Royal Society of London B 2004, 1677; *Zeki/Goodenough*, in: Zeki/Goodenough (Hrsg.), Law and the Brain, 2006, S. XI; *Hoffman*, in: Zeki/Goodenough (a.a.O.), S. 3; *Chorvat/McCabe*, in: Zeki/Goodenough (a.a.O.), S. 113; *Freeman/Goodenough*, in: Zeki/Goodenough (Hrsg.), Law, Mind and Brain, 2009, S. 1 (1), die betonen: „We are seen the emergence of ‚neurolaw'". Es scheint recht bedeutend, dass in dem wichtigen von Buckel, Christensen und Fischer-Lescano herausgegebenen Werk „Neue Theorien des Rechts" ein ganzes Kapitel dem „Neuro-Recht" gewidmet ist. *Gruber*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 327.

[22] *Merkel/Roth* (Fn. 14), S. 54 (77 ff.); *Merkel*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 3 (30 ff.); *dies./Roth*, BRJ 1 (2010), 47 (52 ff.); *dies.*, in: Stompe/Schanda (Hrsg.), Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften, 2010, S. 143; *dies.*, in: Walkowiak/Erber-Schropp (Hrsg.), Planen und Handeln, 2017, S. 151.

[23] *Schiemann*, NJW 2004, 2056.

[24] *Spilgies*, HRRS 2005, 43; *ders.*, ZIS 2007, 155.

[25] *Spilgies*, Über Schuld und Strafe auf deterministischer Grundlage, 2021, passim; *ders.*, KriPoZ 2022, 160 (162 ff.).

mit Hilfe des Kausalprinzips verrechnet. Weicht ein Verhalten von Verhaltensnormen ab, so wird das Verhalten durch eine Ursachenzuschreibung letzterklärt. Den Prozess der schlussfolgernden Zuschreibung der Ursachen für ein (eigenes oder fremdes) Verhalten, also die alltagspsychologische Erklärung eines Verhaltens, bezeichnet die Sozialpsychologie als Kausalattribution. Nun bedeuten das griechische Wort für Ursache ‚αἰτία' und die lateinische Übersetzung ‚causa' ursprünglich Schuld. Ursache und Schuld meinen also ursprünglich dasselbe. Vor allem im alltäglichen Sprachgebrauch verwendet man ‚Schuld' bis heute in diesem kausalen Sinne. Die strafrechtliche Schuldzuschreibung lässt sich daher als alltagspsychologische Kausalattribution verstehen"[26].

2. Sicherlich ist die Zahl der Strafrechtler, die sich vom neurowissenschaftlichen Diskurs verführen ließen, deutlich kleiner als die derer, die ihn mit Vorsicht und kritischem Geist untersuchten. Zum Beispiel vergleicht *Klaus Lüderssen* die Thesen von *Roth* und *Singer* mit einigen Ideen, die in der Vergangenheit von dem italienischen Gerichtsmediziner *Cesare Lombroso* vertreten wurden.[27] Ebenso weist *Amanda Pustilnik*, Professorin an der University of Maryland, äußerst besorgt auf die Parallelen hin, die zwischen diesem neuen „Neuro-Strafrecht" und alten kriminologischen Strömungen wie der Phrenologie, der *lombroso*ianischen Kriminalanthropologie und der forensischen Psychiatrie mit chirurgischem Ansatz bestehen (bekannt für ihre Lobotomie- und Elektrodenimplantationstechniken).[28] Auch *Winfried Hassemer* erklärte, dass der derzeitige neurowissenschaftliche Diskurs inhaltlich, strategisch und rhetorisch den einst von „Menschenvermessern" wie *Lombroso* und *Ferri* vertretenen Thesen gefährlich nahe komme.[29] *Hassemer* wirft Neurowissenschaftlern wie *Roth* einen „Kategorienfehler" bei der Übertragung ihrer Forschungsergebnisse auf den Strafrechtsbereich vor. Dieser „Kategorienfehler", so *Hassemer*, „stammt aus der Verletzung eines Grundsatzes der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie", der laut ihm in Folgendem besteht: „Jede Wissenschaft sieht nur das, zu dem ihre Instrumente ihr Zugang erlauben und findet nur dort eine Antwort, wo ihr Instrumentarium ihr eine Frage erlaubt, die der Antwort auf der kategorialen Ebene entspricht [...]. Wenn eine Wissenschaft außerhalb des ihr zugänglichen Rahmens agiert, verwechselt sie die Dinge und die Kategorien und schafft Chaos."[30] Die Leugnung der menschlichen Verantwortlichkeit, warnt *Hassemer*, bedeute die Eliminierung eines grundlegenden Konzepts nicht nur aus unserem Rechtssystem, sondern auch aus unserer gesellschaftlichen Realität.[31] Und er kommt zu dem Schluss: Verantwortlichkeit sei kein Begriff, der auf biologischen Daten basiert, sondern vielmehr eine Praxis, in der Individuen sich selbst und andere als Menschen (und nicht als Automaten) erkennen und sich entsprechend dieser Erkenntnis verhalten.[32] In Spanien hat *Feijoo Sánchez* die Verbindung von Neurowissenschaften und Strafrecht kritisiert.[33] *Feijoo Sánchez* wirft Wissenschaftlern wie *Prinz*, *Roth* und *Singer* vor, in ihren Schlussfolgerungen übertrieben reduktionistisch zu sein. Diese Autoren, so *Feijoo Sánchez*, schlössen aus ihrer Perspektive wichtige soziale Aspekte des Problems aus.[34] Für *Feijoo Sánchez* kann diese Missachtung des Sozialen nur zu totalitären Lösungen führen, die durchaus mit denen vergleichbar seien, die der naturalistische Positivismus Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts anbot.[35] Beispielsweise ist *Roths* Vorschlag, „die Möglichkeiten der Spezialprävention bei der Vollstreckung einer aus Gründen der positiven Generalprävention verhängten Strafe zu potenzieren", für *Feijoo Sánchez* eine Art Rückbesinnung auf das Marburger Programm *Franz von Liszts*.[36] Aber wie können wir nun die gefährliche affair verhindern, die sich zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht anbahnt? *Feijoo Sánchez* gibt auf diese Frage folgende Antwort: „Da es eine ‚strukturelle Kopplung' zwischen dem Rechtssystem und den empirischen Wissenschaften geben muss, können normative Lösungen folglich niemals unvereinbar mit den von den empirischen Wissenschaften eingeführten Konstruktionen sein, da diese ein grundlegendes Element der Gestaltung und Definition westlicher Gesellschaften im 21. Jahrhundert sind. Die Rechtskonstruktionen müssen von anderen gesellschaftlichen Diskursen wie der Neurologie oder der Psychologie beeinflusst werden, aber diese Diskurse müssen auch dem Rechtsdiskurs unterworfen werden [...]. Wenn wir die Frage in Begriffen formulieren, die weniger mit der Theorie sozialer Systeme verbunden sind, ist das Recht eine Ordnung, die ausgehend von einer ‚natürlichen Welt' eine institutionelle Ordnung schafft, obwohl dies nicht bedeutet, dass die natürliche Welt die institutionelle Welt erklären kann."[37] Basierend auf dieser methodischen Option vertritt *Feijoo Sánchez* ein kommunikatives Konzept von Freiheit. Er sagt: Die Freiheit, die dem Strafrecht zugrunde liegt, sei nicht, wie manche Neurowissenschaftler gerne hätten, ein brute fact[38], also eine vorsoziale Tatsache, sondern vielmehr ein Konstrukt; sie sei ein Organisationsprinzip eines Rechtsstaats, das seinen Ursprung in der menschlichen Interaktion (genauer gesagt in der Erkenntnis, die Subjekte von sich selbst und von anderen als Menschen haben) und in der Praxis der Zuweisung von Verantwortlichkeit habe.[39]

[26] *Spilgies*, KriPoZ 2022, 160 (162).
[27] *Lüderssen*, in: Geyer (Fn. 4), S. 98 (98).
[28] *Pustilnik*, Wake Forest Law Review 44 (2009), 183.
[29] *Hassemer*, InDret 2 (2011), 1 (2).
[30] *Hassemer*, InDret 2 (2011), 1 (6); *ders*., ZStW 121 (2009), 829 (846 f.). Kritik an den Neurowissenschaftlern wegen eines „Kategorienfehlers" übt auch *Hillenkamp*, in: Hillenkamp (Fn. 5), S. 85 (110).
[31] *Hassemer* InDret 2 (2011), 1 (8 f.); *ders*., ZStW 121 (2009), 829 (849).
[32] *Hassemer* InDret 2 (2011), 1 (9 f.).
[33] *Feijoo Sánchez*, InDret 2 (2011), 1.
[34] *Feijoo Sánchez*, InDret 2 (2011), 1 (10).
[35] *Feijoo Sánchez*, InDret 2 (2011), 1 (11 ff.).
[36] *Feijoo Sánchez*, InDret 2 (2011), 1 (10 f.).
[37] *Feijoo Sánchez*, InDret 2 (2011), 1 (20 f.).
[38] Zur Vorstellung der brute facts siehe *Searle*, The construction of social reality, 1995, S. 27 ff.
[39] *Feijoo Sánchez*, InDret 2 (2011), 1 (42 ff.).

3. Zur Gruppe der Skeptiker gehören schließlich Namen wie *Klaus Günther*, *Günther Jakobs*, *Michael Pawlik*, *Stephen Morse*, *Rolf Dietrich Herzberg*, *Konstantina Papathanasiou*, *Claus Roxin* und *Luís Greco*. Beginnen wir mit der Position von *Klaus Günther*. Die interessante Strategie, mit der *Günther* das Problem angeht, besteht darin, strafrechtliche Theorien zu Willenshandlung und Schuld nicht direkt mit den jüngsten Fortschritten in den Neurowissenschaften zu konfrontieren, sondern von der beeindruckenden Faktizität der sozialen Praxis der Verantwortungszuschreibung auszugehen. Seine Vision zu diesem Thema bereits vorwegnehmend, fragt *Günther* also, ob die bewundernswerte Faktizität dieser sozialen Praxis nicht die neurowissenschaftliche Widerlegung der menschlichen Willensfreiheit zu etwas strafrechtlich völlig Irrelevantem macht.[40] Bei der Verteidigung seiner Position führt *Günther* folgende Argumente an: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit sei ein Konstrukt, das von sozialen, politischen, historischen und kulturellen Faktoren abhängt; folglich hängt die Frage, ob und inwieweit „causal factors of human behaviour influence the attribution of responsibility depends on a normative decision about the rules governing the attribution process".[41] *Günther* stellt fest, dass sich dies schon ab der ersten Stufe der notwendigen Bedingungen von Schuldunfähigkeit, zeigt, die der biopsychologischen Komponente entspricht[42]. In ihr „zählt nicht allein der medizinische Kenntnisstand über die körperlichen und psychischen Erkrankungen oder Störungen, die so tiefgreifend sein müssen, dass sie die auf der zweiten Stufe geforderte Einsichts- und Steuerungsunfähigkeit feststellen lassen. Der medizinische Kenntnisstand trifft auf eine normativ orientierte Kriminalpolitik, die nach ihren eigenen Kriterien darüber entscheidet, welche medizinischen Krankheitsbilder in den für die Schuldunfähigkeit relevanten Bereich einbezogen werden."[43] *Günthers* Schlussfolgerungen sind folgende: Begriffe wie Willenshandlung und Willensfreiheit seien wesentliche Merkmale unserer gesellschaftlichen Realität; durch die Zuweisung von Verantwortung perpetuieren wir die Erzählung über das, was wir als „normales" oder „abnormales" Verhalten betrachten; es sei durchaus möglich, dass der freie Wille, wie einige Neurowissenschaftler vertreten, eine Illusion ist, aber es ist eine Illusion, die für uns Menschen absolut real ist und auf deren Grundlage wir unser Leben organisieren; den Gedanken des freien Willens aufzugeben, würde bedeuten, einen grundlegenden Teil unserer Welt aufzugeben.[44] Ein weiterer Autor, der dem Thema skeptisch gegenübersteht, ist *Günther Jakobs*. Bei der Problemanalyse geht *Jakobs* von der Überlegung aus, dass zwischen den Naturwissenschaften und den Organisationsprinzipien einer Gesellschaft ein Verhältnis von „Scharnier" bestehen muss. Mit dem Ausdruck „Scharnier" meint *Jakobs*, dass beide Seiten unter Beachtung gewisser Grenzen die Möglichkeit haben, ihre eigene Bewertung der Realität vorzunehmen. So sagt *Jakobs*: „Beruft sich die (formelle) Person nach einem Delikt auf ihre individuelle Hirnanatomie, blockt die normativ verfasste Gesellschaft dies in der Regel [...] unter Hinweis auf die Zuständigkeit der Person ab, mit anderen Worten, durch Hinweis auf den freien Willen."[45] Mit Hilfe seiner bekannten Unterscheidung zwischen Individuum und Person stellt *Jakobs* Folgendes fest: Die Individuen als zur Umwelt gehörende psychophysische Einheiten, die durch Lust und Unlust bewegt werden, sind nicht frei; aber die Personen als Träger einer sozialen Rolle, also als Träger von Pflichten und Rechten, sind es wohl. In *Jakobs*' eigenen Worten: „Nur verantwortliche Personen, nicht aber kausaldeterminierte Individuen, benötigen Freiräume (Kausal-Determinierten sind bequeme Räume angemessen, analog zum Tierschutz), und nur mit verantwortlichen Personen können Freiräume institutionell garantiert werden."[46] Daher ist für *Jakobs* der freie Wille keine Voraussetzung der Verantwortung, sondern genau das Gegenteil: Nur wer verantwortlich ist, ist frei;[47] Freiheit sei keine natürliche Gegebenheit, sondern ein Konstrukt, das sich aus einer normativen Ordnung ableitet[48]. Eine ähnliche Position wie *Jakobs* vertritt sein Schüler *Michael Pawlik*. Dieser versteht unter freiem Willen die „Fähigkeit zur Selbstbindung durch Gründen".[49] Für *Pawlik* ist der freie Wille keine biologische Tatsache, deren Existenz mit naturwissenschaftlichen Methoden bewiesen oder auch widerlegt werden kann, sondern eine soziale Institution.[50] Der Idee der Freiheit sei das Moment der Verantwortlichkeit immanent: „An der von ihm vollzogenen Selbstbindung darf der einzelne von seiner sozialen Umwelt festgehalten werden"[51]. Deshalb „können nur jenen Personen, die als für ihr Tun verantwortlich angesehen werden, Handlungsfreiräume institutionell garantiert werden".[52]

Sehen wir uns nun die Position von *Stephen Morse* an. Er behauptet, dass die „neurowissenschaftliche Revolution" unser Verständnis von strafrechtlicher Verantwortung in keiner Weise gefährdet, da seiner Meinung nach der Begriff der Verantwortung nichts mit der Vorstellung des freien Willens zu tun hat, sondern vielmehr mit normativen Kriterien, insbesondere denen von Rationalität des Handelns.[53] Der Professor an der University of Pennsylvania stellt Folgendes fest: Selbst wenn eine Person beispielsweise an einer schwerwie-

[40] *Günther*, in: Maasen/Prinz/Roth (Fn. 2), S. 263 (265).
[41] *Günther* (Fn. 40), S. 263 (269).
[42] *Günther*, in: Neumann (Hrsg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, S. 71 (78); *ders.*, KJ 2 (2006), 116 (120).
[43] *Günther* (Fn. 42), S. 78; *ders.*, KJ 2 (2006), 116 (120).
[44] *Günther* (Fn. 40), S. 263 (272 ff.); *ders.* (Fn. 42), S. 86; *ders.*, KJ 2 (2006), 116 (125 f.).
[45] *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 247 (258).
[46] *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 247 (261).
[47] Eine sehr ähnliche Position wird vertreten von *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 102: „Dem Menschen wird nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird".
[48] *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 247 (263).
[49] *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, S. 282.
[50] *Pawlik* (Fn. 49), S. 282.
[51] *Pawlik* (Fn. 49), S. 282.
[52] *Pawlik* (Fn. 49), S. 282.
[53] *Morse*, in: Garland (Hrsg.), Neuroscience and the Law: Brain, Mind, and the Scales of Justice, 2004, S. 157 (165): „Rationality is the touchstone of responsibility".

genden geistigen Anomalie leidet, wird sie als verantwortlich angesehen, wenn ihr Verhalten als minimal rational beurteilt werden kann.[54] Daher liegt für *Morse* die Grundlage der Verantwortung in der Rationalität und nicht im freien Willen.

Eine Konzeption, die ebenfalls hervorgehoben werden muss, ist die von *Rolf Dietrich Herzberg* entwickelte. *Herzberg* betonte, dass die Ergebnisse der modernen neurowissenschaftlichen Forschung für das Strafrecht irrelevant seien, da nach Ansicht dieses Autors die Willensfreiheit für die Frage der Schuld unnötig sei. Laut *Herzberg* muss die Schuld des Subjekts auf dessen Charakter beruhen, genauer gesagt: Für *Herzberg* muss eine Person als schuldig betrachtet werden, wenn ihre Handlungen oder Unterlassungen auf in ihrer Persönlichkeit liegenden Gründen beruhen.[55] Es handelt sich also um die Übernahme eines Charakterschuldmodells.

Nach wie vor von großem Interesse ist das von *Konstantina Papathanasiou* entwickelte Konzept. In einem Werk von großer Gelehrsamkeit vertritt *Papathanasiou*, dass das Strafrecht auf die Diskussionen achten muss, die in anderen Disziplinen, wie zum Beispiel den Neurowissenschaften, stattfinden. Dies bedeute jedoch nicht, meint *Papathanasiou*, dass sich das Strafrecht zwangsläufig an solche Orientierungen halten müsse, da es sich in einem eigenen und unabhängigen Gebiet bewege. *Papathanasiou* betont: Obwohl die neuere Hirnforschung neue – neurobiologisch bedingte – Einschränkungen unserer Freiheit aufzeigt und uns so dabei hilft, mehr über uns selbst zu erfahren, zwinge uns dies nicht dazu, unser traditionelles Selbstbild als freie, moralische und schöpferische Wesen aufzugeben. Von hier aus begreift *Papathanasiou* das Schuldprinzip als Axiom, das zutiefst mit dem Bild des homo autonomus et inspiratus verbunden ist.[56]

Auch *Wolfgang Schild* hat eine grundsätzlich skeptische Haltung gegenüber dem Thema. *Schild* geht davon aus, dass die Ergebnisse moderner neurowissenschaftlicher Forschung beachtet und ernst genommen werden müssen. Es sei lächerlich, sagt *Schild*, wenn ein Nicht-Neurowissenschaftler die Schlussfolgerungen der auf diesem Gebiet durchgeführten Forschungen zurückweisen würde.[57] Er gibt jedoch zu bedenken, dass das Problem in all den Eingriffen in die Neurowissenschaften liegt, die über ihren Untersuchungsgegenstand hinaus in umfassendere Themen wie den freien Willen oder sogar die Frage der Verantwortung vordringen.[58] Aus diesem Grund kritisiert *Schild* die Haltung von Neurowissenschaftlern, die über die Grenzen ihrer eigenen Wissenschaft hinausgehen und so handeln wollen, als seien sie tatsächliche Rechtsdogmatiker.[59] *Schild* vertritt, dass die Neurowissenschaften mit ihren empirischen Methoden die Frage nach den Grundlagen des Strafrechts nicht klären können. Schließlich, so *Schild* unter Zitierung des Neurowissenschaftlers *Niels Birbaumer*: „Weder freier noch unfreier Wille lässt sich beobachten, da wir kein neuronales Korrelat von Freiheit kennen".[60]

Sehen wir uns abschließend die Position von *Claus Roxin* und *Luís Greco* zu diesem Thema an. Ausgehend von den Überlegungen von *Reinhard Merkel* und *Boris Bröckers* zum Problem des freien Willens des Menschen vertreten *Roxin* und *Greco*, dass die wahre Schwierigkeit nicht auf der methodischen Ebene oder gar im Bereich der empirischen Evidenz liegt, sondern vielmehr in der logisch-konzeptionellen Dimension. Für sie liegt der Kern des Problems bereits in der Definition dessen, was der freie Wille des Menschen ist.[61] Die Lösung sei daher, zu verstehen, dass Schuld nicht auf diesem unergründlichen Konzept beruht, sondern auf einer Tatsache, die sie als empirisch nachweisbar erachten, nämlich der normativen Ansprechbarkeit, verstanden als die Fähigkeit, die jeder von uns grundsätzlich besitzt, sich entsprechend der Normen zu verhalten.[62] *Roxin* und *Greco* machen klar, dass die Schuld in ihrem System als ein empirisch-normatives Phänomen erscheint: Sobald mit Methoden der Psychologie und Psychiatrie nachgewiesen wird, dass die Kontrollfähigkeit des Subjekts intakt ist und es folglich für den „Anruf der Norm disponiert" ist, wird es als frei behandelt.[63] Diese Annahme der Freiheit bestehe in einer „normativen Setzung" oder „sozialen Spielregel", die gegenüber jeglicher naturwissenschaftlichen Forschung eine Unabhängigkeit bzw. Neutralität beibehält und die darüber hinaus eine grundlegende Rolle bei der Eindämmung der Exzesse der Strafgewalt spielt.[64]

Erwähnt werden muss hier auch der „humanistische Kompatibilismus" von *Demetrio Crespo*, eine subtile Theorie, die in keine der genannten Gruppen passt und als sui generis eingestuft werden muss. Wie der Autor selbst feststellt, ist der „humanistische Kompatibilismus" an einem Zwischenpunkt zwischen starkem (Neuro-)Determinismus und dem Indeterminismus des freien Willens angesiedelt und möchte als Kompromiss oder versöhnende Lösung zwischen beiden dienen. Einerseits lehnt *Demetrio Crespo* einen starken Determinismus ab und geht davon aus, dass Menschen über einen gewissen Freiheitsspielraum oder ein Mindestmaß an Selbst-

[54] *Morse* (Fn. 53), S. 157 (179); *ders*., in: Katz/Moore/Morse (Hrsg.), Foundations of Criminal Law, 1999, S. 299.

