

Herausgeber

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn

Schriftleitung

Prof. Dr. Markus Wagner

Redaktion (national)

Prof. Dr. Stefanie Bock

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

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. Markus Wagner

Verantwortlich für die
redaktionelle Endbearbeitung

Liam Matis Picker

Prof. Dr. Markus Wagner

Lektorat fremdsprachiger
Beiträge

Gustavo Urquiza

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

2750-8218

1/2026

5. Jahrgang

S. 1-107

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

[Grundfragen einer allgemeinen Strafrechtstheorie](#)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Wolfgang Frisch, Freiburg im Breisgau

1

[Untauglicher Versuch und Strafrechtssystem](#)

Von Prof. Dr. Friedrich Toepel, Bonn

25

[„Impfen macht frei“ als Volksverhetzung](#)

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24

Von Prof. Dr. Till Zimmermann, Düsseldorf

30

[Sterbehilfe im Nebel der Tatherrschaftslehre](#)

Von Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Bonn

38

[Geben oder Nehmen?](#)

Eine Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 24.5.2024 – 3 StR 121/24 = NSTZ 2025, 40

Von Prof. Dr. Walter Gropp, Gießen

49

[„Food fraud“ als Anwendungsfall des § 263 StGB – eine Mogelpackung?](#)

Von PD Dr. Mario Bachmann, Köln/Heidelberg

54

Europäisches Strafrecht

[Europäisches Geldbußensanktionenrecht – „status go“](#)

Von Prof. Dr. Laura Neumann, Mannheim

58

AUFSÄTZE

Strafrecht

[Patriarchale Strukturen in der Rechtsanwendung bei der Verfolgung von](#)

[IS-Rückkehrern wegen § 171 StGB](#)

Von Dr. Alena Gallmetzer, München

68

[Die Haftungsbeschränkungen im Internet](#)

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel

77

NEUES AUS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Strafprozessrecht

[Neues aus der Strafrechtswissenschaft:](#)

[Operation „Emma“ – Eine Europäische Erfolgsgeschichte?](#)

Von Dr. Marc-Oliver Sandner, Nürnberg

92

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Markus Wagner
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
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. Markus Wagner
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Liam Matis Picker
Prof. Dr. Markus Wagner
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

1/2026

5. Jahrgang

S. 1-107

Inhalt (Forts.)

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24

(Zur dauerhaften und erheblichen Entstellung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB bei einer Gesichtstätowierung)

(Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Bielefeld)

99

Strafprozessrecht

BGH, Urt. v. 30.1.2025 – 5 StR 528/24

(Verwendung und Verwertung von EncroChat-Daten nach Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes)

(Prof. Dr. Julia Geneuss, LL.M. [NYU], Potsdam)

104

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 Bestehen¹ – 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 Herausbergremium, 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.

Grundfragen einer allgemeinen Strafrechtstheorie

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Wolfgang Frisch**, Freiburg im Breisgau*

Gegenstand einer allgemeinen Strafrechtstheorie sind die Grundfragen des Strafrechts, die sich in allen Gemeinwesen, die ein Strafrecht kennen, gleichermaßen stellen – wie die Frage nach dem grundsätzlichen Verständnis der staatlichen Strafe, die Frage danach, welche unerwünschten Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden dürfen, und die Frage, ob diese ganz unterschiedlichen Verhaltensweisen nicht auch gewisse gemeinsame Voraussetzungen erfüllen müssen, damit sie als Straftaten gelten können. Zwischen diesen Fragen bestehen wichtige Zusammenhänge. Der mit der Strafe verbundene gravierende Eingriff in Grundrechte erzwingt eine Beschränkung der Strafe auf einen kleinen Bereich unerwünschter Verhaltensweisen und wirft damit die Frage nach den insoweit maßgeblichen Kriterien auf. Weitere Begrenzungen des Kreises der Straftaten und allgemeine Voraussetzungen der Straftat ergeben sich aus anderen Inhalten des Strafbegriffs. Den Maßstab für den Begriff und die Legitimation der Strafe bilden dabei in einem Verfassungsstaat nicht die Aussagen philosophischer Systeme, sondern die Aussagen der Verfassung. Diese enthält mit dem Schutzauftrag des Staates, den grundrechtlichen Abwehrrechten des Einzelnen sowie rechtsstaatlichen Prinzipien der Auflösung von Konflikten für die Legitimation der Strafe Maßgebendes und weist damit zugleich der Bildung des Allgemeinbegriffs der Straftat und der Bestimmung des Kreises der Straftaten entscheidend den Weg.

I. Einleitung

Zu den Grundfragen einer Theorie des Strafrechts gehören drei große Fragenkreise. Einen zentralen Themenbereich stellt sicherlich die Theorie der namensgebenden Institution, also der Strafe, selbst dar, die eine Reihe von Unterfragen aufwirft – wie die nach dem Wesen, dem Zweck und der Rechtfertigung der Strafe, aber auch die nach ihrer angemessenen Ausgestaltung. Ein weiterer großer Fragenkreis betrifft den Allgemeinbegriff der Straftat: Welche Voraussetzungen müssen Sachverhalte ganz allgemein aufweisen, damit es gerechtfertigt ist, sie als Straftaten zu qualifizieren? Das dritte wichtige Themenfeld bildet die Konstitution des Besonderen Teils des Strafrechts, also des Katalogs der Straftaten: Welche Arten oder Typen von Verhaltensweisen kommen, sofern sie die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen, für eine Qualifikation als Straftat in Betracht?

Alle drei eben umschriebenen Grundfragen des Strafrechts sind natürlich auch bisher schon Gegenstand vieler – auch theoretischer – Untersuchungen gewesen. Aber die theoretischen Überlegungen haben sich in der Regel auf einen dieser Fragenkreise oder auf Teilfragen daraus konzentriert, wenn nicht sogar beschränkt: Die allgemeinen Voraussetzungen der Straftat etwa sind im 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts weitgehend ohne Blick auf die Fragen des Zwecks und vor allem der verfassungsrechtli-

chen Legitimation des Einsatzes der Strafe im Wege einer mehr oder weniger intuitiven Ausfüllung vorhandener Begrifflichkeiten (Unrecht, Schuld und dem aus dem positiven Recht entnommenen Tatbestand) entwickelt worden¹ – dass diese Voraussetzungen inhaltlich dem entsprechen, was sich aus der Verfassung für die Legitimation des Einsatzes von Strafe ergibt, ist damit nicht gesichert. Die Ausfächerung der Straftaten in das Besondere wiederum wurde im theoretischen Schrifttum, wenn sie dort überhaupt diskutiert wurde, meist nur (und sofort) anhand der Frage beurteilt und kontrolliert, ob die strafbewehrte Norm auf den Schutz eines Rechts oder Rechtsguts zielt – hinter diese Frage trat die grundsätzliche Frage, ob es sich bei dem je interessierenden Verhalten um ein den Einsatz von Strafe verfassungsrechtlich legitimierendes Verhalten handelt, lange Zeit zurück.²

Die nachfolgende Untersuchung möchte an die Stelle einer solchen separierenden Reflexion der großen Fragen einer Theorie des Strafrechts eine Betrachtung setzen, die die genannten großen Fragenkreise insgesamt in den Blick nimmt. Sie geht dabei von der These aus, dass zwischen den genannten Fragenkreisen wichtige Zusammenhänge und Verbindungslinien, vor allem funktionaler und legitimationsbezogener Art, bestehen, die in der bisher gepflegten separierenden Betrachtung der Fragen aus dem Blick zu geraten drohen (und zum Teil auch aus dem Blick geraten sind). Ziel

¹ Beispielhaft dafür die grundlegende Monographie von *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, in der das heutige Straftatsystem auf rein positivistischer Grundlage und ohne Blick darauf, dass es sich bei den Voraussetzungen der Straftat um ein Problem der Voraussetzungen der Legitimation des Strafeinsatzes handeln könnte, entworfen wurde; ähnlich die Arbeiten *Bindings*, in denen vor dem Hintergrund eines vorausgesetzten staatlichen Strafanspruchs auf positivistischer Basis Straftatvoraussetzungen entwickelt werden und, nachdem dies geschehen ist, die Strafe als dadurch ausgelöste Rechtsfolge behandelt wird (vgl. etwa *Binding*, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 1902, S. 79 ff., 163 ff.); siehe ferner die tastenden Versuche von *Frank*, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, den vorgefundenen Schuldbegriff mit Inhalt zu erfüllen; dazu *Frisch*, in: *Wohlers/Seelmann* (Hrsg.), *Der Schuldgrundsatz*, 2024, S. 111 (113 ff.).

² Mit Recht kritisch gegenüber der in den Untersuchungen zum Besonderen Teil des Strafrechts vorherrschenden Konzentration auf das Rechtsgut *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 1 ff., 51 ff. – *Kubiciels* Arbeit ist zwar vor allem darum bemüht, für die *Auslegung* des Besonderen Teils ein Argumentationsreservoir zu entwickeln, das für eine wissenschaftlich fundierte Konturierung der Tatbestände des Besonderen Teils benötigt wird (S. 6 ff.). Sie spricht dabei jedoch eine Reihe von Aspekten an, die auch für die Frage von Bedeutung sind, welche Verhaltensweisen überhaupt unter staatliche Strafe gestellt werden dürfen oder sollten – wie verfassungsrechtliche, straftheoretische, kriminalpolitische oder zurechnungsrelevante Gesichtspunkte.

* Ordinarius (em.) für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtstheorie und ehemaliger Direktor des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Freiburg.

der Untersuchung ist es, diese Zusammenhänge und Verbindungslinien aufzudecken und auf diese Weise zu zeigen, dass z.B. die Voraussetzungen der Straftat nicht nur – wie deren Entwicklung in der Strafrechtswissenschaft es nahelegen könnte – das Ergebnis von Intuition und Konvention sind, sondern eine tiefere Berechtigung haben. Sie werden durch Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Legitimation der Strafe und eine Rückbesinnung auf die sich insoweit ergebenden Voraussetzungen legitimen Strafeinsatzes bestätigt – freilich deckt eine solche Sicht auch Defizite auf. In ganz ähnlicher Weise ist die Konstitution des Besonderen Teils als durch Erwägungen eines legitimationsbezogenen und distributiv sachgerechten Einsatzes der (knappen Ressource der) Strafe gesteuert zu denken; das Kriterium des Rechtsguts ist zur Lösung der ihm zugedachten Aufgabe letztlich wenig geeignet.

In die damit angestrebte synoptische Betrachtung der drei großen Fragenkreise des (materiellen) Strafrechts einbezogen wird auch ein viertes, von der Theorie bislang stark vernachlässigtes Themenfeld des Strafrechts, nämlich die Strafzumessung. Ohne die theoretische Fundierung und Ausarbeitung dieses rechtspraktisch überaus bedeutsamen Teilfeldes des Strafrechts ist die Theorie des Strafrechts ein unbefriedigender Torso. Zugleich drohen mit der isolierten Behandlung der Strafzumessung, wie sie in der Strafzumessungslehre lange Zeit praktiziert worden ist, wichtige Orientierungsvorgaben und Orientierungshilfen der anderen Teilfelder des Strafrechts unerkannt zu bleiben und für die Strafzumessung scheinbar Fragen einer Antwort zu harren, die sich im Lichte einer umfassenden Theorie so gar nicht (mehr) stellen.

II. Die Strafe und ihr legitimierbarer Zweck als Ausgangspunkt einer Theorie des Strafrechts

Am Ausgangspunkt einer Theorie des Strafrechts wie in dessen Zentrum steht nicht etwa der heute mit unterschiedlichen Inhalten viel verwendete Begriff der Zurechnung (und ihrer Voraussetzungen), sondern der Begriff und die Institution der Strafe³ – ohne Strafe gäbe es weder ein Strafrecht noch eine (in Wahrheit erst auf die Strafe hin zu denkende und auch so gedachte) strafrechtliche Zurechnung.

1. Grundfragen einer Theorie der Strafe und erste Antworten

Grundfragen dieses Teils der Theorie des Strafrechts sind die Fragen nach den Wesensmerkmalen, dem Zweck und der Legitimierbarkeit der Strafe.

³ So mit Recht im Ausgangspunkt schon v. Liszt, Deutsches Reichsstrafrecht, 1881, S. 2 ff., und viele seiner Schüler, etwa Kohlrausch, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge 3 (1928), 5 ff.; Eb. Schmidt, SchwZStr 45 (1931), 200 (204 ff.); aus der heutigen strafrechtlichen Literatur vor allem (freilich meist mit anderen straftheoretischen Inhalten als die zuvor genannten Autoren) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 25 ff., 52 ff.; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1a; je m.w.N.

a) Zum Wesen der Strafe

Die Frage nach dem Wesen der Strafe ist rasch beantwortet. Im allgemeinsten Sinn versteht man unter Strafe eine als negativ empfundene Folge, die eine Person wegen eines von ihr verwirklichten unerwünschten Verhaltens trifft.⁴ Für die hier interessierende staatliche Strafe ist charakteristisch, dass die negative Folge in einer Rechtsminderung (heute insbesondere einer Entziehung der Freiheit oder der Belastung mit einer Zahlungspflicht) besteht, die von einer dazu ermächtigten Institution gegen eine Person wegen der von dieser begangenen rechtsverletzenden Tat angeordnet wird. Freilich erschöpft sich das Wesen der Strafe nicht in der Belastung der Person mit einer Rechtseinbuße.⁵ Die Strafe bringt seit je auch ein Urteil zum Ausdruck. Sie enthält einen Tadel,⁶ eine Schelte oder einen (nach manchen: sozialetischen) Vorwurf⁷ wegen der von der Person begangenen Rechtsverletzung. In dem Tadel wegen der Abweichung vom Recht sachlogisch enthalten ist eine Bestätigung (Bekräftigung) des Rechts, von dem die bestrafte Person abgewichen ist, und zugleich eine Zurückweisung der Infragestellung der rechtlichen Ordnung seitens des Täters.

⁴ Klassisch insoweit die Definition des Hugo Grotius: Strafe als ein „Übel, das dem Täter wegen seiner Übeltat widerfährt“; vgl. Grotius, De jure belli ac pacis, 1625, Lib. II Cap. XX (deutsche Übersetzung: Schätzel [Hrsg.], Vom Recht des Krieges und des Friedens, 1950, dort S. 325 ff.).

⁵ Heute findet sich dafür häufig der Ausdruck des Strafschmerzes; vgl. etwa Jakobs, Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2004, S. 32 ff.; Stuckenberg, ZStW 135 (2023), 904 (905 f.).

⁶ Pointiert in diesem Sinne und dies als allgemeine Meinung bezeichnend Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 46 (etwas relativiert in Roxin/Greco [Fn. 3], § 3 Rn. 46 i.V.m. § 2 Rn. 1f); ebenso Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2023, § 30 Rn. 1; Frisch, GA 2019, 531 f. (548 ff.) (m.w.N. und der Klarstellung, dass der Tadel eigentlich schon im Schuldspruch liegt und durch die Strafe der Tadel vor allem verdeutlicht und quantifiziert wird); v. Hirsch, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 43 (49 ff.); ders., Censure and Sanctions, 1993, S. 6 ff.; Hörnle/v. Hirsch, GA 1995, 261 (270 ff.); Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 122 ff.; Kubiciel (Fn. 2), S. 136 f.; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971 (neu herausgegeben von Hilgendorf 2004), S. 42.

⁷ Vgl. etwa Kühl, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 149 (153 ff.) mit eingehenden Nachweisen einschlägiger Rechtsprechung des BGH, des BVerfG und der Literatur; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 46 Rn. 1; Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 17 ff.; i.S.e. Vorwurfs auch andere, z.B. Zürcher, Legitimation von Strafe, 2014, S. 127 ff.; i.S.e. „Vorhalts der defizitären Einstellung zur Norm“ die verfassungsrechtliche Monographie von Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 467 ff.

Weitaus schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem Zweck und der Legitimation der Strafe.

b) Zweck und Legitimation der Strafe in herkömmlicher Sicht

Die wohl als Antwort auf diesen Fragenkreis gedachten traditionellen Straftheorien mit ihren Stichworten der Vergeltung, der Sühne, des Schuldausgleichs, der Besserung oder Resozialisierung des Täters und der Einwirkung auf die Allgemeinheit⁸ taugen zwar zu einer ersten Illustration. Sie sind jedoch bereits zu sehr auf den konkreten Bestrafungsakt konzentriert und werden der Strafe als Institution und auch der Wechselbeziehung zwischen dem Zweck und der Legitimation der Strafe nicht gerecht. Über den Zweck oder die Zwecke der Strafe zu rasonieren – wie es diese Theorien zum Teil tun –, ohne zugleich die Frage nach ihrem Fundament und ihrer Legitimation zu bedenken, ist in einem Verfassungsstaat, der die Würde und die Grundrechte des Einzelnen zu achten hat und auch sonst vielfältigen Bindungen der Staatsgewalt unterliegt, wenig sinnvoll. Das gilt umso mehr, als die herkömmlichen sog. Straftheorien an dieser Stelle gravierenden Bedenken ausgesetzt sind.

aa) Vergeltungstheorie

Solche Bedenken bestehen zunächst gegen die sog. Vergeltungstheorie. Dass der, der einem anderen (oder der Gemeinschaft) ein Übel (in Gestalt der Straftat) zugefügt hat, dafür selbst mit einem Übel (in Gestalt einer Rechtseinbuße) belegt werden müsse – wie diese Theorie annimmt⁹ –, ist durchaus nicht selbstverständlich. Es setzt vielmehr Gründe voraus, die es als sinnvoll und legitimierbar erweisen, so zu verfahren; ohne die Angabe solcher Gründe ist die Vergeltungstheorie eine bloße leere Behauptung. Die Gründe, die dabei einst (etwa in theokratischen Gesellschaften) hinter der Vergeltungstheorie und ihrer Akzeptanz standen – insbesondere, durch die irdische Strafe zu verhindern, dass der Zorn Gottes über die säumige Gemeinschaft komme¹⁰ – sind längst entfallen.

⁸ Eingehend dazu Nagler, Die Strafe, 1918, passim; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 1925 (Neudruck 1971), S. 457 ff., 490 ff.; Schmidhäuser (Fn. 6), S. 50 ff.; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafen, 2004, passim; Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 17 ff.; v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 6); Frisch, in: Koslowski (Hrsg.), Endangst und Erlösung 2, 2012, S. 53; Fischer, Über das Strafen, 2018.

⁹ Umfassende Darstellung dieser Theorie bei Nagler (Fn. 8), insbesondere S. 106 ff., 397 ff., der sie auch vertritt, S. 508 ff., 561–638.; kürzere Darstellung bei Frisch (Fn. 8), S. 54 ff.; Anlehnungen an die Vergeltungstheorie (zumindest verbal) bei Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis, Prozessstruktur, 2008, S. 260 ff. (mit Gleichsetzung von Vergeltung und Schuldausgleich, S. 262), und Walter, ZIS 2011, 636.

¹⁰ Siehe dazu Frisch (Fn. 8), S. 57; Haas (Fn. 9), S. 171 f., 173 ff.; Nagler (Fn. 8), S. 207 ff., 254, 260 f.; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 237; zu Nachwirkungen dieser Auffassung

Aber auch der entwicklungsgeschichtlich folgende Gedanke, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, demjenigen, der anderen ein Übel angetan hat, ebenfalls ein solches zuzufügen,¹¹ trägt die staatliche Strafe nicht. Er ist heute nicht nur weit von allgemeiner Anerkennung entfernt; es ist auch nicht die Aufgabe des irdischen Staates, mit Zwangsgewalt für die Durchsetzung der Postulate einer idealen Gerechtigkeit zu sorgen.¹² Der Verfassungsstaat der Neuzeit, insbesondere der des Grundgesetzes, ist auf die Gewährleistung eines gedeihlichen Zusammenlebens und der (Bedingungen der) Entfaltung der Einzelnen beschränkt;¹³ nur soweit sich die Strafe als erforderliche staatliche Zwangsmaßnahme in diesen Rahmen einfügt, ist sie verfassungsrechtlich haltbar. Über den Zweck und die Legitimation von Strafen zu diskutieren, die sich nicht in diesen Rahmen einfügen, mag philosophisch interessant sein; für die Frage des Zwecks und der Legitimation der staatlichen Strafe bringt es keine verwertbare Erkenntnis.

bb) Schuldausgleich

Ebenso brüchig wie die Vergeltungstheorie ist das lange (auch von der Rechtsprechung) vertretene Verständnis der

bis in das 19. Jahrhundert Haas (Fn. 9), S. 191 ff., 216 ff., 230 f.

¹¹ Vgl. dazu vor allem Kant, in: Weischedel (Hrsg.), Kant, Werke in 6 Bänden, Bd. IV, 1983, S. 453 f., 455, 459, und eine Vielzahl von Autoren des 19. (aber auch des 20.) Jahrhunderts, die ihm insoweit gefolgt sind; auf die umstrittene Frage, ob die Einordnung Kants als Vertreter der Vergeltungstheorie bei einer umfassenden Auswertung aller seiner auf die Strafe bezogenen (auch die Strafklugheit betreffenden) Aussagen nicht zu einseitig ist, kann und muss hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu die umfassende Analyse bei Haas (Fn. 9), S. 182 ff., 190 f.; dort S. 191 ff. auch zu weiteren Vertretern einer auf die Idee der Gerechtigkeit gestützten Vergeltungstheorie.

¹² Pointiert: Der Staat hat zwar bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben gerecht zu verfahren; aber die Verwirklichung der Postulate einer idealen Gerechtigkeit gehört nicht zu seinen Aufgaben. – Übereinstimmend Pawlik, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 213 (229): „Dass Strafe überhaupt sein soll, lässt sich gerechtigkeits-theoretisch nicht begründen“; ebenso Ebert, in: Krummacher (Hrsg.), Geisteswissenschaften – wozu?, 1988, S. 35 (43, 44 ff.); Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 263, 274; Kubiciel (Fn. 2), S. 139; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 239.

¹³ Siehe dazu aus der Sicht des liberalen Rechtsstaats grundlegend v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1841, S. 49 ff., 97 ff., 128 ff.; aus heutiger Sicht Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 3, 35 f.; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1971, S. 224 ff., 284 ff., 324 ff., 347 ff.; Isensee, in: Isensee/Kirchhof (a.a.O.), § 13 Rn. 59; aus dem strafrechtlichen Schrifttum Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 1, 33; Haas (Fn. 9), S. 236 f. m.w.N.

Strafe als eines gebotenen Schuldausgleichs.¹⁴ Im intendierten Schuldausgleich könnte allenfalls dann ein tragfähiger Grund dafür liegen, den Täter nach der Begehung der Tat mit einem Übel zu belegen, wenn die Strafe doch wenigstens ein geeignetes Mittel wäre, um die Schuld des Täters auszugleichen oder zu tilgen.¹⁵ Wie der staatliche Zwangseingriff das soll leisten können, ist indessen unerfindlich; man kann daran allenfalls im Sinne einer Symbolik glauben.¹⁶ Ein solcher Glaube an schwer nachvollziehbare Wirkungen kann indessen in einer rationalen Gesellschaft niemandem aufgezwungen und vor allem dem Täter nicht als Legitimation des staatlichen Zwangseingriffs entgegengehalten werden.

Doch ist es nicht nur die (fragwürdige) Eignung der Strafe zum Schuldausgleich, die Bedenken gegen diese Zweckbestimmung der Strafe und ihre darauf gestützte Legitimation weckt. Mindestens genauso zweifelhaft ist, ob es überhaupt in den Aufgabenbereich des Staates fällt, mit Zwangsgewalt die persönliche Schuld des Straftäters auszugleichen oder zu tilgen.¹⁷ Das sieht wohl inzwischen auch die Rechtsprechung so, wenn sie feststellt, dass es nicht um einen Schuldausgleich um seiner selbst willen, sondern um den „Schuldausgleich als Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutz Aufgabe des Strafrechts“ gehe.¹⁸ Freilich kann man dann den Schuldausgleich als fragwürdige Zwischenstufe auch gleich ganz weglassen und klarer davon sprechen, dass es darum gehe, durch die Verhängung einer der Schuld des Täters an der Tat entsprechenden Strafe der präventiven Schutz Aufgabe des Strafrechts nachzukommen.

cc) Präventionstheorien

Der Hinweis auf die präventive Schutz Aufgabe des Strafrechts und das Verständnis der Strafe als Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe bemüht mit der Prävention einen durchaus traditionsreichen Zweck der Strafe. Herkömmlich wird dabei zwischen (zumindest) zwei Formen der Prävention unterschieden: der General- und der Spezialprävention. Letztere, die darauf zielt, mit der Verhängung (und Vollstreckung) der Strafe drohenden weiteren Taten des Täters selbst entgegenzuwirken, ist allerdings kaum geeignet, das Strafrecht in seiner bisherigen Extension zu tragen – denn in nicht wenigen Fällen, in denen heute nach begangener Tat bestraft wird, fehlt es an einer realistischen Gefahr erneuter Tatbegehung durch den Täter.¹⁹ Insoweit eher tragfähig erscheint die Generalprävention: eine gewisse Gefahr, dass andere Personen vergleichbare Taten (wie der Täter) begehen, lässt sich realistischerweise wohl kaum leugnen. Ihr durch die Bestrafung des Täters der begangenen Tat entgegenzuwirken, also potentiell Verbrechensgeneigten durch die Verhängung der Strafe zu verstehen zu geben, dass sich solches Verhalten nicht lohnt, erscheint daher durchaus naheliegend (und ist dementsprechend auch immer wieder vertreten worden).²⁰

Freilich muss eine Ausrichtung der Strafe an diesem Zweck mit mehreren Einwänden rechnen. Nicht zu übersehen ist zunächst, dass die Generalprävention für den (bereits an dieser Stelle mit zu bedenkenden) Akt der Strafbestimmung nur einen äußerst vagen und diffusen Maßstab liefert. Denn welche Strafe ist geeignet und erforderlich, um die Gefahr der Begehung bestimmter Straftaten auf ein bestimmtes (welches?) Niveau zu reduzieren?²¹ Es ist nicht auszuschließen, dass bei so vagen Maßstäben die Strafe sicherheitshalber eher hoch bemessen wird – und damit letztlich Strafen in nicht

¹⁴ Vgl. für die Rechtsprechung z.B. BGHSt 24, 132 (134); 50, 40; aus der Strafrechtsreform den Entwurf 1962, BT-Drs. IV/650, S. 96 der Begründung (mit einer gewissen Relativierung); für Teile der Literatur Haas (Fn. 9), S. 261 f. m.w.N.; Kühl, in: Hassemer (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 275 (279).