[55] *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 98 ff.; *ders.*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 157 (163 ff.); *ders.*, ZStW 124 (2012), 12; *ders.*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 95; *ders*., in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 259.

[56] *Papathanasiou*, in: Funke/Schmolke (Hrsg.), Menschenbilder im Recht, 2019, S. 151.

[57] *Schild*, in: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, 2017, S. 11 (12).

[58] *Schild* (Fn. 57), S. 12 ff.

[59] *Schild* (Fn. 57), S. 17 ff.

[60] *Schild* (Fn. 57), S. 27 ff.

[61] *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 43 ff.; *Greco*, in: Demetrio Crespo/de la Cuerda Martín/García de la Torre (Hrsg.), Derecho Penal y Comportamiento Humano: Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial, 2022, S. 161 (165).

[62] *Roxin/Greco* (Fn. 61), § 19 Rn. 36 f.; *Greco* (Fn. 61), S. 161 (166).

[63] *Roxin/Greco* (Fn. 61), § 19 Rn. 37.

[64] *Roxin/Greco* (Fn. 61), § 19 Rn. 37 ff.

bestimmungsfähigkeit verfügen.[65] Andererseits geht er jedoch nicht in die Falle des Indeterminismus des freien Willens, da er auf der Grundlage neurowissenschaftlicher Erkenntnisse versteht, dass unsere Handlungen zumindest teilweise zuvor durch viele Faktoren bestimmt oder zumindest bedingt sind. Konkreter gesagt, vertritt *Demetrio Crespo* die Notwendigkeit, die Fortschritte der Neurowissenschaften zu berücksichtigen, sie jedoch stets dem „Filter" der Freiheit zu unterwerfen, der vor allem als Achtung vor der Menschenwürde verstanden wird.[66] Es geht also darum, eine fruchtbare Austauschbeziehung zwischen beiden Perspektiven herzustellen.

Nachdem wir diese tour d'horizon durch die verschiedenen Erscheinungsformen unserer Disziplin rund um das Thema gemacht haben, ist es an der Zeit, eine Antwort auf diese Frage zu geben.

III. Die Willensfreiheit im Strafrecht: eine funktionale Illusion

Wir verdanken *Sellars* die Aussage, dass die Hauptquelle der philosophischen Probleme unserer Zeit im Konflikt zwischen einem „manifesten Bild" und einem „wissenschaftlichen Bild" der Welt liegt. Das „manifeste Bild", betonte *Sellars*, entspreche der Welt, wie sie uns in unserem täglichen Leben erscheine, voll von festen Objekten, Farben, Aromen usw. Das „wissenschaftliche Bild" der Welt betreffe, wie der Ausdruck selbst andeutet, die Art und Weise, wie die Wissenschaft sie darstellt, nämlich bestehend aus Zellen, Molekülen, Atomen, Elektronen und Quarks.[67] Der berühmte englische Physiker *Arthur Eddington* drückte den oben erwähnten Konflikt gut aus, wenn er von dem Bild der „zwei Tische" zu sprechen pflegte – einem, den wir täglich benutzen und der vollkommen solide erscheint, und einem anderen, der aus nanoskopischer Sicht zusammengesetzt ist aus Atomen, die durch Leerräume voneinander getrennt sind.[68]

Wenn wir aufmerksam hinsehen, ist es genau diese Spannung zwischen der wissenschaftlichen Ontologie und der des gesunden Menschenverstandes, die den Kern des Problems der Willensfreiheit des Menschen ausmacht. Wenn die moderne Neurowissenschaft einerseits die Nichtexistenz des freien Willens befürwortet, ist es andererseits eine Tatsache, dass wir in unserem täglichen Leben tatsächlich ein echtes Gefühl von Freiheit erleben. Wir sehen uns und andere nicht als „verursachende Objekte", sondern als Wesen, die mit Freiheit und Würde ausgestattet sind.[69] Was kann man angesichts dieser Situation tun?

Zunächst ist festzuhalten, dass es ein schwerwiegender und unverzeihlicher Fehler wäre, die Ergebnisse moderner neurowissenschaftlicher Forschung zur menschlichen Willensfreiheit einfach zu ignorieren. Schließlich wird uns durch den unbestreitbaren Erfolg von Wissenschaften wie Physik, Chemie und Biologie ein naturalistisches Bild des Universums praktisch aufgezwungen. Selbst eine grundsätzlich normativistische Wissenschaft, wie es beim Strafrecht der Fall ist, kann sich minimal naturalistischen Verpflichtungen nicht entziehen, wenn sie irgendeine Auswirkung auf die Realität haben will. Daher muss sich die Strafrechtswissenschaft darüber im Klaren sein, was Neurowissenschaftler sagen: Es gibt starke empirische Beweise dafür, dass der freie Wille des Menschen nicht existiert.

Aus dieser Beobachtung ergeben sich zwei grundsätzliche Möglichkeiten:

1. Die erste besteht darin, jede Art von strafrechtlicher Verantwortlichkeit abzulehnen. Die zugrunde liegende Logik wäre folgende: Wenn der Determinismus wahr ist, dann wird, in Übereinstimmung mit den Naturgesetzen, alles menschliche Verhalten sowie das Verhalten aller Dinge, die im Universum existieren, kausal durch vorhergehende Bedingungen bestimmt. Da wir jedoch weder für die Bedingungen verantwortlich sind, die unserem Verhalten vorausgingen, noch für die Naturgesetze, die es bestimmen, können wir nicht für unser Verhalten verantwortlich gemacht werden.[70] Diese Option, die als „neuroabolitionistisch" eingestuft werden könnte, stünde vor zwei Herausforderungen von kolossalem Ausmaß: Einerseits würden wir selbst angesichts des neurowissenschaftlichen Nachweises der Nichtexistenz der Willensfreiheit des Menschen kaum auf unsere reaktive Haltung gegenüber einer Straftat verzichten;[71] wenn wir aber andererseits hypothetisch in der Lage wären, auf solche Einstellungen zu verzichten, wären die daraus resultierenden gesellschaftlichen Konsequenzen unerträglich.

2. Die zweite grundlegende Möglichkeit (realistischer und daher weniger utopisch) besteht darin, selbst angesichts des neurowissenschaftlichen Nachweises der Nichtexistenz des freien Willens des Menschen die Praxis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aufrechtzuerhalten, entweder (a) indem wir sie als pures und einfaches Bedürfnis nach gesellschaftlichem Schutz (frei von jeglichem Gefühl der Vorwerfbarkeit begreifen würden), sei es (b), weil wir verstehen, dass sie auf einem anderen Begriff basiert, wie etwa der Idee der „Autonomie" oder der „Fähigkeit zur Selbstkontrolle".

a) Hier wäre die zugrunde liegende Logik jene, die der niederländische Philosoph *Derk Pereboom* treffend beschrieben hat: Wenn es keinen freien Willen gibt, kann kein Krimineller für seine Handlungen (im Sinne von Vorwerfbarkeit)

[65] *Demetrio Crespo*, in: Demetrio Crespo/Maroto Calatayud (Hrsg.), Neurociencias y Derecho Penal, Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, 2013, S. 17 (28 f.).

[66] *Demetrio Crespo* (Fn. 65), S. 17 (34 ff.).

[67] *Sellars*, in: Colodny (Hrsg.), Frontiers of Science and Philosophy, 1962, S. 37. Zu dieser Frage siehe auch *Dennett*, Intuition Pumps and Other Tools for Thinking, 2013, S. 69 ff.; *ders.*, From Bacteria to Bach and Back – The Evolution of Minds, 2017, S. 60 ff.

[68] Vgl. *Dennett* (Fn. 67 – Intuition Pumps), S. 69.

[69] Siehe zu diesem Punkt *Gabriel*, Ich ist nicht Gehirn, 2017, S. 303 ff.

[70] Zu dieser Logik siehe *Caruso*, in: Dennett/Caruso (Hrsg.), Just Deserts: Debating Free Will, 2021, S. 46.

[71] Zu dieser Frage siehe *P. Strawson*, Freedom and Resentment and Other Essays, 2008, S. 1 ff.

zur Verantwortung gezogen werden; viele Menschen mit schweren übertragbaren Krankheiten sind nicht dafür verantwortlich, dass sie sich mit ihnen infiziert haben, aber dennoch stimmen wir im Allgemeinen darin überein, dass es erlaubt ist, sie unter Quarantäne zu stellen, und dass der Grund dafür darin besteht, Schaden für andere abzuwenden; aus ähnlichen Gründen könnte es, selbst wenn ein Straftäter nicht für seine Taten zur Verantwortung gezogen werden kann (nochmals: im Sinne von Vorwerfbarkeit), genauso legitim sein, ihn einzusperren, wie es legitim ist, den unverantwortlichen Überträger einer schweren übertragbaren Krankheit unter Quarantäne zu stellen.[72]

Dies wäre die Linie derjenigen (bereits erwähnten) Autoren, die ein neues „Neuro-Strafrecht" befürworten. Wie wir sahen, würde dieses neue „Neuro-Strafrecht" darauf abzielen, die Vorstellungen von Schuld (als Vorwerfbarkeit) und Bestrafung aufzugeben, um dann zu einer Art „Medizin-Gesundheitsrecht" zu werden, dessen Ziel darin bestehen würde, die Bedingungen festzulegen, unter denen es legitim wäre, Straftätern Maßregeln zur Besserung. Angesichts der schädlichen Folgen, die sich daraus sicherlich für die bürgerlichen Grundrechte ergeben würden, scheint dies jedoch keine akzeptable Alternative zu sein. Tatsächlich brächte die Ersetzung des Strafrechts durch ein „Maßregelrecht" im Gegensatz zu dem, was man naiv annehmen könnte, keine humanitäreren Lösungen hervor. Die Geschichte des Strafrechts zeigt dies eindeutig, und wir werden noch auf diesen Punkt zurückkommen.

b) Hier bestünde die Strategie darin, den Begriff von Schuld/Verantwortung auf eine andere Grundlage als die traditionelle Vorstellung von der Willensfreiheit des Menschen zu gründen, etwa auf den Begriff der „Autonomie" oder der „Fähigkeit zur Selbstkontrolle". *Daniel Dennett* ist einer der bedeutendsten Vertreter dieser Linie. Die von *Dennett* entwickelte interessante These basiert auf einer Kritik eines bekannten Arguments des englischen Philosophen *Galen Strawson* gegen die Existenz von absolut freiem Willen und moralischer Verantwortung. *Strawsons* Argumentation ist wie folgt aufgebaut:

- Wir tun, was wir tun, in jeder Situation, dank der Art und Weise, wie wir sind.
- Um in letzter Instanz moralisch verantwortlich zu sein (ultimately morally responsible) für das, was wir tun, müssten wir daher für die Art und Weise verantwortlich sein, wie wir sind (jeder von uns müsste causa sui sein).
- Da jedoch unsere Gene, unsere Kultur, unsere Bildung und andere „prägende Umstände" (formative circumstances) dazu beitragen, dass wir bestimmte Veranlagungen und bestimmte charakterologische Merkmale haben, die jeden von uns zu dem machen, was wir sind, und da wir über sie keine Kontrolle haben, ist der zu sein, der wir sind, zu einem großen Teil eine Frage des Zufalls.
- Folglich sind wir nicht in letzter Instanz für das verantwortlich, was wir tun.[73]

Dennett vertritt, dass moralische Verantwortung keine Verantwortung in letzter Instanz erfordert. Laut *Dennett* können wir für unsere Handlungen verantwortlich sein, auch wenn wir nicht in letzter Instanz für sie verantwortlich sind.[74]

Dennett gibt zu, dass es zu einem großen Teil eine Frage des Zufalls ist, der zu sein, der wir sind, da wir die Faktoren und Umstände, die zu unserer Prägung beitragen, nicht kontrollieren können. Es muss jedoch beachtet werden, dass wir mit zunehmender Reife lernen, unsere Handlungen zu kontrollieren. Und sobald wir Kontrolle über unsere Handlungen haben, können wir zumindest teilweise (im Sinne der Vorwerfbarkeit) für sie verantwortlich gemacht werden.[75] In *Dennetts* eigenen Worten:

> „[...] autonomy is something one grows into, and this is indeed a process that is initially entirely beyond one's control, but as one matures, and learns, one begins to be able to control more and more of one's activities, choices, thoughts, attitudes, etc. Yes, a great deal of luck is involved, but then a great deal of luck is involved in just being born, in being alive. We human beings are well designed to take advantage of the luck we encounter, and to overcome or deflect or undo the bad luck we encounter, to the point where we are held responsible for not taking foolish chances (for instance) that might lead to our losing control. There is no incompatibility between determinism and self-control."[76]

Obwohl *Dennett* anerkennt, dass in diesem gesamten Prozess „a great deal of luck is involved", müsste man noch weiter gehen und realistischerweise feststellen, dass letztendlich „luck swallows everything".[77] Tatsächlich scheint der Zufall jeden Aspekt unserer Existenz zu durchdringen, sodass für die Idee von „Autonomie" oder „Fähigkeit der Selbstkontrolle" kaum Raum wäre. *Caruso* stellt fest:

> „Consider the significant role luck plays in our lives. First, there is the initial ‚lottery of life' or ‚luck of the draw', over which we have no say. Whether we are born into poverty or affluence, war or peace, abusive or loving homes, is simply a matter of luck. It is also a matter of luck what natural gifts, talents, predispositions, and physical traits we are born with. Beyond this initial lottery of life, there is also the luck of what breaks one encounters

[72] *Pereboom*, Living Without Free Will, 2001, S. 174 ff.; *ders*., Free Will, Agency, and Meaning in Life, 2014, passim, worin er sein bekanntes Quarantäne-Modell vorstellt. Ein „public health-quarantine model" verteidigt ebenfalls *Caruso*, Rejecting Retributivism: Free Will, Punisment, and Criminal Justice, 2021, S. 184 ff.; *ders*., (Fn. 70), S. 118 ff.

[73] *G. Strawson*, in: Things That Bother Me: Death, Freedom, The Self, Etc., 2018, S. 62 ff.

[74] *Dennett* (Fn. 67 – Intuition Pumps), S. 393 ff.

[75] *Dennett*, Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting, 1984, passim; *ders.*, Freedom Evolves, 2003, passim.

[76] *Dennett*, in: Denett/Caruso (Fn. 70), S. 26.

[77] *G. Strawson* (Fn. 73), S. 62 (62 ff.). Ebenfalls in diesem Sinne *Caruso* (Fn. 70), S. 28.

> during one's period of self-formation, and what environmental influences are most salient to us. Combined, these matters of luck determine what *Thomas Nagel* famously calls constitutive luck – luck in who one is and what character traits and dispositions one has. Since our genes, parents, peers and other environmental influences all contribute to making us who we are, and since we have no control over these, it seems that who we are is at least largely a matter of luck. And since how we act is partly a function of who we are, the existence of constitutive luck entails that what actions we perform depends on luck."[78]

Angesichts der Undurchführbarkeit der bis hierher vorgestellten Antworten möchten wir einen alternativen Weg vorschlagen. In diesem Zusammenhang ist die zu stellende grundlegende Frage vielleicht diese: Können wir angesichts des neurowissenschaftlichen Nachweises der Nichtexistenz des freien Willens des Menschen eine solche Vorstellung ohne Weiteres aufgeben? Oder spielt der Gedanke der Willensfreiheit auf gesellschaftlicher und rechtlicher Ebene eine grundlegende Rolle, sodass wir ihn nicht einfach aufgeben können?

Wir möchten hier eine sozusagen strafrechtliche Variante einer Position vertreten, die im philosophischen Bereich als „Illusionismus" (illusionism) bekannt geworden ist[79]. Der „Illusionismus" besteht in einer Strömung, die, obwohl sie die illusorische Natur der Willensfreiheit des Menschen anerkennt, versteht, dass es sich hierbei um eine Fiktion handelt, die eine äußerst positive Rolle in der Gesellschaft spielt, sodass wir moralische Gründe hätten, sie beizubehalten. Wie einer der bedeutendsten Vertreter dieser Strömung, der israelische Philosoph *Saul Smilansky*, feststellt, kann die radikal deterministische Perspektive „[be] extremely damaging to our view of ourselves, to our sense of achievement, worth, and self-respect."[80] Das liegt daran, dass wir zwar determinierte Wesen sind, aber doch Mitglieder einer Verantwortungsgemeinschaft (Community of Responsibility*)* sein wollen, in der unsere Entscheidungen die moralische Antwort bestimmen, die wir erhalten, sei es im Sinne der Anerkennung des Verdienstes unserer guten Taten oder im Sinne der Vorwerfbarkeit derjenigen, die als schlecht betrachtet werden.[81] Daher ist die Wahrung der Verantwortungsgemeinschaft eine Grundvoraussetzung für die Wahrung der Würde des Menschen.[82]

Und diesbezüglich gibt es Belege. Tatsächlich sind vor einigen Jahren Auszüge aus erschreckenden E-Mails an die Öffentlichkeit gelangt, die an den Philosophen *Galen Strawson* – wie wir gesehen haben, ein notorischer Verfechter der Nichtexistenz der menschlichen Willensfreiheit – gesandt worden waren, und in denen einige seiner Leser ihn für die Zerstörung ihres Lebens verantwortlich machten. In einer der Nachrichten heißt es: „I lost everything because of you – my son, my partner, my job, my home, my mental health. All because of you, you told me I had no control, how I was not responsible for anything I do [...], Goodbye, and good luck with the rest of your cancerous, evil, pathetic existence."[83] In einer anderen E-Mail wird dem britischen Philosophen sogar gedroht: „I'm coming for you!"[84]. Laut *Strawson* ist diese heftige Reaktion auf eine Art „existenzielle Katastrophe" zurückzuführen, die manche Menschen erleben, wenn sie mit der Vorstellung konfrontiert werden, dass der freie Wille des Menschen nicht existiert. Genau aus diesem Grund warnen einige Philosophen in letzter Zeit vor den Gefahren der wahllosen Verbreitung einer solchen Idee. Einer von ihnen ist *Daniel Dennett*, der Neurowissenschaftler, Psychologen und seine eigenen Kollegen dazu aufgerufen hat, den Menschen nicht mehr zu sagen, sie hätten keine Willensfreiheit. In *Dennetts* Worten:

> „Neuroscientists, psychologists, and philosophers need to take seriously their moral obligation to think through the presuppositions and implications of their public pronouncements on these issues with the same care that is demanded of people who hold forth on global warming or impending asteroid strikes. For just one example, consider the message that wily social critic and observer Tom Wolfe finds in the pronouncements of these neuroscientists: ‚The conclusion people out beyond the laboratory walls are drawing is: ‚The fix is in! We're all hardwired! That, and: ‚don't blame me! I'm wired wrong!'"[85]

Doch nicht nur aus gesellschaftlichen Gründen empfiehlt es sich, an der Idee des freien Willens des Menschen festzuhalten (auch wenn es sich um eine Illusion handelt). Es scheint auch strafrechtliche Gründe dafür zu geben. Tatsächlich möchte ich in den folgenden Zeilen darauf hinweisen, dass die Fiktion der Freiheit von grundlegender Bedeutung für die präventive Wirksamkeit des Strafrechtssystems und gleichzeitig für den Schutz des Täters einer Straftat zu sein scheint. Betrachten wir dies also.

Im Jahr 2008 führten die Psychologen *Kathleen Vohs* und *Jonathan Schooler* unter Beteiligung von 30 Personen ein interessantes Experiment durch, um die Hypothese zu testen, dass der Glaube an die Nichtexistenz des freien Willens des Menschen zu sozial schädlichen Verhaltensweisen wie Schummeln (cheating) führt.[86] Das genannte Experiment kann wie folgt beschrieben werden: Durch Auslosung wurden einige Teilnehmer eingeladen, eine Passage aus dem Werk „The Astonishing Hypothesis" von *Francis Crick* vorzulesen, in

[78] Siehe zu dieser Frage *Caruso* (Fn. 70), S. 28.
[79] *Smilansky*, Free Will and Illusion, 2000, passim; *ders.*, in: Kane (Hrsg.), The Oxford Handbook of Free Will, 2011, S. 425.
[80] *Smilansky*, in: Manekin/Kellner (Hrsg.), Freedom and Moral Responsibility: General and Jewish Perspectives, 1997, S. 85 (94).
[81] *Smilansky* (Fn. 79), S. 425 (430 ff.).
[82] *Smilansky* (Fn. 79), S. 425 (432).
[83] Verfügbar bei *Burkeman*, Guardian v. 27.4.2021, abrufbar unter www.theguardian.com/news/2021/apr/27/the-clockwork-universe-is-free-will-an-illusion (12.11.2025).
[84] Verfügbar bei *Burkeman* (Fn. 83).
[85] *Dennett* (Fn. 67 – Intuition Pumps), S. 358.
[86] *Vohs/Schooler*, Psychological Science 19 (2008), 49.

dem der berühmte Molekularbiologe und Nobelpreisträger die Existenz eines breiten wissenschaftlichen Konsenses über den illusorischen Charakter der menschlichen Willensfreiheit bekräftigt. Die anderen Teilnehmer wurden eingeladen, einen weiteren Auszug aus diesem Werk zu lesen, in dem es nicht um die Frage des freien Willens ging. Anschließend wurden alle Teilnehmer aufgefordert, 20 Rechenaufgaben am Computer zu lösen (z.B. 1 + 8 + 18 – 12 + 19 – 7 +17 – 2 +8 – 4 = ?). Ihnen wurde gesagt, dass es einen Fehler im Programm gäbe, der dazu führe, dass bei dem Versuch, jede Aufgabe zu lösen, die richtige Antwort auf dem Bildschirm angezeigt werde, dass dies jedoch durch Drücken der Leertaste vermieden werden könne. Darüber hinaus wurde ihnen mitgeteilt, dass man zwar nicht wissen könne, ob sie die Leertaste gedrückt hätten oder nicht, dass sie aber versuchen sollten, die Aufgabe ohne Schummeln zu lösen. Es stellte sich heraus, dass das Programm in Wahrheit nicht nur entwickelt worden war, um die Antwort auf die Aufgaben anzuzeigen, sondern auch, um aufzuzeichnen, wie oft der Teilnehmer die Leertaste gedrückt hatte. Auf diese Weise war es möglich, den Grad des Schummelns bei jedem von ihnen zu messen. *Vohs* und *Schooler* fanden heraus, dass Teilnehmer, die den Auszug aus *Cricks* Buch über die Nichtexistenz des freien Willens des Menschen lasen, häufiger schummelten als diejenigen, die Kontakt mit dem „neutralen" Auszug aus dem Werk hatten, und bestätigten damit die ursprüngliche Hypothese, dass die Verbreitung einer deterministischen Weltanschauung derartige Verhaltensweisen fördert.

Hier muss auf eine relevante Frage geachtet werden. Im letzten Teil der genannten Studie stellen *Vohs* und *Schooler* fest: „It is important not to overinterpret our findings."[87] Und sie stellen klar: „Our experiments measured only modest forms of ethical behavior, and whether or not free-will beliefs have the same effect on more significant moral and ethical infractions is unknown."[88] Es ist allerdings so, dass *Vohs* und *Schooler*, vielleicht weil sie keine Juristen sind, die Tatsache ignorieren, dass Schummeln (cheating) wesentlicher Bestandteil einer Vielzahl schwerwiegender Straftaten wie Betrug, insider trading, Steuerhinterziehung usw. ist.[89] Daher glaube ich, dass es nicht falsch wäre, auf Basis der Studie von *Vohs* und *Schooler* zu sagen, dass der Glaube an die Nichtexistenz des freien Willens des Menschen die Ausübung gesellschaftlich schädlicher und sogar potenziell krimineller Verhaltensweisen fördert.

Ein Jahr nach der Studie von *Vohs* und *Schooler* veröffentlichten drei weitere renommierte Psychologen, *Baumeister*, *Masicampo* und *DeWall*, eine Studie, in der sie das Nichtglauben an den freien Willen des Menschen mit egoistischen und aggressiven Verhaltensweisen in Verbindung brachten.[90] Und im Jahr 2014 veröffentlichten *Zhao*, *Liu*, *Zhang*, *Shi* und *Huang* eine interessante Studie, deren Ergebnisse darauf hindeuten, dass das Nichtglauben an die menschliche Willensfreiheit rassistische Verhaltensweisen fördert[91].

Obwohl neue Forschung erforderlich ist, um zu allgemeinen und endgültigen Schlussfolgerungen zu diesem Thema zu gelangen, steht fest, dass die schon präsentierten Ergebnisse darauf hindeuten, dass die Verbreitung einer deterministischen Weltsicht sozial schädliches und potenziell kriminelles Verhalten fördert. Es scheint also, dass es einen Zusammenhang zwischen dem Glauben an die Willensfreiheit des Menschen und der Verhinderung von potenziell kriminellem Verhalten gibt.

Aber das ist nicht alles. Es muss auch beachtet werden, dass die Willensfreiheit des Menschen eine Fiktion ist, die aufgrund ihrer in-bonam-partem-Wirkung den Täter einer Straftat begünstigt. Es geht um ihre Garantie gegen die Auswüchse von staatlicher Strafgewalt, die sicherlich auftreten würden, wenn wir mit einem auf als gefährlich eingestufte Personen anwendbaren „Maßregelrecht" arbeiten würden. Erinnern wir uns hier an die tragische Erfahrung, die Länder wie die USA, Schweden oder Norwegen mit den Resozialisierungspraktiken gemacht haben, die in den 1960er- und 1970er-Jahren durch die „Behandlungsideologie" eingeführt wurden. Betrachten wir näher, was geschehen ist.

Beginnen wir mit dem Fall der USA. Im Jahr 1970 basierte das US-amerikanische Strafjustizsystem auf drei Säulen, und zwar: Kriminelle leiden an einer Krankheit („criminals are sick"), sie müssen behandelt und rehabilitiert werden („they must be treated, not punished"), und das kann nur durch eine Praxis erreicht werden, welche die auf jeden Menschen anwendbare Sanktion entsprechend seinem Profil individuell anpasst.[92] Dieser Ansatz wurde als indeterminate sentencing bekannt. Unter indeterminate sentencing müssen wir eine Reihe von Vorkehrungen verstehen, die darauf abzielen, die Sanktion, insbesondere die Dauer der Haft, an den Grad der Gefährlichkeit jedes Straftäters und an das, was zu seiner Rehabilitierung erforderlich ist, anzupassen.[93] Innerhalb dieser Systematik konnten Richter bei ihren Strafen sehr weitgefasste strafrechtliche Rahmenbedingungen festlegen (z.B. von einem Tag Freiheitsstrafe bis hin zu lebenslanger Freiheitsstrafe oder auch Freiheitsstrafen von nicht weniger als fünf und nicht mehr als 20 Jahren), wobei ein parole board genannter Verwaltungsrat für die anschließende Entscheidung über den genauen Zeitpunkt des Erlöschens der Sanktion verantwortlich war, sobald die Person als rehabilitiert betrachtet wurde und daher bereit war, in das Leben der Gesellschaft zurückzukehren. Es ist zu beachten, dass in diesem System der Ermessensspielraum des Richters und des parole board so groß war, dass von ihnen nicht einmal verlangt wurde, ihre Entscheidungen zu begründen.

[87] *Vohs/Schooler*, Psychological Science 19 (2008), 49 (53).
[88] *Vohs/Schooler*, Psychological Science 19 (2008), 49 (53).
[89] Siehe zu dieser Frage *Green*, Lying, Cheating and Stealing, A Moral Theory of White-Collar Crime, 2006, S. 53 ff., 133 ff.
[90] *Baumeister/Masicampo/Dewall*, Personal and Social Psychological Bulletin 35 (2009), 260.
[91] *Zhao/Liu/Zhang/Shi/Huang*, PLOS One 9 (2014), 1.
[92] Siehe *Dershowitz*, University of Pennsylvania Law Review 123 (1974), 297; *Reitz*, in: Tonry (Hrsg.), The Handbook of Crime and Punishment, 1998, S. 542 (543); *Garland*, The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society, 2001, S. 34 ff.
[93] In der präzisen Definition von *Dershowitz*, University of Pennsylvania Law Review 123 (1974), 297 (298).

Die gravierenden Probleme, die sich daraus ergeben, sind bekannt: Der weite Ermessensspielraum, den dieses System dem Richter und dem parole board einräumt, führte zu idiosynkratischen Entscheidungen, bei denen häufig lange und unverhältnismäßige Sanktionen verhängt wurden, die letztendlich nicht die Genesung von Straftätern erreichen, indem man ihnen nur übermäßiges Leiden auferlegt.[94] Berühmt wurde damals das Werk des amerikanischen Soziologen *Robert Martinson*, das unter dem provokanten Titel „What Works?" veröffentlicht wurde. Nach sorgfältiger empirischer Untersuchung zu diesem Thema kam *Martinson* zu dem Schluss, dass die von der Behandlungsideologie implementierten Resozialisierungspraktiken gescheitert waren, und zeigte, dass keine von ihnen funktionierte. „Nothing works", sagte *Martinson* dann in einem Satz, der emblematisch wurde.[95]

Etwas Ähnliches geschah damals in skandinavischen Ländern. Auch dort erwies sich die Behandlungsideologie als sehr problematisch und führte zu schwerwiegenden Verletzungen der bürgerlichen Grundrechte. Ein Überblick der Juristin *Inkeri Anttila* macht deutlich, was in dieser Region geschah:

> „There was a time about twenty to thirty years ago when penal experts in Scandinavia believed that the average prisoner could be reformed through scientifically planned rehabilitation efforts. This philosophy won a legion of supporters; the ideology seemed to be humane and mild compared to ordinary criminal justice. However, gradually the accumulating weight of research led to the conclusion that there was very little empirical support for this medical model or treatment ideology in general. It was also clearly shown that this model did not necessarily lead to a milder and more humane system. On the contrary, it often favored long indeterminate sentences, sometimes even for rather trivial offences. It also ignored the principle of equality before the law."[96]

Die Erfahrung zeigt uns, dass für die Grundrechte der Bürger in Systemen, welche die Vorstellungen von Willensfreiheit, Schuld und Strafe außer Acht ließen und stattdessen mit den Konzepten von Gefährlichkeit und Maßregeln arbeiteten, die Kosten extrem hoch waren. Es ist übrigens kein Zufall, dass es in den folgenden Jahren als Reaktion auf die in mehreren Ländern durch die Behandlungsideologie verursachten schwerwiegenden Ungerechtigkeiten zu einer Wiederbelebung von Vergeltungskonzeptionen kam, die auf der Vorstellung von Strafwürdigkeit (just deserts) und strikter Verhältnismäßigkeit mit dem Geschehenen beruhten.[97]

Ein möglicher Einwand gegen das, was wir gerade vertreten haben, wäre folgender: In Wirklichkeit, könnte man sagen, wären die gravierenden Ungerechtigkeiten, die in den 1960er- und 1970er-Jahren im Strafrechtssystem von Ländern wie den USA, Schweden oder Norwegen beobachtet wurden, das Produkt einer geschichtlichen Situation, die sich in der Zukunft nicht unbedingt wiederholen würde. Mit anderen Worten: Theoretisch könnte man sagen, dass es möglich sei, die Behandlungsideologie mit der Achtung der Würde der menschlichen Person in Einklang zu bringen; wir hätten schon aus den Fehlern der Vergangenheit gelernt und wären nun in der Lage, ein humaneres Strafrechtssystem aufzubauen. Diese Argumentationslinie ist jedoch nicht stichhaltig: Erstens, weil diese schwerwiegenden Ungerechtigkeiten in unterschiedlichen Realitäten (USA und Skandinavien) geschahen, was ausreichen würde, um das Argument, es handele sich lediglich um etwas Situationsbedingtes, abzuschwächen; darüber hinaus scheinen uns die schwerwiegenden Ungerechtigkeiten, die in solchen Systemen beobachtet werden, eine unvermeidliche Folge der Arbeit mit den Vorstellungen von Gefährlichkeit und Maßregeln zu sein. Daher wäre es etwas strukturelles und nicht etwas situationsbedingtes. Um es noch klarer zu sagen: Durch die Aufgabe der Vorstellung vom Menschen als einem mit Freiheit ausgestatteten Wesen kommt es zu einer Versachlichung des Menschen, so dass es nicht mehr möglich ist, ihn von anderen im Universum existierenden Objekten zu unterscheiden. Kurz gesagt: Aus einer solchen Perspektive wären wir eine Sache unter anderen Sachen.[98] Aber Objekte besitzen keine Würde, und das führt dazu, dass in einem solchen System reine Wirksamkeitserwägungen vorherrschen, mit der Folge, dass Elemente von Gerechtigkeit ausgeschlossen werden.[99]

---

[94] Siehe *Allen*, The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose, 1981, passim; *Morris/Tonry*, Between Prison and Probation: Intermediate Sanctions in a Rational Sentencing System, 1990, S. 20 ff.

[95] *Martinson*, The Public Interest 35 (1974), 22.

[96] *Anttila*, in: Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, Affiliated with The United Nations, Course on United Nations Criminal Justice Policy, Report of the European Course held in Helsinki, Finland, 25–29 March 1985, 1985, S. 66 (67 f.).

[97] Siehe *Kleinig*, Punishment and Desert, 1973, passim; *v. Hirsch*, Doing Justice: The Choice of Punishments, 1976, passim; *ders.*, Past or Future Crimes, 1985, passim; *ders.*, Censure and Sanctions, 1993, passim; *ders./Ashworth*, Proportionate Sentencing, 2005, passim; *Ashworth*, Sentencing and Criminal Justice, 1992, passim; *Duff*, Trials and Punishments, 1986, passim; *ders.*, Punishment, Communication, and Comunity, 2001, passim; *Jareborg*, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 141; *Lappi-Seppälä*, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 261.

[98] Kritisch *Gabriel* (Fn. 69), S. 302.

[99] Erinnern wir uns an die bekannte Stelle von *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785 (Ausgabe Meiner, 1999, S. 61): „Alles hat entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde. Was sich auf die allgemeinen menschlichen Neigungen und Bedürfnisse bezieht, hat Einen Marktpreis; [...] das aber, was die Bedingung ausmacht, unter der allein etwas Zweck an sich selbst sein kann, hat nicht bloß

Es scheint, dass die Aufgabe des Gedankens der Willensfreiheit des Menschen verheerende gesellschaftliche und strafrechtliche Folgen haben könnte. Auch wenn diesbezüglich noch kein Konsens besteht, muss man bei dieser Annahme vom Prinzip der Vorsicht ausgehen. Selbst wenn es sich um eine Illusion handelt, muss man an der Vorstellung der Willensfreiheit des Menschen festhalten, da sie für das Strafrechtssystem und für den Täter einer Straftat eine Rolle von grundlegender Bedeutung zu spielen scheint. Es handelt sich also, wenn ich so sagen darf, um eine „funktionale Illusion".

Man könnte sagen, es sei richtig, dass eine „funktionale Illusion" nicht unbedingt eine „Illusion" ist. Als in ictu oculi wahrnehmbar hat man hier einen Ausdruck, der eine „contractio in adjecto" enthält, was seine Verwendung nur als eine façon de parler akzeptabel macht. Schließlich ist es ja so: Wenn etwas in der Realität Wirkungen hervorruft, dann deshalb, weil es in gewissem Sinne existiert. Genau aus diesem Grund gehört die Willensfreiheit zwar nicht zur wissenschaftlichen Ontologie, hat aber durchaus ihren Platz in der gesellschaftlichen und strafrechtlichen Ontologie. Mir scheint eine Analogie zu dem angemessen, was beim Phänomen der Farben geschieht. Betrachten wir das näher: Wie wir wissen, wären gemäß der modernen Physik Farben nur eine Illusion, da es sich in Wirklichkeit um ein Spektrum elektromagnetischer Strahlung handelt. Diese streng wissenschaftliche Betrachtungsweise des Phänomens ist jedoch engstirnig, da sie außer Acht lässt, dass wir unser Handeln an Farben orientieren. Schließlich halten wir an einer roten Ampel und fahren weiter, wenn sie auf Grün wechselt. Und das machen wir sehr gut, sodass es absurd wäre zu glauben, dass dieses ganze außergewöhnlich passende Leitsystem auf einer „Illusion" basiere. Wie im Fall der Farben lässt sich auch die „Realität" der Willensfreiheit durch ihre bemerkenswerte Fähigkeit erfahren, unser Leben zu organisieren.

IV. Zum Abschluss

Angesichts der Frage nach der Existenz oder Nichtexistenz der Willensfreiheit des Menschen bleibt dem Strafrechtswissenschaftler nichts anderes übrig, als sich geschickt zwischen dem manifesten Bild und dem wissenschaftlichen Bild des Problems zu positionieren. Tatsächlich muss er einerseits ernst nehmen, was Neurowissenschaftler sagen, und ihnen damit die verdiente Anerkennung zollen: Er muss daher zugeben, dass die Willensfreiheit des Menschen aus neurologischer Sicht nichts anderes ist als eine Illusion. Andererseits müssen wir jedoch die Sensibilität haben, zu erkennen, dass sie eine für die Gesellschaft und für die Schaffung eines wirksamen und gerechten Strafrechtssystems unbedingt notwendige Illusion ist, weshalb wir nicht auf sie verzichten dürfen.

einen relativen Wert, d. i. einen Preis, sondern einen inneren Wert, d. i. eine Würde."

Die Eigenart der Strafzumessung und der Aufbau der Strafzumessungsmethode – ein Beitrag aus der chinesischen Strafrechtswissenschaft*

Von Prof. **Shi Jinghai**, Guangzhou**

Strafzumessungsungleichheit ist ein weltweit verbreitetes Phänomen. Die Frage, wie man solche Abweichungen beheben und eine gerechte Strafzumessung erreichen kann, stellt seit Langem eine große Herausforderung in vielen Ländern dar. Bereits in den 1970er-Jahren schlugen deutsche Wissenschaftler vor, dieses Problem durch die mathematische Berechnung der Strafzumessung zu lösen. So empfahl etwa v. Linstow, die Brücke zwischen strafzumessungstheoretisch begründeten Merkmalen und dem konkreten Strafmaß in Form einer numerischen Bewertung dieser Merkmale sowie mathematischen Verknüpfungsregeln zu schlagen.[1] Auch Haag befürwortete die Umsetzung der Wertrationalität der Strafzumessung durch empirische Quantifizierung.[2] In derselben Zeit versuchten Länder mit Case-law-Tradition wie die USA, das Problem der Strafzumessungsungleichheit ebenfalls durch die Einrichtung von Strafzumessungskommissionen und die Ausarbeitung von „Sentencing Guidelines" zu lösen.[3] Zu Beginn des 21. Jahrhunderts leitete auch China eine umfassende Reform zur Standardisierung der Strafzumessung mit dem Ziel ein, die Strafzumessungsungleichheit durch normativ orientierte Maßnahmen – einschließlich Quantifizierung der Strafzumessungssachverhalte – zu beheben. Der Beitrag nimmt die chinesische Reformpraxis zur Standardisierung der Strafzumessung mit ihrer quantifizierten Strafzumessungsmethode (unten I. 1.) zum Anlass, um die Frage zu klären, wie sich auf Grundlage der Eigenart der Strafzumessung eine sachgerechte Strafzumessungsmethode konstruieren lässt. Dazu zeigt er die Schwächen der gegenwärtigen quantifizierenden Strafzumessungsmethode in China auf (unten I. 2.) und entwickelt auf Basis der Strafzumessung als Ermessensentscheidung (unten II.) eine integrierte qualitativ-quantitative Strafzumessungsmethode (unten III.). Der Text kann als Lehr- und Mahnbeispiel für andere Länder dienen, die quantitative Methoden bei der Strafzumessung verwenden.

I. Mathematisierung der Strafzumessung in China: Ansätze und Herausforderungen

1. Die Entwicklung der quantifizierten Strafzumessungsmethoden in China

In China wurde über lange Zeit hinweg vor allem die erfahrungsbasierte Strafzumessungsmethode angewandt. Das Grundprinzip dieser Methode besteht darin, dass die Richter zunächst den Fall verhandeln, sich ein umfassendes Bild von den Tatumständen machen und sodann innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens unter Bezugnahme auf praktische Erfahrungen eine grobe Einschätzung der zu verhängende Strafe vornehmen. Anschließend werden die im konkreten Fall vorhandenen Strafzumessungsumstände – wie strafschärfende, strafmildernde sowie besonders erschwerende oder besonders mildernde Umstände – berücksichtigt, um schließlich eine Gesamtbewertung vorzunehmen und das Strafmaß zu verkünden. Diese Strafzumessungsmethode wurde in der Theorie als sogenannte „Schätzmethode" (估堆式量刑法) kritisiert. Insbesondere wurde bemängelt, dass es sich bei der herrschenden Praxis um eine erfahrungsbasierte Analysemethode handelt, die weder die strafzumessungsrelevanten Tatsachen noch die Strafzumessungsumstände quantifizierend bewertet. Da diese Methode in erheblichem Maße auf die subjektive Einschätzung, das Erfahrungswissen und die individuelle Kompetenz des jeweiligen Richters angewiesen ist, führt sie zwangsläufig zu stark divergierenden Strafentscheidungen, mangelnder Transparenz, erheblichen Diskrepanzen im Strafmaß sowie zu einer insgesamt verminderten Glaubwürdigkeit der Strafzumessungspraxis.[4]

Angesichts dieser Probleme der erfahrungsbasierten Strafzumessungsmethode begann die chinesische Rechtswissenschaft Mitte der 1980er-Jahre mit theoretischen Untersuchungen zu quantifizierten Strafzumessungsmethoden. Besonders hervorzuheben sind hierbei Prof. *Huiyu Su* und seine Kollegen sowie Prof. *Tingguang Zhao*, die mathematische Modelle zur computergestützten Strafzumessungsmethode anwandten. Sie plädierten für die Errichtung eines landesweit einheitlichen, computergestützten Strafzumessungssystems und entwickelten entsprechende Programme.[5] Diese theoretischen Ansätze wurden in einigen Gerichten als Grundlage für prak-

---

* Dieser Beitrag ist der überarbeitete und erweiterte Text eines Vortrags, den der *Verf.* am 14. und 15. September 2024 im Rahmen eines deutsch-chinesischen Strafrechtskolloquiums zum Thema „Methodenlehre der Strafrechtswissenschaft: Reflexion und Rekonstruktion" an der südwestlichen Universität für Politikwissenschaft und Recht (SWUPL) gehalten hat. Er wurde von Herrn *Zhengxin Zhang*, Dozent an der Ostchinesischen Universität für Politik- und Rechtswissenschaft (ECUPL), ins Deutsche übersetzt.

** Der *Verf.* ist Professor für Strafrecht an der Fakultät für Strafrecht an der Guangdong University of Foreign Studies (GDUFS).

[1] Vgl. *v. Linstow*, Berechenbares Strafmaß, 1974.

[2] *Haag*, Rationale Strafzumessung, 1970.

[3] Vgl. *Reitz*, Northwestern University Law Review 91 (1997), 1441 (1444).

[4] Vgl. Reformprojektgruppe zur Standardisierung der Strafzumessung beim Obersten Volksgericht (im Folgenden: „Reformprojektgruppe"): Verständnis und Anwendung der „Strafzumessungsleitlinien des Volksgerichts" und der „Stellungnahme des Obersten Volksgerichtshofs, der Obersten Volksstaatsanwaltschaft, des Ministeriums für öffentliche Sicherheit, des Ministeriums für Staatssicherheit und des Justizministeriums zu Fragen des standardisierten Strafzumessungsverfahrens", 2010, S. 34 (in chinesischer Sprache).

[5] Vgl. *Huiyu Su u.a.*, Strafzumessung und Computer, 1989, S. 83 (in chinesischer Sprache); *Tingguang Zhao*, Journal der Polizeihochschule Hubei 2 (2007), 8 ff. (in chinesischer Spache).

tische Experimente mit quantifizierten Strafzumessungsmethoden herangezogen. So war das Volksgericht der Stadt Jiangyan in der Provinz Jiangsu im Jahr 2003 eines der ersten, das eine detaillierte Analyse aller Strafsachen der vergangenen drei Jahre durchführte. Auf dieser Grundlage entwickelte es praxisgestützte „Normative Leitlinien zur Strafzumessung" für elf häufig vorkommende Deliktsarten. Kurz darauf erließ das Volksgericht im Stadtbezirk Zichuan (Stadt Zibo, Provinz Shandong) Anfang 2004 detaillierte „Richtlinien zur standardisierten Strafzumessung bei einhundert häufigen Straftatbeständen" und entwickelte ein Computerprogramm zur rechnergestützten Strafzumessung („System zur rechnergestützten Strafzumessung der Volksgerichte"), das zur praktischen Anwendung durch Richter bestimmt war.