¹⁵ Zum Erfordernis der Geeignetheit von – mit Eingriffen in Grundrechte verbundenen – Maßnahmen zur Erreichung des mit ihnen angestrebten Zwecks (als Teilanforderung des Verhältnismäßigkeitsprinzips), vgl. etwa Appel (Fn. 7), S. 175 ff., 579 ff. mit eingehenden Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG.

¹⁶ Zutreffend Roxin, JuS 1966, 377 (378): „nur durch einen Glaubensakt plausibel zu machen“.

¹⁷ Ablehnend z.B. Ebert (Fn. 12), S. 54 f.; Henkel, Die richtige Strafe, 1969, S. 7 ff.; Noll (Fn. 7), S. 20 ff.; Pawlik (Fn. 12), S. 229; Roxin, JuS 1966, 377 (378 f.); Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 (158).

¹⁸ So BGHSt 24, 40 (42) und viele Stimmen in der Literatur (vgl. z.B. Freund, in: Wolter/Freund [Hrsg.], Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 43 [74] und die Zitate in der vorstehenden Fn.); ebenso in der Sache Baumann u.a., Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1969, S. 29 f., 115.

¹⁹ Zutreffend Armin Kaufmann (Fn. 12), S. 263, 274; Kubiciel (Fn. 2), S. 144 (weitere Einwände gegen die Spezialprävention S. 142 ff.); Roxin, JuS 1966, 377 (379 f.); Welzel (Fn. 12), S. 243.

²⁰ Und zwar nicht nur in dem Sinne, dass solche Generalprävention den ganz allgemeinen Zweck des Strafens (so z.B. Schmidhäuser [Fn. 6], S. 48 ff., 51 f.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, 3/15 f. und 20/67) oder den Zweck der Strafdrohung bilde (so bei Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801 [Neudruck 1996], §§ 16 ff.), sondern auch, dass sie den Zweck der konkreten Bestrafung darstelle (auch insoweit Feuerbach, Lehrbuch §§ 18 und 20: „Eine Drohung, die nicht exequiert wird, ist eine Drohung, die niemand schrecken kann“) oder die Strafzumessung bestimme (vgl. RGSt 58, 106 [109] und die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Bruns, Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1967, S. 140 f., 148 f., 154 f. 160 ff.). Siehe dazu ergänzend Pawlik (Fn. 12), S. 216.

²¹ Siehe zu dieser Problematik näher Frisch, in: Bloy u.a. (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 239 (247), und Eb. Schmidt, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 9, 17 ff.

erforderlicher Höhe verhängt werden.²² Zu dieser mangelnden Leitfunktion und der damit verbundenen Gefahr kommt ein grundsätzlicher Einwand gegen die Präventionsstrafe, der oft formuliert worden ist: Was soll es rechtfertigen, den Täter mit dem zu bestrafen, was notwendig ist, um andere potentiell verbrechensgeneigte Personen von ihren Taten abzuhalten?²³

Beide Einwände werden zwar durch eine viel vertretene These relativiert, die behauptet, dass die generalpräventiv richtige Strafe (im Zweifel?) die Schuldstrafe sei.²⁴ Dass diese Querverbindung der generalpräventiv richtigen Strafe zur Schuldstrafe empirisch belastbar ist, wird man freilich bezweifeln dürfen – es lassen sich leicht Gegenbeispiele finden, bei denen die generalpräventiven Bedürfnisse deutlich über die Schuldstrafe hinausgehen. Außerdem wäre der grundsätzliche Einwand auch allenfalls abgeschwächt und nicht ausgeräumt, wenn die dem verschuldeten Unrecht entsprechende Strafe nur zur Abwendung der Gefahr der Deliktbegehung verhängt würde, die von verantwortlichen Dritten droht, für die der Täter nicht verantwortlich ist.²⁵ Dieser Einwand ist vielmehr erst dann ausgeräumt, wenn es Gründe der Strafverhängung gibt, die sich der Täter entgegenhalten lassen muss, weil es sich um Sachverhalte handelt, für deren Schaffung er rechtlich verantwortlich ist²⁶ und die sich durch die Verhängung der Strafe auch beheben lassen (was hinsichtlich der begangenen Straftat selbst nicht der Fall ist – denn der durch die Tat geschaffene negative Zustand an einem Individual- oder Allgemeingut kann nur durch andere Maßnahmen als die Strafe behoben werden).

dd) Neuere Rückgriffe auf Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit

Diesen Weg, den im Grunde schon – wenngleich mit nicht überzeugenden Ergebnissen – die ältere Vergeltungstheorie und die Theorie vom Schuldausgleich durch Strafe zu gehen versucht haben, beschreiten einige Ansätze, die im neueren Schrifttum vertreten werden, freilich zum Teil ältere Wurzeln

haben. Sie greifen zum Verständnis der Strafe, ihres Zwecks und ihrer Legitimation auf Gedanken und anerkannte Institute aus dem Bereich der ausgleichenden Gerechtigkeit zurück.

In der allgemeinsten Fassung geschieht dies dadurch, dass man den Täter, der durch seine Tat das Recht verletzt hat, zur Wiederherstellung des Rechts heranzieht und die Strafe dabei als Mittel begreift, mit dessen Hilfe das Recht wiederhergestellt werden kann und soll.²⁷ Etwas stärker ausgearbeitet, nämlich unter Berufung auf anerkannte Einzelfiguren der ausgleichenden Gerechtigkeit, erfolgen diese Bemühungen, wenn man in der Straftat – neben der (durch die Strafe schwerlich zu behebenden) Verletzung eines subjektiven Rechts oder eines Rechtsguts – auch einen der Norm zugefügten ideellen Schaden, etwa in Gestalt der Schwächung der (faktischen) Normgeltung durch die Missachtung der Norm, sieht und die Strafe als eine Art Ersatz oder Ausgleich dieses (ideellen) Schadens versteht.²⁸ Nochmals in einer anderen Wendung begegnen Konzepte der ausgleichenden Gerechtigkeit in der Zweckbestimmung und Legitimation der Strafe, wenn man davon ausgeht, der Täter habe sich durch seine Straftat ihm nicht zustehende Freiheiten und damit verbundene Vorteile verschafft, die ihm durch die Strafe wieder entzogen werden sollen (und müssen).²⁹

Den vorstehenden Versuchen einer Zweckbestimmung und Legitimation der Strafe ist zuzugeben, dass sie in ihren

²⁷ So z.B. Köhler (Fn. 23), S. 37, 48 ff.; Kubiciel (Fn. 2), S. 171; Murmann, GA 2004, 65 (70 ff.); ders., Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, S. 21; E.A. Wolff, ZStW 99 (1985), 786 (820 ff., 825 f.); Württenberger, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 209 (212 f.); Zaczyk, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 213 (220 f.); früher auch Frisch, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 269 (278 ff.); ders. (Fn. 6), S. 73 ff.

²⁸ Jakobs (Fn. 5), S. 33 f.; ders., System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 15; in der Sache wohl ähnlich, wenngleich mit anderer Formulierung auch Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 156 f.; ders., in: Lüderssen u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-Ratio-Prinzip, 1990, S. 29 (33); Kubiciel (Fn. 2), S. 165; Neumann, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Fn. 25), S. 147 (151); Pawlik (Fn. 8), S. 90 f.; in älteren Beiträgen auch Frisch (siehe etwa Frisch, in: Britz u.a. [Hrsg.], Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, S. 237 [253 f. m.w.N. in Fn. 49 und 50]); zu älteren Ansätzen der Lehre vom intellektuellen Verbrechensschaden vgl. insbesondere Müller-Dietz, GA 1983, 481 ff.

²⁹ In diesem Sinn Kindhäuser (Fn. 28 – Modernes Strafrecht), S. 35 f., der von der Inanspruchnahme eines „doppelten Vorteils“ spricht (der Sache nach so auch schon ders. [Fn. 28 – Gefährdung], S. 156 f.); grds. zust. Appel (Fn. 7), S. 470 f.: „unberechtigterweise erlangter Freiheitsvorteil“ des Täters, Akt der iustitia retributiva, und Haas (Fn. 9), S. 262 f., 265, 267, der den Vorteil des Täters in einem „distributiven Verhaltensvorteil“ sieht.

²² Zutreffend Roxin, JuS 1966, 377 (380): „Tendenz zum staatlichen Terror“; ähnlich Kubiciel (Fn. 2), S. 151.

²³ So schon Kant (Fn. 11), S. 453: „Richterliche Strafe [...] kann niemals als bloßes Mittel, ein anderes Gute zu befördern [...] wider ihn [scil.: den Täter] verhängt werden [...]; denn der Mensch darf nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt [...] werden“; ebenso Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 46 f.

²⁴ In diesem Sinn etwa Haffke, MschrKrim 1975, 40 (53 f.); Müller-Dietz, in: Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 813 (823, 825 f.); Roxin, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 279 (309).

²⁵ Haas (Fn. 9), S. 264 f.; auch schon Frisch, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1996, S. 125 (138).

²⁶ Mit Kant (Fn. 11), S. 453: „Er muss schon für strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht werden kann, aus dieser Strafe einigen Nutzen [...] zu ziehen“.

Begründungen (erfolgreich) vermeiden, die Strafe auf Bedürfnisse zu stützen, die mit möglichen deliktischen Entschlüssen verantwortlich Dritter zu tun haben, für die der Täter nicht verantwortlich ist. Es geht (allein) darum, ihn zur Bereinigung von Sachverhalten heranzuziehen, für die er verantwortlich ist. Wenn gleichwohl Bedenken bestehen, sie als überzeugende Aussagen zum Zweck und zur Legitimation der Strafe zu akzeptieren, so deshalb, weil sie an entscheidenden Stellen (schwer zu schließende) Erklärungslücken aufweisen.

Am offensichtlichsten ist das bei den Bemühungen, die Strafe als Mittel zur Wiederherstellung des Rechts zu begreifen. Denn wie der strafende Eingriff in die Rechte des Täters das durch ihn verletzte Recht „wiederherstellen“ soll, ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar³⁰ – nüchtern gesehen wird durch die Verhängung der Strafe nur etwas (in der sog. Strafdrohung) bedingt Angekündigtes wahrgemacht (was freilich das verletzte Recht auch nicht wiederherstellt) und darin zugleich zum Ausdruck gebracht, dass an den missachteten rechtlichen Erwartungen festgehalten werde, also das verletzte Recht *bekräftigt*.³¹ Ähnliche Erklärungslücken bleiben bei dem Verständnis der Strafe als einer Art von Schadensersatz für den ideellen Schaden, den der Täter durch seine Tat dem Recht oder seinem Geltungsanspruch (faktisch) zugefügt hat. Ein schönes Bild, gewiss – aber mit der forensischen Wirklichkeit nur schwer vereinbar: kein Gericht bemüht sich doch auch nur im Ansatz darum, einen solchen Geltungsschaden zu ermitteln; und dass die verhängte Schuldstrafe dem kaum ermittelbaren faktischen Geltungsschaden der verletzten Norm entspricht, ist wohl auch nur über ein Glaubensbekenntnis nachvollziehbar.³² Nicht viel anderes gilt für die Zurückführung der Strafe auf den Entzug eines Freiheitsvorteils, den sich der Täter durch die Tat verschafft habe. Schon die Bestimmung des Vorteils an Freiheit (Freiheitsgewinn), den sich der Täter durch die Tatbegehung verschafft habe, gibt bei einer Reihe von Straftaten (etwa Aggressionsdelikten, Körperverletzungen oder Vergewaltigung) Rätsel auf. Jedenfalls aber ist es eine kühne These, dass die Strafe, die nach dem Maß des Unrechts und der Schuld bestimmt wird, dem entspreche, was der Täter sich an Freiheitsgewinn verschafft habe. Auch hier handelt es sich also um nicht mehr als ein Bild, das auf den ersten Blick zu passen scheint, bei näherem Durchdenken aber auf Fiktionen gegründet ist und vieles offen lässt.

³⁰ Weit leichter ist das für das Zivilrecht nachvollziehbar, das mit seinem Schadensersatzrecht in der Tat darauf zielt, durch die Tat verletzte Rechtspositionen wiederherzustellen – vgl. nur § 249 BGB: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“.

³¹ Im Sinn einer solchen Bekräftigung (allerdings neben dem Begriff der „Wiederherstellung“ des Rechts) auch schon *Frisch* (Fn. 8), S. 72 sowie den Text oben nach Fn. 5.

³² So schon *Frisch* (Fn. 25), S. 138; ebenso *ders.*, in: Kindhäuser u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, S. 647 (671) mit weiteren Argumenten. In der Sache – unter Berufung auf Feuerbach – auch *Haas* (Fn. 9), S. 264: „pure Fiktion“.

c) Zwischenergebnis und Hintergründe des unbefriedigenden gegenwärtigen Zustands

Der – nach allem – unbefriedigende Zustand der Theorie zum Zweck und zur Legitimation der Strafe kommt nicht von ungefähr. Er hat etwas mit der Art und Weise der Problembehandlung zu tun. Diese ist seit langem – weitestgehend – auf den Akt der Bestrafung fokussiert und darum bemüht, den Zweck dieses – zusammen mit der vorangehenden Straftat – isoliert gesehenen Aktes in seiner Zweckbestimmung, vielleicht auch seinem Sinngehalt, zu erfassen und zu legitimieren. Diese Fokussierung auf den Akt der Bestrafung als Folge der Tat bewirkt zwangsläufig eine *Engführung*. Sie führt dazu, dass als Zweckbestimmung der Strafe und als Legitimation nur noch auf die begangene Tat bezogene retributive Ansätze oder gewisse Ansätze in den Blick kommen, die die Tat zum Anlass von Präventionsbemühungen nehmen. Diese Ansätze sind aber ungeeignet, eine überzeugende Zweckbestimmung und Legitimation der Strafe zu liefern: Nur bei äußersten Zugeständnissen an die Symbolik ist die Strafe geeignet, das Recht wiederherzustellen, oder lässt sich die Schuldstrafe als Ersatz des durch die Tat an der Norm oder ihrer Geltung angerichteten Schadens oder als Entziehung des Freiheitsvorteils verstehen, den sich der Täter durch die Tat verschafft hat; die präventiven Deutungen aber laufen Gefahr, den Täter zur Beeinflussung verantwortlicher Dritter einzuspannen, solange sie keinen überzeugenden Grund dafür angeben können, warum es überhaupt rechtlich zulässig ist, den Täter für seine Tat zu bestrafen.

Der Vorwurf einer Engführung mag auf den ersten Blick verwundern: die Frage nach dem Zweck der Strafe und ihre Berechtigung wird ja (von den kritisierten Auffassungen) so gesehen und erörtert, wie sie schon von den griechischen und römischen Philosophen, aber auch später noch von Philosophen und vielen Juristen gesehen und behandelt wurde. Nun – genau darin liegt das Problem. Die Strafe im Staat der Neuzeit ist – spätestens seit *Hobbes*³³ – nicht einfach eine legalisierte staatliche Übernahme der Durchsetzung der Rechte, die dem durch die Tat Verletzten oder der Gemeinschaft aus der Tat ohnehin erwachsen sind. Die Strafe ist im Staat der Neuzeit zu einer staatlichen Institution geworden, die der Erfüllung staatlicher Aufgaben dient und ohne die der moderne Staat gar nicht in der Lage wäre, vielen Erwartungen nachzukommen, die die Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft in ihn und seine Tätigkeit setzen. Ohne den Blick auf diese Aufgaben des Staates und die sich bei ihrer Erfüllung ergebenden Konflikte und zutage tretenden gegensätzlichen Erwartungen und ohne den Blick auf die dem Staat zur Lösung dieser Konflikte zuerkannten Befugnisse, insbesondere die Befugnisse und Leitlinien zur Auflösung solcher Konflikte

³³ Vgl. nur *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Zweiter Teil, Kap. 28, mit der dortigen Definition und Präzisierung der staatlichen Strafe als „ein Übel“, das für den Fall einer Übertretung eines Gesetzes gesetzlich angedroht sein muss (9. Präzisierung) und „dem Übertreter eines Gesetzes von Seiten des Staates“ nach einem vorhergehenden staatlichen Verfahren (3. Präzisierung) „in der Absicht zugefügt wird, dass die Bürger abgeschreckt und zum Gehorsam bewogen werden“.

seitens des Gesetzgebers, entbehren Aussagen über den Zweck und die Legitimation der Strafe des staatsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Fundaments und der Rückbindung an die Verfassung und sind daher insoweit unzureichend. Ist andererseits die Notwendigkeit dieser verfassungsrechtlichen Fundierung erfasst und diese geleistet, so wird sichtbar, was die bis heute ins Feld geführten Theorien der Strafe in Wahrheit sind: unverbindliche – weiterhin auch nebeneinander benutzbare – Interpretamente (Sinngelungen) jener staatlichen Strafe, die im heutigen Verfassungsstaat einen bestimmten Zweck verfolgt und mit dieser Zweckverfolgung verfassungsrechtlich legitimierbar sein muss und legitimierbar ist.³⁴

2. Zweck und Legitimation der Institution der Strafe im Verfassungsstaat

Zu den anerkannten Aufgaben des Staates gehören zweifellos der Schutz und die Sicherung der Freiheiten, Rechte und Güter, die sich die Mitglieder der Gemeinschaft zuerkennen bzw. die ihnen in verfassten Gemeinschaften durch die Verfassung und in deren Konkretisierung durch den (heute demokratischen) Gesetzgeber zuerkannt sind.³⁵

a) Die Strafe als Institution und Mittel zur Erfüllung der staatlichen Schutzaufgabe

aa) Verhaltensnormen und die Verstärkung ihrer Wirksamkeit durch Strafbewehrung

Der Staat kommt seiner Schutzaufgabe und den auf die Erfüllung der Schutzaufgabe gerichteten Erwartungen der Mitglieder der Gemeinschaft dadurch nach, dass er die Rechte und Güter der Einzelnen und die Allgemeingüter, auf die die Mitglieder der Gemeinschaft für ihre Entfaltung angewiesen sind, durch an die Mitglieder der Gemeinschaft gerichtete Verhaltensnormen vor Verletzungen, Missachtung oder Beeinträchtigungen schützt, indem er derartige Verhaltensweisen gesetzlich verbietet (und ggf. Verhaltensweisen gebietet, um die Erhaltung dieser Güter zu gewährleisten).³⁶ Besonders wich-

tige Normen aus dem Bereich dieser die Rechte und Güter schützenden Verhaltensnormen werden dabei vom Gesetzgeber hervorgehoben und in ihrer Wirksamkeit dadurch verstärkt, dass sie eine Strafbewehrung erhalten – dass also in Straftatbeständen an die Verletzung der in diesen Tatbeständen sachlogisch vorausgesetzten Verhaltensnormen³⁷ die Rechtsfolge der Strafe, also eine solches verletzende Verhalten missbilligende und als Übel empfundene Rechtseinbuße, geknüpft wird.

bb) Intendierte Wirkung schon der Strafbewehrung – Unproblematische Fälle

Sachlich geht es bei den insoweit geschaffenen Straftatbeständen nicht etwa nur darum, vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips (keine Strafe ohne Gesetz, Art. 103 Abs. 2 GG) eine Grundlage für die spätere Verhängung der Strafe in Fällen zu schaffen, für die schon nach vorverfassungsrechtlichen Grundsätzen der ausgleichenden Gerechtigkeit oder Ähnlichem die Bestrafung der Tat materiell legitimiert werden kann. Die Strafbewehrungen aller Normen der Staaten der Neuzeit wollen und sollen auch bereits selbst wirken:³⁸ Die Verknüpfung der Verletzung bestimmter Verhaltensnormen mit Strafe in den Tatbeständen der Strafvorschriften soll die Adressaten der Verhaltensnormen davon abhalten, die Norm zu verletzen; der mit der Strafe verbundene Entzug von Rechten soll, weil als Übel empfunden, den Normadressaten ein zusätzliches Motiv geben, die Norm einzuhalten.³⁹

rechts, des sonstigen öffentlichen Rechts, des Zivilrechts, insbesondere des Wirtschaftsrechts usw.).

³⁷ Zu den in den strafrechtlichen Tatbeständen vorausgesetzten Verhaltensnormen grundlegend schon *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922 (Neudruck 1965), S. 4 ff., 42 ff., 45; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 71 ff., 102 ff.; eingehend dazu *Frisch*, in: *Bünzel/Freund/Rostalski/Weiss* (Hrsg.), Normentheorie im freiheitlichen Rechtsstaat, 2026, S. 81 (85 ff.).

³⁸ Vgl. dafür abermals *Hobbes* (Fn. 33), Kap. 28, wonach das Ziel der Strafe die Abschreckung oder Bewegung der Bürger zum Gehorsam gegenüber den Gesetzen sei (so schon die Definition der Strafe); *Feuerbach* (Fn. 20), §§ 17 ff.; v. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, S. 6 f.; siehe ferner die Zitate in der Fn. 37. – Besonders deutlich wird dieses Streben nach Wirkung an den Untergrenzen für Strafrecht, die das Recht der Europäischen Union an die Sanktionen stellt, die die Mitgliedstaaten zum Schutz der Gemeinschaftsgüter vorsehen müssen; die Sanktionen müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ (besser: abhaltend) sein (*Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 11. Aufl. 2025, § 9 Rn. 25 ff.).

³⁹ In diesem Sinn auch (freilich nicht immer strikt auf die Strafandrohung bezogen, sondern zum Teil auch auf die Strafverhängung) v. *Hirsch* (Fn. 6 – Censure), S. 12 ff.; *ders.*, in: *Frisch/v. Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 47 (55 f.); *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, S. 359 ff. (Schaffung eines „Klugheitsgrundes“); siehe auch *Hörnle* (Fn. 6), S. 119 ff.

³⁴ Näher dazu noch unten 2. b).

³⁵ Vgl. dazu statt vieler *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, 2004, S. 12 ff., 39 ff., 53 ff.; *Bull* (Fn. 13), S. 17 f., 22 ff., 99 ff., 224 ff., 294 ff., insbes. 347 ff.; *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 110 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), § 1 Rn. 12 ff.; *H. Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl. 2011, S. 135 (*Hobbes*), 156 ff. (*Locke*); *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl. 2017, S. 109 ff.; ebenso die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das von grundrechtlichen Schutzpflichten von hohem verfassungsrechtlichem Rang spricht, vgl. z.B. BVerfGE 49, 24 (55 ff.); 115, 320 (346 f.); 141, 220 (267 f. Rn. 100); 156, 63 (120); 157, 30 (115 f.); zu einem Grundrecht auf Sicherheit *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987.

³⁶ Ein großer Teil dieser Verhaltensnormen befindet sich in dem Strafrecht vorgelagerten Gesetzen (des Verwaltungs-

Es geht also, und das ist ein erster Zweck der Institution Strafe, darum, bestimmten besonders wichtigen Normen zum Schutz der Freiheiten und Güter der Einzelnen und der Gemeinschaft durch deren Bewehrung mit Strafe eine besondere Wirksamkeit zu verschaffen.⁴⁰ Dass bereits diese Ankündigung oder Androhung der Strafe, also die Ankündigung einer als Übel empfundenen Rechtseinbuße, für den Fall der Verletzung der Norm in vielen Fällen, insbesondere als zusätzliches Motiv neben anderen, Wirkung zeigt, ist wohl kaum bestreitbar⁴¹ – möglicherweise ist diese Wirkung sogar größer als die, die von der verhängten Strafe ausgeht (jedenfalls soweit damit gerechnet werden muss, dass die Strafdrohung im Fall der Begehung einer Straftat auch verwirklicht wird).

Dabei wirft dieser Wirkungsaspekt der strafbewehrten Norm *als solcher* noch keine schwierigen Legitimationsprobleme auf: demjenigen, der durch die angedrohte Strafe von der Verwirklichung eines verbotenen Verhaltens *abgehalten* wird, wird damit ja keine rechtliche Freiheit genommen; das Verhalten, auf das er verzichtet hat, wäre ohnehin eine Überschreitung der Freiheit gewesen.⁴² Dies jedenfalls dann, wenn es sich bei der strafbewehrten Verhaltensnorm um eine sachlich berechnete Begrenzung seiner Freiheit handelt (wenn

nicht, so ist das ein anderes Problem, das hier nicht zu behandeln ist).

cc) Das Versagen der Wirkung als legitimatorisch problematischer Fall

Problematisch und legitimationsbedürftig wird die Institution der Strafe freilich, wenn es zu dem kommt, was der Einsatz dieser Institution (in der Phase der Ankündigung der Strafe, falls die Norm verletzt wird) eigentlich verhindern soll und will: den Fall, dass nicht nur soziale und moralische Regeln, sondern auch die Norm und die Ankündigung der Strafe die Person nicht zu rechtskonformem Verhalten bewegen können, die Person vielmehr die verbotene Tat gleichwohl begeht (oder ein strafbewehrtes Gebot nicht erfüllt). Denn wenn nun die angekündigte Strafe verhängt werden soll, so muss auch der mit der Strafe verbundene Eingriff in die Rechte des Straftäters legitimierbar sein – und dieser Fall muss vernünftigerweise auch schon als Sachverhalt legitimierbarer Bestrafung bei der Aufstellung der Strafdrohung (als legitimierbarer Fall) mitbedacht werden.