Diese praktischen Erprobungen stießen national wie international auf erhebliche Kontroversen. Zugleich markierten sie jedoch den Auftakt der landesweiten Reform zur Standardisierung der Strafzumessung in China, nachdem der Oberste Volksgerichtshof im Jahr 2005 die federführende Koordination und wissenschaftliche Begleitung der Reform übernommen hatte. In der Folgezeit wurden unter Leitung des Obersten Volksgerichtshofs zwischen 2005 und 2024 mindestens 13 Fassungen der „Leitlinien zur Strafzumessung bei häufigen Straftaten" (im Folgenden: „Strafzumessungsleitlinien") ausgearbeitet und überarbeitet. Während die ersten acht Fassungen hauptsächlich zu Konsultations- und Diskussionszwecken dienten, wurden die Fassungen 9 bis 12 sukzessive im Rahmen verschiedener Pilotprogramme getestet – zunächst in zwölf Gerichten ausgewählter Provinzen, später in über 120 Gerichten im ganzen Land – und schließlich landesweit eingeführt. Die 13. Fassung wurde 2021 bzw. 2024 gemeinsam vom Obersten Volksgerichtshof und der Obersten Volksstaatsanwaltschaft als vorläufige Strafzumessungsleitlinien für über 30 übliche Straftaten veröffentlicht.

Nach mehreren Überarbeitungen und Weiterentwicklungen wurde in der geltenden Fassung der Leitlinien zur Strafzumessung die Methode der „qualitativen Analyse als Hauptansatz, ergänzt durch eine quantitative Analyse" (im Folgenden: „standardisierte Strafzumessungsmethode") festgelegt. Ihr grundlegendes Vorgehen lässt sich als „*Drei-Schritte-Modell der Strafzumessung*" zusammenfassen: Zunächst wird auf Grundlage der Tatbestandsmerkmale innerhalb des einschlägigen gesetzlichen Strafrahmens ein „Strafzumessungsausgangspunkt" (量刑起点) bestimmt. Anschließend erfolgt unter Berücksichtigung weiterer strafzumessungsrelevanter Faktoren wie Schadenshöhe, Tatanzahl oder Tatfolgen eine Erhöhung des Strafmaßes, aus der die sogenannte „Bezugsstrafe" (基准刑) abgeleitet wird. Schließlich wird diese Bezugsstrafe unter Einbeziehung aller Strafzumessungsumstände angepasst und die verhängte Strafe (宣告刑) auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung des Falls rechtskonform festgesetzt.

Die Begriffe Strafzumessungsausgangspunkt und Bezugsstrafe wurden im Rahmen der Reform eingeführt, um unterschiedliche Auffassungen über den Inhalt des groben Begriffs „Strafzumessungsmaßstab" zu überbrücken und eine einheitliche, textlich fassbare Methodik zu etablieren. Sie gelten als „Schlüsselbegriffe" und „Grundpfeiler" der Reform.[6] Die konkreten Regelungen zur Festlegung lauten wie folgt:

Der *Strafzumessungsausgangspunkt* wird vom Richter für eine konkrete Straftat innerhalb des einschlägigen gesetzlichen Strafrahmens festgelegt, und zwar auf der Grundlage einer Subsumtionsentscheidung, bei der die konkreten sogenannten grundlegenden konstituierenden Tatsachen des Einzelfalls unter die abstrakten Tatbestandsmerkmale des jeweiligen Straftatbestands subsumiert werden.[7] Beispielhaft lässt sich die Festlegung des Strafzumessungsausgangspunktes anhand verschiedener Schweregrade der vorsätzlichen Körperverletzung darstellen: Bei leichten Verletzungsfolgen (z.B.: eine Person erleidet eine einfache, nicht bleibende Schädigung) liegt der gesetzliche Strafrahmen bei bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Gewahrsam.[8] Unter Berücksichtigung der allgemeinen sicherheits- und ordnungspolitischen Lage sowie der geringen Schwere der Tat kann der Ausgangspunkt auf 18 Monate festgelegt werden. Bei schwerer Verletzung einer Person (z.B. bleibende gesundheitliche Beeinträchtigung) sieht das Gesetz eine Freiheitsstrafe von drei bis fünf Jahren vor. Angesichts des erhöhten Unrechts- und Schuldgehalts der Tat wird der Ausgangspunkt typischerweise bei vier Jahren angesetzt. Bei besonders grausamer Tatbegehung, etwa wenn durch die vorsätzliche Körperverletzung eine schwere Behinderung verursacht wird, liegt der gesetzliche Strafrahmen zwischen zehn und dreizehn Jahren. Aufgrund der außergewöhnlichen Brutalität und der gravierenden Tatfolgen kann der Strafzumessungsausgangspunkt auf zwölf Jahre festgelegt werden.[9]

[6] Vgl. *Xiangdong Zhang*, Zeitschrift für chinesisches Strafrecht 3/2011, 46 (in chinesischer Sprache).

[7] Vgl. Guijun Gao (Hrsg.), Verständnis und Anwendung der „Leitlinien zur Strafzumessung der Volksgerichte" und der „Stellungnahme zu Fragen des standardisierten Strafzumessungsverfahrens", 2011, S. 38–39 (in chinesischer Sprache).

[8] „Gewahrsam" und „Überwachung" sind zwei mildere Hauptstrafen im chinesischen Strafrecht, die unterhalb der Freiheitsstrafe angesiedelt sind. Die Gewahrsamsstrafe ist eine kurzfristige Freiheitsentziehung (ein bis sechs Monate) mit verpflichtender Zwangsarbeit. Überwachung als Hauptstrafe ist nicht mit der strafprozessualen Überwachungsmaßnahme zu verwechseln. Sie ist die mildeste Hauptstrafe, ohne Inhaftierung, jedoch mit Einschränkungen der Bewegungsfreiheit und Auflagen im sozialen Umfeld. Zur Begriffsübersetzung vgl. Strupp (Hrsg.), Das neue Strafgesetzbuch der VR China, Kommentar und Übersetzung, 1998, S. 113.

[9] Gemäß § 234 chStGB sieht der Gesetzgeber gestufte Strafrahmen für vorsätzliche Körperverletzung vor, je nach Schwere der Tatfolgen. Konkret gilt: Für die vorsätzliche Verletzung der körperlichen Unversehrtheit einer anderen Person beträgt der Strafrahmen bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe, Gewahrsam oder Überwachung. Führt die vorsätzliche Körperverletzung zu schweren Verletzungen, so beträgt der Strafrahmen drei bis zehn Jahre Freiheitsstrafe. Verursacht die Tat den Tod des Opfers oder wird sie mit besonders grausamen Mitteln begangen und führt zu einer schweren Behinderung, so beträgt der Strafrahmen mehr als zehn Jahre Frei-

Die *Bezugsstrafe* wird auf der Grundlage des zuvor bestimmten Strafzumessungsausgangspunktes festgelegt. Dabei wird die Strafe unter Berücksichtigung weiterer strafzumessungsrelevanter Faktoren erhöht, insbesondere solcher, die über die grundlegenden Tatbestandsmerkmale hinaus die Tat konkretisieren, wie etwa die Schadenshöhe, die Anzahl der Straftaten oder die Tatfolgen. Gemäß den Leitlinien zur Strafzumessung beim Delikt der vorsätzlichen Körperverletzung erfolgt die Erhöhung auf Basis der Verletzungsfolgen, des Grades der Behinderung sowie der Grausamkeit der Tatbegehung. So kann beispielsweise je nach Grad der verursachten Behinderung eine Erhöhung um drei Monate Freiheitsstrafe pro zusätzlichem Behinderungsgrad vorgesehen werden. Im konkreten Fall: Wenn der festgestellte Behinderungsgrad 9 beträgt (bei einer Skala von 1 bis 10, wobei 10 der geringste Schweregrad ist) und der Strafzumessungsausgangspunkt bei 1,5 Jahren liegt, so ist eine Erhöhung um sechs Monate (2 Grade × 3 Monate) vorzunehmen. Daraus ergibt sich eine Bezugsstrafe von insgesamt 24 Monaten (2 Jahre).

Die *verhängte Strafe* wird durch die Anpassung der Bezugsstrafe an die Strafzumessungsumstände sowie auf Grundlage einer Gesamtwürdigung des Einzelfalls im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bestimmt. Dabei gelten folgende konkrete Regeln:

- *Anpassung anhand eines einzelnen Strafzumessungsumstands*: Hierbei wird die sogenannte „direkte Addition und Subtraktion" angewandt. Ist der betreffende Umstand strafschärfend, wird die Bezugsstrafe entsprechend erhöht; ist er strafmildernd, wird sie entsprechend reduziert. Mathematisch lässt sich dies durch folgende Formel ausdrücken: Bezugsstrafe × (1 ± Anpassungsumstand).
- *Anpassung anhand mehrerer Strafzumessungsumstände*: In diesem Fall gilt die Methode „Addition gleichgerichteter und Subtraktion entgegengesetzter Umstände" (同向相加、逆向相减). Die Zuschläge für alle strafschärfenden Umstände werden addiert, die Abschläge für alle strafmildernden Umstände subtrahiert. Formelhaft ergibt sich daraus: Bezugsstrafe × (1 + Summe der strafschärfenden Strafzumessungsumstände – Summe der strafmildernden Strafzumessungsumstände). Das Prinzip der „Addition gleichgerichteter und Subtraktion entgegengesetzter Umstände" lässt sich an folgendem Beispiel veranschaulichen: Legt der Täter in einem Fall vorsätzlicher Körperverletzung ein freiwilliges Geständnis ab, sieht die Leitlinie zur Strafzumessung vor, dass die Bezugsstrafe um bis zu 10 % reduziert werden kann. Wird ein Abschlag von 8 % berücksichtigt, so ergibt sich folgende Berechnung: 24 Monate × (1–8 %) = 22,08 Monate, was auf die nächste ganze Zahl gerundet einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten entspricht.
- *Anpassung bei besonderen Strafzumessungsumständen*: Hier findet die sogenannte „kombinierte Multiplikations- und Addition/Subtraktionsmethode" Anwendung, auch bekannt als „stufenweise Anpassung". Dabei wird zunächst jeder besondere Umstand einzeln mit einem entsprechenden Anpassungsumstand auf die Bezugsstrafe angewendet. Anschließend erfolgt eine kumulierte Berücksichtigung der allgemeinen strafschärfenden und strafmildernden Umstände. Die entsprechende Berechnungsformel lautet: Bezugsstrafe × (1 ± Anpassungsfaktor für besonderen Umstand 1) × (1 ± Anpassungsfaktor für besonderen Umstand 2) × … × (1 ± Anpassungsfaktor für besonderen Umstand n) × (1 + Summe der allgemeinen Strafschärfungsfaktoren – Summe der allgemeinen Strafmilderungsfaktoren). Zu den besonderen Strafzumessungsumständen im Sinne der Leitlinien zur Strafzumessung zählen unter anderem: Straftaten von Minderjährigen, älteren Personen, psychisch erkrankten Personen mit eingeschränkter Schuldfähigkeit sowie gehörlosen, stummen oder blinden Tätern, ferner auch Überschreitung von Notwehr oder Notstand, Versuchs-, Vorbereitungs- und Rücktrittsstadien der Tat, sowie Mittäterschaft, Gehilfen- oder Anstiftertätigkeiten. Das sogenannte partielle Multiplikationsverfahren (部分连乘) bedeutet, dass bei mehreren dieser besonderen Umstände jeder einzelne mittels eines Multiplikationsumstands auf die Bezugsstrafe angewendet wird. Das „partielle Additions-/Subtraktionsverfahren" (部分相加减) hingegen wird auf die übrigen, allgemeinen Strafzumessungsumstände angewandt – nach dem Prinzip der „Addition gleichgerichteter und Subtraktion entgegengesetzter Faktoren".[10]

Ein Beispiel: Ein Raubfall weist mehrere Strafzumessungsumstände auf:

- strafschärfend: Raub unter Einsatz eines Messers (+ 10 %) und Raub an Minderjährigen (+ 10 %)
- strafmildernd (allgemein): freiwilliges Geständnis im Gerichtssaal (– 10 %)
- strafmildernd (besonders): Minderjährigkeit des Täters (– 40 %), Verantwortlichkeit als Mittäter (– 35 %)

Liegt die Bezugsstrafe bei 48 Monaten, ergibt sich folgende Berechnung: 48 Monate × (1 – 40 %) × (1 – 35 %) × (1 + 10 % + 10 % – 10 %) = 20,6 Monate Freiheitsstrafe.

2. Die Probleme der quantifizierten Strafzumessungsmethoden in China

Die Reform zur Standardisierung der Strafzumessung in China hat gewiss revolutionäre Fortschritte in Bezug auf die Förderung von Strafgerechtigkeit und die Stärkung der öffentlichen Vertrauenswürdigkeit sowie die Weiterentwicklung strafzumessungstheoretischer und -praktischer Ansätze erzielt und ist von erheblicher Bedeutung.[11] Gleichwohl bestehen im Rahmen der Quantifizierung der Strafzumessungsmethoden, wie sie für 30 häufige Straftatbestände sowie für die Strafarten der Überwachung, des Gewahrsams und der Freiheitsstrafe entwickelt wurden, weiterhin gravierende Probleme:

Erstens werden die *strafzumessungsrelevanten Faktoren nicht umfassend berücksichtigt*. Insbesondere liegt der Fokus

heitsstrafe, lebenslange Freiheitsstrafe oder Todesstrafe.

[10] Vgl. Guijun Gao (Fn. 7), S. 42–43.

[11] Vgl. *Jinghai Shi*, Rechtswissenschaft (Fa lü ke xue) 4/2015, 170–180 (in chinesischer Sprache).

auf objektiven Faktoren wie der Schwere der Straftat und dem Umfang des verursachten finanziellen Schadens, während subjektive Aspekte, die Rückschlüsse auf die kriminelle Gesinnung des Täters zulassen, weitgehend ausgeblendet werden. Dies führt dazu, dass die Ergebnisse der Strafzumessung oft weder den tatsächlichen gesellschaftlichen Schaden der Straftat noch die persönliche Gefährlichkeit des Täters angemessen widerspiegeln. Ein anschauliches Beispiel verdeutlicht dies: Wird das Strafmaß nach der Methode der „Mathematisierung" berechnet, könnte die Annahme eines Bestechungsgeldes von einer Million Yuan durch einen Milliardär schwerer wiegen als die Erpressung von jeweils 10.000 Yuan bei zehn bedürftigen Personen (insgesamt 100.000 Yuan). Hinsichtlich des gesellschaftlichen Schadens und der persönlichen Gefährlichkeit des Täters sollte jedoch der zweite Fall in der Regel schwerer wiegend bewertet werden als der erste.

Zweitens werden die *strafrechtlichen Funktionen der Strafzumessungsumstände* im Rahmen der quantifizierten Strafzumessungsmethoden *fehlinterpretiert*. Nach dem Strafgesetzbuch erfüllen Strafzumessungsumstände unterschiedliche Funktionen: Sie können oder müssen zu einer Strafschärfung, Strafmilderung, Strafreduzierung oder sogar Strafbefreiung führen. Im Zuge der Quantifizierung dieser Umstände wird jedoch nicht zwischen deren rechtlicher Wirkung differenziert. Ungeachtet dessen, ob es sich um strafschärfende, strafmildernde, strafreduzierende oder strafbefreiende Umstände handelt, werden sämtliche Strafzumessungsfaktoren pauschal rechnerisch verarbeitet. Diese Vorgehensweise untergräbt die systematischen gesetzlichen Regelungen des Strafgesetzbuchs hinsichtlich der Rechtsfolgen von Strafzumessungsumständen sowie des gesetzlichen Strafrahmens für jedes Delikt. Dies kann zu paradoxen Ergebnissen führen, etwa dass eine Strafe „über die Obergrenze des gesetzlichen Strafrahmens hinaus"[12] verschärft wird.[13]

Ein Beispiel verdeutlicht die Problematik: Der Täter A entwendet fremdes Eigentum im Wert von 2.848 Yuan und stellt sich anschließend freiwillig den Strafverfolgungsbehörden. Gemäß § 67 chStGB kann gegen Straftäter, die sich selbst anzeigen, eine Strafe leichteren Grades oder eine abgemildert leichte Strafe[14] verhängt werden. Handelt es sich um eine geringfügige Straftat, so kann von Bestrafung abgesehen werden. Gemäß den Leitlinien zur Strafzumessung wird jedoch der Strafzumessungsausgangspunkt in solchen Fällen – insbesondere, wenn der Diebstahl den Schwellenwert für eine „größere Summe" erreicht – innerhalb des Strafrahmens von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Gewahrsam auf 12 Monate Freiheitsstrafe festgelegt. Darauf aufbauend wird anhand der Leitlinien zur Anpassung der Bezugsstrafe berücksichtigt, dass bei freiwilliger Selbstanzeige unter günstigen Umständen eine Reduktion der Strafe um mehr als 40 % möglich ist. Wird beispielsweise ein Abschlag von 50 % gewährt, so ergibt sich eine endgültige Strafzumessung von: 12 Monate × (1 – 50 %) = 6 Monate Freiheitsstrafe. Diese Festlegung der Strafe steht jedoch im Widerspruch zur gesetzlichen Vorgabe des § 67 chStGB, wonach im Falle eines geringfügigen Delikts bei Selbstanzeige auch eine vollständige Strafbefreiung möglich sein soll. Die Richtlinien zur quantitativen Strafzumessung vernachlässigen hier nicht nur die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Strafbefreiung, sondern verfehlen auch die Schwelle zur Strafmilderung unterhalb des gesetzlichen Mindestmaßes.

Drittens weicht die *Methode von den geregelten Strafzumessungsschritten ab*. Nach den strafrechtlichen Vorschriften soll der Richter bei der Strafzumessung die Umstände jedes einzelnen Falls berücksichtigen und dabei schrittweise nach dem Ablauf „Auswahl des gesetzlichen Strafrahmens → Feststellung der Strafpunkte → Verhängung der Strafpunkte"[15] oder „Auswahl des gesetzlichen Strafrahmens → Feststellung der Strafpunkte → Verhängung der Strafpunkte → Vollstreckung der Strafe"[16] vorgehen. Dabei ist vorgesehen, dass der Richter zunächst den gesetzlichen Strafrahmen auswählt und die Strafe bestimmt, wobei geprüft wird, ob Umstände vorliegen, die sich auf die Rechtsfolgen – wie Strafbefreiung oder Strafminderung – auswirken können. Die verhängte oder vollstreckte Strafe wird dann unter Berücksichtigung weiterer Faktoren wie Tatmehrheit, Anrechnung der Untersuchungshaft oder Bewährungsauflagen festgelegt. Diese differenzierte Vorgehensweise verhindert, dass die strafzumessungsrelevanten Vorschriften, etwa zu Strafbefreiung, Strafminderung, Tatmehrheit oder Bewährung, nicht in einem einheitlichen Schritt zusammengefasst werden können. Die auf der „Mathematisierung der Strafe" basierende Methode weicht jedoch von diesen schrittweisen Vorgaben des Strafrechts ab. Sie fasst alle Strafzumessungsumstände in einem einzigen Schritt zusammen und führt eine quantitative Berechnung („Addition gleichgerichteter und Subtraktion entgegengesetzter Umstände") durch. Dadurch werden nicht nur die strafrechtlichen Funktionen der Strafverschärfung, Strafmilderung und Strafbefreiung verwischt, sondern es entstehen auch Strafzumessungsergebnisse, die mit den gesetzlichen Vorschriften im Widerspruch stehen. Dies führt letztlich zu einer Abweichung vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafe und gefährdet die Anforderungen an eine gerechte Strafzumessung.

[12] Vgl. *Xueyong Chen*, Methode zur Bestimmung der zu verhängende Strafe, Chinas Court v. 20.7.2011 (in chinesischer Sprache).

[13] Mit dem Strafgesetzbuch von 1997 wurde der strafverschärfende Umstand oberhalb des gesetzlichen Strafrahmens vollständig abgeschafft. Im geltenden Strafrecht gibt es weder auf gesetzgeberischer noch auf gerichtlicher Ebene solche erschwerenden Umstände.

[14] Strafe leichteren Grades und Strafe schwereren Grades im chStGB beziehen sich auf Strafen, die innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens leichter oder schwerer sind. Bei abgemildert leichter Strafe ist dagegen die Untergrenze der Strafrahmen zu unterschreiten, allerdings in einem begrenzten Umfang.

[15] Vgl. *Kimura Kameji*, Wörterbuch des Strafrechts (übersetzt vom Japanischen ins Chinesische von *Xiaorong Gu u.a.*), 1991, S. 432.

[16] Vgl. *Kaiquan Xiao*, Die Vollstreckungsstrafe, in: Redaktionskomitee des chinesischen Strafrechtslexikons (Hrsg.), Das chinesische Strafrechtswörterbuch, 1989, S. 40 f. (in chinesischer Sprache).