Dass die Verhängung der Strafe für den eingetretenen Fall angekündigt worden ist, genügt dafür nicht – das ist nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Legitimation der Strafe.⁴³ Die Verhängung lässt sich auch nicht damit legitimieren, dass der Täter durch die Begehung der Tat in die Verhängung der Strafe eingewilligt habe, wie *Feuerbach* meinte⁴⁴ – eine solche Einwilligung ist eine unhaltbare Fiktion. Und auch die Feststellung, dass die Drohung ja leerliefe, wenn sie nicht verwirklicht würde,⁴⁵ ist – so richtig sie als analytische Feststellung ist – nicht geeignet, die Legitimation der Verhängung der angekündigten Strafe zu leisten; würde man eine solche Begründung akzeptieren, so ließe sich selbst die Verwirklichung einer angekündigten evidenten Ungerechtigkeit legitimieren. Dass sich die Verwirklichung der Strafdrohung schließlich auch nicht auf retributive Ansätze des Schadensersatzes oder des Ausgleichs von Freiheitsvorteilen des Täters, die sich dieser durch die Tat verschafft hat, stützen und dadurch rechtfertigen lässt, weil die Gleichsetzung von Schaden bzw. Vorteil mit der Schuldstrafe nur über Fiktionen möglich ist, wurde schon dargelegt;⁴⁶ daran braucht hier nur noch einmal kurz erinnert zu werden.

In Wahrheit muss, wer die Frage der Legitimation der Verwirklichung der Strafdrohung überzeugend beantworten will, vor der Beantwortung dieser Legitimationsfrage nochmals einen Schritt zurückgehen und den *Zweck* der Verwirklichung der Strafdrohung im mehrstufig angelegten Institut

⁴⁰ Eingehend dazu *Frisch*, GA 2015, 65 (72 f., 84 f.); *ders.*, GA 2019, 185 (188 f.) und GA 2019, 537 (543 ff., 547 f., 551 f.); *ders.* (Fn. 32), S. 651, 663 ff.; siehe dazu auch schon *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (386 ff.; 751, 780 f.); *ders.* (Fn. 28), S. 253 f., je m.w.N.; ebenso *Bloy*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 59 (71 ff.); *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 31 f., 37; *Jakobs* (Fn. 5), S. 28, 31 f.; *Landau*, NSTZ 2007, 121 (126); *Murmann*, in: Freund u.a. (a.a.O.), S. 1131 (1135); *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 51 ff., und die Begründung des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (Fn. 18), S. 29. – Aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum die grundlegende Monografie von *Appel* (Fn. 7), S. 76 ff. (mit Verdeutlichung an Entscheidungen des BVerfG auf S. 428 ff., 431 ff.), und *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (355, 357 f.).

⁴¹ Vgl. dazu aus der kriminologischen Forschung etwa *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 31 Rn. 31 ff.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 59 ff.; aus der Lebenserfahrung *Kuhlen*, GA 1994, 347 (364 ff.); *ders.*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Fn. 25), S. 55 (57 f.); *Frisch* (Fn. 21), S. 243 f.; *ders.*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 55 (60 f.); *Schmidhäuser* (Fn. 6), S. 51 f.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, § 6 I.

⁴² Insoweit m.E. durchaus zutreffend *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts, Bd. 1, 1799, S. 49; kritisch dazu *Greco* (Fn. 39), S. 478 ff. – Richtig ist freilich, dass diese Feststellung nur begrenzt relevant ist, weil Verstöße ja naheliegend sind, für diesen Fall eine Rechtfertigung des Eingriffs jedoch erforderlich ist und dies vernünftigerweise beim Einsatz der Institution Strafe von Anfang an mitbedacht werden muss. Siehe dazu sogleich.

⁴³ Ersteres unter dem Aspekt der Erfüllung der Anforderungen des Prinzips der Gesetzlichkeit (Art. 103 Abs. 2 GG).

⁴⁴ Vgl. *Feuerbach*, Anti-Hobbes, 1797, S. 201 ff., 222 f., 224 f. (unter Bezug auf *Hugo Grotius*); *ders.* (Fn. 42), S. 54 ff.; siehe dazu auch *Greco* (Fn. 39), S. 46 f. und 484 ff., sowie *Kubiciel* (Fn. 2), S. 149 f.

⁴⁵ *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, S. 39; siehe auch *Schünemann*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Fn. 25), S. 109 (119).

⁴⁶ Vgl. oben 1. b) dd).

der staatlichen Strafe präziser bestimmen. Denn von der genauen Erfassung dieses Zwecks hängt natürlich auch die folgende Frage ab, ob die Verwirklichung der Strafandrohung legitimiert werden kann.

b) Die Verwirklichung der Strafandrohung als legitimierbares Mittel der Normstabilisierung in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen

aa) Die Verhängung der Strafe als notwendiges Mittel zur Erhaltung der besonderen Wirksamkeit einer strafbewehrten Verhaltensnorm

Zweck der Verwirklichung der Strafandrohung und damit der Verhängung der Strafe ist nicht der Ausgleich von regelmäßig nicht näher bestimmbar Schäden der Normgeltung, die der Täter durch seine Tat verursacht hat, oder von Freiheitsgewinnen, die er sich zu Unrecht verschafft hat. Die Verhängung der staatlichen Strafe nach begangener Tat ist in Fortsetzung der Strafandrohung zu denken.⁴⁷ Sie bezweckt – wie schon die Androhung der Strafe für den Fall der Tatbegehung – die durch die Androhung der Strafe geschaffene besondere Wirksamkeit der Norm zu erhalten: Es soll gezeigt werden, dass das Angedrohte wahrgemacht wird und dass in Zukunft ebenso verfahren wird – sodass der Status der strafbewehrten Norm aufrechterhalten bleibt und die Wirksamkeit der verletzten Norm nicht auf den Status einer nicht strafbewehrten Norm herabsinkt. Zweck der Verwirklichung der Strafandrohung ist es damit, die Präventivkraft der Institution der staatlichen Strafe zu erhalten, soweit dies durch die Verwirklichung des Angedrohten möglich ist,⁴⁸ und dadurch die besondere Wirksamkeit der strafbewehrten Norm im Vergleich zu einer nicht strafbewehrten Verhaltensnorm, also den „Mehrwert“ der strafbewehrten Norm in Bezug auf die *Wirksamkeit* der Verhaltensnorm, aufrechtzuerhalten.⁴⁹

Die Aufrechterhaltung der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Norm durch die Verhängung der angedrohten Strafe ist dabei kein Selbstzweck. Sie steht im Dienst der verlässlichen Gewährleistung der zuerkannten Freiheiten und der Integrität zuerkannter Güter; diese sollen durch Verhaltensnormen und deren Strafbewehrung einen besonderen Schutz erhalten. Soweit die einschlägigen Verhaltensnormen hochrangige Güter und Freiheiten schützen, handelt es sich bei der Erhaltung der Wirksamkeit dieser Verhaltensnormen um ein überragend wichtiges Gemeinwohlinteresse im Sinne der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.⁵⁰ Das wird besonders

deutlich, wenn man sich vor Augen führt, wie es um die von diesen Normen geschützten Freiheiten und Güter bestellt wäre, wenn die Verstärkung dieser Normen durch eine Strafbewehrung völlig entfiel (oder schlicht nicht vollzogen würde).⁵¹ Nicht nur die Freiheiten und Güter, die durch die je verletzte strafbewehrte Verhaltensnorm (heute) strafrechtlichen Schutz genießen, wären damit in erheblich stärkerem Maße gefährdet; auch viele andere Freiheiten wären beeinträchtigt, weil der Einzelne den Schutz seiner gefährdeten Güter anders zu organisieren hätte und wo das nicht möglich ist, auf die Ausübung von Freiheiten häufig ganz verzichten müsste.⁵² Die Erhaltung der besonderen Wirksamkeit bestimmter (strafbewehrter) Verhaltensnormen ist so gesehen ein notwendiges Mittel zur Gewährleistung der Wirksamkeit und Verlässlichkeit einer gerechten Freiheitsverteilung als Grundlage der Entfaltung der Einzelnen in der Gemeinschaft. Und: Die Verhängung der Strafe nach begangener Tat ist (als Verwirklichung der Strafandrohung) auch ein geeignetes Mittel, diese Wirksamkeit im Rahmen des mit ihr Erreichbaren zu gewährleisten und insbesondere einer Erosion der verletzten Norm entgegenzuwirken.⁵³ Sie ist dafür aller Erfahrung nach bei Fehlen gleich wirksamer Mittel zugleich erforderlich, soll die Norm nicht im Laufe der Zeit an Wirksamkeit (und faktischer Geltung) einbüßen und auf das Befolgungsniveau einer nicht strafbewehrten Norm zurückfallen.⁵⁴

bb) Die Notwendigkeit einer angemessenen Berücksichtigung entgegenstehender Interessen

Richtig ist freilich auch, dass ein solcher besonders wirksamer Schutz von Gütern und Freiheiten, der allgemein erwartet wird,⁵⁵ negative Folgen für die Personen hat, in deren

90, 145 (195); 115, 320 (346); dazu, dass dieser dem Staat obliegende Schutz die Verpflichtung einschließt, gerade auch vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen von Seiten anderer zu schützen, vgl. BVerfGE 90, 145 (195); 115, 320 (343 f.); 141, 220 (267 Rn. 100); 156, 63 (120 Rn. 202); 157, 30 (111); ergänzend dazu die Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG bei *Appel* (Fn. 7), S. 62 ff., 65 ff., 198 ff.

⁵¹ Eindrucksvolle beispielhafte Schilderung dieses zu erwartenden Zustands bei *Schmidhäuser* (Fn. 6), S. 51 f.; siehe auch *Pawlik* (Fn. 12), S. 216.

⁵² Zur Bedeutung des Strafrechts für die „Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit“ (v. *Humboldt* [Fn. 13], S. 57 ff., 115 ff. und insbes. 128 ff.) und eine in diesem Sinn verstandene Sicherheit viele Philosophen der Aufklärung; s. dazu die geraffte Darstellung von *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904 (910 ff.); zum Zusammenhang zwischen Freiheit und Strafe, die das Recht gegenüber seiner Infragestellung behauptet, auch *Kubiciel* (Fn. 2), S. 171.

⁵³ Siehe dazu u.a. die Nachweise oben Fn. 41; zur Frage des Erreichbaren ausführlich *Frisch* (Fn. 32), S. 664 f.

⁵⁴ Eingehend dazu *Feijoo Sánchez*, in: Sánchez u.a. (Hrsg.), Festschrift für Santiago Mir Puig, 2017, S. 309 (313 ff.); weit. Nachw. dazu bei *Frisch* (Fn. 32), S. 670.

⁵⁵ Letztlich auch vom Straftäter selbst, der – als potentielles Opfer einer Straftat gedacht – regelmäßig für sich und nahe-

⁴⁷ Siehe dazu schon *Frisch* (Fn. 32), S. 671 ff.; ähnlich wohl *Schünemann* (Fn. 45), S. 119.

⁴⁸ Siehe dazu genauer *Frisch* (Fn. 32), S. 664 f.: soweit die Sicherung der Präventivkraft nämlich durch eine Strafe, die ihrem Maß nach legitimierbar ist, erreichbar ist.

⁴⁹ Siehe dazu genauer *Frisch* (Fn. 32), S. 672 ff. (wo zugleich frühere – zum Teil an *Jakobs* (Fn. 5), S. 30, 33 anknüpfende – Formulierungen wie „Wiederherstellung der Normgeltung“ oder „Vermeidung einer Erosion der Normgeltung“ präzisiert werden).

⁵⁰ Zur „überragenden Bedeutung“ der Schutzpflicht des Staates in Bezug auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheiten etwa BVerfGE 39, 1 (42); 49, 24 (56 f.); 88, 203 (251);

Freiheiten und Güter durch die Verwirklichung der Strafandrohung eingegriffen wird, weil sie von der strafbewehrten Norm abgewichen sind. Insoweit besteht – möglicherweise – ein Konflikt⁵⁶ zwischen dem allgemeinen Interesse an einem besonders wirksamen Schutz wichtiger Freiheiten und Güter und dem Freiheitsinteresse derer, die bei Verwirklichung eines solchen „Schutzprogramms“ in ihrer Freiheit betroffen werden.⁵⁷ Auch dieses Interesse muss der Staat bei dem Entwurf einer sachgerechten Lösung berücksichtigen.

Freilich heißt „berücksichtigen“ nicht, dass ein solches Gegeninteresse der Verwirklichung eines wichtigen allgemeinen Interesses überhaupt und umfassend entgegenstehen müsste. Durchaus denkbar erscheint es vielmehr, dass ein Gegeninteresse nur unter gewissen Voraussetzungen anerkennenswert erscheint – dagegen nicht, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind. In einem solchen Fall muss das entgegenstehende Interesse, soweit es diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sich Abstriche gefallen lassen. Das gilt insbesondere im Falle sog. mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse – also in Fällen, in denen der Staat, wie hier, divergierenden Erwartungen unterschiedlicher Grundrechtsträger ausgesetzt ist und zwischen diesen eine angemessene Entscheidung zu treffen hat.⁵⁸

Ziel einer sachgerechten staatlichen Lösung derartiger mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse muss es – auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – sein, die etwa konfligierenden Interessen in ein angemessenes Verhältnis, ein Verhältnis praktischer Konkordanz zu bringen, welches die völlige Hintansetzung eines Interesses vermeidet und es ermöglicht, in bestmöglicher Weise allen zu berücksichtigenden berechtigten Interessen Rechnung zu tragen.⁵⁹

stehende Personen durchaus auch den qualifizierten Schutz des Strafrechts nicht missen möchte.

⁵⁶ „Möglicherweise“ deshalb, weil es denkbar ist, dass es bei Einhaltung gewisser Bedingungen (die einzuhalten zumutbar ist) überhaupt nicht zu einem Konflikt *garantierter* Freiheiten kommt (sondern nur, wenn eine Person ihre rechtlichen Freiheiten im Sinne von Abwehrrechten auch bei Überdehnung ihrer Entfaltungsfreiheit geltend machen will – also im Falle eines vermeidbaren und zu vermeidenden Konflikts). Siehe dazu unten cc).

⁵⁷ Zu dem insoweit bestehenden „Dreiecksverhältnis“ zwischen Staat und Bürgern, gegenüber denen der Staat einerseits Schutzpflichten hat, und solchen, die andererseits Abwehransprüche gegen staatliche Eingriffe besitzen, vgl. aus dem Öffentlichen Recht etwa *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, 492 ff. und *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 ff.

⁵⁸ Siehe dazu – im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Legitimation der Sicherungsverwahrung – BVerfGE 128, 326 (327, 361, 371); allgemeiner dazu *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 ff.; *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, 492 ff.

⁵⁹ BVerfGE 128, 326 (361, 372 f.); 153, 182 (282 Rn. 264 ff.); siehe auch schon BVerfGE 97, 12 (23 – angemessenes Verhältnis); 141, 220 (268); dazu grds. auch *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, 492 (494 f.); zum Ziel der Herstellung von praktischer Konkordanz oder der Gewährleistung optimaler Wirkung der betroffenen Rechte oder Güter in solchen Kollisionsfällen

Die Verhängung der angedrohten Strafe nach begangener Tat ist vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn und soweit sie sich als Lösung darstellt, welche die im Falle der Strafverhängung nach begangener Tat etwa konfligierenden Interessen – wenn auch möglicherweise mit zumutbaren Abstrichen – in ein Verhältnis praktischer Konkordanz bringt.

cc) Die Verhängung der Strafe (nur) bei Vermeidbarkeit der Gesetzesverletzung als Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den konfligierenden Interessen

Ein solches Verhältnis praktischer Konkordanz lässt sich in den hier interessierenden Spannungsfällen durchaus herstellen. Das Interesse an besonderer Wirksamkeit der Verhaltensnormen zum Schutz bestimmter Freiheiten und Güter und das Interesse, nicht mit dem belastet zu werden, was die Strafandrohung an Eingriffen vorsieht, stehen sich nicht unversöhnlich gegenüber, sodass die Entscheidung entweder nur für das eine oder das andere Interesse ausfallen kann und ein Interesse völlig hintangesetzt werden müsste.⁶⁰ Beide Interessen können durchaus nebeneinander bestehen und befriedigt werden, wenn das unterbleibt, was zu Güterbeeinträchtigungen durch die Strafe führt – nämlich das die Verhaltensnorm verletzende Verhalten. Da die Vornahme dieses Verhaltens (bei Erfüllung einer bestimmten Bedingung, dazu sogleich) von der Entscheidung des potentiellen Täters selbst abhängt, hat dieser es damit selbst in der Hand, ob es zur Verhängung einer Strafe gegen ihn kommt oder nicht.⁶¹ Wer an der Erhaltung seiner Freiheiten (Bewegungsfreiheit, Vermögen) interessiert ist, muss und darf auf diesen Weg der Wahrung seines Freiheitsinteresses verwiesen werden. Er wird damit nur auf etwas verwiesen, was zu tun prinzipiell zumutbar ist und von den meisten Mitgliedern der staatlichen Gemeinschaft ohnehin befolgt wird. Ihm wird damit durchaus kein unzumutbarer Verzicht auf Freiheiten angesonnen – denn mit der Begehung des Verbotenen bewegt der Handelnde sich ohnehin schon jenseits der zuerkannten Freiheit.

Freilich muss *dieser* Weg dem, gegen den zur Erhaltung der besonderen Wirksamkeit der durch Strafe bewehrten Verhaltensnorm nach Begehung des verbotenen Verhaltens Strafe verhängt werden soll, auch wirklich offenstehen bzw. offen gestanden haben: Die Tat muss also für ihn wirklich *vermeidbar* gewesen sein. Dass der Täter die gegen die strafbewehrte Verhaltensnorm verstoßende Tat vermeiden konnte, sie also in herkömmlicher Terminologie *schuldhaft* begangen

sionsfällen *Hesse* (Fn. 35), § 1 Rn. 72, 317 ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 78 ff., 84 ff.; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (556 – Optimierungsgebot, praktische Konkordanz); *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 ff.; *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 ff.

⁶⁰ Zu diesem möglichst zu vermeidenden Fall vgl. *Hesse* (Fn. 35), § 1 Rn. 72 und 318.

⁶¹ Zutreffend betont von BVerfGE 131, 268 (289), im Rahmen der (verfassungsrechtlichen) Legitimation der (vorbehaltenen) Sicherungsverwahrung; für die Legitimation der Strafe gilt nichts anderes; so wohl auch *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904 (940 f.).

hat,⁶² ist damit eine Legitimationsvoraussetzung staatlicher Strafe.⁶³ Sie ergibt sich als Legitimationsvoraussetzung staatlichen Strafens daraus, dass nur unter dieser Voraussetzung ein Verhältnis praktischer Konkordanz zwischen dem überrasgenden Gemeinschaftsinteresse an der besonderen Wirksamkeit bestimmter Verhaltensnormen durch strafende Reaktion auf eine Verletzung der Verhaltensnorm und dem berechtigten Interesse des Einzelnen am Unterbleiben von Eingriffen in seine Freiheit hergestellt werden kann.

Außerdem muss der Kreis der Normen, die mit Strafe bewehrt sind, so begrenzt sein, dass sie für den einzelnen Normadressaten überschaubar bleiben; es darf nicht dazu kommen, dass die Sorge, sich ohne größere Schuld strafbar machen zu können, zu einem lähmenden Hindernis der Freiheitsentfaltung wird. Der Kreis solcher Normen muss sich damit auf wirklich wichtige Normen beschränken. Sind diese Voraussetzungen aber erfüllt, so sind die oben skizzierten zunächst gegenläufigen Interessen in ein Verhältnis praktischer Konkordanz gebracht und die Bestrafung dessen, der die Tat begangen hat, obwohl er sie vermeiden konnte, ist damit *aus verfassungsrechtlicher Sicht* gerechtfertigt.

c) Zur verbleibenden Bedeutung der traditionellen Straftheorien

Es bleibt die Frage, welche Bedeutung den eingangs (oben 1. b) behandelten und als nicht tragfähig erachteten Theorien zum Zweck und zur Legitimation der Strafe zukommt, wenn man den Zweck der Strafe in der Gewährleistung der Wirksamkeit bestimmter wichtiger Verhaltensnormen (durch ihre Strafbewehrung) sieht und die Verhängung der Strafe nach begangener Tat als Akt der Aufrechterhaltung der (diese Wirksamkeit gewährleistenden) Präventivkraft der Strafdrohung begreift, der bei Vermeidbarkeit der begangenen Gesetzesverletzung, also bei schuldhafter Begehung, verfassungsrechtlich zu legitimieren ist.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die früher als Zweckbestimmungen (oder legitimierende Gedanken) kritisch beurteilten Ansätze werden nicht völlig bedeutungslos. Sie lassen sich vielmehr durchaus mit der Strafe verbinden, die ihre *verfassungsrechtliche* Rechtfertigung in der Gewährleistung und Erhaltung der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Verhaltensnormen findet.⁶⁴

Am leichtesten ist diese Verbindung mit den präventiven Strafzwecken möglich: Die zur Wiederherstellung der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Norm legitimierbare Schuldstrafe bildet überhaupt erst die legitime Basis für die Verfolgung präventiver Zwecke – begrenzt diese präventiven Möglichkeiten freilich auch (im Rahmen der Strafe) zugleich im Einzelfall. Doch lässt sich eine Strafe, die ihre verfassungsrechtliche Legitimation (Rechtfertigung) in der Gewährleistung (oder Wiederherstellung) der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Norm findet, auch mit anderen Sinngebungen verbinden: Wer den Zweck der Strafe im Schuldausgleich sieht, mag die Strafe, die verfassungsrechtlich anders zu legitimieren ist, weiterhin als gerechten Schuldausgleich verstehen – dass der Schuldausgleich nicht der eigentliche Zweck der Strafverhängung ist, sondern die Schuld nur als Bedingung für die Erhaltung der Wirksamkeit der Norm durch Verhängung der Strafe eine Rolle im Legitimationszusammenhang der Strafe spielt, wird ihn wohl wenig stören.⁶⁵ Der Vergeltungstheoretiker mag in der gegen den Täter zur Aufrechterhaltung der Wirksamkeit der Verhaltensnorm verhängten legitimierbaren Schuldstrafe weiterhin die verdiente Vergeltung sehen; und ebenso ist es möglich, sie als dem Opfer (aber auch der Allgemeinheit) geschuldete Genugtuung zu begreifen. Wer die Strafe schließlich für verschiedene Sinngebungen offenhalten will, kann auch eine der Varianten der Vereinigungstheorie mit dem verfassungsrechtlich legitimierbaren Konzept der Strafe verbinden.

Die Möglichkeit, das verfassungsrechtlich aus bestimmten Gründen zu Rechtfertigende mit anderen Sinngebungen zu unterlegen, ist für die Akzeptanz der Strafe kein Nachteil, sondern eher ein Vorteil – sie ermöglicht es, die nicht tragfähigen Ansätze in die zweite Reihe zurücktreten zu lassen,⁶⁶ und erhöht zugleich die Akzeptanz der verfassungsrechtlich legitimierbaren Verhängung der Strafe nach begangener Tat durch vertraute Sinngebungen der Strafe.⁶⁷ Wichtig ist nur, dass solche Sinngebungen nicht die Oberhand über das verfassungsrechtlich Zulässige gewinnen und damit zu Forde-

⁶² Zur *Vermeidbarkeit* der Tat (durch Orientierung am Recht) als Kern der *Schuld* des Täters an der Tat vgl. *Frisch*, in: Freund/Murmann/Pawlik (Hrsg.), *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens*, 2021, S. 357 (377 f.); *ders.*, in: Wohlers/Seelmann (Hrsg.), *Schuldgrundsatz*, 2024, S. 111 (124); *Jakobs*, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikte*, 1972, S. 34 f., 39 ff., 70 ff.; *Kindhäuser*, in: Bohnert u.a. (Hrsg.), *Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 627 (634, 637) sowie eingehend *Burkhardt*, in: *Kindhäuser* (Fn. 32), S. 441 ff. (zu individueller Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung und Vermeidbarkeit) und (grundlegend) *ders.*, *ZfStw* 4/2025, 394 ff. und *ZfStw* 5/2025, 533 ff.

⁶³ In dem Sinn, dass die verfassungsrechtliche Legitimation der Strafe als mit einem Rechtseingriff verbundene Rechtsfolge der Verletzung einer (strafbewehrten) Verhaltensnorm an die Schuldhaftigkeit der Verletzung geknüpft ist. Mit Recht bezeichnet das Bundesverfassungsgericht daher den Satz: „Keine Strafe ohne Schuld“ als Verfassungsprinzip, vgl. etwa BVerfGE 57, 250 (275); 80, 367 (378); 90, 145 (173); 123, 267 (413); 133, 168 (197 f.).