Ein Beispiel illustriert die Problematik: Der Angeklagte Ma war aufgrund der Aufforderung von Dritten an einem gemeinschaftlich begangenen Raubüberfall auf das Opfer Zhang beteiligt, bei dem 5.000 Yuan mit Gewalt entwendet wurden. Ma ist im Sinne des chinesischen Strafrechts als Gehilfe (从犯) einzustufen. Darüber hinaus liegen mehrere strafmildernde Umstände vor: besondere Verdienste, Geständnis, freiwillige Wiedergutmachung sowie ein gutes Verhalten während der Untersuchungshaft. Hinzu tritt ein strafschärfender Umstand: gemeinschaftlich begangener Raub.[17] Gemäß den Leitlinien zur Strafzumessung ergeben sich folgende Anpassungssätze: Gehilfe (– 30 %), Geständnis (– 15 %), besondere Verdienste (– 50 %), freiwillige Rückzahlung (– 5 %), gutes Verhalten in Haft (– 5 %), gemeinschaftlich begangener Raub (+ 10 %). Wird der Strafzumessungsausgangspunkt auf vier Jahre festgelegt und unter Berücksichtigung des Raubbetrags (5.000 Yuan ÷ 200 Yuan/Monat = 25 Monate) die Bezugsstrafe auf 73 Monate berechnet, ergibt sich nach der quantitativen Anpassungsformel folgender Wert:

73 Monate × (1 – 50 % – 30 %) × (1 + 10 % – 15 % – 5 % – 5 %) = 11,68 Monate Freiheitsstrafe.

Dieses Ergebnis verkennt jedoch den funktionalen Unterschied zwischen strafmildernden Umständen mit gesetzlicher Wirkung „Strafminderung oder Strafbefreiung“ (wie Gehilfenschaft und besondere Verdienste) und bloß ermessensabhängigen Milderungsgründen (z.B. Geständnis oder Rückzahlung). Statt wie vorgesehen zunächst auf Grundlage der schwerwiegendsten Milderungsgründe eine Reduzierung des Strafpunkts oder die Möglichkeit der Strafbefreiung zu prüfen und im Anschluss innerhalb des so modifizierten Rahmens die restlichen Strafzumessungsumstände einzelfallbezogen zu gewichten, erfolgt eine vereinheitlichte rechnerische Gesamtverarbeitung aller Umstände. Das quantifizierte Endergebnis (ca. 11,7 Monate Freiheitsstrafe) liegt damit *deutlich über dem Strafmaß*, das sich aus einer methodisch korrekten zweistufigen Prüfung und Gewichtung ergeben würde – insbesondere unter Berücksichtigung der strafrechtlich normierten Wirkung der Gehilfenstellung und der besonderen Verdienste. Dies zeigt exemplarisch, dass die rein quantitative Berechnungsmethode die gesetzlichen Vorgaben unterläuft und zu materiell unangemessenen Strafhöhen führen kann.

II. Die Eigenart der Strafzumessung als Grundlage der Strafzumessungsmethode

Dieser Beitrag vertritt die Auffassung, dass die vorstehend aufgezeigten Probleme quantifizierender Strafzumessungsmethoden maßgeblich darauf zurückzuführen sind, dass die Reformprojektgruppe die Eigenart der Strafzumessung entweder vernachlässigt oder missverstanden hat. Infolgedessen fehlt der methodischen Ausgestaltung eine tragfähige theoretische Grundlage.

1. Die kognitiven Kontroversen über die Eigenart der Strafzumessung

Was ist die Eigenart der Strafzumessung bzw. der Charakter der Strafzumessungsentscheidung? In Theorie und Praxis besteht eine kontroverse Debatte darüber, ob es sich hierbei um eine „Mathematisierung der Strafe“ oder um ein „Ermessen hinsichtlich der Strafe“ handelt. Die traditionellen Straftheorien sind sich weitgehend einig, dass die Strafzumessung sich im Kern als ein „Ermessen hinsichtlich der gegen den Täter verhängten Strafe“ darstellt.[18] Eine lange vertretene These besagt: „Die Strafzumessung ist eine Frage des tatrichterlichen Ermessens und spiegelt die ‚fachliche Kompetenz‘ des Tatrichters wider.“[19]

Mit dem Aufkommen des digitalen Zeitalters hat jedoch die Auffassung an Bedeutung gewonnen, dass die „Mathematisierung der Strafzumessung“ das eigentliche Proprium der Strafzumessung darstelle, um Probleme wie die „Ungleichheit der Strafzumessung“ zu lösen. Diese Perspektive zeigt sich nicht nur in theoretischen Diskussionen, in denen Begriffe wie „präzise Strafzumessung“[20], „Quantifizierung der Strafe“[21], „schrittweise Strafzumessungsmethode“[22], „mathematische Modellierung der Strafzumessung“[23], „quantitative Analyse der Strafzumessung“[24] und „computerbasierte Strafzumessungsmethode“[25] häufig verwendet werden. Sie findet

[17] Der gemeinschaftlich begangene Raub ist im chinesischen Strafrecht eine qualifizierte Form des Raubes, bei der zwei oder mehr Personen gemeinsam in organisierter Weise eine Raubtat begehen.

[18] Vgl. *Mingxuan Gao*, Strafrecht, 1982, S. 251 (in chinesischer Sprache).

[19] Vgl. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (übersetzt ins Chinesische von *Jiusheng Xu*), 2017, S. 1167.

[20] Vgl. *Tingguang Zhao*, Modern Law Science 4 (2008), 89 (89 ff.).

[21] Vgl. *Xingliang Chen*, Philosophie des Strafrechts, 2004, S. 773 f. (in chinesischer Sprache).

[22] Sie basiert auf der Systemtheorie und liefert eine quantitative Analyse von nicht-quantitativen Ereignissen und eine objektive Beschreibung der subjektiven Urteile der Menschen, auf deren Grundlage die Urteile gefällt werden.

[23] Es basiert auf einem Modell des Rechtssystems der Verurteilung, das die Verurteilung mathematisch darstellt und dementsprechend Schlussfolgerungen für die Verurteilung zieht.

[24] Sie lassen sich unterteilen in die Methode des gewichteten Durchschnitts, die Indexermittlungsmethode und die integrale Quantifizierungsmethode, die auf der systematischen Theorie der quantitativen Analyse des Tatbestands und des gesetzlichen Strafrahmens beruhen und auf deren Grundlage Schlussfolgerungen für die Strafzumessung gezogen werden können.

[25] Die auch als elektronische computergestützte Strafzumessung bezeichnete Methode besteht darin, dass das Gesetz, das einschlägige Wissen und die im Computersystem gespeicherten Fallinformationen genutzt werden, um begründete Urteile zu fällen und entsprechende Schlussfolgerungen für die Strafzumessung zu ziehen.

auch Ausdruck in Reformen des Strafzumessungsrechts[26] sowie in der Reform strafrechtlicher Absprachen[27], die als bedeutende Meilensteine im Strafrecht gelten. In der Praxis wird beispielsweise die quantifizierende Methode des „Addierens in die gleiche Richtung, Subtrahierens in die entgegengesetzte Richtung" bei 30 häufigen Straftaten angewendet.[28] Seit 2010 hat sich diese Methode von Pilotprojekten bis hin zur landesweiten Umsetzung entwickelt.[29] Obwohl solche Strafzumessungsmethoden auf modernen Theorien wie der Systemtheorie, der Kybernetik und der Informationstheorie beruhen, handelt es sich im Wesentlichen um „mathematische Darstellungen formallogischer Schlussfolgerungen".[30] Sie verlassen sich übermäßig auf quantifizierte Berechnungsergebnisse und schränken den Ermessensspielraum des Richters bei der Strafzumessung erheblich ein.[31] Begrifflich lässt sich jede Methode, die das Ergebnis der Strafzumessung durch quantifizierte Berechnungen anstelle menschlicher Entscheidungsfindung bestimmt, als eine Methode beschreiben, die auf Quantität statt auf Qualität setzt. Damit wird die Eigenart der Strafzumessung nicht als „Ermessen hinsichtlich der Strafbestimmung", sondern als „Mathematisierung der Strafbestimmung" verstanden.

2. Zur Untauglichkeit einer „Mathematisierung der Strafzumessung"

Ihrer Eigenart nach ist die Strafzumessung weder ein rein arithmetischer oder mathematischer Ablauf noch ein bloßer Prozess logischer Ableitung. Vielmehr handelt es sich um einen Prozess der rationalen Urteilsfindung, der von abwägendem Denken geleitet wird. Die Strafzumessung muss nicht nur eine bestimmte rechtliche Funktion erfüllen, sondern auch soziale Wirkungen erzielen. Mathematische Berechnungen allein sind nicht in der Lage, die komplexen sozialen Widersprüche zu lösen, die mit der Strafzumessung einhergehen können.[32] Obwohl der Einsatz von Zahlen in den Sozialwissenschaften notwendig und wichtig ist, bedeutet dies nicht, dass soziale Probleme direkt durch Mathematik gelöst werden können. Reine Sozialwissenschaften, die sich mit konkreten Objekten oder spezifischen Problemen befassen – wie die Rechtswissenschaft auf judikativer Ebene –, können nicht unter den Begriff der „wissenschaftlichen Mathematisierung" fallen. Der Grund hierfür liegt in der Natur der Mathematik, die sich im Wesentlichen auf abstrakte Objekte und formales logisches Denken beschränkt. Mathematik kann konkrete soziale Probleme nicht angemessen analysieren.[33] *Roscoe Pound* kritisierte zutreffend, dass viele Juristen das Recht auf eine besondere Form der Logik reduzierten, in der ein Urteil lediglich durch die Deduktion aus geltendem Recht als Prämisse und den aktuellen Tatsachen als Unterprämisse gewonnen werde. Er sprach in diesem Zusammenhang von einer „mechanical jurisprudence", in der feststehende Regeln auf Fälle „angewendet" werden, statt diese weiterzuentwickeln.[34] Diese „Kritik" verdeutlicht, dass eine Strafzumessung, die allein auf formaler Logik basiert und nicht durch argumentatives Denken geleitet wird, lediglich eine formalisierte „Mathematisierung der Strafe" darstellt. Sie bleibt somit weit entfernt von einer argumentativ fundierten und sachgerechten „Ermessensentscheidung" im Strafrecht.

Die Strafzumessung ist als Teil der allgemeinen Rechtsanwendung von ihrer Eigenart her eine „weiche Wissenschaft" und kann nicht einfach mit „harten Indikatoren" gemessen werden. Die Betrachtung der Strafzumessung als eine „Mathematisierung der Strafe" bedeutet den Versuch, eine „weiche Wissenschaft" mit „harten Indikatoren" zu bewerten – ein Ansatz, der historisch bereits stark kritisiert wurde. In der Entwicklung des modernen Strafrechts vertrat die klassische Strafrechtsschule zur Rechtsanwendung die Auffassung, dass ein strikter Regelmechanismus erforderlich sei, der das Ermessen der Richter ablehnt. Sie argumentierte, dass „einmal festgelegte Gesetzesbücher wörtlich befolgt werden müssen und die einzige Aufgabe des Richters darin besteht, zu beurteilen, ob das Verhalten eines Bürgers dem geschriebenen Gesetz entspricht". Weiterhin hieß es: „Der Strafrichter hat grundsätzlich keine Befugnis zur Auslegung des Strafrechts, da er kein Gesetzgeber ist." Ein Richter, der ein Urteil fällt, trifft „lediglich eine einfache positive oder negative Entscheidung über konkrete Tatsachen". Der Richter müsse zur Verkündung der Strafe nur einen Blick auf die entsprechenden Vorschriften werfen.[35] Gesetzgeber strebten danach, „für jede spezielle und feine Situation konkrete und praktische Lösungen bereitzustellen, damit Richter bei der Verhandlung problemlos auf die Gesetze zurückgreifen können".[36]

Die Realität zeigt jedoch, dass solche Vorstellungen unrealistisch sind. Diese Annahmen basieren im Wesentlichen auf den von den Aufklärern mit reiner Vernunft erdachten Prin-

[26] Siehe oben I. 1.

[27] Die Reform der Kronzeugenregelung für Schuldbekenntnisse und Strafen ist eine wichtige Justizreform, die im Jahr 2014 in die chinesische StPO eingeführt wurde.

[28] Dazu oben I. 1.

[29] Die computergestützten Strafzumessungsmethoden wurden zwar von einzelnen Gerichten erforscht und erprobt, aber bald durch die vom Obersten Volksgerichtshof erprobten standardisierten Strafzumessungsmethoden ersetzt; dazu oben I. 1.

[30] Vgl. *Yimin Hui*, Grundlagen der Computer-Informationsverarbeitung, 1993, S. 49 (in chinesischer Sprache).

[31] Vgl. *Jinghai Shi*, China Legal Science 5 (2021), 295 (in chinesischer Sprache).

[32] Die persönlichen Risikofaktoren des Täters wie sein übliches Verhalten, seine Einstellung nach der Tat und die Gründe für die Begehung der Tat, gehören zu den Faktoren dieses „komplexen sozialen Widerspruchs" und sollten bei der Strafzumessung nicht pauschal berücksichtigt oder ausgeschlossen werden.

[33] Vgl. *Kline*, Mathematics: the Loss of Certainty (übersetzt ins Chinesische von *Hongkui Li*), 2004, S. 11.

[34] Vgl. *Pound*, Columbia Law Review 8 (1908), 610.

[35] Vgl. *Montesquieu*, The Spirit of Laws (übersetzt ins Chinesische von *Yanshen Zhang*), 1961, S. 76 f.

[36] Vgl. *Merryman*, The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America (übersetzt ins Chinesische von der südwestlichen Universität für Politikwissenschaft und Recht), 1983, S. 42.

zipien der Gesetzmäßigkeit von Strafe und der Vollständigkeit von Strafgesetzen, die in der Praxis jedoch keine Grundlage finden.[37] Andernfalls würden Straftäter, sowohl aus legislativer als auch aus richterlicher Sicht, nicht als konkrete Personen betrachtet, sondern als abstrakte Exemplare, „auf deren Rückseite die Richter gesetzliche Vorschriften ankleben könnten".[38] In der Praxis erfordert die Anwendung eines Gesetzes auf einen konkreten Fall, dass eine abstrakte gesetzliche Vorschrift aus psychologischer Sicht auf lebendige Menschen übertragen wird. Ein Strafrichter darf sich nicht vom Kontext des gesellschaftlichen Lebens trennen und zu einem mechanischen Instrument des Rechts werden.[39] Vielmehr hängt jede strafrechtliche Entscheidung von der flexiblen Beurteilung der Handlungen, der Person und ihrer sozialen Situation ab – und nicht bloß von geschriebenen Gesetzen. Verschiedene Methoden der „Mathematisierung der Strafe" haben jedoch das Ziel verfolgt, das Ermessen der Richter einzuschränken, um Ungleichheiten bei der Strafzumessung zu vermeiden. Diese Methoden haben zur Folge, dass das notwendige Ermessen bei der Strafzumessung faktisch aufgehoben wird, wodurch die Strafzumessung selbst ihren Sinn verliert. Um den Missbrauch des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung zu verhindern, ist es nicht zielführend, dessen Ausübung strikt einzuschränken. Stattdessen sollte ein umfassendes Verfahrenssystem eingerichtet werden, das die Anwendung des Ermessens sinnvoll rational reguliert.[40]

Darüber hinaus entspricht die auf der „Mathematisierung der Strafe" basierende Methode weder den Mechanismen der Strafzumessung noch den Grundsätzen des Prozessrechts. Kritiker der computergestützten Strafzumessung haben hierzu treffend angemerkt: „Die Theorie der computergestützten Strafzumessung ist in Wirklichkeit eine moderne Wiederbelebung des traditionellen absoluten Legalitätsprinzips und stellt eine unangemessene Beschneidung der richterlichen Ermessensfreiheit und der Unabhängigkeit des Willens dar."[41] Der grundlegende Widerspruch zwischen den komplexen sozialen Gegebenheiten und der begrenzten Fähigkeit rationaler Abstraktion zeigt, dass ein Computerprogramm nicht in der Lage ist, alle Umstände zu erfassen, die die gesellschaftliche Gefährlichkeit eines Täters widerspiegeln. In Bezug auf die persönliche Gefährlichkeit ist der Computer zudem völlig machtlos. Der Versuch, sämtliche strafzumessungsrelevanten Umstände und Faktoren zu parametrisieren und zu standardisieren, ist aus technischer Sicht schlicht nicht durchführbar. Zwar mag die sogenannte computergestützte Strafzumessung auf der „Erfahrung von Experten" basieren, doch nach der Einspeicherung in die Software ähnelt diese „Erfahrung" lediglich kodifizierten Rechtsregeln. Sie verliert dabei ihren Charakter als „vor Ort" gewonnene, praxisnahe Erfahrung, die für die individuelle Strafzumessung und die Berücksichtigung konkreter Fallumstände unerlässlich ist. Stattdessen reduziert sie sich auf einen formallogischen Faktor, der in der Flexibilität und Anpassungsfähigkeit an die spezifischen Gegebenheiten eines Falles keinen Mehrwert bietet. Dass in Fällen, die durch computergestützte Strafzumessung entschieden wurden, keine Berufungen oder Beschwerden auftreten, ist keineswegs ein Indiz für eine gerechtere Strafzumessung. Vielmehr könnte dies darauf hinweisen, dass die Starrheit der Strafzumessungssoftware das vom Gesetzgeber vorgesehene Verfahrensrecht verwässert und das System der Rechtsmittel praktisch bedeutungslos macht.

3. Die Strafzumessung als „Ermessensentscheidung"

Die Geschichte der Modernisierung des Strafrechts zeigt, dass die Strafzumessung ihrer Eigenart nach nur eine „Ermessensentscheidung" sein kann. Dies wird besonders deutlich daran, dass Gesetzgebung und juristische Auslegung des Strafrechts — entsprechend der Vertiefung theoretischer Forschung und der Entwicklung der Rechtsprechung — von absolut zu relativ, von formal zu substanziell und von extrem zu rational übergegangen sind. Gerechtigkeit im Strafrecht bedeutet nicht nur formelle Gerechtigkeit, sondern eine Einheit aus allgemeiner formeller und individueller materieller Gerechtigkeit. Der Grundsatz „nulla poena sine lege" (keine Strafe ohne Gesetz) erfordert nicht nur die formelle Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen, sondern auch eine substantielle Auslegung und Befolgung aller relevanten Vorschriften des Allgemeinen und Besonderen Teils des Strafrechts sowie der Ziele, Aufgaben und der strafrechtlichen Politik. Die Modernisierung des Strafrechts verdeutlicht, dass die Strafzumessung kein automatisierter Prozess ist, bei dem abstrakte Rechtsnormen einfach auf konkrete Einzelfälle angewendet werden. Vielmehr handelt es sich um einen dynamischen Prozess, in dem abstrakte Rechtsnormen mit den konkreten Tatsachen des Einzelfalls kombiniert und zu einer rationalen Strafzumessung weiterentwickelt werden (rationale Konkretisierung). In diesem Prozess müssen sowohl die abstrakten rechtlichen Vorgaben für jede einzelne Straftat – wie die Strafzumessungsgrundlagen und andere relevante Vorschriften – berücksichtigt werden, um den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafe und der Gleichheit zu gewährleisten, als auch die spezifischen Umstände des Einzelfalls, die die gesellschaftliche Gefährlichkeit der Straftat und die persönliche Gefährlichkeit des Täters widerspiegeln (gesetzliche und nichtgesetzliche Strafzumessungsumstände). Es bedarf der Rationalität, des Gewissens und der Fachkenntnisse des Richters, um eine gut begründete und ausgewogene Entscheidung zu treffen. Aufgrund dieses grundlegenden Funktionsprinzips kann die Strafzumessung ihrem Charakter nach nur ein „Ermessen hinsichtlich der Strafe" und nicht eine „Mathematisierung der Strafe" sein.

[37] Vgl. *Zhonglin Chen*, Sammlung von Aufsätzen zum Strafrecht, 2003, S. 163 (in chinesischer Sprache).

[38] Vgl. *Ferri*, Positive School of Criminology (übersetzt ins Chinesische von *Jianan Guo*), 2004, S. 175 f.

[39] Vgl. *Ferri*, Criminal Sociology (übersetzt ins Chinesische von *Jianan Guo*), 2004, S. 244.

[40] Dazu gehören die Einführung unabhängiger Verfahren zur Strafzumessung, die Verbesserung des Systems zur Ernennung von Richtern, die Stärkung der Unabhängigkeit der Gerichtsverfahren u.s.w.

[41] Vgl. *Yi Wan*, Journal of the East China University of Political Science and Law 5 (2006), 55.

Der grundlegende Unterschied zwischen „Ermessen der Strafe“ und „Mathematisierung der Strafe“ liegt in der Frage, ob die Strafzumessung als ein aktiver und individualisierter Prozess betrachtet wird. Bei der „Mathematisierung der Strafe“ werden strafzumessungsrelevante Faktoren im Voraus quantifiziert, wodurch die Strafzumessung zu einem verallgemeinerten technischen Vorgang wird. Im Gegensatz dazu umfasst das „Ermessen der Strafe“ zwar in gewissem Maße auch Elemente der „Mathematisierung“, erfordert jedoch eine detaillierte Analyse und Beurteilung der individuellen Umstände des jeweiligen Falls. Dadurch wird die Strafzumessung zu einem aktiven und auf den Einzelfall zugeschnittenen Prozess. In diesem Sinne stellt die „Mathematisierung der Strafe“ bestenfalls einen technischen Aspekt innerhalb des „Ermessens der Strafe“ dar. Sie dient lediglich als statische Grundlage, auf der das Urteil des Richters aufbaut, und ist nur einer von vielen Faktoren, die die Strafzumessung beeinflussen. Das quantitative Ergebnis muss im Strafzumessungsprozess entsprechend den strafrechtlichen Normen, insbesondere den allgemeinen Vorschriften, angepasst und korrigiert werden. Gemäß § 61 des chinesischen Strafgesetzbuchs (chStGB) ist bei der Strafzumessung „nach den Tatsachen der Straftat, der Art der Straftat, den Umständen und dem Grad der gesellschaftlichen Gefährlichkeit gemäß den einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes“ zu urteilen. Dieser Grundsatz versteht Strafzumessung nicht als „Mathematisierung“, sondern als „Ermessen“. Die Regelung berücksichtigt sowohl die gesellschaftliche Gefährlichkeit der Straftat als auch die persönliche Gefährlichkeit des Täters. Letztere lässt sich schwer quantifizieren und erfordert eine ermessensbasierte Bewertung der spezifischen Umstände des Einzelfalls. Dies schließt eine direkte schematische Anwendung der Vorschrift aus. Richterliche Entscheidungen basieren daher auf einer ganzheitlichen Analyse der gesetzlichen und ermessensabhängigen Strafzumessungskriterien, die unter Einbeziehung des Strafzwecks sowie richterlicher Erfahrung und Rationalität eine ausgewogene Wertung ermöglichen.