⁶⁴ In diesem Sinne auch *Pawlik* (Fn. 40), S. 53 f.; ähnlich *Gärditz*, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, S. 23.

⁶⁵ Zumal auch das Bundesverfassungsgericht, das die Legitimation von Eingriffen zum Zweck der Gewährleistung von Sicherheit für die Allgemeinheit in jüngeren Entscheidungen auf die Herstellung praktischer Konkordanz im Rahmen „mehrpölgiger Grundrechtsverhältnisse“ stützt (vgl. etwa BVerfGE 128, 326 [361, 372 f.]), das nach wie vor vom Gedanken und Zweck des Schuldausgleichs durch Strafe spricht.

⁶⁶ Zutreffend *Pawlik* (Fn. 40), S. 53 f.

⁶⁷ Übereinstimmend *Lacey*, *State Punishment*, 1988, S. 185; *Pawlik* (Fn. 40), S. 53.

rungen an die Strafe führen, die auf der Basis ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation nicht befriedigt werden können – wie zum Beispiel Forderungen der Prävention oder der Genugtuung über das Maß der Schuldstrafe hinaus.

d) *Zur Ausgestaltung der Strafe im Verfassungsstaat*

Die Fragen nach dem Zweck, dem Wesen und der Legitimation der Strafe sind nicht die einzigen Fragen, die eine Theorie der Strafe zu beantworten hat. Es stellt sich auch die Frage, wie die Strafe als Institut, das die besondere Wirksamkeit bestimmter Normen bezweckt und – verfassungsrechtlich zulässig – diese besondere Wirksamkeit nach begangener Tat durch die Verhängung der angedrohten Strafe wieder herzustellen oder aufrechtzuerhalten versucht, ausgestaltet werden soll. Soll es eine einheitliche Strafe für die Verletzung aller besonders wichtigen, güterschützenden Normen geben oder sollen den unterschiedlichen Normverletzungen verschiedene Strafen entsprechen – und wenn ja, wonach soll insoweit differenziert werden: nach dem Maß der Gefährdung des geschützten Gutes oder nach dessen Bedeutung oder nach beidem?

Bedenkt man, dass die Strafe Schuld im Sinne der Vermeidbarkeit der Tat durch den Täter voraussetzt und macht man sich klar, dass diese Schuld (im Sinne des Maßes der Vermeidbarkeit der Normverletzung) bereits bei der Verletzung derselben Verhaltensnorm durchaus verschieden sein kann, so liegt es nahe, schon für den einzelnen Typus einer Normverletzung unterschiedliche Strafgrößen (also einen Strafraumen) vorzusehen – dies umso mehr, als ja auch das Gewicht des Unrechts der Taten, die ein und dieselbe Verhaltensnorm verletzen, je nach dem Maß der Gefährdung des Gutes sehr unterschiedlich sein kann. Der Gedanke, unterschiedliche Ausprägungen des Unrechts und der Schuld mit unterschiedlichen Strafgrößen zu belegen, lässt sich dabei am einfachsten dadurch verwirklichen, dass man als Rechtsfolge der Verletzung jeder Verhaltensnorm (bzw. jedes Tatbestands, dem eine bestimmte Verhaltensnorm zugrunde liegt) einen *Strafraumen* vorsieht, der von einer bestimmten Mindeststrafe bis zu einem Höchstmaß reicht.⁶⁸ Eine solche Lösung erspart auf gesetzgeberischer Ebene eine Vielzahl von Einzelregelungen, fordert freilich auf der Ebene der Rechtsanwendung eigene Regeln der Strafzumessung zur konkretisierenden Ausfüllung dieses Rahmens – und eine entsprechende Theorie (dazu III. 3.).

Es liegt aber nicht nur nahe, die an die Verletzung einer einzelnen Verhaltensnorm anknüpfende Strafe wegen der Unterschiedlichkeit der diese Verhaltensnorm verletzenden Taten nach Unrecht und Schuld als einen Rahmen von Strafgrößen auszugestalten. Da auch innerhalb der wichtigen, mit Strafe zu bewehrenden Verhaltensnormen nochmals erhebliche Unterschiede unter dem Aspekt der Bedeutung der jeweils geschützten Güter bestehen, erscheint es auch sachgerecht,

die Strafraumen, die an die Verletzung unterschiedlicher Verhaltensnormen anknüpfen, je nach der Bedeutung des durch die Verhaltensnorm geschützten Gutes unterschiedlich zu gestalten, also danach zu staffeln.

Eine solche Ausgestaltung der Strafe als – doppelt – graduiertes System ermöglicht nicht nur eine gerechte differenzierende Behandlung der Taten, wenn es zur Verletzung der strafbewehrten Verhaltensnorm gekommen ist. Sie ist auch präventiv bedeutsam, weil sie Aussagen über die Bedeutung der jeweils strafbewehrten Norm innerhalb der Gesamtrechtsordnung enthält⁶⁹ und auch dadurch zur Einhaltung besonders wichtiger (Verhaltens-)Normen beitragen kann.

3. *Zusammenfassung*

Die Zulässigkeit der Verhängung der angedrohten Strafe nach Begehung der von der strafbewehrten Verhaltensnorm verbotenen Tat (oder der Unterlassung der danach gebotenen Handlung) muss in der staatlich verfassten Gemeinschaft nicht aus – bei näherer Prüfung selbst nicht tragfähigen – allgemeinen Figuren ausgleichender Gerechtigkeit oder Konzepten der Präventionsstrafe entwickelt werden. Sie ergibt sich in einem Verfassungsstaat daraus, dass die Verfassung den staatlichen Organen hier die Befugnisse zuerkennt (und zuerkennen muss), die notwendig sind, damit der Staat seine Grundaufgaben erfüllen kann – hier also den Schutz der Güter und Freiheiten gewährleisten kann, auf den die in der staatlichen Gemeinschaft lebenden Menschen für ihr Dasein und ihre Entfaltung angewiesen sind. Hierzu zählt nicht nur die Kompetenz, die zum Schutz oder zur Erhaltung der Güter und Freiheiten notwendigen Verhaltensnormen zu erlassen, sondern auch die Befugnis, solchen Verhaltensnormen, die besonders wichtige oder gefährdete Güter schützen sollen, eine erhöhte Wirksamkeit dadurch zu verleihen, dass an ihre Verletzung negative Folgen wie die Strafe geknüpft werden, die dem Einzelnen ein zusätzliches Motiv geben, die unerwünschten Verhaltensweisen zu unterlassen.

Derartige Strafbewehrungen sind nicht nur ein geeignetes Mittel, bestimmten Normen eine höhere Wirksamkeit zu verleihen, sondern bei Fehlen gleich wirksamer Mittel zum Schutz besonders wichtiger Güter und Freiheiten auch ein erforderliches Mittel. Sie sind dabei nicht nur legitimierbar, soweit sie ihre Wirkung schon durch die bloße Ankündigung der negativen Folgen für den Fall der Normverletzung erreichen. Sie sind verfassungsrechtlich auch zu rechtfertigen, wenn es zur Straftat kommt und damit die für diesen Fall angedrohte Strafe verhängt werden muss. Denn die Regelung, die für diesen Fall die Verhängung der Strafe vorsieht, bildet eine den Anforderungen der Verfassung entsprechende Auflösung des Konflikts zwischen den berechtigten Gemeinschaftsinteressen an der Aufrechterhaltung eines besonders wirksamen Schutzes bestimmter Güter und Freiheiten und dem Interesse des durch die Strafe Betroffenen, nicht in seinen Rechten beschnitten zu werden, wenn der von der Strafe Betroffene diese Folge durch Nichtbegehung der Tat vermeiden konnte. In diesem Fall hat der von der Strafe Betroffene sich diese Belastung letztlich selbst zuzuschreiben. Da er die Folgen

⁶⁸ Über Strafraumen als Instrument zur Ermöglichung einer sachgerechten Bestimmung der Strafe im Einzelfall und zu den ihnen zugrunde liegenden Vorgaben für die Beurteilung siehe *Frisch* (Fn. 41), S. 66 ff.; *ders.*, in: *Frisch/v. Hirsch/Albrecht* (Fn. 39), S. 155 (159 ff.).

⁶⁹ Dazu schon *Frisch* (Fn. 41), S. 63 ff.

selbst vermeiden konnte und solches Verhalten von ihm auch erwartet werden durfte, muss er es daher hinnehmen, dass er zur Wiederherstellung der durch die Strafbewehrung verbürgten besonderen Wirksamkeit der verletzten Verhaltensnorm mit dem angekündigten Eingriff belastet wird, dass also die durch die Tat bei Ausbleiben der angekündigten Folge geschwächte Präventivkraft der Strafdrohung auf seine Kosten wiederhergestellt wird.

III. An die Straftheorie anschließende Bereiche der Theorie des Strafrechts

Die im ersten Teil (II.) dieses Beitrags erarbeiteten Einsichten zum Wesen, zum Zweck, zur Rechtfertigung und zur sachgerechten Ausgestaltung der gesetzlichen Strafe sind freilich nicht nur für die Theorie der Strafe selbst bedeutsam. Sie haben auch Bedeutung für die Teile der Theorie des Strafrechts, die sich mit den allgemeinen Voraussetzungen der Straftat (also der Verbrechenslehre), mit der Konstitution des Besonderen Teils des Strafrechts und mit der Konkretisierung (Bemessung) der Strafe befassen.

Aus der Einsicht, dass sich die Belegung von Verhaltensnormverletzungen mit tadelnder Strafe nur dann legitimieren lässt, wenn das durch die Verhaltensnormverletzung verwirklichte (durch die Strafe eigentlich zu verhindernde) Unrecht für den Täter vermeidbar war, ergibt sich bereits, dass als Straftat nur ein Verhalten in Betracht kommt, welches der Täter vermeiden konnte – und damit: dass die Straftat begrifflich neben dem maßgeblich durch die Verhaltensnormverletzung bezeichneten Unrecht auch die Voraussetzung der Vermeidbarkeit der Normverletzung, in herkömmlicher Terminologie also der Schuld, enthalten muss.

Aus der Einsicht, dass Strafe vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund nur zu rechtfertigen ist, wenn sie wirklich erforderlich ist, um Normen Wirksamkeit zu verschaffen, und dass ihr Einsatz verhältnismäßig sein muss und nicht zu einer Gefahr für die Entfaltung des Einzelnen werden darf, ergeben sich Anforderungen an das, was zur Straftat gemacht werden darf – nämlich, grob gesprochen, nur der vermeidbare Verstoß gegen besonders wichtige Verhaltensnormen der Gemeinschaft.

Die Einsicht schließlich, dass das Gesetz in seinen Aussagen zur Strafe bei den einzelnen Delikten selbst regelmäßig bei gestaffelten rahmenartigen Aussagen stehen bleiben muss, macht deutlich, dass ein wesentlicher Teil der Rechtfertigung der Strafe auch deren Bemessung im Einzelfall betrifft, und lässt vermuten, dass es bei der Bemessung der Strafe – anders als man lange Zeit gedacht hat – nicht um etwas ganz anderes als zuvor, sondern um die Fortsetzung und Konkretisierung der zu rechtfertigenden gesetzlichen Bewertung der Tat im Einzelfall geht.

1. Als Straftaten in Betracht kommende Verhaltenstypen

a) Zur Notwendigkeit einer engen Begrenzung des Kreises der Straftaten

Nicht alles, was als Verhalten oder Sachverhalt unerwünscht ist, kann mit Strafe belegt und zur Straftat erklärt werden. Das verbietet nicht nur der in der Strafe liegende gewichtige

Rechtseingriff in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit.⁷⁰ Auch der mit der Strafe verbundene Tadel verliert seine Wirkung, wenn er inflationär eingesetzt wird.⁷¹ Schon Erwägungen zur Legitimation der Strafe und zu ihren Wirkvoraussetzungen zwingen also zu einer Beschränkung des Strafeinsatzes auf einen relativ engen Kreis besonders unwertiger Verhaltensweisen und Sachverhalte.

In dieselbe Richtung weisen prozessuale und ressourcenspezifische Erwägungen. Der in der Strafe liegende gravierende Rechtseingriff und Tadel kann nicht einfach irgendwie ausgesprochen werden, sondern setzt in einem Rechtsstaat ein gründliches und damit aufwändiges Verfahren voraus.⁷² Derartige Verfahren bilden in einer staatlichen Gemeinschaft, die vielfältige Aufgaben zu erfüllen hat, eine eher knappe, nicht beliebig erweiterbare Ressource, die nur für einen sehr begrenzten Kreis von Sachverhalten zur Verfügung steht. Wird dieser Zusammenhang zwischen materiellem Recht und

⁷⁰ Mit Recht immer wieder betont in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. z.B. BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [286]; 27, 18 [29]; 50, 205 [214 f.]; 120, 224 [241]; 133, 168 [169]) und von vielen Autoren des Öffentlichen Rechts (oder dem Öffentlichen Recht nahestehenden Autoren) wie z.B. Appel (Fn. 7), S. 171 ff., 576 ff.; Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (360 f.); Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 10 ff., 216 ff., 367 ff.; Vogel, StV 1996, 110 ff. – Zur eigenen Sicht zuletzt Frisch, NStZ 2013, 249 ff.; ders., NStZ 2016, 16 ff.; ders., GA 2017, 364 ff.

⁷¹ Dieser Gesichtspunkt ist in der deutschen strafrechtlichen Diskussion vor allem von den Schülern Franz v. Liszts schon früh mit Nachdruck betont worden – grundlegend zunächst Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, 1902, der mit Recht den Wildwuchs der Strafen als Annex verwaltungsrechtlicher Materien kritisiert und für ein aus dem Kriminalstrafrecht ausgegliedertes eigenständiges Verwaltungsstrafrecht plädiert hat (a.a.O., S. 529 ff.; ders., Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 12 [1906] 217–251). Deziert in diese Richtung dann nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem für das Wirtschaftsstrafrecht Eb. Schmidt (z.B. SJZ 1948, 225 (230 ff.); ders., SJZ 1948, 569 (571 ff.); ders., SJZ 1949, 665 (670 ff.); ders., Wirtschaftsstrafgesetz, Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, 1949, passim), der mit Nachdruck (und Erfolg) für die Ausgliederung bloßer Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht eintrat, das sich auf das *kriminelle* Unrecht zu konzentrieren habe (ders., JZ 1951, 101 ff.; ders., in: Ehmke/Schmid/Scharoun [Hrsg.], Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 415 ff.).

⁷² Auch auf diesen Aspekt haben vor allem Schüler v. Liszts immer wieder aufmerksam gemacht; sie sprechen in diesem Zusammenhang von einem für Straftaten erforderlichen sog. justizstaatlichen Verfahren, an das weit höhere Anforderungen als an ein verwaltungsrechtliches Verfahren oder an ein Verfahren in Bezug auf bloße Ordnungswidrigkeiten zu stellen seien; vgl. dazu die Nachweise in Fn. 71. Verfahren wie das Strafbefehlsverfahren enthalten aus dieser Perspektive schon bedenkliche Relativierungen eines justizstaatlichen Verfahrens.

seiner strafprozessualen Verwirklichung nicht beachtet, so droht etwas, das wir heute in vielen Staaten der Welt feststellen können: Was im materiellen Recht zur Straftat erklärt worden ist, kann mangels ausreichender Ressourcen prozessual nicht angemessen behandelt werden und bleibt damit entweder über ein großzügiges Opportunitätsprinzip nicht abgeurteilt⁷³ oder wird im Wege minderwertiger Verfahren, nicht zuletzt mit Hilfe eines „Deals“, erledigt.⁷⁴

Die Rückbesinnung darauf, dass die Strafe eine knappe Ressource ist, mahnt freilich nicht nur dazu, mit dem Einsatz der Strafe verantwortungsbewusst und sparsam umzugehen. Sie zwingt auch dazu, beim Einsatz der Strafe die Grundsätze der distributiven Gerechtigkeit zu beachten. Das nur begrenzt verfügbare Mittel der Strafe sollte nur für den Schutz besonders wichtiger Güter und Interessen und zur Gewährleistung der Wirksamkeit der diese schützenden Verhaltensnormen eingesetzt werden.

b) Leitlinien für die Qualifikation von Verhaltensweisen als Straftaten

Natürlich ist mit der Einsicht, dass die Rechtsordnung nur einen begrenzten Kreis besonders unwertiger Verhaltensweisen als Straftat qualifizieren sollte, noch nicht gesagt, welche Sachverhalte es genau sind, die als Straftat ernsthaft in Betracht kommen. Auch der traditionsreiche Satz, dass als Straftaten nur solche (Fehl-)Verhaltensweisen eingestuft werden dürfen, die strafwürdig und strafbedürftig sind, hilft insoweit nicht viel weiter, weil er nur eine Selbstverständlichkeit ausdrückt und das eigentlich Interessierende offenlässt – denn wann ist ein Verhalten strafwürdig und strafbedürftig?

Indessen gibt es dafür in einem Rechts- und Verfassungsstaat, dessen Aufgabe der Schutz seiner Bürger ist, denen er ermöglichen soll, sich im Rahmen ihrer Freiheiten zu entfalten, doch eine gewisse Leitlinie. Der Kreis der Straftaten sollte im Wesentlichen auf solche Verhaltensweisen konzentriert sein, die eine gravierende Gefährdung oder Beeinträchtigung der elementaren Güter und Freiheiten der Person oder von Universalgütern enthalten, die für die Entfaltung der Rechtsperson und ein funktionierendes Gemeinwesen unverzichtbar sind.⁷⁵ Verhaltensweisen dieser Art sind in einer auf

ein friedliches Zusammenleben bedachten sozialen Gemeinschaft nicht tragbar, also sozial unerträglich oder sozialschädlich; an ihrer Unterbindung besteht damit ein überragend wichtiges Gemeinwohlinteresse,⁷⁶ das ihr Verbot und auch den Einsatz der Strafe mit ihrem Tadel und ihren Rechtseingriffen rechtfertigt – wenn diese Sanktionen vom Einzelnen durch die Nichtbegehung solcher Taten vermieden werden können.⁷⁷

Die im Strafrecht zum Teil – weitergehend – eingeforderte absolute (strikte) Begrenzung der Straftaten auf solche Verhaltensweisen, die *Rechtsgüter* beeinträchtigen oder gefährden,⁷⁸ entbehrt dagegen einer überzeugenden Begründung; sie enthält auch angesichts der fast beliebigen Möglichkeit, Erwünschtes als Rechtsgut auszugeben und der Vagheit dieses Begriffs überhaupt, in Wahrheit weder eine wirksame Begrenzung des Strafrechts noch eine hinreichend differenzierte und klare Leitlinie für den Gesetzgeber.⁷⁹ Freilich

Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 69 (86 ff.); *ders.*, in: Wolter/Freund (Fn. 18), S. 135 (147 ff.); ebenso *Kubiciel* (Fn. 2), S. 172.

⁷⁶ Siehe dazu aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwa BVerfGE 141, 220 (267 f. Rn. 120); 156, 63 (120 Rn. 202), jeweils mit weit. Nachw.

⁷⁷ Dazu, dass die Vermeidbarkeit der Tat seitens des Täters daher auch eine unverzichtbare Voraussetzung für die Bestrafung des Täters in jedem Einzelfall ist, vgl. schon II. 2. b) cc), sowie unten 2. b).

⁷⁸ Vgl. dafür statt vieler *Hassemer*, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 57 (60 f., 64); *Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 110 ff., 116 ff., 119 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 2 Rn. 1, 7 ff., 45c ff. (siehe freilich auch die Erweiterungen in den Rn. 51 ff.); *Jäger*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, Vor § 1 Rn. 8 f., 11 ff.; *Schünemann*, in: Saliger u.a. (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, 2017, S. 701 (705 ff.); mit Abstrichen auch *Kudlich*, *ZStW* 127 (2015), 635 (650 ff.).

⁷⁹ Eingehend zur begrenzten Leistungsfähigkeit des Begriffs „Rechtsgut“ als Mittel zur Begrenzung des Strafrechts *Frisch* (Fn. 75), S. 71 ff.; zu weiteren grundsätzlichen Bedenken *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 302 ff., 309 ff., 312 ff.; *Appel* (Fn. 7), S. 336 ff., 381 ff.; *ders.*, *KritV* 82 (1999), 278 (284 ff., 296 ff.); *Frisch*, *NStZ* 2016, 16 (23 f. – dort zugleich dazu, dass das insoweit ebenfalls gerne bemühte Ultima-ratio-Prinzip auch keine wirklich zutreffende Leitlinie bildet); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (333 ff., 351 ff.); *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 2/16 ff., 22 ff.; *ders.*, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, S. 7 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 2 Rn. 7 ff.; *Stratenwerth*, in: Hefendehl u.a. (Fn. 78), S. 255 ff.; *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653 (656 ff.); *ders.*, *ZStW* 129 (2017), 349 (357 ff.); speziell gegen die Versuche einer Ableitung des Rechtsgutserfordernisses aus der Verfassung *Engländer*, *ZStW* 127 (2015), 616 (633 f.) – Gegenkritik bei *Zazcyk*, *Der Staat*

⁷³ Ein typisches Beispiel stellt (für Deutschland) das – unter dem Eindruck temporärer kriminalpolitischer Trends – materiellrechtlich geradezu exzessiv ausgearbeitete Umweltstrafrecht dar, das eine Vielzahl von Bagatellen in das Strafrecht zieht, die in der Kumulation mit vergleichbaren Erscheinungen nur deshalb nicht zu einem Kollaps der Strafrechtspflege führen, weil sie schlicht nicht verfolgt oder im Vorfeld des justizstaatlichen Verfahrens erledigt werden.

⁷⁴ Dazu, dass ein nicht unwesentlicher Grund für die Erledigung vieler Strafverfahren im Wege des Deals darin liegt (und lag), dass all das, was das materielle Strafrecht, insbesondere mit seinen vielen Nebenmaterien (und hier wieder vor allem das Wirtschaftsstrafrecht) als Straftat ausweist, mit den verfügbaren prozessualen Ressourcen nicht justizstaatlich bewältigt werden kann, vgl. auch *Landau*, *NStZ* 2014, 425 f.

⁷⁵ Näher dazu schon *Frisch*, in: Küper/Welp (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und*

ergibt sich die weitestgehende Ungeeignetheit des Rechtsbegriffs für eine wirksame Begrenzung des Strafeinsatzes nicht erst aus der Vagheit des Begriffs. Sie ist vielmehr bereits prinzipieller Art. Das wird klar, wenn man sich bewusst macht, dass nahezu alle Verhaltensnormen Rechtsgüter konstituieren, erhalten oder gewährleisten wollen – und dass der allergrößte Teil dieser Normen gleichwohl (mit Recht) nicht strafbewehrt ist. Die Auswahl der strafbewehrten Normen kann damit nur durch ein anderes, zusätzliches Kriterium geleistet werden (oder in der Vergangenheit: geleistet worden sein). Das Kriterium des Rechtsguts eignet sich allenfalls dazu, die Berechtigung jenes kleinen Kreises einiger älterer Strafvorschriften infrage zu stellen, die allein dem Schutz oder der Durchsetzung bestimmter Moralvorstellungen dienen.⁸⁰ Im Übrigen ist das Kriterium des Rechtsguts für die Auswahl der Verhaltensweisen, die eine Strafbewehrung erfordern und verdienen, unbrauchbar.

Maßgebend ist vielmehr in einem Verfassungsstaat mit (Abwehr-)Grundrechten der Bürger und verfassungsrechtlichen Prinzipien, die auch den Gesetzgeber binden, vor allem, ob das Verbot und die Pönalisierung der verbotenen Verhaltensweisen mit der Verfassung vereinbar sind.⁸¹ Dies ist dann der Fall, wenn für das Verbot und die Pönalisierung der je

fraglichen Verhaltensweisen vernünftige, im Lichte der Verfassung berechnete und tragfähige Gründe sprechen, mit ihnen also ein zulässiger Zweck in geeigneter, erforderlicher und nicht unverhältnismäßiger Weise verfolgt wird und auch die Bestrafung der (berechtigterweise) verbotenen Verhaltensweisen im Blick auf die mit dem Verbot und der Pönalisierung verfolgten Zwecke erforderlich und angemessen, insbesondere nicht unverhältnismäßig, erscheint.⁸² In der Beurteilung der Frage, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber – zu Recht – eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Beurteilungsspielraum zu.⁸³

Innerhalb des – relativ weiten – Kreises der Verhaltensnormen, die diese Voraussetzungen erfüllen, kann eine weitere Beschränkung auf die Verhaltensnormen, die eine Strafbewehrung erhalten sollten, sinnvollerweise nur nach (dem Maß) der Wichtigkeit der Verhaltensnorm und ihrer Wirksamkeit in der staatlichen Gemeinschaft erfolgen. In diese Richtung weisen nicht nur Gesichtspunkte der distributiven Gerechtigkeit bei der Verteilung einer knappen Ressource (hier der Strafe), sondern ganz genauso Erwägungen der Legitimation der Strafe gegenüber den von ihr Betroffenen: Die für die Rechtfertigung der Strafe erforderliche praktische Konkordanz zwischen den für und den gegen den Einsatz der Strafe sprechenden Interessen⁸⁴ ist umso eher gewährleistet, je wichtiger die dem Schutz bestimmter Interessen dienende Verhaltensnorm ist. Und auch die für die Rechtfertigung der Strafe geforderte Vermeidbarkeit des Verstoßes gegen die Verhaltensnorm durch die Befolgung der Norm ist in der Regel umso eher gegeben, je wichtiger eine Verhaltensnorm ist – weil die Kenntnis wichtiger Verhaltensnormen und die Bereitschaft, sie zu befolgen, eher zu erwarten sind als die von weniger wichtigen Verhaltensnormen. Desgleichen erscheint ihre Bekräftigung bei Verstößen gegen die Norm vordringlicher als die von weniger wichtigen. Unter dieser Voraussetzung kann auch die Durchsetzung bestimmter für eine Gesellschaft fundamentaler Verhaltensnormen als solche, d.h. ohne, dass es der mühsamen Konstruktion eines hinter der Vorschrift stehenden Rechtsgutes bedürfte, durchaus Gegenstand des Strafrechts sein.⁸⁵

50 (2011), 295 ff.; *Saliger*, in: Rosenau u.a. (Hrsg.), *Rechtsstaat und Strafrecht*, 2021, S. 95 (102 ff.).