III. Aufbau der Strafzumessungsmethoden im Hinblick auf die Eigenart der Strafzumessung

Angesichts der Vielfalt der Methoden sollte deren Aufbau nicht in Form einer universell anwendbaren „Berechnungsformel“ erfolgen. Stattdessen sollte der Fokus darauf liegen, den „Strafzumessungsvorgang zu institutionalisieren“.[42] Auf der Grundlage der Eigenart des „Ermessens der Strafe“ sollten die Methoden der Strafzumessung rational gestaltet werden. Diese sollte die Stärken sowohl der traditionellen erfahrungsbasierten Methode als auch sogenannter moderner Methoden systematisch integrieren und optimieren – in Form eines kombinierten Ansatzes aus qualitativen und quantitativen Elementen.

1. Das Verhältnis zwischen qualitativem und quantitativem Ansatz in der Strafzumessungsmethode

Die Forderung nach einer Kombination qualitativer und quantitativer Elemente in der Strafzumessungsmethode ist nicht in dem Sinne zu verstehen, wie es von der Reformprojektgruppe formuliert wurde – nämlich, dass „Unklarheiten in der qualitativen Bewertung durch quantitative Mittel ergänzt werden können und umgekehrt“.[43] Vielmehr bezeichnet sie ein methodisches Verhältnis, in dem die quantitative Berechnung als Hilfsmittel der qualitativen Beurteilung dient. Die qualitative Analyse stellt dabei das funktional-wertebasierte Zentrum der Strafzumessung dar, während die quantitative Analyse lediglich eine unterstützende Funktion einnimmt. Dieses Verhältnis lässt sich etwa mit dem Gebrauch eines Taschenrechners vergleichen: Die Rechenoperationen unterstützen eine Entscheidung, ersetzen sie jedoch nicht. Ebenso verhält es sich in der Medizin: Modernste technische Befunde liefern wertvolle Daten, doch die Diagnose und Therapieentscheidung treffen letztlich Ärzte auf Basis qualitativer, erfahrungs- und wertegeleiteter Einschätzungen.

Funktional betrachtet liefert die quantitative Analyse objektiv messbare Tatsachen, ohne jedoch selbst eine wertende Ausrichtung zu enthalten. Sie bleibt damit normativ neutral. Die qualitative Analyse hingegen ist ausdrücklich wertebasiert; sie ist nicht bloß ein Abbild von Fakten, sondern ein normativ geleiteter Prozess subjektiver – wenngleich rational begründeter – Urteilsbildung. Gerade aufgrund dieser unterschiedlichen funktionalen Ausrichtungen ist eine methodisch reflektierte Verbindung beider Ansätze erforderlich. In der Strafzumessung führt ein rein quantitativer Zugang zwangsläufig dazu, dass das Strafmaß nicht hinreichend in die normativen Zielsetzungen des Strafrechts – etwa die Strafzweckorientierung, die rechtspolitischen Leitlinien und die gesellschaftliche Wirkung – eingebettet werden kann.[44] Umgekehrt birgt ein ausschließlich qualitativer Ansatz, der auf empirisch nachvollziehbare Bezugsgrößen verzichtet, die Gefahr einer fehlenden Transparenz, Willküranfälligkeit und mangelnden Nachvollziehbarkeit für die Beteiligten sowie die Öffentlichkeit.

Vor diesem Hintergrund muss eine an der Eigenart der Strafzumessung orientierte Methodik auf den logischen Strukturen der traditionellen erfahrungsbasierten Strafzumessungspraxis aufbauen. Moderne Technologien wie Computer, algorithmische Systeme oder digitale Modelle können – dem inneren Aufbau strafzumessungsbezogener Rationalität folgend – lediglich als Hilfsmittel des rechtlichen Denkens fungieren, jedoch nicht als eigenständige Strafzumessungsmethoden verstanden werden. Zwar weist die traditionelle erfahrungsbasierte Methode gewisse systemimmanente Schwächen auf, doch bleibt sie – ihrer normativen Grundstruktur nach – mit der Eigenart und der Zielsetzung der Strafzumessung vereinbar und ist daher als zentrale Basismethode wei-

[42] In Deutschland ist dies seit Jahrzehnten der Schwerpunkt der Forschung zu Fragen der Strafzumessung, vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), S. 1167.

[43] Strafkammer Nr. 3 für Strafsachen des Obersten Volksgerichtshofs (Hrsg.), Handbuch zur praktischen Anwendung der standardisierten Strafzumessung, 2014, S. 10 (in chinesischer Sprache).

[44] Siehe dazu oben I. 2.

terhin unverzichtbar. Deshalb soll die quantitative Analyse die qualitative Entscheidungsfindung flankieren, absichern und strukturieren, darf ihr aber nicht vorgelagert oder gar übergeordnet sein. Nur auf diese Weise kann Strafzumessung sowohl rechtsstaatlich legitim, individuell gerecht als auch gesellschaftlich vermittelbar erfolgen.

2. Die qualitativ-quantitative Strafzumessungsmethode im Rahmen des chinesischen Strafrechts

Ausgehend von der Eigenart der Strafzumessung als „Ermessensentscheidung" sollte eine qualitativ-quantitativ integrierte Strafzumessungsmethode auf der Grundlage der gesetzlichen Vorgaben des Strafrechts entwickelt und unter Achtung der richterlichen Entscheidungsfreiheit angewendet werden.

a) Festlegung des gesetzlichen Strafrahmens als Strafzumessungsmaßstab auf Grundlage der Schuldfeststellung

Die Schuldfeststellung erfasst die Schwere der konkreten Tat im Rahmen des jeweiligen Straftatbestandes – insbesondere durch die Einstufung als Grundtat und qualifizierte Tat. Ziel ist es, auf dieser Grundlage den entsprechenden gesetzlichen Strafrahmen zu bestimmen, der dann als Ausgangspunkt der Strafzumessung fungiert. Beispielsweise sieht §§ 234 chStGB für Fälle vorsätzlicher Körperverletzung folgende Einteilung vor: Handelt es sich um eine Körperverletzung, die zu leichten Verletzungen oder nicht unerheblichen Bagatellverletzungen führt, so liegt eine Grundtat vor. Der entsprechende gesetzliche Strafrahmen lautet: bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe, Gewahrsam oder Überwachung. Diese Stufe wird somit zum Strafzumessungsmaßstab gewählt. Bei schweren Verletzungen ist die Tat als qualifizierte Variante ersten Grades einzuordnen. Der gesetzliche Strafrahmen beträgt in diesem Fall drei bis zehn Jahre Freiheitsstrafe und bildet dementsprechend den Strafzumessungsmaßstab. Führt die Tat zum Tod des Opfers oder wird sie mit besonders grausamen Mitteln begangen, was zu einer schweren Behinderung führt, so liegt eine qualifizierte Variante zweiten Grades vor. Der gesetzliche Strafrahmen sieht hier mehr als zehn Jahre Freiheitsstrafe, lebenslange Freiheitsstrafe oder Todesstrafe vor. Auch hier dient diese Einordnung als Strafzumessungsmaßstab. Erst auf Grundlage dieses durch die Schuldfeststellung bestimmten gesetzlichen Strafrahmens kann die eigentliche Strafzumessung – differenziert nach Strafzumessungsumständen – erfolgen. Dadurch lassen sich sowohl die Verhängung der Strafe als auch deren Vollstreckung im Sinne der strafrechtlichen Präventionsziele systematisch begründen.

b) Feststellung der Straffreiheit aufgrund strafbefreiender Umstände

Im Strafrecht dient die Straffreiheit als eine spezifische Möglichkeit, strafrechtliche Verantwortung für bestimmte Delikte ohne Strafsanktion zu verwirklichen. Nach § 37 chStGB kann Straffreiheit entweder in Form einer bloßen Schuldfeststellung ohne Sanktion oder durch eine Schuldfeststellung mit der Anordnung nichtstrafrechtlicher Maßnahmen erfolgen. Obwohl Straffreiheit bedeutet, dass keine Strafe verhängt wird, basiert sie dennoch auf dem gesetzlich festgelegten Strafrahmen, der als Ausgangspunkt für die Strafzumessung dient. Einerseits gründet die Straffreiheit auf den gesetzlichen Bestimmungen des § 37 chStGB und ähnlicher Regelungen, die vorsehen, dass die Tat als „geringfügig" eingestuft wird und „keine Strafe erforderlich" ist. Dies geschieht auf Grundlage der gesetzlich vorgesehenen Strafzumessungsumstände, die Straffreiheit entweder ermöglichen oder vorschreiben. Andererseits dient der gesetzlich festgelegte Strafrahmen als Referenzpunkt (Strafzumessungsmaßstab) für die Straffreiheit. Ohne einen Bezug zum zu befreienden Strafmaß wäre eine gezielte und rechtskonforme Entscheidung über die Straffreiheit nicht möglich. In diesem Sinne bildet der gesetzlich festgelegte Strafrahmen die Grundlage für die Feststellung der Straffreiheit.

c) Feststellung eines gemilderten Strafrahmens auf Grundlage strafmildernder Umstände

Im modernen Strafrecht bezieht sich der sogenannte „festgestellte Strafrahmen" (处断刑, chu duan xing) darauf, dass auf Grundlage des für das jeweilige Delikt geltenden gesetzlichen Strafrahmens eine mildere Strafe verhängt wird, die aufgrund strafmildernder Umstände in einen niedrigeren oder mehrere niedrigere Strafrahmen fallen kann (Strafrahmenverschiebung). Betrachtet man die Richtlinien zur Strafzumessung, so finden sich zwar Anforderungen wie „Festlegung der Strafe unterhalb des gesetzlichen Mindeststrafmaßes". Ein Beispiel hierfür ist die Methode zur Bestimmung der Strafe, nach der „bei Vorliegen strafmildernder Umstände die verhängte Strafe unterhalb des gesetzlichen Mindeststrafmaßes festzusetzen ist". Dies bedeutet jedoch nicht, dass strafmildernde Umstände ausschließlich im Kontext der Strafrahmenverschiebung berücksichtigt werden sollen. Vielmehr sind sie zusammen mit anderen strafzumessungsrelevanten Umständen in einem quantitativen Prozess einzubeziehen.

Ein typisches Beispiel hierfür ist die Festlegung von Obergrenzen für strafmildernde Umstände im Rahmen quantitativer Maßstäbe, die zwischen 20 % und 60 % der Strafe liegen können. Dabei wird jedoch nicht immer eindeutig bestimmt, ob die Strafe innerhalb des niedrigeren gesetzlichen Strafrahmens verbleibt.[45] Daher sollte die Feststellung eines gemilderten Strafrahmens auf Grundlage der spezifischen strafmildernden Umstände des Einzelfalls erfolgen und unterhalb des ursprünglich festgelegten gesetzlichen Strafrahmens liegen.

d) Verhängung einer Strafe auf Grundlage anderer strafzumessungserheblicher Umstände

Um den festgestellten Strafrahmen, die verhängte Strafe und die vollstreckte Strafe klar voneinander zu unterscheiden, darf die verhängte Strafe nicht einfach als „die vom Richter durch Verhandlung verhängte Strafe"[46] definiert werden. Ebenso wenig sollte sie als „die vom Gericht verhängte Stra-

[45] Dazu oben I. 2. (drittes Problem).

[46] Vgl. *Mingkai Zhang*, Strafrechtswissenschaft, 5. Aufl. 2016, S. 673; *Yu Jia*, Besonderer Teil der Strafrechtswissenschaft, 2019, S. 11.

fe, die vollstreckt werden soll“ oder als „das auf Grundlage strafzumessungsrelevanter Umstände festgelegte Strafmaß“[47] bezeichnet werden. Vielmehr sollte die verhängte Strafe als das Strafmaß verstanden werden, das auf Basis der strafschärfenden oder strafmildernden Umstände des jeweiligen Falls bestimmt wird. Gemäß § 69 chStGB über die Tatmehrheit wird zunächst für jede einzelne Straftat eine konkrete Einzelstrafe nach den allgemeinen Strafzumessungsregeln festgesetzt. Im zweiten Schritt wird die verhängte Strafe auf Grundlage des Asperationsprinzips bestimmt, also durch eine „modifizierte Addition zur Gesamtstrafe“.

In Fällen, in denen Regelungen wie die Anrechnung der Untersuchungshaftdauer, Bewährungsstrafen, Strafminderungen oder bedingte Entlassungen zur Anwendung kommen, entspricht die „endgültige Strafe“ nicht der verhängten Strafe, sondern der vollstreckten Strafe. Dies bedeutet, dass die verhängte Strafe nur dann zur endgültigen Strafe wird, wenn es sich um einen Einzelfall handelt, in dem keine besonderen Regelungen, wie etwa Bewährung, zur Anwendung kommen. Andernfalls ist es nicht die verhängte Strafe, sondern die vollstreckte Strafe, die als endgültige Strafe gilt.

e) Bestimmung der vollstreckten Strafe auf Grundlage der Strafzumessungsregeln

Die sogenannte vollstreckte Strafe ist nicht die Strafe, die von der Vollstreckungsbehörde tatsächlich vollstreckt wird, sondern die Strafe, die vom Gericht im Rahmen der Strafzumessung endgültig festgelegt wird. Im chinesischen Strafrecht bezieht sich die Vollstreckungsstrafe auf die Strafe, die auf Grundlage der verhängten Strafe oder einer bereits bestehenden Vollstreckungsstrafe sowie unter Berücksichtigung der für die Strafvollstreckung relevanten Bestimmungen – wie Tatmehrheit, Anrechnung der Untersuchungshaftdauer oder Bewährung – bestimmt wird. Gemäß §§ 69 bis 71 chStGB muss in Fällen, in denen mehrere Taten vorliegen und nicht nur eine einzelne Straftat oder ein einziges Delikt verurteilt wird, zunächst für jede Tat eine Einzelstrafe ausgesprochen werden. Anschließend wird auf Grundlage bestimmter Prinzipien und Methoden eine Gesamtdauer der vollstreckten Strafe festgelegt. Gemäß § 72 chStGB kann, wenn die Gefährlichkeit der Straftat sowie die persönliche Gefährlichkeit des Täters gering sind und die Bedingungen für eine Bewährung erfüllt werden, die Vollstreckungsstrafe auf Basis der verhängten Strafe und einer umfassenden Analyse der Tatsachen des Falls festgesetzt werden. In all diesen Fällen wird die Vollstreckungsstrafe unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften zu den Strafsystemen der Tatmehrheit, der Anrechnung der Untersuchungshaftdauer, der Bewährung usw. bestimmt. Die Vollstreckungsstrafe unterscheidet sich sowohl in ihren Tatsachen- als auch in ihren Rechtsgrundlagen und Adressaten von der verhängten Strafe. Es ist von zentraler Bedeutung, die vollstreckte Strafe und die verhängte Strafe nicht zu vermischen, um die Einhaltung der Vorschriften des Strafgesetzbuchs sowie der Prinzipien der Strafzumessung zu gewährleisten.

Die qualitativ-quantitative Strafzumessungsmethode im Rahmen des chinesischen Strafrechts lässt sich anschaulich anhand eines konkreten Fallbeispiels erläutern: In einem Raubfall wurde der Angeklagte Ma von Dritten zur Tatbegehung aufgefordert und raubte mit Gewalt 5.000 Yuan von dem Opfer Zhang. Ma war Mitglied einer Gruppierung und als Gehilfe festgestellt. Darüber hinaus lagen bei ihm mehrere strafmildernde Umstände vor, darunter besondere Verdienste, Geständnis, freiwillige Rückerstattung der Taterträge sowie ein gutes Verhalten während der Untersuchungshaft. Gleichzeitig lag mit der gemeinschaftlich begangenen Tat ein straferschwerender Umstand vor. Gemäß den einschlägigen Bestimmungen des chinesischen Strafgesetzbuchs gilt:

- Der Gehilfe „ist mit einer Strafe leichteren Grades oder abgemildert leichten Strafe zu belegen oder er bleibt straffrei“ (§ 27 chStGB);
- Mit Blick auf das Geständnis „kann eine Strafe leichteren Grades verhängt werden“ (§ 67 Abs. 3 chStGB);
- Im Falle besondere Verdienste „kann eine Strafe leichteren Grades oder abgemildert leichten Strafe verhängt werden“ (§ 68 chStGB);
- Wegen der freiwilligen Rückerstattung der Taterträge und das gute Verhalten in Haft „kann die Strafe gemildert werden“;
- Aufgrund der gemeinschaftlichen Begehung des Raubes „ist die Strafe zu verschärfen“.

Da es sich um einen einmaligen Raub mit einem Betrag von 5.000 Yuan handelt, ist die Tat als Grundform des Raubes zu qualifizieren, mit einem gesetzlichen Strafrahmen von drei bis zehn Jahren Freiheitsstrafe und Geldstrafe. Auf Grundlage der beiden besonders gewichtigen Strafzumessungsumstände – Gehilfe und besondere Verdienste –, die nach dem Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit einer Strafmilderung oder Strafbefreiung vorsehen, ist zunächst eine Strafrahmenverschiebung auf „Freiheitsstrafe unter drei Jahren, Gewahrsam oder Überwachung“ vorzunehmen – ggf. wäre sogar ein vollständiger Strafausspruchverzicht rechtlich zulässig. Im nächsten Schritt erfolgt innerhalb dieses verschobenen Strafrahmens die Anwendung der weiteren Strafzumessungsumstände: Das Geständnis sowie die Rückerstattung und das Verhalten in Haft sprechen für eine weitergehende Milderung, während der gemeinschaftliche Charakter der Tat als strafschärfend zu berücksichtigen ist. Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung erscheint es sachgerecht, einjährige Überwachung oder sechs Monate Gewahrsam als die verhängte Strafe festzusetzen. Falls der Angeklagte bereits drei Monate Untersuchungshaft verbüßt hat, ergibt sich daraus eine Vollstreckungsstrafe von sechs Monaten Überwachung oder drei Monaten Gewahrsam (Anrechnung der Untersuchungshaft).[48]

[47] Vgl. Richtlinien des Obersten Volksgerichts und der Obersten Volksstaatsanwaltschaft über die Strafzumessung bei gewöhnlichen Straftaten (zur probeweise durchgeführt).

[48] Zum Ergebnis von 11,8 Monaten Freiheitsstrafe nach der quantifizierten Strafzumessungsmethode siehe oben I. 2. (drittes Problem).

IV. Zusammenfassende Thesen

- Die Eigenart der Strafzumessung liegt nicht in der bloßen Quantifizierung („Mathematisierung der Strafzumessung"), sondern in der rechtlich-normativ gebundenen Ermessensausübung. Sie ist ein dynamischer Entscheidungsprozess, der abstrakte Normen mit konkreten Fallumständen im Lichte von Vernunft, Fachwissen und rechtlichem Gewissen verbindet.
- Strafzumessungsermessen ist kein freies Ermessen, sondern gesetzlich gebunden. Es muss sich an den Straftatbeständen, gesetzlichen Strafrahmen, gesetzlichen Strafzumessungsumständen, allgemeinen Strafzwecken sowie an Prinzipien wie dem Schuldgrundsatz und dem Gesetzlichkeitsprinzip orientieren.
- Die chinesische Reform der Strafzumessung hat bedeutende Fortschritte erzielt – etwa die Förderung der Verfahrensgerechtigkeit und die Stärkung der Legitimität strafrichterlicher Entscheidungen –, weist jedoch methodische Schwächen auf, insbesondere im Rahmen der Eigenart der Strafzumessung.
- Die ursprünglich als „qualitativ-quantitativ" verstandene Methode wurde in der Praxis teilweise in ein primär quantitatives Modell verkehrt, das Strafzumessung auf mechanische Berechnung reduziert und damit die normative Substanz verfehlt.
- Ein sinnvoller qualitativ-quantitativer Ansatz verlangt, dass quantitative Berechnungen lediglich unterstützende Funktionen übernehmen. Das Strafmaß wird nicht durch Zahlen bestimmt, sondern durch normativ überzeugende Begründungen legitimiert – auch wenn das Ergebnis mit dem Rechenwert übereinstimmen kann.
- Die Entwicklung und Anwendung jeder Strafzumessungsmethode muss gesetzeskonform erfolgen. Dazu gehört die Berücksichtigung aller relevanten Strafzumessungsumstände (Milderung, Schärfung, Strafbefreiung) sowie die Festlegung von Strafrahmenverschiebung, Strafverhängung und ihrer Vollstreckung entsprechend den strafrechtlichen Vorgaben.

Neues aus der Strafrechtswissenschaft:
Digitale Gesellschaft und Strafrecht, 2025*

Von Prof. Dr. **Georgia Stefanopoulou**, Berlin**

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. Ziel und Aufbau der Untersuchung

Kaum ein anderes Thema ist seit Jahren so anhaltend im Fokus des kriminalwissenschaftlichen Interesses wie die Digitalisierung. Zu kaum einem anderen Thema werden so viele Publikationen generiert, Tagungen und Workshops organisiert und Reformvorschläge mit Blick auf Gesetze und Straftatbestände formuliert. Dieses unablässige Interesse ist nicht verwunderlich. Die Digitalisierung fordert die Kriminalwissenschaft in allen ihren Teilbereichen heraus. Herkömmliche Kriminalitätstheorien, klassische dogmatische Begriffe und Konstrukte, verfahrensrechtliche Instrumente und Institute geraten unter Anpassungsdruck. Dies erklärt die mittlerweile beachtenswerte Menge an kriminalwissenschaftlicher Literatur zu verschiedenen digitalisierungsbedingten Herausforderungen. Trotz der Vielzahl der Beiträge zu der Thematik habe ich am Beginn der Forschung zu meiner Habilitationsschrift folgende Beobachtung gemacht: Digitalisierungsrelevante Fragestellungen werden überwiegend gebietsspezifisch bzw. problemspezifisch behandelt. Es fehlte meines Erachtens an einer gemeinsamen theoretischen Grundlage für die Behandlung der verschiedenen Einzelthematiken. Darauf wollte ich mit der Abhandlung „Digitale Gesellschaft und Strafrecht" reagieren.

Das Ziel dabei war der Entwurf eines soziologischen bzw. kriminalsoziologischen Konzepts von Digitalisierung, das den globalen und totalen Charakter des „digital turn" erfasst[1] und dem sich ein „Gerüst" für die Auseinandersetzung mit einzelnen Phänomenen und dogmatischen und kriminalpolitischen Fragestellungen entnehmen lässt. Das Konzept, das ich mit einer gewissen Experimentierbereitschaft zu entwickeln versucht habe, läuft im Strafrecht darauf hinaus, dass Kommunikation als Oberbegriff für internetbasierte Delikte fungiert. Es wird zunächst allgemein herausgearbeitet und dann an ausgewählten dogmatischen Problemen erprobt. Diese betreffen die Versuchsstrafbarkeit von Cybergrooming, den Versuchsbeginn bei Abo- bzw. Kostenfallen im Internet, Zurechnungsfragen bei der öffentlichen Beleidung sowie die Beteiligungsproblematik bei der Verbreitung fremder Missachtungen in sozialen Medien. Auch mit Blick auf strafprozessuale Grundsätze und Instrumente wird die Aussagekraft des entworfenen Konzepts aufgezeigt.

Die Schrift ist in drei Teile gegliedert. Sie tragen die Titel: „Digitale Kriminalsoziologie", „Kommunikationsstrafrecht" und „Strafverfahrensrecht in der digitalen Gesellschaft". Die Ausführungen im ersten Teil können zwar als selbständiger Entwurf einer neuen Forschungsrichtung „Digitale Kriminalsoziologie bzw. „Kriminologie des Digitalen" gelesen werden, sie enthalten jedoch die theoretischen Grundlagen, auf die sich die zwei strafrechtlichen Teile stützen.

II. Kurzer Abriss der einzelnen Teile

1. Erster Teil: Digitale Kriminalsoziologie

Der zentrale Theorierahmen ist systemtheoretisch. Im ersten Teil der Untersuchung, der die „Digitale Kriminalsoziologie" entfaltet, wird der systemische Charakter des digitalen Netzes ausgearbeitet. Orientiert in erster Linie an *Niklas Luhmanns* systemtheoretischer Analyse der Massenmedien[2] werden die Funktionsweise und die systemischen Effekte des digitalen Netzes als eines autonomen gesellschaftlichen Operanten dargelegt. Es wird argumentiert, dass es sich beim digitalen Netz um einen geschlossenen und ununterbrochenen Kommunika-

* Zusammenfassung der wesentlichen Thesen der Habilitationsschrift „Digitale Gesellschaft und Strafrecht", 2025. Die Einleitung zu dieser Schrift diente der vorliegenden Darstellung als Grundlage.

** Die *Autorin* ist Inhaberin einer Professur für Strafrecht an der BSP Business & Law School Berlin.

[1] Die Soziologin *Noortje Marres* spricht von „a new kind of total social fact" (*dies.*, Digital Sociology, 2017, S. 13). Der Begriff stammt ursprünglich von *Marcel Mauss* (*ders.*, Die Gabe [im Original: Essai sur le don, 1925], 2019, S. 17).

[2] *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 2. Aufl. 1996.

tionskreislauf handelt, der sich selbst erzeugt und organisiert. Die Selbstorganisation des Systems „digitales Netz" erfolgt über einen algorithmisch gesteuerten Selektionsvorgang, der sich der Unterscheidung „Aufmerksamkeit/Nichtaufmerksamkeit" bedient. Gezeigt wird, dass diese Selektion kriminalsoziologisch relevante Effekte zeitigt. Neben *Luhmanns* Massenmedienanalyse wird dabei auch auf *Émile Durkheims* soziologische Ausführungen zu Solidarität und Anomie, *Michel Maffesolis* Analyse der Postmoderne, *Steffen Maus* Diagnose einer „metrischen Gesellschaft" sowie auf *Andreas Reckwitz*' Beobachtungen zur „Gesellschaft der Singularitäten" Bezug genommen.[3] Als unerwünschte Nebeneffekte des Systems „Digitales Netz" werden Imitations- und Durchdringungsprozesse der Plattformökonomie in nichtwirtschaftlichen Kommunikations- und Handlungszusammenhängen und Phänomene anomischer Netzwerkbildung sowie die Entstehung von neuen Formen affektiver imaginierter Vergemeinschaftung rekonstruiert, die Einfluss auf die Kriminalitätswahrnehmung und die kriminalpolitischen Reaktionen nehmen.[4]

In Anbetracht der systemischen Nebenwirkungen des digitalen Netzes ist eine der zentralen Thesen der Untersuchung, dass Digitalisierung als kriminalitätsrelevante Makrostruktur erfasst werden sollte. Dies impliziert, dass man über personen- und situationsbezogene kriminologische Ansätze hinausgeht, die im engeren Forschungsfeld der sog. Cyberkriminologie entstanden sind. Gebraucht wird eine umfassende *Kriminologie des Digitalen* bzw. eine *Digitale Kriminalsoziologie*. Ich versuche zu zeigen, dass die Kriminologie des Digitalen einen integrativen Forschungscharakter hat. Dieser besteht unter anderem darin, dass sich hier a) eine produktive Zweiwegkommunikation zwischen klassischen Kriminalitätstheorien und den digitalisierungsbedingt veränderten kulturellen und sozialen Strukturen herstellen lässt, b) die Cyberkriminologie als Teilbereich integrieren und c) sich über die Ursachenforschung hinaus auch kritische kriminologische Forschung einbeziehen lässt.

2. Zweiter Teil: Das Kommunikationsstrafrecht der digitalen Gesellschaft

Die systemtheoretische Auffassung des digitalen Netzes im ersten Teil der Untersuchung bietet nicht nur für die Kriminologie eine wichtige Arbeitsgrundlage, sondern auch für das Strafrecht. Durch die Auffassung des digitalen Netzes als Sozialsystem (d.h. eines Systems, das durch Kommunikation entsteht und permanent Kommunikation produziert) gerät die Kommunikation als elementarer sozialer Vorgang in den Fokus der Betrachtung. Dies hat zu dem zentralen Gedankenexperiment des Buches angeregt. Das Strafrecht ist bekanntermaßen mit dem *Handlungsbegriff* unauflösbar verbunden. Wie wäre es, wenn für digitalisierungsrelevante Phänomene eine Verlagerung des Schwerpunkts auf Kommunikation erfolgen würde, d.h. wenn Kommunikationen und nicht Handlungen den Ausgangspunkt für das Erfassen des Rechtsfalles darstellten? Wie würde ein *Kommunikationsstrafrecht* aussehen?

Diese Fragen stehen im Mittelpunkt des zweiten Teils der Untersuchung. Hier wird zunächst ein Kommunikationsbegriff entworfen, der als Bindeglied zwischen den verschiedenen netzbasierten Delikten dienen kann. Geprüft werden die Leistungsfähigkeit und praktische Aussagekraft des Kommunikationsbegriffs. Es wird dargelegt, dass er nicht hinter dem gesicherten Minimum an Leistung zurückbleibt, das der herkömmliche strafrechtliche Handlungsbegriff bietet. Der kommunikationstheoretische Ansatz wird dann zur Systematisierung von Zurechnungsstrukturen der sog. Internetkriminalität ausprobiert.

Dabei dienen *drei Grundannahmen* zum Wesen der Kommunikation als Basis der Argumentation.

- Erstens: Kommunikation ist mehr als eine Einzelhandlung und mehr als die Aggregation von Einzelmitteilungen, die im Zeitverlauf punktualisiert werden.[5] Kommunikation weist überpersonale Momente auf.
- Zweitens: Jede Kommunikation ist als ein dreistelliger Selektionsvorgang zu erfassen.[6] Sie besteht aus drei Komponenten: Aus der Selektion der Information, aus der Selektion der Mitteilungsform (mündlich, schriftlich, mimisch etc.) sowie der Selektion des Verstehens.[7] Sie erschöpft sich nicht in der bloßen Informationsübertragung vom Sender zum Empfänger.
- Drittens: Ein kommunikativer Beitrag als Ausgangspunkt der strafrechtlichen Bewertung ist eine Äußerung, die in Antizipation von Intentionszuschreibungen erfolgt. In strafrechtlicher Hinsicht kommuniziert derjenige, der mit Zuschreibungen von Mitteilungsintentionen als Anschlussreaktion rechnet.[8]

Im zweiten Teil der Untersuchung werden die *praktischen Auswirkungen der drei Grundannahmen* ausführlich dargestellt.

Die überpersonale Dimension der Kommunikation (erste Grundannahme) legt die Entwicklung eines *Kontextstrafrechts* nahe, das sich strukturell bestimmte Kontexterfordernisse des Völkerstrafrechts zum Vorbild nimmt. Die einzelnen Kom-

[3] *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 8. Aufl. 2019; *ders.*, Der Selbstmord, 15. Aufl. 2019; *ders.*, Die Regeln der soziologischen Methode, 9. Aufl. 2019; *ders.*, Die elementaren Formen des religiösen Lebens, 5. Aufl. 2020; *Maffesoli*, Les temps des tribus, Le déclin de l´ individualisme dans les sociétés postmodernes, 1988; *ders.*, Du nomadisme, Vagabondages initiatiques, 2006; *Luhmann* (Fn. 2), passim; *Mau*, Das metrische Wir, Über die Quantifizierung des Sozialen, 2018; *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, Zum Strukturwandel der Moderne, 2. Aufl. 2020.

[4] Hierzu siehe auch *Stefanopoulou*, ZfIStw 1/2025, 47.

[5] *Luhmann*, Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1987, S. 233.

[6] *Luhmann* (Fn. 5), S. 194.

[7] *Luhmann* (Fn. 5), S. 193 ff.; *Schuldt*, Systemtheorie, Theorie für die vernetzte Gesellschaft, 2017, S. 45 f.

[8] Vgl. *Schneider*, Grundlagen der soziologischen Theorie, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, S. 296 ff.

munikationsvorgänge sollten im Gesamtkontext der „autopoietischen Reproduktion des sozialen Systems“ verortet und systematisch aufgearbeitet werden. Die Stärken dieses Konzepts werden am Phänomen der Online-Beleidigungen exemplifiziert.

Die Auffassung der Kommunikation als dreistelliger Selektionsvorgang (zweite Grundannahme) wirkt sich bei der Bestimmung des Versuchsbeginns im Fall von Äußerungsdelikten aus. Sie legt nahe: Der Versuchsbeginn hängt nicht allein vom Täterbeitrag ab, sondern auch von der kommunikativen Reaktion der Person, an die der Täterbeitrag gerichtet wird. Erst bei einer vollendeten Kommunikation, d.h. erst, wenn eine Information ausgewählt und mitgeteilt wurde und eine Reaktion hervorgerufen hat, kommt Versuchsstrafbarkeit in Betracht. Dies wird an den Beispielen des versuchten Cyber-Groomings und der Abo-Fallen im Netz verdeutlicht.

Die These, dass erst eine Äußerung in Antizipation von Intentionszuschreibungen Ausgangspunkt der strafrechtlichen Bewertung sein kann (dritte Grundannahme) wirkt sich auf die Beteiligungsdogmatik bei Äußerungsdelikten aus. Durch sie lässt sich der konkrete Gehalt des Abgrenzungsmerkmals des Zu-eigen-Machens gewinnen. Dieser besteht in dem Prozess einer intersubjektiven Sinnzuweisung. Dieser Punkt wird mit Blick auf die strafrechtliche Behandlung der Weiterverbreitung von diffamierenden und missachtenden Inhalten durch Liken und Teilen erörtert.

Das Gedankenexperiment im zweiten Teil führt zu dem Ergebnis, dass der Kommunikationsbegriff im Bereich der internetbasierten Delikte dem Anspruch auf praktische Leistungsfähigkeit genügt. Darüber hinaus kann der kommunikationstheoretische Ansatz zur phänomengerechteren Behandlung und Systematisierung von Zurechnungsstrukturen beitragen.

3. Dritter Teil: Strafverfahrensrecht und Digital Turn

Auch in prozessualer Hinsicht kann die systemtheoretische Analyse des digitalen Netzes Erkenntnisfortschritte bewirken. Auch hier erfolgt durch die systemtheoretische Betrachtungsweise eine Schwerpunktverlagerung auf Kommunikation. Da diese in der digitalen Gesellschaft intransparent und ambivalent sowohl hinsichtlich ihrer Quelle als auch hinsichtlich der Mitteilungsabsicht sein kann,[9] ist es wichtig, über Anpassungen und Neujustierungen im Bereich des prozessualen Tatnachweises nachzudenken. Damit befasst sich der dritte Teil der Untersuchung vor allem. Zentrale Aussage ist dabei, dass mit Blick auf die Intransparenz digitaler Kommunikation Reformbestrebungen im Strafverfahren sich nicht allein auf die einseitige Erweiterung von Ermittlungsbefugnissen beschränken dürfen. Vielmehr ist es wichtig, unter Bedingungen der Digitalisierung den Bereich des prozessualen Tatnachweises stärker mit Vorkehrungen gegen das Herunterspielen von Zweifeln auszugestalten. In diesem Zusammenhang rege ich an, den Anwendungsumfang des Grundsatzes „in dubio pro reo“ zu erweitern und seine Gestaltungswirkung zu verstärken.[10]

Damit lässt sich Digitalisierung als eine Chance sehen, die Rechtsposition des Beschuldigten im Strafverfahren insgesamt zu stärken. Ihre positive, beweisrelevante Bedeutung zeigt sich auch unter medientechnischen Aspekten. Sie ermöglicht zuverlässige Dokumentationen und eignet sich zum Nachweis von Verfahrensverstößen besser als das Vernehmungsprotokoll. Bezugnehmend auf die medientheoretischen Analysen von *Cornelia Vismann* wird im dritten Teil ausgeführt, wie die Digitalisierung dazu beitragen kann, dass die „Verfahrensgeschichte“[11] ihre Mündlichkeit und Authentizität bewahrt.

III. Fazit

Zusammengefasst: Der Untersuchung liegt die Überzeugung zugrunde, dass die strafrechtliche Behandlung einzelner digitalisierungsbedingter Phänomene einer grundlegenden soziologischen Rahmentheorie bedarf. Dafür bietet sich die Systemtheorie an. Im ersten Teil der Untersuchung wird das Fundament entfaltet, auf dem die zwei nachfolgenden strafrechtlichen Teile aufgebaut werden. Der zweite Teil widmet sich der materiell-strafrechtlichen Konkretisierung. Im dritten Teil wird die Relevanz der Grundlegungen und Neujustierungen für das Verfahrensrecht erörtert. Die Untersuchung versteht sich nicht als eine abschließende Abhandlung zum Thema „Strafrecht und Digitalisierung“. Die entwickelten Argumente verstehen sich vielmehr nur als erste Bausteine eines neuen Systemdenkens in digitaler Zeit, auf deren Basis über Anpassungen des Strafrechts weiter nachgedacht werden sollte.

[9] Vgl. *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 309.

[10] Für erste Überlegungen in diese Richtung siehe *Stefanopoulou*, ZIS 9/2020, 398.

[11] *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 10. Aufl. 2017, S. 93; *Vismann*, Medien der Rechtsprechung, 2011, S. 124.

Entscheidungsbesprechung

Konkurrenzen bei mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung

1. Der Tatbestand der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen oder kriminellen Vereinigung verbindet grundsätzlich alle von dem Mitglied in deren Interesse ausgeführten Handlungen zu einer einzigen Tat im sachlichrechtlichen Sinne. Weitere hierdurch verwirklichte Tatbestände werden zu Tateinheit verklammert. Nur wenn mindestens zwei andere, durch verschiedene Beteiligungsakte begangene Gesetzesverstöße ein – mehr als unwesentlich – höheres Gewicht als das Vereinigungsdelikt haben, stehen sie, obwohl sie mit diesem jeweils tateinheitlich zusammenfallen, in Tatmehrheit zueinander (Aufgabe von BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 – 3 StR 537/14, BGHSt 60, 308).

2. Ist der Täter wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung rechtskräftig verurteilt worden und ergibt sich sodann ein weiteres Delikt, das er zuvor als Mitglied im Vereinigungsinteresse begangen hatte, so kann er trotz der tateinheitlichen Tatbestandsverwirklichung wegen dieses das andere Strafgesetz verletzenden Beteiligungsakts verfolgt und bestraft werden, wenn der zugrundeliegende Sachverhalt nicht tatsächlich Gegenstand der früheren Anklage oder Urteilsfindung war (Fortentwicklung von BGH, Urteil vom 30. März 2001 – 3 StR 342/00, BGHR VereinsG § 20 Abs. 1 Nr. 1 Organisationsdelikt 1; Beschluss vom 30. März 2001 – StB 4 u. 5/01, BGHSt 46, 349, 358).

3. Zu der später bekannt gewordenen prozessualen Tat ist in dem neuen Verfahren abermals über die Strafe im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zu entscheiden, ohne die Vorverurteilung anzutasten. Bei der Strafzumessung hat das Gericht eine durch das frühere Erkenntnis bedingte Härte zu berücksichtigen.
(Amtliche Leitsätze)

StGB § 129 ff., 171, 52, 53
StPO § 264

BGH, Urt. v. 14.11.2024 – 3 StR 189/24[1]

I. Sachverhalt (leicht gekürzt)

Im März 2014 reiste die Angeklagte, die deutsche und algerische Staatsangehörige ist, mit ihrer im Januar 2013 geborenen Tochter von der Türkei in das syrische Bürgerkriegsgebiet aus. Sie hatte ihr Kind im Mai 2013 schon einmal in dieses Gebiet zu seinem zuvor übergesiedelten Vater, ihrem Ehemann, verbracht und dort bis November 2013 mit beiden gelebt. Nach der erneuten Ausreise begab sich die Angeklagte mit der Einjährigen in die von der ausländischen terroristischen Vereinigung „Islamischer Staat" (IS) kontrollierte Stadt Rakka. Dort traf sie wiederum den Ehemann, der zwischenzeitlich dem IS beigetreten war, bezog mit der Familie eine Wohnung und schloss sich ebenfalls der Organisation an. Während er dem IS als Medienbeauftragter und Kämpfer diente, übernahm sie die ihr von der Vereinigung als Frau zugedachte Rolle der Haushaltsführung und – auch ideologischen – Kindererziehung. Die Vereinigung alimentierte sie hierfür mit einem Zuschuss. Die Sicherheitslage in Rakka verschärfte sich zunehmend; ab Sommer 2015 war die Stadt fortlaufend Luftangriffen ausgesetzt. Im September 2015 tötete eine Drohne den Ehemann, woraufhin die Angeklagte ein Witwengeld erhielt. Ende 2015 ehelichte die Angeklagte entsprechend den Vorgaben der Vereinigung einen aus Tunesien stammenden, versehrten IS-Kämpfer. Als sich abzeichnete, dass Rakka noch intensiver angegriffen wird, zog sie mit ihren mittlerweile drei Kindern in die verbliebene IS-Hochburg Mayadin. Schließlich reiste sie mit ihnen im August 2017 zurück in die Türkei.

Die Angeklagte war sich bei ihrer erneuten Ausreise im März 2014 bewusst, dass die bewaffneten Auseinandersetzungen in dem syrischen Bürgerkriegsgebiet Gefahren für Leib und Leben ihrer Tochter begründeten. Ihr war ebenso bekannt, dass der IS dort über eine Vielzahl von Kämpfern verfügte und mit tödlicher Gewalt nicht nur gegen das Assad-Regime, sondern auch gegen andere bewaffnete Gruppierungen vorging.

Das Hanseatische Oberlandesgericht[2] verurteilte die Angeklagte wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland gem. §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 129b Abs. 1 S. 1 und 2 StGB in zwei tatmehrheitlichen Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht gem. § 171 Var. 1 StGB, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten.

II. Zum Urteil

Zwar bescheinigte der *3. Strafsenat* dem HansOLG, die Konkurrenzen auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung korrekt bestimmt zu haben (Rn. 10), dennoch änderte der *Senat* den Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO bei gleichbleibender Strafe[3] dahingehend, dass sich die Angeklagte wegen lediglich eines Falls mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland in Tateinheit mit Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht strafbar gemacht hat. Damit gibt der *Senat* seine vorherige Rechtsprechung[4] auf, wonach alle mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst werden, aber solche

[1] NJW 2025, 456 (Anm. *Kretschmer*) = JR 2025, 178 (Anm. *Fahl*) = JZ 2025, 214 (Ls.) Anm. *Puppe* = JA 2025, 341 (Anm. *v. Heintschel-Heinegg*) = NJW-Spezial 2025, 57 (Anm. *Beukelmann*) = StV 2025, 230 (Ls.) = wistra 2025, 111 (Ls.) = NStZ-RR 2025, 40 = BeckRS 2024, 31566 = NStZ 2025, 149 (Ls.) = LSK 2024, 31566 (Ls.).

[2] OLG Hamburg, Urt. v. 7.2.2024 – 4 St 2/23.

[3] Siehe hierzu III. 2. c).

[4] BGH, Beschl. v. 9.7.2015 – 3 StR 537/14 = BGHSt 60, 308 = NJW 2016, 657 = NStZ 2016, 464 = JZ 2016, 473 (Anm. *Puppe*) = StV 2016, 499 (Anm. *Gazeas*).

Handlungen ausgegliedert werden, die auch den Tatbestand einer anderen Strafvorschrift erfüllen und daher zur Gesamtheit der sonstigen mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte in Tatmehrheit stehen.[5]

Die Verurteilung wegen zweier selbständiger, in Tatmehrheit stehender Zuwiderhandlungen gegen §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB hat somit keinen Bestand (Rn. 9). Stattdessen werden nunmehr sämtliche mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte zu einer einzigen Tat im sachlichrechtlichen Sinne zusammengefasst (tatbestandliche Handlungseinheit) und weitere hierdurch verwirklichte Tatbestände zu Tateinheit verklammert (Rn. 11).

Außerdem setzte sich der *Senat* mit der Folgefrage auseinander, ob sich die Annahme von Tateinheit auf die prozessuale Tat auswirkt und der Verfolgung einer später entdeckten, im Vereinigungsinteresse begangenen Straftat ein Strafklageverbrauch entgegensteht.[6] Dies verneint der *Senat* für den Fall, dass der zugrundeliegende Sachverhalt nicht tatsächlich Gegenstand der früheren Anklage oder Urteilsfindung war; nur dann trete Strafklageverbrauch ein (Rn. 49).