⁸⁰ Das war ja auch lange Zeit ein zentrales Ziel der Rechtsgutsdoktrin (vgl. dafür etwa *Jäger*, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, S. 13 ff., 38 f.; *Roxin* [Fn. 6], § 2 Rn. 13 ff.), weshalb die Streichung einiger Strafvorschriften, die offenbar vor allem der Durchsetzung bestimmter Moralvorstellungen dienten, von Vertretern der Rechtsgutsdoktrin denn auch als Erfolg dieser Doktrin ausgegeben wurde (vgl. etwa *Roxin* [Fn. 6], § 2 Rn. 17 f.) – was freilich eine sehr zweifelhafte Sicht des Hintergrunds dieser Streichung sein dürfte: Die Änderung war nicht der Überzeugungskraft der Rechtsgutsdoktrin zu verdanken, sondern die Folge einer Änderung der Moralvorstellungen und der Vorstellungen über den Inhalt des Rechts zur sexuellen Selbstbestimmung; vgl. dazu *Frisch* (Fn. 75), S. 72 f.; *Stratenwerth*, in: *Eser/Schittenhelm/Schumann* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 398 ff.

⁸¹ So mit Recht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, vgl. z.B. BVerfGE 87, 399 (408 ff.); 90, 145 (185); 92, 191 (196 ff.); 120, 224 (239 ff. – mit Ablehnung einer Einschränkung auf das strafrechtliche Rechtsgutskonzept, S. 241 ff.), und das ganz überwiegende Schrifttum des deutschen Öffentlichen Rechts, vgl. statt vieler *Appel* (Fn. 7), S. 389 f., 569 ff., 574 ff., 596 f.; *ders.*, *KritV* 82 (1999), 278 (300 ff.); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (349 ff.); *ders.*, *JZ* 2016, 641 (647 ff.); *Nettesheim*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, S. 93 (102 ff., 109 ff., 130 ff.). – Aus strafrechtlicher Sicht *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653 (654 ff.); *ders.*, *ZStW* 129 (2017), 349 ff.; *ders.*, *ZStW* 135 (2023), 904 (919 f.), mit zutreffender Kritik an Ansätzen, die als zusätzlichen Maßstab vage Kriterien wie eine vom Gesetzgeber zu beachtende „Legitimität“ der Strafbewehrung befürworten.

⁸² So das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vgl. etwa BVerfGE 120, 224 (241 f.) m.w.N.; ebenso *Appel* (Fn. 7), S. 574 ff.; *ders.*, *KritV* 82 (1999), 278 (300 ff., 305 ff.); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (347, 350, 357, 360 f.).

⁸³ Vgl. etwa BVerfGE 90, 145 (173); 120, 224 (240 f.); 153, 182 (268 Rn. 224); 156, 63 (116 Rn. 192); *Appel* (Fn. 7), S. 204; *Lagodny* (Fn. 70), S. 138 ff., 173 ff.; zur Notwendigkeit eines solchen Beurteilungsspielraums *Stuckenberg*, *ZStW* 135 (2023), 904 (928 f., 934, 945).

⁸⁴ Siehe dazu II. 2. b) cc) und 3.

⁸⁵ Insoweit zutreffend *Stratenwerth* (Fn. 79), S. 256 f.; *ders.*, *ZStW* 105 (1993), 679 (693 ff.); *Kim*, *ZStW* 124 (2012), 591 (595 ff.) – Eine andere Frage ist es, ob man angesichts dessen den Rechtsgutsgedanken als argumentativen Topos überhaupt aufgeben sollte. Das erscheint mir nicht sinnvoll. Denn auch bei Verneinung seiner ausschließlichen Maßgeblichkeit be-

Wo es zweifelhaft ist, ob bestimmte Verhaltensweisen diese Bedingungen erfüllen, sollte man sich freilich gegen die Qualifikation als Straftat entscheiden und sich mit milderen und weniger aufwändig realisierbaren Sanktionen begnügen. Das folgt schon daraus, dass bei Eingriffen in Freiheitsrechte, wie sie mit der Strafe verbunden sind, die Erfüllung der legitimierenden Voraussetzungen für den Eingriff feststehen sollte und nicht nur möglich erscheinen darf. Ist es denkbar, dass auch ohne Verbot auszukommen ist oder die Durchsetzung des Verbots auch mit milderen Mitteln (etwa Geldbußen) möglich ist, so ist – zumindest zunächst – allein der Einsatz der milderen Mittel vernünftig.⁸⁶ Eine weitere (vor allem das verfassungsrechtliche Postulat der Verhältnismäßigkeit konkretisierende) Leitlinie könnte der Gedanke bilden, dass jedenfalls solche Typen des Unrechts, für deren Ahndung man schon ganz prinzipiell eine freiheitsentziehende Sanktion für unangemessen erachtet, für die also lediglich vermögensrechtliche Folgen in Betracht kommen, aus einem als ultima ratio verstandenen Strafrecht auszuschneiden haben⁸⁷ – hier handelt es sich qualitativ regelmäßig um bloße Ordnungswidrigkeiten, um Verwaltungsunrecht oder um Fehlverhaltensweisen, für die nur sonstige Sanktionen unterhalb der Strafe in Betracht kommen sollten.

Zuzugeben ist freilich, dass es sich bei diesen und ähnlichen „weichen Leitlinien“ nur um Anleitungen zu kriminalpolitisch oder straftheoretisch vernünftiger Gesetzgebung handelt. Die Abweichung von ihnen mag eine gesetzliche Entscheidung als nicht überzeugend oder unvernünftig erscheinen lassen – eine Verfassungswidrigkeit des Gesetzes lässt sich auf sie nicht stützen.⁸⁸ Doch macht das die Erarbeitung solcher Leitlinien und die Diskussion über sie nicht sinnlos – auch um (innerhalb des weiten verfassungsrechtlichen Rahmens) vernünftiges Recht sollte man ringen.

nennt der Rechtsgutsgedanke doch für die wissenschaftliche Diskussion, die gute Gesetzgebung vorbereiten und begleiten sollte (nicht dagegen als angebliches verfassungsrechtliches Erfordernis, was er nicht ist), immerhin einen argumentativen Orientierungswert (zutr. Kim, ZStW 124 [2012], 591 [609 ff., 611]) – dies ähnlich wie die als Orientierungswert dienende Vergleichbarkeit einer Norm mit dem „Kernstrafrecht“.

⁸⁶ Dazu bereits Frisch, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1993, S. 201 (228 f.).

⁸⁷ Zur näheren Begründung dieser Leitlinie und zu ihren immanenten Voraussetzungen Frisch, NStZ 2016, 16 (21); siehe auch ders. (Fn. 75 – Wolter/Freund), S. 148 f.; in der Sache ähnlich schon Eb. Schmidt, JZ 1951, 101 (102): Auscheidung von Taten aus dem Bereich des kriminellen Unrechts, die nicht zu Freiheitsstrafe führen können. Beispiele für deshalb (und aus anderen Gründen) aus dem Bereich des Strafrechts auszuschneidende Fehlverhaltensweisen bei Frisch (Fn. 86), S. 223 ff. und Frisch (Fn. 75 – FS Stree/Wessels), S. 95 ff.

⁸⁸ Ebenso Stuckenberg, ZStW 135 (2023), 904 (919 f., 945, dort 920 f. und 945 f. auch zu den Möglichkeiten der Strafrechtswissenschaft, kriminalpolitische Argumente einzubringen); Epik, GA 2024, 181 (198).

2. Allgemeine Voraussetzungen einer Straftat

Erheblich präzisere Aussagen als zur Extension der Straftaten, also zum Katalog der Straftaten und damit zum sog. Besonderen Teil des Strafrechts und dessen Grenzen, lassen sich vom Ausgangspunkt der Strafe her zu den allgemeinen Voraussetzungen einer Straftat machen. Die Voraussetzungen, die allgemein gegeben sein müssen, damit wir gewisse wichtige Güter gefährdende oder beeinträchtigende Sachverhalte als Straftat (und nicht lediglich als Unglück) bezeichnen dürfen, sind nicht etwa nur das Ergebnis einer Konvention, zu dem Strafrechtler und Gerichte im Laufe der Zeit gekommen sind. Sie entspringen auch nicht allein Zweckmäßigkeitsregeln, nach denen man das Vorliegen einer Straftat prüfen sollte. Die richtig konzipierten Voraussetzungen der Straftat und das System dieser Voraussetzungen geben das an, was notwendig ist, damit sich der Einsatz jener Strafe, die eingangs umschrieben wurde, (sachlogisch und nach Rechtsprinzipien) legitimieren lässt.⁸⁹

a) Beherrschbares Verhalten, das von einer tatbestandsimmanenten Verhaltensnorm ohne rechtfertigenden Grund tatbestandserfüllend abweicht

Die allererste Voraussetzung einer an der Legitimation der Strafe ausgerichteten Straftat ist aus Gründen der praktischen Vernunft wie der Gerechtigkeit ein Verhalten, das einer (strafbewehrten) Verhaltensnorm zuwiderläuft, die zum Schutz der strafrechtlich geschützten Güter und Interessen besteht. Nur ein solches Verhalten, nicht aber eines, welches der rechtlichen Verhaltensordnung entspricht, kommt überhaupt als Gegenstand des in der Strafe liegenden Tadelns in Betracht.⁹⁰ In einem Rechtsstaat mit dem Prinzip der Gesetzesbestimmtheit der Strafe (Art. 103 Abs. 2 GG) muss die Strafe für dieses Verhalten zudem gesetzlich (nämlich in einem Straftatbestand) vorgesehen sein. Die zu bestrafende Person muss dem-

⁸⁹ Siehe dazu schon Frisch, Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in ders. (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357 (372 ff.), wieder aufgegriffen durch dens., GA 2015, 65 (78 ff.); ders., GA 2017, 364 (368 ff.); ders., GA 2019, 185 (196 ff.); ders., in: Fahl (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 105 (107 ff.); siehe zu diesem Zusammenhang auch Jakobs (Fn. 28 – Zurechnung), S. 13 ff.; Pawlik, in: Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, S. 469 (477 f.); ders. (Fn. 3), S. 52 ff.; Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (348 f.).

⁹⁰ Zu dieser ersten Voraussetzung der Straftat, die aus Erwägungen zu den notwendigen Voraussetzungen der Legitimation der (tadelnden) Strafe folgt, schon Frisch, Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in: ders. (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357, 373 ff.; ders., GA 2015, 65 (78 ff.); ders., GA 2017, 364 (371 f.); ders., GA 2019, 185 (197 ff.); ders. (Fn. 89 – FS Beulke), S. 108 f.; ders. (Fn. 32), S. 657 ff.; übereinstimmend z.B. Freund/Rostalski (Fn. 40), § 2 Rn. 9 ff. – Dazu, dass das – von der Strafrechtswissenschaft oft kaum zur Kenntnis genommen – dezidiert auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist, vgl. Appel, KritV 82 (1999), 278 (306 ff.).

entsprechend durch ihr Verhalten von einer Verhaltensnorm abgewichen sein, die in dem nach den konkreten Umständen in Betracht kommenden Tatbestand als verletzt vorausgesetzt ist, und sie muss dadurch den Tatbestand, an den das Gesetz die Strafe als Rechtsfolge knüpft, insgesamt erfüllt haben.⁹¹

In den Verhaltensnormen (wie in den Tatbeständen) sind dabei nur solche Verhaltensweisen gemeint, die beherrschbar sind, also von einer Person vermieden oder erbracht (vorgenommen) werden können. Das folgt schon daraus, dass die Verhaltensnormen, die den Tatbeständen zugrunde liegen und für die Verwirklichung des Straftatbestands als verletzt vorausgesetzt werden, sinnvollerweise auch nur die Vornahme beherrschbaren Verhaltens verbieten oder – umgekehrt – die Vornahme bestimmten beherrschbaren Verhaltens einfordern können.

Außerdem darf das Verhalten aber auch trotz seines (in der Verhaltensnorm und im Tatbestand zum Ausdruck kommenden) negativen Bezugs auf ein strafrechtlich geschütztes Gut nicht – wie zum Beispiel Verhalten aus Notwehr oder aufgrund einer Einwilligung – ausnahmsweise erlaubt sein. Ist das Verhalten erlaubt, entspricht es also dem Recht, so entfällt ebenfalls jedweder Grund für einen Tadel und es wäre ungerecht und widersprüchlich, wegen eines solchen Verhaltens in die Rechte einer Person einzugreifen.

All das hat, wie leicht einsichtig ist, mit dem heute im Strafrecht viel strapazierten Begriff der Zurechnung direkt nichts zu tun.⁹² Es geht um nichts weiter als darum, ob das je

in Frage stehende Verhalten einer Person, das ein beherrschbares Verhalten sein muss, von einer Verhaltensnorm abgewichen ist, die dem für ein solches Verhalten in Betracht kommenden Straftatbestand zugrunde liegt, und ob es deswegen zur Verwirklichung des Tatbestands gekommen ist; außerdem darf es für diese Abweichung keinen rechtfertigenden Grund geben.

Der Blick auf die dem Tatbestand zugrunde liegende Verhaltensnorm und die Frage danach, ob von dieser abgewichen worden ist und darauf die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale beruht, sind vor allem (freilich nicht nur) für die forensisch wichtigen Erfolgsdelikte bedeutsam. Bei diesen genügt die tatbestandlich geforderte Kausalität eines beherrschbaren Verhaltens für den eingetretenen tatbestandlichen Erfolg zur vollständigen Tatbestandserfüllung nämlich nicht, vielmehr muss der Handelnde auch, damit sein Verhalten rechtswidrig ist, gegen eine sein Verhalten (wegen des diesem anhaftenden rechtlich inakzeptablen Risikos) verbietende Verhaltensnorm verstoßen haben, und gerade darauf muss der Erfolgseintritt auch beruhen, also zurückführbar sein (so dass er bei Einhaltung der Norm vermieden worden wäre).⁹³ Wer an dieser Stelle nach der Zurechnung des Erfolgs fragt, verdeckt diese präzisen normentheoretischen Erfordernisse (und Zusammenhänge) durch einen vagen Begriff und vordergründige Formeln, die die eigentlichen normativen Zusammenhänge nicht sichtbar machen. Selbst wenn man damit zu richtigen Ergebnissen gelangen kann, ist das für eine Theorie, die diesen Namen verdient, nicht ausreichend – dies umso weniger, als die Betrachtung aus der Perspektive der Zurechnung auch dort ganz versagt, wo ein Erfolg gar nicht eingetreten ist, sich also die Frage der Zurechnung des Erfolgs überhaupt nicht stellt, aber an einem Verstoß gegen eine Verhaltensnorm nicht zu zweifeln ist und dies für die Frage einer adäquaten Beurteilung des Versuchs (natürlich) bedeutsam ist.⁹⁴

b) Vermeidbarkeit des von der strafbewehrten Verhaltensordnung abweichenden Verhaltens als Erfordernis der Legitimation staatlichen Strafens

Freilich kann es für die Bestrafung nicht genügen, dass eine Person durch ihr Verhalten von der strafbewehrten Verhaltensordnung abgewichen ist. Eine solche Abweichung bedeutet nur, dass eine Person sich unrechtmäßig verhalten, also dass sie Unrecht verwirklicht hat.⁹⁵ So können sich auch ein geistes-

⁹¹ Die Betonung dessen, dass die Person von einer Verhaltensnorm abgewichen sein muss, als Mindestvoraussetzung einer Straftat, ist nur im Sinne einer *systematischen* Aussage zu verstehen. Sie bedeutet nicht, dass bei einer *rechtspraktischen* Prüfung als allererstes und ohne Orientierung an den Tatbeständen das Vorliegen eines Verstoßes gegen eine (strafrechtlich bewehrte) Verhaltensnorm geprüft werden müsste. Da das Verhalten, wenn es strafbar sein soll, doch jedenfalls einen der geschriebenen Tatbestände des Gesetzes erfüllen muss (Art. 103 Abs. 2 GG), erscheint es rechtspraktisch natürlich empfehlenswert, von den geschriebenen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Tatbestandes auszugehen und zunächst nach deren Erfüllung zu fragen und sich erst dann mit der Frage zu befassen, ob die Erfüllung des geschriebenen Tatbestands auch auf der Verletzung einer dem Tatbestand zugrunde liegenden Verhaltensnorm beruht. Dies umso mehr, als Letzteres bei vielen Tatbeständen, deren geschriebene Merkmale erfüllt sind, in der Regel der Fall sein wird; doch kann es vor allem bei den Erfolgsdelikten auch anders sein. Siehe dazu noch den letzten Absatz dieses Abschnitts.

⁹² Allenfalls das Erfordernis der Beherrschbarkeit des Verhaltens, also in herkömmlicher Terminologie: das Erfordernis einer Handlung, könnte man mit der Zurechnung in Zusammenhang bringen: Zurechnung eines Verhaltens fordere dessen Beherrschbarkeit. Doch ist das auch ohne Zurechnung jederzeit begründbar, weil nicht beherrschbares Verhalten schon aus dem sinnvollen Regelungsbereich der Verhaltensnormen herausfällt – es also schon an einer Abweichung von

der Verhaltensnorm (oder jedenfalls einer Verletzung derselben) fehlt.

⁹³ Zu diesem Erfordernis als Voraussetzung dafür, dass der eingetretene Erfolg ein Unrechtserfolg ist, aus normentheoretischer Sicht näher *Frisch*, GA 2018, 553 (570); *ders.*, JZ 2022, 971 (978 f.).

⁹⁴ Dazu näher *Frisch*, GA 2018, 553 (562 ff.); *ders.*, JZ 2022, 971 (974 ff.).

⁹⁵ Und auch das nur, wenn man unrechtes Verhalten im Sinne einer bloßen *Abweichung* von der Verhaltensrechtsordnung versteht. Anders, wenn man dafür einen *Verstoß* gegen diese, d.h. eine *Missachtung* dieser Verhaltensordnung fordert und das als für spezifisch *strafrechtliches* Unrecht maßgeblich erachtet. Auf die Vorzugswürdigkeit der einen oder anderen

kranker Täter oder ein Kind verhalten haben, die wir trotzdem nicht bestrafen. Wir bestrafen sie deshalb nicht, weil die tadelnde Strafe ihnen gegenüber ungerecht wäre. Legitimierbar ist diese nur gegenüber Personen, die von der strafbewehrten Verhaltensordnung nicht nur *abgewichen* sind, sondern dies hätten *vermeiden* können, also auch fähig (das heißt in der Lage) waren, deren Erwartungen zu erfüllen; nur bei ihnen kann die Abweichung von der Verhaltensnorm auch als *Missachtung* der Verhaltensordnung angesehen werden, welche die in der Strafe liegende tadelnde Missbilligung (und den mit der Strafe verbundenen Rechtseingriff) rechtfertigt.⁹⁶

Sachlich setzt das, genau besehen, mehreres voraus: Die durch ihr Verhalten von der Verhaltensnorm abweichende Person muss über bestimmte Kenntnisse in Bezug auf ihr Verhalten verfügen – nämlich solche, die es ihr ermöglichen, die Normwidrigkeit ihres Verhaltens zu erkennen. Und sie muss zudem bestimmte Fähigkeiten besitzen – nämlich erstens die Fähigkeit, auf der Grundlage dieser Kenntnisse auch die Unrechtmäßigkeit ihres Verhaltens zu erkennen, und zweitens die Fähigkeit, dieser Einsicht durch das vom Recht erwartete Handeln (ein Unterlassen oder die Vornahme einer rechtlich erwarteten Handlung) nachzukommen.

aa) Zum Erfordernis der Kenntnis

Die zur Vermeidung des von der Norm abweichenden Verhaltens notwendige Kenntnis ist am ehesten gegeben, wenn die handelnde Person ihr Handeln nicht nur in tatsächlicher Hinsicht zutreffend erfasst hat, sondern sich auch der Sozialschädlichkeit des Verhaltens bewusst ist – dieses also in jener negativen Bedeutung erfasst hat, derentwegen das Recht solches Verhalten verbietet.⁹⁷ Hier muss nur noch die personale Fähigkeit hinzukommen, auch die deswegen erfolgte *rechtliche* Missbilligung des Verhaltens zu erkennen und dieser durch ein Abstecken von der Tat Rechnung zu tragen (dazu unten bb).

Doch können auch dahinter zurückbleibende tatsächliche Kenntnisse für eine tadelnde Missbilligung des Verhaltens ausreichen. Von einer Rechtsperson wird in einer sozialen Gemeinschaft auch erwartet, sie werde dafür Sorge tragen, dass es durch ihr Verhalten nicht zu vermeidbaren Beeinträchtigungen fremder Rechtsgüter und Rechtssphären kommt. Ein rechtlicher Tadel lässt sich dementsprechend auch darauf gründen, dass die Person bei Wahrnehmung dieser von ihr erwarteten Sorge die Sozialschädlichkeit ihres Verhaltens erkannt hätte und (bei Vorhandensein der anschließend unter

bb) behandelten Fähigkeiten) ihr verhaltensnormwidriges und tatbestandserfüllendes Verhalten damit hätte vermeiden können.⁹⁸ Eine andere Frage ist, ob dieses Zurückbleiben hinter der erwartbaren Sorge bei allen vermeidbaren Rechtsgutsbeeinträchtigungen eine Strafe mit ihrem gravierenden Rechtseingriff rechtfertigt oder zur Folge haben soll – hier sind in einem die Strafe vernünftigerweise sparsam einsetzenden Gemeinwesen durchaus Differenzierungen denkbar und sinnvoll.

Dass der Täter sein Verhalten in tatsächlicher Hinsicht und in seiner (für das Recht relevanten) Bedeutung zutreffend erfasst hat oder doch zumindest hätte erfassen können, ist freilich nur eine notwendige, keine hinreichende Voraussetzung für die Legitimation eines (durch einen Rechtseingriff verstärkten) rechtlichen Tadels wegen seines Verhaltens. Dafür bedarf es vielmehr zusätzlich bestimmter Fähigkeiten.

bb) Zum Erfordernis bestimmter Fähigkeiten

Der Täter muss auch erkannt haben oder doch jedenfalls – bei Wahrnehmung der ihm zumutbaren Sorge um die *rechtliche* Unbedenklichkeit seines Verhaltens⁹⁹ – haben erkennen können, dass sein Verhalten von der staatlichen Rechtsordnung missbilligt wird (also verboten und nicht ausnahmsweise erlaubt ist). Und er muss fähig gewesen sein, dieser Einsicht zu folgen und sich zu rechtlich richtigem Verhalten zu entschließen – also sein verbotenes Handeln zu unterlassen oder dem rechtlichen Gebot nachzukommen.

Von beiden Fähigkeiten gehen wir als normalerweise gegeben aus, wenn eine Person ein bestimmtes Alter erreicht und damit einen Prozess der Norminternalisierung und der persönlichen Reifung durchlaufen hat. Doch kann es schon an der Unrechtseinsichtsfähigkeit fehlen, wenn dies nicht der Fall ist (wie bei Kindern) oder der Prozess der Norminternalisierung lückenhaft erfolgt ist und dem Handelnden die für eine richtige rechtliche Beurteilung notwendigen Wertungsgrundlagen fehlen;¹⁰⁰ desgleichen, wenn Personen aus einem bestimmten Kulturkreis plötzlich mit den Anforderungen

Auffassung kann in diesem begrenzten Beitrag naheliegenderweise nicht mehr näher eingegangen werden.

⁹⁶ Näher *Frisch*, GA 2015, 65 (79, 83); *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 108 ff.; in der Sache übereinstimmend *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 34, 43 f.; *ders.* (Fn. 28 – Zurechnung), S. 22, 59 ff.; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 203 ff.; *Kubiciel* (Fn. 2), S. 137, 160; *Pawlik* (Fn. 8), S. 87; *ders.* (Fn. 3), S. 259 ff., 266 f.

⁹⁷ In der Terminologie der herrschenden Meinung: wenn die Person Vorsatz im Sinne der Bedeutungskennntnis (Parallelwertung) hat; siehe dazu *Frisch*, Strafrecht, 2022, § 3 Rn. 40 ff.

⁹⁸ Zu der dann in Bezug auf das Verhalten und eine etwaige Gutsverletzung gegebenen Fahrlässigkeit grundlegend *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 266 ff.; aus neuerer Zeit klärend insbes. *Burkhardt*, in: Wolter/Freund (Fn. 18), S. 99, 114 ff.; *ders.* (Fn. 62), S. 444 ff., 469 ff., 487 ff.

⁹⁹ Dazu näher *Frisch*, GA 2017, 699 (706 ff.) m.w.N. zur Diskussion; dort auch zu der Frage, ob es für die Wahrnehmung dieser Sorge eines besonderen Anlasses bedarf.

¹⁰⁰ Fälle dieser Art werden (bei habituell unrechtseinsichtsfähigen Personen) wegen des dann regelmäßig vorliegenden Irrtums des Handelnden über die Rechtswidrigkeit seines Handelns nach den Regeln des Verbotsirrtums behandelt und führen nach diesen Regeln bei Unvermeidbarkeit zum Ausschluss der Strafbarkeit – sei es wegen fehlender Schuld, sei es wegen Fehlens einer Missachtung der Norm. In der Sache handelt es sich um einen Spezialfall fehlender Unrechtseinsichtsfähigkeit und damit fehlender Normbefolgungsfähigkeit.

einer anderen Rechtsordnung konfrontiert sind.¹⁰¹ Auch psychische Erkrankungen oder Bewusstseinsstörungen können dem Handelnden schon die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht oder doch die Fähigkeit nehmen, der richtig gewonnenen Einsicht durch rechtlich richtiges Verhalten zu entsprechen. Inwieweit das der Fall ist, hängt entscheidend auch von erfahrungswissenschaftlichen Einsichten ab und hat sich – wie diese – im Laufe der Zeit gewandelt.

Die genannten Fähigkeiten werden heute üblicherweise unter dem Begriff der *Schuldfähigkeit* zusammengefasst, früher sprach man häufig von *Zurechnungsfähigkeit*. Beide Bezeichnungen entspringen einem mehr gegenständlichen Verständnis der Straftat: diese verstanden als ein unwertiges äußeres Geschehen, an dem der Täter Schuld trägt oder welches ihm (als Straftat) zugerechnet werden soll. Sieht man in der Straftat nicht nur das, sondern – aus normrelevanter Sicht – eine Infragestellung oder Missachtung der Norm, der im Wege der Strafe als (durch einen Rechtseingriff verstärkten) Tadel zur Erhaltung und Bestätigung der Normgeltung entgegengetreten werden muss (oben II. 2.), so geht es vor allem um die Fähigkeit des Täters, der Norm zu folgen (*Normbefolgungsfähigkeit*). Fehlt es an dieser – sei es wegen der fehlenden Fähigkeit des Handelnden, den Unrechtscharakter seines Verhaltens zu erfassen, sei es wegen des Fehlens der Fähigkeit, dieser Einsicht bei der Verhaltenseinrichtung zu folgen – so kommt der Abweichung von der Norm auch nicht die Bedeutung einer Missachtung der Norm zu, derentwegen der Handelnde zu tadeln ist, und es fehlt damit an einer Straftat.

Gleich, ob man die genannten Fähigkeiten als Schuldfähigkeit, Zurechnungs- oder Normbefolgungsfähigkeit bezeichnet, werden diese Fähigkeiten im normativen Kontext des Strafrechts (und des Rechts überhaupt) nicht als naturwissenschaftlich bewiesene und beweisbare Fakten verstanden und behauptet.¹⁰² Es geht vielmehr um Fähigkeiten, die sich die Mitglieder einer sozialen Gemeinschaft für ein geordnetes Zusammenleben – durchaus erfahrungsfundiert, wenngleich nicht naturwissenschaftlich beweisbar – aus Vernunftgründen wechselseitig zuschreiben, wenn Personen ein bestimmtes Alter erreicht und damit üblicherweise einen bestimmten Reifungsprozess durchlaufen haben und wenn nicht bestimmte (diese Fähigkeiten erfahrungsfundiert aufhebende) Ausnahmesachverhalte (zum Beispiel bestimmte Krankheiten, Bewusstseinsstörungen) vorliegen. Das Strafrecht baut damit

auf Befunde auf, die unserem gesamten Sozialleben zugrunde liegen, gewissermaßen Tatsachen des sozialen Lebens sind, und von denen in einem auf Akzeptanz angewiesenen Strafrecht abzuweichen kaum vernünftig wäre.¹⁰³

c) *Erforderlichkeit des strafenden Tadels*

Das Vorliegen einer durch Normbefolgung vermeidbaren (insoweit schuldhaften) Abweichung von der strafbewehrten Verhaltensordnung (und damit die Infragestellung ihrer Geltung) kann unter Umständen schon genügen, um eine Bestrafung des entsprechenden Verhaltens zu legitimieren – dann nämlich, wenn bei Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen bereits eine dritte Voraussetzung der Legitimation der Strafe erfüllt ist: die Erforderlichkeit, auf das Verhalten zur Erhaltung der Normgeltung mit Strafe zu reagieren.¹⁰⁴ Das ist bei Verhaltensweisen, die mit Gefahren für besonders hochrangige Güter verbunden sind, durchaus denkbar. Oft ist die Erforderlichkeit, auf das schuldhaft rechtswidrige Verhalten mit der massiven Reaktion der tadelnden Strafe zu antworten, freilich an zusätzliche, den Unrechts- oder Schuldgehalt des Verhaltens erhöhende objektive oder/und subjektive Voraussetzungen gebunden – wie daran, dass das Verhalten zu einem bestimmten Erfolg geführt oder der Täter vorsätzlich gehandelt hat.¹⁰⁵ Diese zusätzlichen Anforderungen sind zugleich die Leitbegriffe von Subsystemen, wie z.B. der Erfolgsdelikte, der Vorsatzdelikte oder der vorsätzlichen Erfolgsdelikte, in denen es um die Konkretisierung der für diese Subsysteme spezifischen Voraussetzungen der Straftat geht.¹⁰⁶ Auch die verschiedenen Formen der Teilnahme bilden solche Subsysteme, wobei das Bestimmende hier der Verstoß gegen die den jeweiligen Teilnahmeformen zugrunde liegenden besonderen Verhaltensnormen ist.¹⁰⁷

¹⁰¹ Auch diese Fälle werden bei gegebener habitueller Unrechtseinsichtsfähigkeit nach den Regeln des Verbotsirrtums (Fn. 100) behandelt.

¹⁰² Wie dies einige Neurowissenschaftler bei ihrer Kritik an einem Strafrecht, das auf die Fähigkeit des Einzelnen aufbaut, statt seines rechtswidrigen Handelns rechtlich richtig zu handeln, offenbar annehmen. Dazu, dass, hiervon abgesehen, auch von einem gelungenen Nachweis der naturwissenschaftlichen Unhaltbarkeit solcher Fähigkeiten nicht die Rede sein kann, vielmehr insoweit nach wie vor eine Situation des non liquet vorliegt, *Frisch*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 187 (192 f., 201 ff.).

¹⁰³ Dazu im Einzelnen *Frisch* (Fn. 102), S. 203 ff., 210 ff., dort auch weitere umfassende Nachweise zur Diskussion; zur Begründetheit ihrer Einordnung als Tatsachen näher *Burkhardt*, *ZfStw* 5/2025, 533 (538, 547 f., 551).

¹⁰⁴ Zu diesem im herkömmlichen systematischen Aufbau der Straftat fast durchweg übersehenen weiteren Grundelement der Straftat, das heute schon aus verfassungsrechtlichen Gründen unverzichtbar ist, näher *Frisch*, GA 2015, 65 (84 f.); *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 105 (111 ff.); *ders.*, GA 2019, 185 (202 ff.); siehe dazu auch schon *Frisch*, Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in: *Frisch* (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357 (379 ff.).

¹⁰⁵ Zu derartigen zusätzlichen Straftatmerkmalen, die die Funktion von Schwellenwerten der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit haben, näher *Frisch*, GA 2017, 364 (372 ff.).

¹⁰⁶ Siehe dazu für die Erfolgsdelikte näher *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, passim; für die Vorsatzdelikte *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, passim.

¹⁰⁷ Zu den insoweit maßgebenden Verhaltensnormen näher *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 26 ff., 46 ff., 65 ff., 71 ff. und 79 ff. mit Formulierungen der Verhaltensnormen für Alleintäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe (dort zu Rn. 63 auch weitere Nachweise);

Freilich sind unter der allgemeinen Straftatvoraussetzung der Erforderlichkeit der Strafe zur Erhaltung der Normgeltung nicht nur positiv zu erfüllende Voraussetzungen versammelt. Es gibt auch Sachverhalte, die trotz einer schuldhaften (vermeidbaren) Verletzung der strafbewehrten Verhaltensordnung eine der Erhaltung der Normgeltung dienende Strafe entbehrlich erscheinen lassen – insbesondere deshalb, weil von der Tat auch bei fehlender Ahndung keine nennenswerte Gefahr für die faktische Geltung (und Anerkennung) der verletzten Norm ausgeht.¹⁰⁸ Typische Beispiele dafür sind der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, der durch die Rückkehr des Täters zur Legalität die mit der versuchten Tat verbundene Infragestellung der Normgeltung gewissermaßen selbst neutralisiert, und gewisse Ausnahmesituationen wie die Entschuldigungsgründe, bei denen ein Verzicht auf die Bestrafung der ohnehin geringen Schuld nicht mit der Gefahr von Fehlurteilen in Bezug auf die Geltung der verletzten Norm in Normalfällen verbunden ist.¹⁰⁹

d) Allgemeine Voraussetzungen der Straftat und Subsysteme der Straftat

Was ich soeben skizziert habe, sind die Kerninhalte eines allgemeinen Straftatbegriffs und einer allgemeinen Verbrechenslehre, die dezidiert aus dem Gedanken der Legitimation der Strafe als Tadel und Übel und den dafür notwendigen Legitimationsvoraussetzungen entwickelt sind. Eine so konzipierte funktionale und legitimationsbezogene Verbrechenslehre sieht in manchem doch etwas anders aus als die noch ganz aus dem Positivismus und Naturalismus entwickelte Verbrechenslehre,¹¹⁰ an der im Laufe des 20. Jahrhunderts nur immer wieder neue Notreparaturen vorgenommen worden sind.¹¹¹

Auch die noch ganz dem naturalistischen Denken entstammende weitgehende Gleichsetzung der allgemeinen Verbrechenselemente mit der Lehre des vorsätzlichen Erfolgsdelikts ist letztlich eine Fehlkonstruktion, die nicht hinreichend zwischen den allgemeinen Straftatvoraussetzungen

(die z.T. auch bereits instrumental auf die Strafe bezogen sind) und den Voraussetzungen der Subsysteme (dazu oben c) trennt. Manche Probleme der Subsysteme wie z.B. die Erfolgszurechnung haben dadurch einen Stellenwert erhalten, der ihnen im Gesamtsystem überhaupt nicht zukommt. Die unzureichende Erfassung der Erforderlichkeit der Strafe als einer unverzichtbaren Straftatkatégorie in der Verbrechenslehre eines instrumentalsten Staates¹¹² wiederum hat zu gravierenden Verformungen des Schuldbegriffs geführt (wie z.B. der generalpräventiven Aufladung des Schuldlements).¹¹³ Kurz: Die allgemeine Verbrechenslehre, die vielen als das stolze Flaggschiff moderner Strafrechtsdogmatik erscheint, müsste in mancherlei Hinsicht umgeschrieben werden.

3. Zur Theorie der Strafzumessung

Noch weit mehr Anstrengungen sind in Bezug auf das theoretische Fundament im Bereich einer anderen praktisch hochbedeutsamen Materie des materiellen Strafrechts gefordert: dem Sanktionenrecht, insbesondere der Strafzumessung.

a) Zur Entwicklung und zum aktuellen Stand der Theorie der Strafzumessung

Zwar wird das Recht der Strafzumessung in Deutschland nicht mehr einfach der Praxis überlassen, wie es in den ersten Jahrzehnten des deutschen Strafgesetzbuchs von 1871 der Fall war und wie dies in manchen Staaten noch heute den Zustand der Strafzumessung kennzeichnet. Die deutsche strafrechtliche Dogmatik hat im Laufe des 20. Jahrhunderts in verdienstvoller Weise die Rechtsprechung der Strafgerichte und die literarische Diskussion zur Strafzumessung analysiert und durch deren Systematisierung für eine gewisse – zumindest äußere – Ordnung gesorgt.¹¹⁴ Zu einer Reihe von Einzelfragen sind auch wichtige weitere Untersuchungen erschienen, die die Strafzumessungsdogmatik für ihren Teilbereich sehr gefördert haben.¹¹⁵ Wiederholt war die Strafzumessung

¹¹² Siehe dazu schon oben 2. c) m.w.N.

¹¹³ Dagegen u.a. Frisch, GA 2017, 364 (373 f.); ders. (Fn. 32), S. 676 ff., 691 ff.; mit Recht kritisch zu dieser präventiven Aufladung des Schuldbegriffs auch Kim, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987, S. 81, 85 ff., 91 ff., 97 ff.

¹¹⁴ Besonders hervorzuheben sind insoweit die Arbeiten von Bruns; grundlegend Bruns, Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1967 und ders., Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl. 1974, sowie ders., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985; für Österreich Pallin, Die Strafzumessung in rechtlicher Hinsicht, 1982; zu diesen Werken Frisch, ZStW 99 (1987), 349 ff. und 751 ff.; danach insbesondere Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1990; später Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, inzwischen in 7. Aufl. 2023.

¹¹⁵ Für die Zeit unmittelbar nach dem Erscheinen des umfangreichen Werkes von Bruns sind insoweit zunächst die Monografien von Zipf, Die Strafmaßrevision, 1969 und Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971 zu nennen; für die Zeit danach insbesondere Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984 und Hart-

eingehend Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 221 ff., 238 ff. und Kreuzberg, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 29 f., 149 f. und passim.

¹⁰⁸ Dazu näher Frisch, GA 2017, 364 (374 ff.).

¹⁰⁹ Einzelheiten dazu bei Frisch, GA 2015, 65 (84 f.); ders., GA 2017, 364 (374 f., 380 f.); ders., GA 2019, 185 (203 f.); ders. (Fn. 89 – FS Beulke), S. 105 (112 f.); ders. (Fn. 32), S. 689 ff., 695.

¹¹⁰ Als Inbegriff dieser Sicht des Verbrechens gilt das v. Liszt-Beling'sche System; vgl. dazu vor allem v. Liszt, Deutsches Reichsstrafrecht, 1881, S. 65 ff.; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 5 ff.; ders., Grundzüge des Strafrechts, 1899 und zuletzt 11. Aufl. 1930, S. 12 ff.

¹¹¹ Wie etwa die Einsicht in den normativen Charakter vieler Tatbestandsmerkmale, die Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente, die Ersetzung oder Ergänzung der naturalistischen Kausalität durch eine normative Zurechnung, die Materialisierung der Begriffe der Rechtswidrigkeit und der Schuld usw.

zudem Gegenstand von Tagungen – des Deutschen Juristentags und von (auch internationalen) wissenschaftlichen Tagungen.¹¹⁶

Ebenso unübersehbar sind jedoch die Defizite der Theorie zur Strafzumessung: Dieser fehlt nicht nur vielfach die Vernetzung mit bestimmten Grundinhalten der Theorie der Strafe und mit Inhalten der allgemeinen Verbrechenslehre – was zu Fehlansätzen, Fehlintuitionen und irreführenden, weil letztlich unnötigen Diskussionen geführt hat. Zu wichtigen, vielleicht sogar den wichtigsten Teilfeldern der Strafzumessung – nämlich zur Frage der komparativen und quantitativen Umsetzung der vorangehenden qualitativen Erwägungen – fehlt es auch heute noch an praktisch verwertbaren theoretischen Aussagen fast völlig. Skizzenhaft:

Das Grundverständnis der herrschenden Theorie zur Strafzumessung basierte lange Zeit auf der Annahme, dass es in der Strafzumessung nach dem Abschluss der Schuldfrage und dem Schuldspruch um etwas ganz anderes als in der Dogmatik der Verbrechenslehre gehe.¹¹⁷ Im Zentrum einer solchen eigenständigen Strafzumessungslehre stehe – so dieses Grundverständnis – die als erstes zu beantwortende Frage, an welchem Zweck der Strafe sich der Richter bei der Strafzumessung zu orientieren habe – der Vergeltung, dem Schuldgleich, der Resozialisierung oder der Generalprävention (um nur die wichtigsten Zwecke zu nennen). Neben der um die Beantwortung dieser Frage bemühten Lehre von den sog. finalen Strafzumessungsgründen war lange Zeit das zweite zentrale und intensiver behandelte Themenfeld die Frage danach, welche Umstände im Lichte dieser Zwecke für die Strafzumessung von Bedeutung seien (sog. reale Strafzumessungsgründe). Ein drittes Interesse galt der Frage, wie die finalen mit den realen Strafzumessungsgründen so verknüpft werden können, dass man zu einer konkreten Strafgröße gelangt (so die Lehre von den sog. logischen Strafzumessungsgründen). Eine solche Strafzumessungslehre baut in mehrfacher Hinsicht auf Fehlintuitionen auf.

Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992; aus neuerer Zeit exemplarisch Hörnle (Fn. 39); Maurer, Komparative Strafzumessung, 2005; Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014; Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2014; Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017.

¹¹⁶ Vgl. etwa die Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentags in Leipzig 2018 mit den Gutachten C von Kaspar (Bd. I, 2019) und den Referaten von Fünfsinn, Kilian und Mosbacher (Bd. II/2, M 7–65) und die von Hoven und Weigend veranstaltete Tagung im Juni 2023, deren Ergebnisse in dem Sammelband Hoven/Weigend (Hrsg.), Auf dem Weg zu rationaler und konsistenter Strafzumessung, 2024, festgehalten sind.

¹¹⁷ Vgl. dazu und zum Nachfolgenden vor allem die klassischen theoretischen Standardwerke von Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 23 ff., 191 ff.; Bruns (Fn. 114 – Strafzumessungsrecht 1974), S. 52 ff., 196 ff., 357 ff., 613 ff.; ders., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 81 ff., 144 ff., 243 ff.; ders., GA 1988, 339 (347 ff.).

b) Fehlintuitionen und Defizite der gegenwärtigen Theorie der Strafzumessung

aa) Verfehlt ist zunächst schon die Erweckung des Eindrucks, der Richter habe nach dem Schuldspruch die Frage zu beantworten, welcher Zweck bei der nunmehr zu bestimmenden Strafe zu verfolgen sei, er habe also insoweit als erstes eine Art Wahl zu treffen.¹¹⁸

Nach dem gesetzlichen Programm hat der Richter im Anschluss an die Feststellung, dass die Voraussetzungen einer Straftat erfüllt sind, zur Bestätigung der Geltung der verletzten Norm (oben II. 2.) eine Strafe zu verhängen, die aus einem System von Strafrahmen zu entnehmen ist, welche ganz offensichtlich nach der Bedeutung der Taten für die durch sie verletzte Rechtsordnung gestaffelt sind. Entsprechend dem Aufbau und der Grundidee dieses Rahmensystems hat er damit innerhalb des für den konkreten Fall maßgeblichen Strafrahmens eine Strafgröße zu bestimmen, die der Bedeutung der Tat für die durch sie verletzte Norm entspricht. Der Richter hat sich also zu überlegen, wo die abzuurteilende Tat im Verhältnis zu anderen Taten, die dieselbe Norm verletzen, einzuordnen ist, und danach aus dem Rahmen der für solche Taten gesetzlich vorgesehenen ansteigenden Strafgrößen eine der Bedeutung der Tat entsprechende Strafe unter Berücksichtigung der bisherigen Strafpraxis zu bestimmen.¹¹⁹

Führen diese Überlegungen wegen des Gewichts der Tat zu einer höheren Strafe (etwa zu Freiheitsstrafe erheblich über einem Jahr und mehr), so stellt sich die Frage nach dem zu verfolgenden Strafzweck für die Strafzumessung im Grunde gar nicht – denn eine solche an der Bedeutung der Tat orientierte und damit dem Ausmaß des Unrechts und der Schuld entsprechende Strafe befriedigt nicht nur in ausreichendem Maße die generalpräventiven Bedürfnisse, sondern ermöglicht auch regelmäßig eine etwa erforderliche Resozialisierung. Führen die entsprechenden Überlegungen dagegen wegen des nicht allzu großen Gewichts der Tat nur zu einer nicht allzu hohen Strafe aus dem unteren Bereich des Strafrahmens (Geldstrafe oder kurze Freiheitsstrafe von nicht wesentlich über sechs Monaten oder weniger), so entspricht eine solche Strafe regelmäßig den Bedürfnissen des Schuldgleichs und der Generalprävention¹²⁰ und es kann allenfalls sein, dass die Strafe die Resozialisierung des Täters nicht ermöglicht. Doch stellt sich auch in diesem Fall die

¹¹⁸ Dazu und zum Folgenden kritisch schon Frisch (Fn. 41), S. 67 f.

¹¹⁹ Dazu schon mit eingehender Darstellung der (damaligen) Diskussion Frisch (Fn. 115), S. 161 ff.; ders. (Fn. 68), S. 159 ff., 162 ff.; ders., Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 3, 17 ff.; Hörnle (Fn. 39), S. 361 ff.

¹²⁰ Dem Schuldgleich ohnehin, wenn die Strafe sich am Maß des verschuldeten Unrechts orientiert; den Bedürfnissen zulässiger Generalprävention ebenfalls, wenn man diese – wie die wohl herrschende Meinung – am besten als durch die schuldgerechte Strafe gewahrt erachtet (vgl. etwa statt vieler Müller-Dietz [Fn. 24], S. 823, 825 f.; weitere Nachweise dazu bei Frisch [Fn. 21], S. 248 f.).

Frage nach dem für die Zumessung der Strafe richtigen Strafzweck in Wahrheit nicht, weil die Verhängung einer deutlich höheren Strafe, die die Resozialisierung ermöglichte, hier angesichts der geringen Bedeutung der Tat gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstieße.¹²¹

bb) Ebenfalls einer Fehl intuition entspringt die Annahme, dass es bei der Bestimmung der realen Umstände der Strafzumessung um etwas ganz anderes als in der Verbrechenslehre gehe. In Wahrheit handelt es sich hier in erster Linie darum, Überlegungen aus dem Bereich der Straftheorie und der Verbrechenslehre unter dem Aspekt des Mehr oder Weniger fortzusetzen.¹²² Bedeutsam sind nunmehr vor allem die Umstände, die die relative Bedeutung der Tat, also das Ausmaß des Unrechts und der Schuld (Vermeidbarkeit der Tat), bestimmen; die bisher unter dem Aspekt des Ob von Unrecht und Schuld angestellten Überlegungen werden nunmehr also in den Bereich des Komparativen und Quantitativen verlagert.¹²³

Richtig ist freilich, dass sich darin der Kreis der für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände nicht erschöpft. Auch Umstände, die nichts mit dem Unrecht und der Schuld des Täters in Bezug auf die Tat zu tun haben, wie z.B. das Nachtatverhalten, eine etwaige Wiedergutmachung und der lange Zeitablauf nach der Tat können für die Bestimmung der angemessenen Strafe von Bedeutung sein.¹²⁴ Denn auch solche Umstände können doch jedenfalls das Ausmaß der *erforderlichen* Strafe beeinflussen, sind nämlich geeignet, die ohne diese Umstände verwirkte (volle) Strafe unter bestimmten Voraussetzungen zu reduzieren.¹²⁵ Doch kann auch das nur

dann als Besonderheit der Strafzumessung erscheinen, wenn man (wie die traditionelle Verbrechenslehre) zuvor den Stoff der Verbrechenslehre defizitär bestimmt und dort übersehen hat, dass es auch schon in der Verbrechenslehre – über Unrecht und Schuld hinaus – um Sachverhalte geht, die trotz vorhandenen Unrechts und vorhandener Schuld lediglich die Erforderlichkeit der Strafe ausschließen (oben 2. c) a.E.).¹²⁶

cc) Auch im Bereich des dritten Teilfelds der herkömmlichen Strafzumessungslehre, die als Verknüpfung der realen Umstände mit den Strafzwecken bezeichnet wird und den Übergang von den Umständen der Strafzumessung zu der am Ende ausgesprochenen Strafe beschreiben soll, ist einiges dringend besser auszuarbeiten. Auf die Frage, wie man von den realen für die Strafzumessung bedeutsamen Umständen eines konkreten Falles zu einer dem Gewicht oder der Bedeutung der Tat entsprechenden Strafe gelangen kann, erfährt man gegenwärtig nicht allzu viel Erhellendes.

Das Gesetz fordert insoweit in § 46 Abs. 2 S. 1 StGB zur Abwägung der für die Strafzumessung relevanten Umstände auf – aber wie eine bloße Abwägung von Umständen ohne weitere Hilfen zu einer konkreten Strafgröße führen soll, bleibt das Geheimnis des Gesetzgebers. Die Theorie hat versucht, zur Beantwortung dieser Frage Stufenmodelle mit Bandbreiten an Strafgrößen für z.B. leichte, mittelschwere, schwere oder ganz schwere Fälle zu entwickeln,¹²⁷ aber deren Umsetzbarkeit ist aus mehreren Gründen fragwürdig.¹²⁸ Erst recht gilt das für die Versuche, das richtige Strafmaß über mathematische Berechnungen zu ermitteln.¹²⁹ Letztlich bleibt damit dem an dieser Stelle vom Gesetz und von der Theorie verlassenen Richter nur der Rückgriff auf die von der Theorie gerne gescholtene Strafzumessungstradition, deren Erfassung

¹²¹ Denn damit die Strafe die Chance einer Resozialisierung böte, müsste sie in der Regel mindestens ein bis zwei Jahre betragen, was eindeutig unverhältnismäßig wäre (am besten sichtbar daran, dass bei Taten solch geringen Gewichts ein rein spezialpräventiv legitimierbarer Eingriff – etwa eine Maßregel – auch nach dem Gesetz nicht in Betracht kommt).