III. Anmerkung

Immer wieder beschäftigen nach Deutschland zurückgekehrte ehemalige Angehörige des Islamischen Staats (IS) die Justiz[7], wobei eine Vielzahl an Verfahren womöglich noch bevorsteht.[8] Diese Prozesse sind nicht nur von zeitgeschichtlichem Interesse, sondern berühren auch die komplizierten Regelungen der §§ 129 ff. StGB sowie die der §§ 52 ff. StGB. Gerade Letztere sind besonders durch die Rechtsprechung des BGH geprägt, weshalb auch der mit diesem Urteil vollzogenen Rechtsprechungsänderung grundlegende Bedeutung zukommt. Ob der BGH nunmehr eine Linie gefunden hat, die sowohl den Bedürfnissen der Praxis als auch den Vorgaben des StGB gerecht wird, ist, neben einigen Bemerkungen zur Konkurrenzlehre im Allgemeinen, Gegenstand dieser Anmerkung.

1. Die Entscheidung gibt zunächst Anlass, sich zu den Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 129 ff. StGB zu äußern, denen der BGH, anders als noch das OLG, nur wenig Aufmerksamkeit widmen musste. So bestätigt der BGH nur knapp, dass es sich bei der Haushaltsführung und der (ideologischen) Kindererziehung – der *Senat* spricht prägnant vom „Rückenfreihalten" des Ehemanns – um eine taugliche Tathandlung handelt (Rn. 9). In einer aktuellen Entscheidung bezeichnet derselbe *Senat*, auch eine IS-Rückkehrerin betreffend, die Haushaltsführung und Kindererziehung ebenfalls deutlich als „aktive Tätigkeit zur Förderung der Vereinigungsziele".[9] Der Streit über die Mindestanforderungen an die Beteiligungshandlung von IS-Rückkehrerinnen kann damit endgültig als entschieden angesehen werden.[10]

Dank der ausführlichen Feststellungen des OLG, auch zur subjektiven Tatseite der Angeklagten (das Urteil beruhte auf einer Verständigung), kann auch die Annahme von § 171 Var. 1 StGB überzeugen, wobei es allerdings wünschenswert gewesen wäre, die Tathandlung genauer zu benennen. Offensichtlich soll schon die Einreise nach Syrien eine Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht darstellen (undeutlich Rn. 7), § 171 Var. 1 StGB.[11] Von Interesse ist dies, da die Angeklagte ausweislich der Feststellungen zu diesem Zeitpunkt noch nicht Mitglied des IS war (Rn. 4), was eine Strafbarkeit gem. § 129a Abs. 1 S. 1 StGB aber voraussetzt. Offen bleibt daher, wie das OLG dazu kam, eine tateinheitliche Verwirklichung von § 171 Var. 1 StGB und §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB anzunehmen. Eine Klarstellung und überhaupt ein sorgfältigeres Herausarbeiten von subsumtionsfähigen Handlungen wären hier zum besseren Verständnis hilfreich gewesen. Dasselbe gilt auch für den Beginn der im Wege der Handlungseinheit zusammengefassten Handlungen, betont doch der *Senat* selbst in Rn. 22 und auch sonst[12], dass erst die Eingliederung in die Organisation den Beteiligungsakten das „deliktspezifische Unrechtsgepräge" gibt. Dies gilt umso mehr, als die Reichweite der tatbestandlichen Handlungseinheit gleichzeitig den Anwendungsbereich einer etwaigen Verklammerung (siehe hierzu III. 2. b)) bestimmt.[13]

2. Seine Bedeutung erhält das Urteil vor allem dadurch, dass der *Senat* seine erst 2015 etablierte Rechtsprechung[14] ändert und das Konkurrenzverhältnis im Rahmen der §§ 129 ff. StGB neu ordnet. Insofern ist zwischen den verschiedenen Ebenen zu trennen:

a) Zuerst bestimmt der *Senat* die Verbindung sämtlicher im Interesse der Vereinigung ausgeführten Handlungen zu einer einzigen Tat im sachlichrechtlichen Sinne (Rn. 11) und verwendet hierfür den missverständlichen Begriff „tatbestandliche Handlungseinheit" (missverständlich, da sie gerade

[5] Vgl. BGH, Beschl. v. 9.7.2015 – 3 StR 537/14, Rn. 23.

[6] Siehe hierzu *Fahl*, JR 2019, 325 ff.

[7] Schon auf dieses Urteil aufbauend siehe BGH, Beschl. v. 21.1.2025 – 3 StR 538/24 = BeckRS 2025, 3592; siehe zur älteren Rspr. BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 14/22 –, juris, sowie – AK 18/22 –, juris; BGH, Beschl. v. 18.10.2022 – AK 31/22 –, juris; BGH, Beschl. v. 23.1.2024 – AK 108/23 –, juris.

[8] *Fahl*, JR 2025, 178 (191).

[9] BGH, Beschl. v. 21.1.2025 – 3 StR 538/24, Rn. 8 = BeckRS 2025, 3592.

[10] Einen Überblick über diesen nunmehr beigelegten Streit geben *Schittenhelm/Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 129 Rn. 37; *Fahl*, JR 2025, 190 (191 f.); *Weißer*, ZJS 2019, 148 (153 f.).

[11] So auch in BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19 –, juris Rn. 42; BGH, Beschl. v. 13.10.2021 – AK 44/21 –, juris Rn. 31; siehe auch *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 171 Rn. 6.

[12] Siehe hierzu auch *Krauß*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 8, 13. Aufl. 2021, § 129 Rn. 97 ff.

[13] Siehe hierzu *El-Ghazi*, Revision der Konkurrenzlehre, 2020, S. 458 f.; *v. Heintschel-Heinegg*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 52 Rn. 96 ff.

[14] Siehe Fn. 4.

nicht zur Anwendung von § 52 StGB führt).[15] Über die Annahme einer normativen Zusammenfassung der Tathandlungen der §§ 129 ff. StGB besteht hingegen breiter Konsens[16], da sie der Struktur des § 129 StGB als Delikt mit pauschalierender Handlungsbeschreibung[17] entspricht und es auch praktisch quasi unmöglich wäre, sämtliche Beteiligungsakte, hier etwa jede gekochte Mahlzeit oder sonstigen Akt der Haushaltsführung, zu zählen. Fraglich ist allerdings, wie weit diese „Handlungseinheit" reichen soll. Von seinem vormaligen Kriterium, dass die vereinigungsbezogenen Beteiligungsakte „gleichwertig" (manchmal auch „gleichartig") in dem Sinne sein müssen, dass sie keinen anderen Tatbestand verwirklichen, löst sich der *Senat* nämlich (Rn. 25).[18] Hierfür betreibt der *Senat* viel Begründungsaufwand mit Verweis auf den Wortlaut, die Tatbestandsstruktur, den Willen des Gesetzgebers sowie das durch die Vorschrift geschützte Rechtsgut (Rn. 25 ff.). Nach alledem kommt der *Senat* zu dem Ergebnis, dass eine Ausgliederung von nicht gleichwertigen Beteiligungsakten (so die bisherige Rspr.) dem Tatbestand fremd sei.

Tatsächlich ist der Kritik[19] am Gleichwertigkeitskriterium zuzugeben, dass es an einer Grundlage im Gesetz fehlt (dies gilt freilich für die tatbestandliche Handlungseinheit insgesamt) und auch „neutrale" Beteiligungsakte für die Vereinigung nicht gleichwertig (im Sinne von gleichermaßen bedeutend) sein müssen. Die Gleichwertigkeit ist aber als Kriterium wenigstens geeignet, der sonst so unbestimmten tatbestandlichen Handlungseinheit dringend benötigte Konturen zu verleihen und außerdem auch bei Zustandsdelikten, etwa bei § 223 StGB und der „Tracht Prügel", als Voraussetzung anerkannt.[20] Darüber hinaus führt der mit der neuen Rspr. verbundene praktisch gänzliche Ausschluss von § 53 StGB (und damit von in der Regel höheren Gesamtstrafen) zu einer Privilegierung der Täter, was angesichts dessen, dass die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung, den Beteiligungsakten doch gerade erst das „deliktsspezifische Unrechtsgepräge" (Rn. 22) gibt, zumindest einer näheren Begründung bedurft hätte.[21]

Von diesen Einwänden im konkreten Fall einmal abgesehen, ist aufgrund fehlender Verankerung im Gesetz ohnehin ein zurückhaltender Umgang mit der Figur der tatbestandlichen Handlungseinheit anzumahnen, vor allem da der Gesetzgeber an solche Konstellationen – zumindest im Grundsatz – durchaus gedacht hat, vgl. die gleichartige Tateinheit in § 52 Abs. 1 Var. 2 StGB. Die bisherige Annahme von Tatmehrheit lag der Grundkonzeption des Gesetzes insofern näher.[22]

b) Eng mit der tatbestandlichen Handlungseinheit verbunden ist die vom *Senat* angeordnete Verklammerung anderer durch die Beteiligungsakte verwirklichten Tatbestände zu Tateinheit.[23] Nur in dem Fall, dass mindestens zwei andere, durch verschiedene Beteiligungsakte begangene Gesetzesverstöße ein – mehr als unwesentlich – höheres Gewicht als das Vereinigungsdelikt haben, stehen sie, obwohl sie mit diesem jeweils tateinheitlich zusammenfallen, in Tatmehrheit zueinander (Rn. 11). Die vor allem bei Dauerdelikten[24] und sonstigen Handlungseinheiten in Frage kommende Figur der Verklammerung erfreut sich in der Rechtsprechung des BGH trotz in der Literatur vorgetragener Kritik nach wie vor großer Beliebtheit[25], was aus folgenden Gründen[26] bedauerlich ist: Erstens ist es schon mit dem Wortlaut des § 52 Abs. 1 StGB kaum zu vereinbaren, dass zeitlich weit auseinanderliegende Geschehnisse – in diesem Fall würde sich die Verklammerung immerhin über einen Zeitraum von über drei Jahren erstrecken – durch „dieselbe Handlung" begangen sein sollen. Zweitens hat das Kriterium der Zeitgleichheit per se nichts mit der Frage zu tun, ob Körperbewegungen (Handlungen) identisch sind.[27] Insgesamt handelt es sich bei der Verklammerung wohl um ein aus einem kriminalpolitischen Wunsch nach einer milderen Strafe geborenes Institut.[28] Ein solches Ergebnis ließe sich jedoch auch durch eine moderate Bildung der Einzelstrafen erreichen, zumal die Gesamtstrafenbildung ohnehin im Ermessen des Tatgerichts steht

[15] Näher zur Bezeichnung siehe auch *Bock*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 14. Kap. Rn. 6; *Puppe/Grosse-Wilde*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 52 Rn. 19 ff.; grundlegend auch *Keller*, Zur tatbestandlichen Handlungseinheit, 2004, passim.

[16] Vgl. nur *Krauß* (Fn. 12), § 129 Rn. 168.

[17] Vgl. hierzu *Jäger*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, Vor § 52 Rn. 15.

[18] Siehe hierzu auch *Cording*, der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, 1993, S. 72 f. und *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981, S. 171 ff.

[19] Aus neuerer Zeit vor allem von *van Lessen*, NStZ 2016, 446, passim.

[20] Zu Letzterem siehe *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 15), § 52 Rn. 44.

[21] Ähnlich *Puppe*, JZ 2025, 215; *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 15), § 52 Rn. 48.

[22] So auch *Kretschmer*, NJW 2025, 462 (463).

[23] Zum Verhältnis von tatbestandlicher Handlungseinheit und Verklammerung siehe *El-Ghazi* (Fn. 13), S. 458 f.

[24] § 129 StGB ist indes kein Dauerdelikt, da an eine aktive Handlung (und nicht die bloße Mitgliedschaft) angeknüpft wird, vgl. *Krauß* (Fn. 12), § 129 Rn. 6.

[25] Vgl. aus jüngerer Zeit BGH, Beschl. v. 14.1.2025 – 2 StR 523/24 = NStZ-RR 2025, 173; BGH, Beschl. v. 4.7.2023 – 2 StR 178/23 = NStZ 2024, 407 (Anm. *Kudlich/Schütz*) = BeckRS 2023, 31774 = StRR 2024, 26 (Anm. *Deutscher*) = StV 2024, 431.

[26] Ausführlich zur Kritik an der Klammerwirkung, vgl. *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 13), § 52 Rn. 103; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 10), § 52 Rn. 14; *El-Ghazi* (Fn. 13), S. 464 ff.; *Geppert*, Jura 1997, 214 ff.; zur Entwicklung der Verklammerung siehe *Werle* (Fn. 18), S. 48 ff.

[27] Näher *Bock* (Fn. 15), 14. Kap. Rn. 35.

[28] Näher *Bock* (Fn. 15), 14. Kap. Rn. 35.

und nur bedingt überprüfbar ist.[29] Eine solche Vorgehensweise entspräche eher den §§ 52 ff. StGB und würde eine Verklammerung überflüssig machen.[30]

c) Wie wenig Bedeutung der BGH der Grundannahme des Gesetzgebers beimisst, dass Tateinheit und Tatmehrheit einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt aufweisen[31], zeigt sich auch daran, dass sich das Urteil in eine Reihe von Entscheidungen einreiht, in denen der BGH in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO eine Änderung des Konkurrenzverhältnisses vornimmt, den Strafausspruch dabei aber als Einzelstrafe aufrechterhält.[32] Ein solches Vorgehen soll zwar nach h.M. nur möglich sein, wenn anzunehmen ist, dass auch der Tatrichter auf sie erkannt hätte[33], doch sei dies laut *Senat* bei abweichender konkurrenzrechtlicher Bewertung „regelmäßig" (Rn. 73) der Fall. Eine Begründung dafür liefert der *Senat* nicht, obwohl das OLG den ihm zur Verfügung stehenden Strafrahmen verkannt hat[34]; es hielt den Strafrahmen fälschlicherweise für größer, als er tatsächlich war. Daran ändert auch der Einwand, dass der Unrechts- und Schuldgehalt des festgestellten Sachverhalts nach Abschluss der letzten Handlung unverändert bleibt, nichts.[35]

3. Schließlich setzte sich der *Senat*, gewissermaßen Kritik antizipierend[36] (ein konkreter Anlass bestand nicht), mit der Folgefrage nach der prozessualen Tat und einem eventuell drohenden Strafklageverbrauch auseinander. Konkret geht es um den Fall, dass erst nach der Verurteilung wegen § 129a Abs. 1 StGB weitere Delikte aufgeklärt werden, deren Verfolgbarkeit das Doppelbestrafungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG entgegenstehen könnte, nähme man nur eine prozessuale Tat an. Aufgrund der Schwere der im Raum stehenden Delikte handelt es sich hierbei um eine reelle Gefahr[37], besonders da die Ermittlungen wegen der Begehung im Ausland und der Kriegswirren ohnehin erschwert sein dürften. Vor diesem Hintergrund ist auch die alte Rechtsprechung, tatmehrheitliche Fälle von § 129a StGB anzunehmen, verständlicher, konnte doch so, quasi als Nebeneffekt[38], ein Gleichlauf von materiellrechtlicher und prozessualer Tat erreicht werden. Anerkanntermaßen sind materielle und prozessuale Tat jedoch nicht identisch[39]; der Begriff der „Tat" ist je nach Kontext unterschiedlich zu verstehen. Das bekannteste Beispiel für ein Auseinanderfallen von materieller und prozessualer Tat dürfte die durch einen Unfall unterbrochene Trunkenheitsfahrt mit anschließendem Entfernen vom Unfallort sein, die zwar materiellrechtlich als Tatmehrheit zählt, gleichwohl aber als eine Tat im prozessrechtlichen Sinne gilt.[40] Der materiellrechtlichen Tat kommt also lediglich Indizwirkung zu.[41] Aus diesem Grund ist es zu begrüßen, dass der *Senat* die Trennung der Tatbegriffe betont und eine Lösung im Prozessrecht sucht. Zuzustimmen ist dem *Senat* ferner, wenn er mit dem für den Strafklageverbrauch zentralen Topos des Vertrauensschutzes[42] argumentiert (Rn. 52) und ein schutzwürdiges Vertrauen des Angeklagten nur dann sieht, wenn das strafbare Verhalten in seiner konkreten Ausgestaltung festgestellt worden oder wenigstens Gegenstand von gerichtlichen Feststellungsversuchen gewesen ist (Rn. 55).

Interessant ist wiederum, dass der BGH klarstellt, dass der Schuldspruch auch in dem neuen Prozess nochmals auf mitgliedschaftliche Beteiligung lauten kann (Rn. 57). Im Ergebnis sei der Angeklagte aber so zu stellen, als wäre nur ein Strafverfahren gegen ihn geführt worden (Rn. 64)[43]; eine durch das frühere Erkenntnis bedingte Härte sei zu berücksichtigen. Dieser vom *Senat* sog. „Strafzumessungslösung" ist in ihrem Anliegen beizupflichten, auch wenn sie in ihren Kriterien weniger trennscharf ist als andere in der Literatur vorgetragene, vom *Senat* allerdings verworfene Lösungsansätze (Rn. 67 f.). Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, dass der *Senat* eine rechnerische Dokumentation der Zumessungsschritte für nicht zwingend erforderlich hält (Rn. 66). Fehlende Transparenz und Nachvollziehbarkeit ist jedoch ein den gesamten Strafzumessungsakt durchziehendes Problem und nicht nur eines der hier vorliegenden Konstellation. Den

[29] *Fischer*, in: Fischer (Fn. 11), § 54 Rn. 13; BGH, Urt. v. 13.3.2019 – 1 StR 367/18 = NStZ 2019, 601 = NZWiSt 2019, 388 (Anm. *Wern*) = StV 2019, 730 (Anm. *Kinzig*).

[30] Zu diesem Schluss kommt auch *El-Ghazi* (Fn. 13), S. 478 f.

[31] Siehe hierzu *Jäger* (Fn. 17), Vor § 52 Rn. 3 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 9.

[32] Ausführlich zu dieser Entwicklung siehe *El-Ghazi*, NSW 2025, 85 (93 ff.), der die Konkurrenzlehre u.a. deswegen in einem „unerträglichen Zustand" sieht (S. 98); so auch das Vorgehen in BGH, Beschl. v. 21.1.2025 – 3 StR 538/24 = BeckRS 2025, 3592.

[33] *Schmitt*, in: Schmitt/Köhler, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2025, § 354 Rn. 22; BGH, Beschl. v. 6.12.2012 – 2 StR 294/12, Rn. 5 = BeckRS 2013, 104.

[34] Hierzu allgemein *El-Ghazi*, NSW 2025, 85 (98).

[35] So aber *Wiedner*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StPO mit RiStBV und MiStra, Stand: 1.10.2025, § 354 Rn. 82; dem entgegentretend *El-Ghazi*, NSW 2025, 85 (97).

[36] Dies kritisierend *Puppe*, JZ 2025, 215.

[37] Es geht um schwerste Delikte bis hin zu Tötungsdelikten, vgl. nur BGH, Beschl. v. 18.12.2018 – StB 52/18 = NJW 2019, 1470 = NStZ 2019, 354 (Anm. *Arnoldi*) = NJW-Spezial 2019, 185; *Fahl*, JR 2019, 325 ff.

[38] Der *Senat* betont ausdrücklich, dass dies kein tragender Grund war, siehe BGH, Beschl. v. 9.7.2015 – 3 StR 537/14, Rn. 41; siehe hierzu auch *Cording* (Fn. 18), S. 69 f.

[39] *Fischer* (Fn. 29), Vor § 52 Rn. 68 f.; ausführlich zum Verhältnis von materieller und prozessualer Tat siehe *Erb*, GA 1994, 265, passim.

[40] Siehe nur *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 789; aus der Rspr. BGH, Urt. v. 5.11.1969 – 4 StR 519/68 = NJW 1970, 255.

[41] BGH, Beschl. v. 24.5.2022 – 2 StR 394/21 = NStZ-RR 2022, 280 = StV 2023, 458.

[42] Ausführlich zur Ratio von Ne bis in idem siehe *Stuckenberg*, ZfIStw 3/2025, 276, passim.

[43] So auch BGH, Urt. v. 11.6.1980 – 3 StR 9/80 = BGHSt 29, 288 = NJW 1980, 2718 = NStZ 1981, 72 (m. zustimmender Anm. *Rieß*).

Bedürfnissen der Praxis kommt der *Senat* mit dieser Erleichterung zweifellos entgegen.[44]

4. Ob die vom *Senat* präsentierte „Strafzumessungslösung" indes die zweifelhafte Ausdehnung der tatbestandlichen Handlungseinheit und Verklammerung gewissermaßen lohnt, ist fraglich. So kann unterstellt werden, dass auch bei Annahme von Tatmehrheit den Gerichten ein Strafrahmen zur Verfügung stehen dürfte, der einen ausreichenden Spielraum lässt, zumindest, solange die Rechtsprechung weiterhin so freihändig mit den §§ 52 ff. StGB und ihren Wertungen umgeht. Angesichts der prozessualen Folgeprobleme ist jedenfalls die mit Annahme von Tateinheit oftmals angestrebte Vereinfachung nicht eingetreten.[45] Die neue Linie des BGH erweist sich daher nur auf den ersten Blick als praktikabel und geht auf Kosten der gesetzlich vorgegebenen Unterscheidung von Tateinheit und Tatmehrheit. Damit steht sie exemplarisch für den insgesamt problematischen Umgang des BGH mit der Konkurrenzlehre.

*Prof. Dr. Dennis Bock, LL.M., Wiss. Mit. Moritz Karlisch, Kiel**

[44] Zu diesem Fazit kommt auch *Fahl*, JR 2025, 190 (191), der der Lösung des BGH insgesamt positiv gegenübersteht.

[45] So auch *Kretschmer*, NJW 2025, 462 (463).

* Prof. *Dr. Dennis Bock*, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Christian-Albrechts-Universität in Kiel und daneben als Strafverteidiger tätig. *Moritz Karlisch* ist Wiss. Mitarbeiter sowie Doktorand an besagtem Lehrstuhl.