¹²² Eingehend dazu *Frisch*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 1 (13 ff.); *ders.* (Fn. 28), S. 253 ff.; *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 113 f.; eindrucksvoll weitergeführt und ausdifferenziert von *Stahl* (Fn. 115), insbesondere S. 98 ff., 238 ff.

¹²³ Dazu schon *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (385 ff.); *ders.*, GA 1989, 338 (355 ff.); *ders.* (Fn. 122), S. 13 ff., 28 ff.; weitergeführt und ausdifferenziert von *Maurer* (Fn. 115), insbesondere S. 94 ff., 180 ff.

¹²⁴ Die von der Rechtsprechung zum Zweck der Einbeziehung solcher Umstände in den Kreis der strafzumessungsrelevanten Umstände lange Zeit verwendeten „Indizkonstruktionen“ (mit der Frage: Ist der entsprechende Umstand ein *Indiz* für höhere oder geringere *Tatschuld*? Siehe dazu die eingehende Darstellung bei *Bruns* [Fn. 114 – Strafzumessungsrecht 1974], S. 565 ff., 575 ff. m.w.N.) überzeugen nicht und können heute aus theoretischer Sicht als gescheitert angesehen werden, siehe dazu schon *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (776 ff.); eingehend dazu *Stahl* (Fn. 115), S. 169 ff., 197 f., 198 ff., 209 f., 220.

¹²⁵ Dazu näher erstmals *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (776 ff., 780 ff.); weitergeführt bei *Frisch* (Fn. 122), S. 15 ff.; ein-

gehend dazu die monografische Untersuchung von *Stahl* (Fn. 115), insbesondere S. 137 ff., 156 ff., 165 ff., 238 ff.

¹²⁶ Ich habe auf die insoweit vorliegenden Defizite der traditionellen Straftatdogmatik erstmals in meiner Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in: *Frisch* (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357 (379 ff.), hingewiesen; danach in *Frisch* (Fn. 122), S. 18 f.; *ders.*, GA 2015, 65 (84 f.); *ders.*, GA 2019, 185 (202 ff.); *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 111 ff.

¹²⁷ Vgl. etwa als besonders prominentes Beispiel das Stufenmodell von *Bruns*, dargestellt bei *Bruns* (Fn. 114 – Strafzumessungsrecht 1974), S. 46 ff. und bei *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 1985, S. 243 ff.; Überblick über derartige Stufenmodelle bei *Maurer* (Fn. 115), S. 190 ff.; krit. Analyse bei *Frisch*, in: Haverkamp u.a. (Hrsg.), Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht – Exploring the World of Crime and Criminology, Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag, 2021, S. 619 (626 f.).

¹²⁸ Ansätze einer insoweit kritischen Betrachtung schon bei *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (782 ff., 795 ff.); weitergeführt von *dems.*, GA 1989, 338 (345 ff.); *dems.* (Fn. 122), S. 24 ff.; dort (GA 1989, 338 [372 ff.]) und bei *Frisch* (Fn. 122), S. 28 ff. und 32 ff. auch Alternativvorschläge für eine adäquatere Strukturierung der Strafzumessung.

¹²⁹ Siehe dazu mit Nachweisen der einschlägigen Versuche *Frisch* (Fn. 127), S. 624 f.

durch Datenbanken eine gewisse Option für die Zukunft der Strafzumessung bilden könnte,¹³⁰ und – auf sein Gefühl.

Der Akribie einer hochentwickelten allgemeinen Verbrechenslehre und einer mittlerweile fast ebenso intensiv ausselektierten Dogmatik zur Relevanz einiger Strafzumessungsumstände¹³¹ folgt damit dort, wo die Tiefe des Eingriffs in die Rechte des schuldig Gesprochenen – also das für diesen Bedeutsamste – zur Diskussion steht und eigentlich möglichst einheitlich zu urteilen und nachvollziehbar zu begründen wäre, weitgehend ein auf theoretischem Desinteresse beruhendes Vakuum.¹³² Zumindest was den Beitrag der Theorie zu diesem Teil der Strafzumessung anlangt, gilt daher auch heute noch weitgehend *Franz v. Liszts* berühmter Satz – sie ist „ein Griff ins Dunkle“.¹³³

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Der vorstehende Überblick hat nicht nur gezeigt, dass das Interesse der Theorie an den einzelnen Teilfeldern des materiellen Strafrechts und dementsprechend deren theoretische Fundierung sehr unterschiedlich ist: Partien, die theoretisch hoch im Kurs stehen, wie insbesondere Teile der allgemeinen Verbrechenslehre, stehen solche gegenüber, die in der Wissenschaft nur wenig Beachtung finden – wie vor allem die Strafzumessung. Der Blick auf die einzelnen Teilfelder des materiellen Strafrechts und die insoweit zu findenden Ausarbeitungen hat überdies deutlich gemacht, dass diesen gegenwärtig der einheitsstiftende Gesamtrahmen fehlt.

Die Lehre von den allgemeinen Voraussetzungen der Straftat ist, soweit sie überhaupt straftheoretisch fundiert entworfen worden ist, auf der Grundlage einer Straftheorie (nämlich der Schuld-Vergeltungstheorie) entstanden, die längst problematisch geworden ist. Sie ist am Begriff einer bedeutungshaltigen Strafe und deren grundsätzlichen Zweck (oben II. 1. und II. 2.) daraufhin zu überprüfen, ob sie die Legitimationsvoraussetzungen einer solchen Strafe adäquat abbildet und, soweit dies nicht der Fall ist, neu auszurichten (oben insbes. III. 2. a) und c).

Dass dies nicht längst geschehen ist, hat mit Defiziten der Straftheorie zu tun: Der Bedeutungsgehalt der Strafe als Tadel, aus dem sich für deren Einsatz allgemeine Straftatvoraussetzungen ergeben, stand lange Zeit im Schatten des Merkmals des „Übels“; eine kleinteilig geführte Diskussion über traditionelle Strafzwecke der Strafverhängung hat zugleich den Blick auf den übergeordneten allgemeinen Zweck der Strafe

(Aufrechterhaltung der besonderen Wirksamkeit einer strafbewehrten Verhaltensnorm, oben II. 2. b) verstellt, aus dem sich ebenfalls Straftatansforderungen in Gestalt der Erforderlichkeit der Strafe (zur Normstabilisierung) ergeben (oben III. 2. c). Völlig übersehen worden ist in der Theorie der Strafe aber vor allem, dass die Strafe nicht nur einer Legitimation durch heillos umstrittene vorverfassungsrechtliche (insbesondere „philosophische“) Erwägungen, sondern einer expliziten verfassungsrechtlichen Legitimation bedarf. Wenn diese geleistet ist, können die vorverfassungsrechtlichen Legitimationsversuche „in die zweite Reihe treten“ und sinken zu bloßen möglichen Sinngebungen des verfassungsrechtlich Legitimierten herab.

Die Nichterfassung dieser Zusammenhänge und des zentralen Zwecks der Strafe hat auch in der Theorie der Strafzumessung zu Fehlintonationen geführt, nämlich dort eine erneute Strafzweckdiskussion aufleben lassen (oben III. 3. b), für die kein Raum ist, wenn man sich am zentralen Strafzweck und einer sinnvollen und auch dem positiven Recht entsprechenden Methode der Verwirklichung dieses Zwecks orientiert (oben III. 3. b). Den Schlüssel für eine adäquate Bestimmung der allgemeinen Voraussetzungen der Straftat wie für eine anschlussfähige Theorie der Strafzumessung bildet nach allem die zutreffende Erfassung des Wesens und des grundsätzlichen (übergeordneten) Zwecks der Strafe (oben II. 2.).

Freilich öffnet dieser Schlüssel nicht die Tür zur Lösung aller offenen Fragen. Auf die Frage, ob es für die Qualifikation eines Verhaltens als Straftat nur darauf ankommt, dass diese Einstufung den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an staatliche Rechtseingriffe genügt oder ob die Tat dafür auch weitere Erfordernisse erfüllen, etwa die Beeinträchtigung oder Gefährdung eines Rechtsguts darstellen muss (oben III. 1.), gibt die Rückbesinnung auf Wesen und Zweck der Strafe keine Antwort. Denn so selbstverständlich es ist, dass der Einsatz eines bedeutungshaltigen Strafübels zum Zweck der Normstabilisierung die verfassungsrechtlichen Anforderungen an staatliche Zwangseingriffe erfüllen muss – so wenig versteht es sich von selbst, dass dieser Maßstab in einem Verfassungsstaat für staatliche Zwangseingriffe in Gestalt der Strafe nicht genügen soll, insoweit vielmehr zusätzliche Anforderungen zu erfüllen seien. Das gilt umso mehr, als solche zusätzlichen Anforderungen an wirksame Strafgesetze erhebliche Spannungen zu anderen Entscheidungen der Verfassung wie der Maßgeblichkeit der Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers schaffen könnten.¹³⁴ Ausgeräumt ist die Gefahr derartiger Spannungen nur, wenn es bei den teilweise aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen gar nicht um Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Verbindlichkeit der strafbewehrten Norm, sondern um anderes geht – wie insbesondere die kriminalpolitische Vernünftigkeit eines Strafgesetzes. Dass die Strafrechtswissenschaft aufgerufen ist, zu diesen Fragen – beratend – Stellung zu nehmen und gegebenenfalls Empfehlungen auszuspre-

¹³⁰ Siehe dazu das Gutachten von *Kaspar* auf dem 72. DJT (Fn. 116) sowie die Referate von *Kaspar* und *Hoven*, in: *Hoven/Weigend* (Fn. 116), S. 217 ff. und 229 ff.

¹³¹ Beispielhaft dafür die weit ausgreifende, grundlagenorientierte und differenziert ausgearbeitete Untersuchung von *Grosse-Wilde*, *Erfolgsgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017.

¹³² Dazu aus jüngster Zeit nochmals *Frisch* (Fn. 127), S. 623 ff. mit Vorschlägen zur Behebung dieses Vakuums S. 630 ff. und 635 ff.; *ders.*, *Criminal Law Forum* 2017, 437 (446 ff. mit Vorschlägen 454 ff. und insbesondere 465 ff.).

¹³³ *v. Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Bd. 1, 1905, S. 290 (393).

¹³⁴ Siehe dazu die in diese Richtung gehende kritische Anfrage von *Gärditz* (Fn. 64), S. 39 ff. an die Strafrechtswissenschaft; auch schon *Stuckenberg*, *GA* 2011, 633 (638 ff.).

chen,¹³⁵ dürften wohl auch Vertreter des öffentlichen Rechts nicht infrage stellen wollen. Die Strafrechtswissenschaft sollte sich hier deshalb zur Beseitigung von Missverständnissen deutlicher erklären, worum es bei den von ihr zum Teil zusätzlich aufgestellten Erfordernissen oder zu erfüllenden Erwartungen genau geht (und aus normentheoretischer Sicht allein gehen kann).

¹³⁵ In diesem Sinn mit Beispielen auch *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904 (921, 945 f.).

Eine Straftat kann als ein (Verletzungs-)Sprechakt verstanden werden, auf den der Staat mit einem entsprechenden Sprechakt reagiert, mit der Verhängung und Vollstreckung von Strafe. Dies Modell kann einen Bruch im System des gegenwärtigen Strafrechts sichtbar machen, gerade in Bezug auf den untauglichen Versuch. Die Norm, die sich an den Täter wendet, ist eine Verhaltensnorm. Wenn dasselbe Delikt einmal als versuchte und einmal als vollendete Straftat begangen wird, ist in beiden Fällen dieselbe Verhaltensnorm betroffen. Aber nur bei vollendeter Straftat wird die Verhaltensnorm gebrochen. Die versuchte Begehung der Straftat lässt sich nicht als Bruch einer Versuchsverhaltensnorm konstruieren. Strafbare ungefährliche Versuche lassen sich auch nicht als Bruch einer Gefährdungsnorm auffassen. Auch die Auffassung eines Versuchs als zum-Ausdruck-Bringen von Nichtanerkennung der Verhaltensnorm kann nicht verdecken, dass bei einem untauglichen Versuch die Nichtanerkennung der Norm grundlegend anders zum Ausdruck gebracht wird als bei der vollendeten Straftat. Es muss bei einem Bruch im Straftatsystem verbleiben.

I. Ein rhetorisches Modell des Straftatsystems

Wer eine Straftat begeht, bringt dadurch etwas zum Ausdruck, nämlich die Billigung eines Zustands, der dem vom Strafrecht vorausgesetzten Sollzustand widerspricht. Vielleicht ist das der Grund für die Faszination, die von dem Gedanken ausgeht, ein geschlossenes Strafrechtssystem auf einem rhetorischen Modell von Rede und Gegenrede aufzubauen:

Der Staat reagiert auf den konkludenten Widerspruch des seiner Strafnorm Unterworfenen mit einer Gegenrede, der Verhängung und Vollstreckung von Strafe. So natürlich dieser Ausgangspunkt auf den ersten Blick erscheint, so schnell stellen sich aber auch Einwände ein. Die Kommunikation zwischen Täter und Staat besteht ja nicht nur in Rede und Gegenrede. Insbesondere ein Rechtsstaat muss rechtfertigen, weshalb er dem vom Täter zum Ausdruck Gebrachten nicht einfach seinen Entwurf der Welt entgegenstellt, sondern den Verurteilten zusätzlich einschneidend in seinen Vermögensrechten oder sogar seiner persönlichen Freiheit beeinträchtigt.

Die Antwort des Staates, die gerade in einer Verhängung und Vollstreckung der Strafe besteht, scheint nur gerechtfertigt zu sein, wenn der Täter Rechte anderer Bürger nicht nur leugnet, sondern auch verletzt.¹ Aber diese Feststellung zerstört noch nicht unbedingt das rhetorische Modell für das Strafrechtssystem. Eventuell kann die Verletzung selbst ja als konkludente Rhetorik aufgefasst werden, die zusätzlich zum Aufbegehren gegen ein konkretes Verbot eine weitere Strafbarkeitsbedingung darstellt, nämlich einen erfolgreichen Verletzungssprechakt.

* Der Autor ist apl. Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaft der Universität Bonn.

¹ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 14.

Ich habe die Möglichkeit eines rhetorischen Modells erstmals vor fünf Jahren in der Festschrift für Kindhäuser untersucht.² Von meinem damaligen Ergebnis, dass dieses Modell in der Gegenwart nur einen Teil des Strafrechts erklären kann und der untaugliche Versuch seine Grenzen zeigt, bin ich nach wie vor überzeugt. Allerdings glaube ich mittlerweile, dass die Terminologie, die ich meinem damaligen Versuch zugrunde gelegt habe, teilweise missverständlich ist.

Daher möchte ich hier einen neuen Versuch machen. Meine Auffassung soll von umstrittener Terminologie unabhängig und die Diskussion so ergänzt werden, dass die Schlussfolgerung eines notwendigen Bruchs im gegenwärtigen Strafrecht deutlicher sichtbar ist.

Wie zu dem Aufsatz in der Festschrift bin ich auch zu der vorliegenden Untersuchung durch die Arbeiten meines verehrten Lehrers angeregt worden, dem ich diesen Aufsatz widmen möchte.

II. Relevante Äußerungen des Täters als vom Rechtssystem anerkannter Person

Das Strafrechtssystem auf der Basis eines Modells von Rede und Gegenrede darzustellen, wird einer Rechtsordnung nur gerecht, wenn eine systeminterne Perspektive gewählt wird. Der Staat, das System, reagiert auf die Rede des Täters. Da dieses System ein geschlossenes System ist, lässt es sich nur von Impulsen irritieren, von denen es sich irritieren lassen will.

Das System nimmt die Rede des Täters wahr, soweit es seine Kommunikation als relevant registrieren will. Das Strafrecht könnte einfach an objektive Ereignisse anknüpfen, die auf vom Täter angestoßene Kausalverläufe rückführbar sind. Dann wäre ein rhetorisches Modell überflüssig. Das System kann natürlich auch solche vom Täter kausal herbeigeführten Ereignisse als Kommunikation registrieren, als „normative Kommunikation“. Aber wozu? Eine solche Bezeichnung ist dann nichts als ein leerer Begriff. Bloße Ergebnisse von Kausalverläufen können auch jeder anderen Sache zugerechnet werden. Der Täter wird dann also nicht anders als eine Sache unter vielen behandelt.

Dass der Täter als Rechtsperson ernstgenommen wird, setzt voraus, dass seine Äußerungen als freie Entscheidungen registriert werden, die entweder aktuell während der Tat (bei Vorsatztaten) oder potentiell (bei Fahrlässigkeitstaten) frei sind.

Genau aus diesem Grunde lässt sich ein modernes Strafrechtssystem nicht einfach als ein System von Sanktionsnormen rekonstruieren, wie sie die Vorschriften des Besonderen Teils des StGB darstellen. Sanktionsnormen richten sich nicht an den Rechtsunterworfenen, sondern an den Rechtstab, bezogen auf das Strafrecht an die Strafverfolgungsorgane. Sie bewerten das Verhalten der Rechtsunterworfenen. Die Bewertung wäre nicht die Bewertung eines Rechtsunter-

² Toepel, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 549.

worfenen als Person, wenn sie die Kriterien für die Strafbarkeit an anderen Maßstäben als an dem Rechtsunterworfenen zurechenbaren Normbrüchen³ ausrichten würde. Ein zurechenbarer Normbruch kann aber nur durch zurechenbares Verhalten des Rechtsunterworfenen geschehen, also durch den Bruch einer Norm, die den Rechtsunterworfenen gerade als Person anspricht. Das ist die sogenannte Verhaltensnorm.

Die Verhaltensnorm verlangt dem Rechtsunterworfenen ein bestimmtes Verhalten im Sinne einer in die Tat umgesetzten Entscheidung einer Person ab. Sie wird gebrochen, wenn der Rechtsunterworfene einen Zustand herbeiführt, dessen Beschreibung in logischem Widerspruch zur Beschreibung des nach der Norm gesollten Zustands steht. Die Verhaltensnorm „Jedes Mitglied der Gemeinschaft S soll Handlungen unterlassen, die den Tod eines Menschen verursachen!“ wird dadurch gebrochen, dass ein Mitglied der Gemeinschaft S den Tod eines Menschen verursacht. Ein Mitglied der Gemeinschaft S, das im Sinne des § 22 StGB nur nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Verursachung des Todes eines Menschen ansetzt, hat dadurch diese Verhaltensnorm jedenfalls noch nicht gebrochen.

Es stellt sich die Frage, wie eine solche Situation betrachtet werden soll. Entweder sie wird als Bruch einer Versuchsverhaltensnorm verstanden, oder es wird Strafe verhängt, ohne dass der Rechtsunterworfene zuvor eine Norm gebrochen hat.

III. Versuch nur als Kategorie der Sanktionsnorm und nicht als Widerspruch gegen eine Verhaltensnorm?

Rechtstheoretisch lässt sich der strafbare Versuch entweder als Bruch einer Versuchsverhaltensnorm konstruieren oder als überhaupt kein Bruch einer Verhaltensnorm. Die letztere Alternative wird wohl von solchen Stimmen bevorzugt, die die Relevanz von Verhaltensnormen für das Strafrecht gänzlich leugnen.

Im Ergebnis halte ich die Konstruktion für am überzeugendsten, die zwischen einer Anerkennung einer Versuchsverhaltensnorm und der völligen Leugnung einer strafrechtlich relevanten Verhaltensnorm hindurchsteuert: Einerseits gerät eine Ansicht, die eine Versuchsverhaltensnorm voraussetzt, in so viele Schwierigkeiten und kann so wenig die gesetzliche Regelung erklären, dass sie abzulehnen ist. Andererseits trennt die Lehre von der rechtlich allein relevanten Sanktionsnorm einen Normbruch oder Normwiderspruch

so weit vom Verständnis der Straftat als rechtlich relevanter Kommunikation, dass die Auffassung des Straftatsystems als rhetorisches Modell dann nichts weiter als eine irrelevante leere Bezeichnung wird.

Deshalb ist die Konstruktion die plausibelste, die einerseits den Versuch nicht als Bruch oder Widerspruch zu einer (Versuchs-)Verhaltensnorm betrachtet, aber andererseits die vollendete Tat als einen solchen Bruch einer Verhaltensnorm betrachtet. Wer einen Tötungsversuch begeht, verstößt nicht gegen eine besondere Versuchsverhaltensnorm „Kein Mitglied von S soll versuchen, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen!“

Die Ablehnung eines Verhaltensnormverstoßes beim Versuch ist nicht unvereinbar mit der Annahme eines Verstoßes gegen eine Verhaltensnorm beim vollendeten Delikt. Vielmehr entspricht dieses Verständnis von Normwiderspruch oder Normbruch dem natürlichen Sprachgebrauch:

Die Tat des Versuchstäters bezieht sich auf dieselbe Verhaltensnorm wie die des Vollendungstäters. Beim Tötungsdelikt lautet die relevante Verhaltensnorm für Versuch wie Vollendung also „Kein Mitglied von S soll den Tod eines anderen Menschen verursachen!“ Der Versuchstäter fasst den Entschluss, derselben Verhaltensnorm zu widersprechen wie der Täter der vollendeten Tat. Das stimmt mit dem gegenwärtigen Strafrecht überein. Die Anforderungen an den Tatentschluss des Versuchstäters sind identisch mit den Anforderungen an den Vorsatz des Vollendungstäters. Der Widerspruch des Versuchstäters ist nur noch nicht komplett. Der Versuchstäter widerspricht der Verhaltensnorm noch nicht, sondern er versucht eben nur, ihr zu widersprechen.⁴

⁴ Siehe bereits Toepel (Fn. 2), S. 551. Dasselbe, was für den Normwiderspruch gilt, gilt auch für den „Normbruch“. Aus diesem Grunde hatte ich in der Kindhäuser-Festschrift, a.a.O. Fn. 8, Unverständnis für die Ansicht von Jakobs geäußert, der den Versuch für einen „perfekte[n] Normbruch“ hält, der nur mehr oder minder (beim unbeendeten Versuch) intensiv ausfallen kann und sich nicht in einem Deliktserfolg objektiviert, Jakobs (Fn. 1), S. 70. Von meinem Verständnis aus, ergibt der Begriff eines Normbruchs hier keinen Sinn. Ich könnte mir einen Normbruch nur im Zusammenhang mit einer Verhaltens- oder Sanktionsnorm vorstellen. Die Sanktionsnorm kann vom Versuchstäter nicht gebrochen werden, weil er nicht ihr Adressat ist. Die Sanktionsnorm schreibt das Verhängen der Sanktion vor, sofern ihr Voraussetzungsteil erfüllt ist. Sie würde nach meinem Verständnis dann „gebrochen“, wenn der Voraussetzungsteil erfüllt wäre, die dazu befugte Stelle des Rechtsstabs aber nicht die vorgeschriebene Rechtsfolge anordnete. Eine einzelne nicht befugte Privatperson kann der Sanktionsnorm hingegen nicht in relevanter Weise widersprechen.

Mittlerweile bin ich Jakobs gegenüber milder gestimmt. Wenn allein Sanktionsnormen strafrechtlich relevant sind, dann ist der alltagsdeutsche Ausdruck allerdings merkwürdig, der Täter habe die Norm „gebrochen“. Aber nachdem der Schritt getan ist, Verhaltensnormen für irrelevant zu erklären, bleibt dann eben nur noch ein ganz formaler Sinn für „Normbruch“ übrig: Der Täter hat Voraussetzungen der Sankti-

³ „Zurechenbare Normbrüche“ sind in einem Rechtsstaat nur jemandem „als Person“ zurechenbare Normbrüche. Es wäre zwar auch eine Zurechnungsregel denkbar, die bloße Kausalität als Zurechnungskriterium hinreichen ließe. Jedoch würde eine solche Zurechnungsregel den Täter nicht als Person ansprechen. Kausalität ist ein rein physikalischer Vorgang, der nichts über die Beeinflussbarkeit durch menschliche Entscheidungen aussagt. Wenn jemand für eine Situation verantwortlich gemacht wird, wird er dadurch nur dann als Person angesprochen, wenn er die Situation durch Umsetzung seiner Entscheidungen zu beeinflussen in der Lage ist. Eine strict liability, wie sie das angloamerikanische Recht kennt, ist unter diesem Aspekt bedenklich.

Die Annahme einer Versuchsverhaltensnorm zwingt demgegenüber dazu, entweder das Verständnis der Verhaltensnorm als an den einzelnen Rechtsunterworfenen gerichteter Norm aufzugeben oder die Verhaltensnorm als von der am vollendeten Delikt orientierten Gesetzesformulierung losgelöste, auf eine Gefährdung gerichtete Norm umzuinterpretieren. Das bedeutet, dass die Versuchsverhaltensnorm entweder „Kein Mitglied von S soll unmittelbar dazu ansetzen, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen!“ oder „Kein Mitglied von S soll das Leben eines anderen Menschen gefährden!“ lauten würde.

IV. Unmittelbares Ansetzen als Element einer Versuchsverhaltensnorm?

Die Formulierung „Kein Mitglied von S soll unmittelbar dazu ansetzen, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen!“ hat den Vorteil, den Gesetzeswortlaut des § 22 StGB aufzunehmen.

Aber dagegen erhebt sich gleich ein Einwand. Wer unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, nimmt in seine Vorstellung nicht nur dieses Weniger als die Vollendung auf, sondern auch das Mehr der Vollendung selbst. Wenn die an den Täter adressierte Verhaltensnorm ihm hingegen zusätzlich zur Vollendung vorschreibt, darauf zu achten, dass er nicht unmittelbar zur Vollendung ansetzt, dann scheint das ein über die Vollendung hinausgehendes Element zu sein. Da ein solches zusätzliches Element nicht Voraussetzung für die Vollendungsstrafbarkeit ist, kann es nicht zu einer an die Vorstellung des Täters gerichteten Verhaltensnorm gehören. Der Versuch ist ein subsidiäres Minus gegenüber der Vollendung. Das unmittelbare Ansetzen kann dann daher dem Täter nicht als Teil des Widerspruchs gegen die Verhaltensnorm zugerechnet werden. Das unmittelbare Ansetzen kann vielmehr nur ein Kriterium dafür sein, dass ihm sein bisheriges Verhalten als Versuchsverhaltensnormwiderspruch zugerechnet wird.

Ein solches Zurechnungskriterium nimmt nicht der Täter in den Blick, sondern nur die zuständige Person des Rechtsstabs, die beurteilen soll, ob auf das Verhalten des Täters Strafe folgen soll. Damit kann der Bruch der Versuchsverhaltensnorm nicht mehr als Widerspruch zu einer an diesen Täter gerichteten Norm konstruiert werden. Zwar mag ein Täter sich in einer zur Vollendung führenden Situation sagen: „Ich setze jetzt durch x tun unmittelbar dazu an, den Tod des y herbeizuführen.“ Aber er will damit doch zum Ausdruck bringen, dass er die Vollendung, hier den Tod des y, anstrebt. Kein ernsthaft versuchender Täter stellt sich vor, dass die Tat nur im Versuchsstadium bleibt. Wenn er das täte und sich so im Vertrauen auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung vorstellte, es werde schon alles gut gehen, so entspräche sein Vorstellungsbild dem des bewusst fahrlässig Handelnden. Auch der Versuchstäter muss also nur stets die Voll-

ensnorm erfüllt, und die zuständige Stelle des Rechtsstabs ist nun befugt, die vorgesehene Sanktion zu verhängen. „Gebrochen“ in einem plastischen Sinne wird hier eigentlich nichts. Aber vielleicht kann ja von einem „normativen“ Brechen der Norm gesprochen werden.

endung in seine Vorstellung aufnehmen, nicht zusätzlich das unmittelbare Ansetzen. Das spezifisch den Versuch kennzeichnende Tatbestandsmerkmal, das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB, lässt sich nur als Anforderung an die Beurteilung der Tat konstruieren, die nicht Teil einer an den Täter gerichteten Norm ist.

Damit wird aber das Verständnis der Verhaltensnorm als an den Rechtsunterworfenen gerichteter Norm aufgegeben. Es bleibt nur das Verständnis als Norm über, die Voraussetzungen an den Täter stellt, ohne ihn anzusprechen. Und welchen Unterschied gibt es dann noch zwischen diesen Voraussetzungen einer so umgestalteten Verhaltensnorm und den objektivierten Merkmalen des Voraussetzungsteils einer Sanktionsnorm? Keinen. Die Einführung der Versuchsverhaltensnorm führt also konsequent weitergedacht zur Aufgabe der Relevanz von Verhaltensnormen im üblichen Sinne, wenn sie an das unmittelbare Ansetzen im Sinne des § 22 StGB anknüpft.

V. Gänzliches Ablehnen von Verhaltensnormen

Damit sind wir bei einer Auffassung, die auf Verhaltensnormen gänzlich verzichtet. Das bedeutet aber gleichzeitig, dass wir uns von einem rhetorischen Modell des Strafrechtssystems von Rede und Gegenrede in einem nachvollziehbaren Verständnis verabschieden müssen. Die harmonisch mit dem StGB übereinstimmende Trennung zwischen einem Zurechnungsgegenstand, den der Täter in seinen Vorsatz aufnimmt oder in Bezug auf den er fahrlässig handelt, und den Zurechnungskriterien des Rechtsstabs wird dann unmöglich. Unser Projekt, ein geschlossenes Strafrechtssystem auf einem rhetorischen Modell von Rede und Gegenrede aufzubauen, wäre damit gescheitert.

VI. Gefährdung als Element einer Versuchsverhaltensnorm

Es bliebe noch, eine Versuchsverhaltensnorm ohne Bezug auf die Vollendung und ein unmittelbares Ansetzen dazu zu explorieren. Es könnte die Versuchsverhaltensnorm anders als in der Formulierung des § 22 StGB als Gefährdungsdelikt uminterpretiert werden. Die Gefährdung ist ein Durchgangsstadium zur Vollendung. Insofern kann der Versuch als ein in jeder Vollendung steckendes subsidiäres Delikt verstanden werden mit dem eigenständigen Erfolg eines die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung herbeiführenden Verhaltens.

Der Vorteil dieser gegenüber der zuerst diskutierten Variante mit dem unmittelbaren Ansetzen als Element der Versuchsverhaltensnorm besteht darin, dass das Verbot einer – konkreten oder abstrakten – Gefährdung ohne weiteres ein an den Täter adressiertes Element einer Verhaltensnorm im üblichen Sinne sein kann. In dem Sinne, dass die Gefahr ein notwendiges Durchgangsstadium zur Vollendungstatbestandsverwirklichung ist, ist sie auch notwendig vom Vorsatz des versuchenden Täters umfasst. Sie kann Teil der an den Täter adressierten Verhaltensnorm bleiben.

Leider ist dieser Weg auch nicht gangbar, weil er nicht alle Versuche umfasst. Es gibt tatsächlich ungefährliche Versuche, für die nach dem Gesetz dennoch z.B. gemäß § 23

Abs. 3 StGB Strafe möglich ist.⁵ Untaugliche Versuche können also auch strafbar sein, wenn in der konkreten Situation weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse eines Opfers erkennbar ist noch eine Gefahr besteht, dass der Täter seinen Versuch in der Zukunft mit tauglichen Mitteln wiederholt. Auch der Täter selbst kann dann also eventuell nicht als gefährlich eingestuft werden. Diese Unzulänglichkeit des Gefährdungsgedankens wurde oft genug überzeugend dargestellt. Sie kann als gesicherte Basis für unser weiteres Vorgehen gelten.

Es bleibt uns also nur der beschriebene Mittelweg: Es gibt Verhaltensnormen, denen der Täter durch die vollendete Tat widerspricht, denen er aber nicht vollständig durch die versuchte Tat widerspricht. Die versuchte Tat ist weder ein Normwiderspruch noch ein Normbruch. Die Kriterien, die die versuchte Tat kennzeichnen, sind in diesem Sinne nicht Element der Verhaltensnorm, sondern nur Element des Voraussetzungsteils einer Sanktionsnorm.⁶

VII. Nichtanerkennung der Norm als Sprechakt auch des untauglich Versuchenden

Nach dem Ausschluss des Gefährdungsgedankens stellt sich nun die Frage, weshalb Strafe trotz Fehlens eines kompletten Widerspruchs gegen die Verhaltensnorm angebracht ist. Ich kehre hier zurück zu dem Gedanken von *Kindhäuser*, dass die Geltung der Norm von ihrer handlungswirksamen Anerkennung abhängt. Bei Nichtanerkennung der Norm bedarf es der Strafe, um das Festhalten an der Geltung des Verbots im Wege symbolischer (relativer) Vergeltung zu restituieren. Es führt zwar noch nicht zu einem sichtbaren Normgeltungsschaden, wenn auf eine vereinzelte zum Ausdruck gebrachte Nichtanerkennung keine Strafe folgt. Auf jeden Fall aber „verkäme die Norm bei denjenigen, die sich um den Widerspruch nicht sonderlich scheren, zu einer unverbindlichen Empfehlung“. ⁷ Das ist eine Begründung, die die Verhängung von Strafe auch für ein an sich ungefährliches Verhalten – ohne perfekten Normbruch – zulässt, sofern dadurch nur eine Nichtanerkennung der Norm zum Ausdruck kommt.

Ich hatte allerdings bislang Bedenken auch gegen diese Lösung angemeldet unter dem folgenden Aspekt: Man stelle sich vor, der Täter äußere Nichtanerkennung bloß sprachlich ohne Ansetzen zur Verletzung. Kann dadurch nicht ebenso eindeutig die Nichtanerkennung der Norm zum Ausdruck kommen? Auch dann, wenn Nichtanerkennung bedeutet, der Täter sei nicht gewillt, die Norm handlungswirksam anzuerkennen, d.h. sie als verbindlichen Grund seines Handelns anzuerkennen?⁸ Weshalb folgt auf eine derartige „Rede“ keine Strafe?

Das nehme ich zum Anlass, die vollendete Straftat als Normalfall unter dem Blickwinkel der Sprechakttheorie zu betrachten. Mir fiel auf, dass das konkludente Zum-Ausdruck-Bringen einer Nichtanerkennung durch die vollendete

Straftat einige interessante Charakteristika aufweist: *Jakobs* stellt fest, der direkte Normwiderspruch erfolge durch die Verletzung des betreffenden Rechts, nicht durch seine bloße Leugnung.⁹

Wenn die vollendete Straftat als Rede, als etwas dadurch zum-Ausdruck-Bringen, dass es ausgeführt wird, aufgefasst wird, dann können wir sagen, es handle sich bei der Straftat um einen Sprechakt. Aber dieser Sprechakt ist nicht allein dadurch gekennzeichnet, dass er die Nichtanerkennung der Norm zum Ausdruck bringt, sondern zusätzlich durch den Eintritt von einer tatsächlichen Verletzung, den tatbestandlichen Erfolg. Ohne diesen Erfolg liegt gewissermaßen noch nicht einmal eine verständliche Äußerung vor. In der Sprache von *Austin*, als Sprechakt betrachtet, setzt die vollendete Straftat zumindest einen illokutionären Akt voraus. Ein illokutionärer Akt bedeutet, dass der Redner (performativ) handelt, indem er sich in bestimmter Weise äußert.¹⁰ *Austin* unterscheidet zwischen den Spracheinheiten (Wörtern), die der Redner verwendet – das ist der lokutionäre Akt – und dem performativen (illokutionären) Akt, d.h. dem, was er mit dem lokutionären Akt zum Ausdruck bringt.¹¹ Erst der Erfolg lässt die Straftat zu einem vollständigen Ausdruck von Nichtanerkennung werden. Nur aus diesem Grund enthält die strafrechtliche Verhaltensnorm auch einen Erfolg, und genau deshalb wurde oben¹² abgelehnt, dass der untaugliche Versuch bereits ein perfekter Normbruch sei.

Es scheint, als ob der Gedanke des Zum-Ausdruck-Bringens von Nichtanerkennung falsche Assoziationen mit sonstigen rein sprachlichen Äußerungen weckt. Beim untauglichen Versuch scheint es sich auf den ersten Blick so zu verhalten, wie wenn jemand ein herabsetzendes Werturteil aussprechen will, mangels Beherrschung der Sprache aber nicht die richtigen Worte findet, jedoch von den Adressaten trotzdem richtig verstanden wird, weil sie das unvollkommen zum Ausdruck Gebrachte richtig einordnen können.

Beim untauglichen Versuch verhält es sich jedoch anders als beim Wählen der falschen Worte. Es liegt gerade nicht ein dem vollendeten Delikt vergleichbarer Sprechakt einer Nichtanerkennung der Norm vor, da der Erfolgseintritt eine für den Widerspruch zur Verhaltensnorm als illokutionären Akt notwendige Voraussetzung darstellt, die über das bloße Verständnis von zum Ausdruck gebrachter Nichtanerkennung hinausgeht. Genau deshalb reicht die bloße verbal zum Ausdruck gebrachte Nichtanerkennung der Norm nicht hin, um eine Vollendungsstrafe auszulösen. Eine zutreffende Parallele zwischen sprachlicher Äußerung und untauglichem Versuch würde vielmehr hergestellt, wenn der Sprecher tief Luft holt, um zu seinem herabsetzenden Werturteil anzusetzen, jedoch nicht dazu kommt, es auszusprechen, weil er z.B. am Sprechen gehindert wird. Der Sprecher hat dann noch nicht die Worte gebraucht, die erforderlich sind, um den illokutionären

⁵ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 171 ff.; *Toepel* (Fn. 2), S. 552 ff.

⁶ Siehe *Toepel* (Fn. 2), S. 551.

⁷ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 113.

⁸ *Kindhäuser* (Fn. 5), S. 266.

⁹ *Jakobs* (Fn. 1), S. 14.

¹⁰ *Austin*, How to do things with Words, 2. Aufl. 1976, S. 98 ff.

¹¹ *Austin* (Fn. 10), S. 98 ff.

¹² Bei Fn. 6.

Sprechakt zum Ausdruck zu bringen.¹³ Der Sprechakt liegt nicht vor, obgleich die Adressaten erraten mögen, was der Sprecher beabsichtigte. So geschieht es ja oft auch beim grob untauglichen Versuch. Aus dem Kontext mag ein Staatsanwalt entnehmen, dass der Ehemann mit dem Verabreichen von Himbeersaft an seine Ehefrau eine Abtreibung beabsichtigte. Dies macht das Verhalten des Ehemannes aber nicht zu einer Abtreibung.

Vom rein sprachlichen Zum-Ausdruck-Bringen einer Nichtanerkennung unterscheidet sich ein untauglicher Versuch nur durch sein unmittelbares Ansetzen. Aber dies muss nach dem Gesetz nicht objektiv erfolgen, sondern gemäß § 22 StGB ist allein die Tätervorstellung entscheidend. Die Differenz zwischen einem untauglichen Versuch und einer rein verbalen Äußerung von Nichtanerkennung ist damit im Endeffekt gleich Null. Bei der Diskussion der Versuchsverhaltensnorm hatten wir festgestellt, dass das unmittelbare Ansetzen überhaupt kein notwendiges Element der Verhaltensnorm sein kann. Es ist daher auch nicht in der Lage, zur Abgrenzung zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit bei ungefährlichen Versuchen zu dienen.

Im Ergebnis bleibe ich aus diesem Grunde bei meiner skeptischen Auffassung. Die Straftat ist ein performativer Akt im Sinne der Sprechakttheorie. Aber nur die vollendete Verletzung von Individualrechtsgütern lässt noch sicher den Schluss zu, dass das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz diene. Wenn der ungefährliche untaugliche und grob unverständige Versuch hingegen bestraft wird, handelt es sich nur noch um eine rhetorische Antwort auf eine Rede des Täters, die nichts

weiter als eine bloße Rede ist ohne auch nur einen notwendigen Rest an Gefährlichkeit des Täters oder seiner Tat.¹⁴ Die Straftheorie der geltungserhaltenden Generalprävention kann nichts mehr daran ändern, dass hiermit die Verbindung zum klassischen Verständnis von der Legitimation des deutschen Strafrechts durch Rechtsgüterschutz endgültig gekappt wird. Es kommt allenfalls noch darauf an, dass das Strafrecht das schützt, was aktuell „zur Struktur der Gesellschaft“ gehört. Daran, dass § 23 Abs. 3 StGB schon längere Zeit existiert,¹⁵ zeigt sich, dass das Problem nicht erst durch moderne Gesetzgebung aufgetreten ist, bei der die geschützten Rechtsgüter sich in politischen Zielen verlieren.

Die Zeit, durch ein geschlossenes System Legitimationsdefizite verhindern zu wollen, ist damit wohl vorbei.¹⁶

¹³ In der Kindhäuser-Festschrift (Fn. 2), S. 557 f., hatte ich mich davon verleiten lassen, dass zusätzlich zur sprachlichen Leugnung der Norm ein Erfolg eintreten muss, der in einer tatsächlichen Verletzung besteht. Mir schien dem in der Außenwelt eintretenden Erfolg der ebenfalls von *Austin* stammende Begriff des „perlokutionären Akts“ am besten zu entsprechen. Dabei war ich mir der Unterschiede eines solchen Gebrauchs zu *Austins* Definition bewusst. *Austin* (Fn. 10), S. 101 f., beschreibt den perlokutionären Akt als „gewisse Wirkungen von Äußerungen auf Gefühle, Gedanken und Handlungen anderer Personen, die bei Vollzug des illokutionären Akts beabsichtigt sein mögen“. Die Parallele zum vorliegenden Fall kann darin gesehen werden, dass der Erfolgseintritt in beiden Fällen nicht vollständig der Beherrschung durch den Sprecher unterliegt. Aber ich sehe auch die Unterschiede: *Austin* verwendet den perlokutionären Akt gerade in Bezug auf die Konsequenzen von sprachlichen Äußerungen. Im vorliegenden Fall hingegen ist der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs das Ergebnis einer Verletzungshandlung, die freilich als konkludente sprachliche Äußerung aufgefasst werden kann („Sie wünschen non-verbale Kommunikation?“, wie es einmal ein Türsteher ausdrückte). Ich möchte nicht auf meiner Sicht bestehen. Es kommt mir nur darauf an, dass jedenfalls ein Sprechakt nicht vorliegt, der für einen Widerspruch gegen die (Vollendungs-)Verhaltensnorm Voraussetzung ist. Dies scheint mir mittlerweile auch gut dadurch erklärbar, dass es schon an einem illokutionären Sprechakt fehlt. Ich danke Herrn *Kindhäuser* für den Hinweis.

¹⁴ Zutreffend *Jakobs* (Fn. 1), S. 22 Fn. 29: „In dieser auf einer, nämlich der kommunikativen Ebene befindlichen Reihe ist für ein Rechtsgut kein Platz, da es, wenn es nicht als Metapher für eine Norm verstanden wird, keinen Sinn aufweist.“

¹⁵ Zur Gesetzgebung BT-Drs. V/4095, S. 12.

¹⁶ Ich hatte in der Kindhäuser-Festschrift (Fn. 2), S. 559 Fn. 32, mein Unverständnis für die Sorge von *Jakobs* (Urkundenfälschung, 2000, S. 90 ff.) zum Ausdruck gebracht. Er äußert Bedenken im Hinblick darauf, dass die Urkundenfälschung bereits vor einer Desorientierung vollendet ist. Ich halte meine Ansicht insoweit aufrecht, als die Urkundenfälschung nun einmal mittlerweile zur aktuellen „Struktur der Gesellschaft“ gehört. Allerdings nehme ich die Bezeichnung der Urkundenfälschung als „altehrwürdiges Delikt“ zurück. Ihren reinen Vorfeldcharakter erhielt die Urkundenfälschung erst durch die Novelle vom 29.5.1943 (RGBl. I 1943, S. 339, dazu *Erb*, in: *Erb/Schäfer* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 15), also in einer nicht sehr ehrwürdigen Zeit. Dies ändert jedoch nichts daran, dass diese Gestalt des Delikts beibehalten wurde und mittlerweile etabliert ist.

„Impfen macht frei“ als Volksverhetzung

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24

Von Prof. Dr. Till Zimmermann, Düsseldorf*

Der BGH schließt sich in der besprochenen Entscheidung einer Ansicht an, die das Merkmal „verharmlosen“ in § 130 Abs. 3 StGB weit auslegt. Hieraus folgt, dass der Holocaust bei Androhung von Strafe nicht als beliebiges Vergleichsmaß für aktuelle politische Kritik eingesetzt werden darf. Der Beitrag legt dar, dass dies nicht mit der Rechtsprechung des BVerfG zur Einschränkung der Meinungsfreiheit durch Sonderrecht in Einklang steht.

I. Hintergrund

Der politische Diskurs ist (auch) in Deutschland rauer geworden. Groteske Behauptungen, gestützt auf „alternative Fakten“ und vorgetragen in roher Sprache, haben sich als erfolgreiches politisches Stilmittel insbesondere des rechtsextremen Spektrums etabliert. Speziell Social Media-Desinformationskampagnen, die sich dieses Stilmittels bedienen, haben zu einer Vergiftung des politischen Klimas beigetragen und dadurch einen Nährboden für reale Gewalt geschaffen – etwa für sog. Reichsbürger, die die Existenz der Bundesrepublik leugnen (und deshalb auf Staatsbedienstete schießen), für Fremdenfeinde, die von einem Bevölkerungsaustausch-Plan phantasieren (und deshalb Asylrechts-freundliche Politiker zu töten trachten) oder für Hochverräter, die sich zum gewalttätigen Widerstand gegen imaginierten „Volksverrat“ verschwören.

Angesichts der hierdurch forcierten gesellschaftlichen Spannungen ist die Beantwortung der Frage, wie weit die Meinungsfreiheit im politischen Diskurs reicht, eine zentrale rechts- und kriminalpolitische Herausforderung der Gegenwart.¹ Ein Hauptstreitpunkt der aktuellen Debatte ist dabei, neben der Legitimation des (Qualifikations-)Tatbestands der Politikerbeleidigung (§§ 188, 194 Abs. 1 S. 3 StGB),² die Bewertung der Volksverhetzungsdelikte. Während die rechtsextreme Opposition amerikanische Verhältnisse wünscht bzw. fordert, dass „[d]ie Zeiten, in denen das Äußern einer freien Meinung dazu führt, dass man hinter Gittern landet, endlich vorbei sein [müssen]“³ (u.a. indem § 130 StGB aufgehoben

wird⁴), finden sich im Koalitionsvertrag für die 21. Legislaturperiode gegenläufige Vorhaben, nämlich solche, die auf eine erhebliche Verschärfung der Sanktionen für Volksverhetzungsunrecht hinauslaufen. So soll zum einen auch die (bislang nur disziplinarrechtlich ahnbare) Volksverhetzung durch Amtsträger in Chatgruppen kriminalisiert werden.⁵ Zum anderen ist angedacht, Volksverhetzungs-Wiederholungs-tätern künftig das passive Wahlrecht zu entziehen – womit namentlich AfD-Politikern die Verbannung aus der politischen Arena droht.⁶

Vor dem Hintergrund dieser kriminalpolitischen Dynamik besteht dringender Anlass dazu, sich zunächst einmal klärend der Grenzen des bestehenden Volksverhetzungsstrafrechts zu vergewissern. In diesem Zusammenhang kommt der hier zu besprechenden BGH-Entscheidung, die im Schrifttum bereits erhebliche Aufmerksamkeit erfahren hat,⁷ besondere Bedeutung zu.⁸

⁴ Vgl. *Nicolaus/Scherndl*, correctiv.org v. 4.7.2025, abrufbar unter t1p.de/5fa00 (6.12.2025); *Mailbeck*, mdr.de v. 10.1.2025, abrufbar unter t1p.de/oy110 (6.12.2025).

⁵ CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag 21. Legislaturperiode, o.D., Zeilen 2889 ff., abrufbar unter t1p.de/krb88 (6.12.2025); *Wegge*, ZRP 2025, 131 (132); näher dazu *Zimmermann*, GA 2025, 481 (490). Inzwischen liegt dazu auch ein Gesetzentwurf vor, siehe BT-Drs. 21/2741.

⁶ Siehe dazu den Referentenentwurf für ein Gesetz zur Stärkung des strafrechtlichen Schutzes des Gemeinwesens v. 30.12.2025, abrufbar unter https://kripoz.de/wp-content/uploads/2026/01/RefE_Schutz_des_Gemeinwesens.pdf (25.1.2026).

Dagegen *Hoven*, VerfBlog v. 30.4.2025, abrufbar unter verfassungsblog.de/volksverhetzung-und-die-entziehung-des-passiven-wahlrechts/ (6.12.2025);

Schmitt-Leonardy, im Interview mit beck-aktuell v. 9.4.2025, abrufbar unter

<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ein-prozess-gegen-einen-politiker-ist-nicht-gleich-ein-politischer-prozess> (6.12.2025); *Rostalski* bei *Horn*, KriPoZ 2025, 205 (208); offen *Fischer*, LTO v. 11.4.2025, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/56991 (6.12.2025); *Zimmermann*, GA 2025, 481 (491).

⁷ Siehe die Stellungnahmen von *Deutscher*, StRR 2025, 26; *Fahl*, JR 2025, 454; *Hörnle*, JZ 2025, 732; *Kubiciel*, JZ 2025, 918 (923 f.); *Kuhli/Welling*, ZJS 2025, 977; *Pfeiffer*, CR 2025, R73; *Rackow*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2025, § 130 Rn. 35.5; *Schwarz*, NSTZ 2025, 551.

⁸ Zu den rechtspraktischen und kriminalpolitischen Auswirkungen der Entscheidung siehe auch *Steinke*, SZ v. 26.10.2025, abrufbar unter

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Näher *Zimmermann*, GA 2025, 481 (488 f.); vgl. auch *Gröpl*, NVwZ 2025, 281; *Leitmeier*, HRRS 2025, 174.

² Für eine Abschaffung des § 188 StGB BT-Drs. 21/652 (Antrag der AfD-Fraktion) m. abl. Anm. *Mitsch*, KriPoZ-Kommentar v. 1.7.2025, abrufbar unter t1p.de/odhw0 (6.12.2025); für eine Abschwächung *Hoven/Rostalski*, GA 2025, 421 (437 f.); für eine Verschärfung *Wahlmann* bei *Rebehn*, DRiZ 2024, 382 f. (krit. dazu *Schneider*, StV 2025, 274).

³ AfD, X-Post v. 3.3.2025 (inzwischen gelöscht), archivierte Version abrufbar unter <https://perma.cc/ANP4-29WA> (25.1.2026).

II. Sachverhalt

In seinem Beschluss⁹ bestätigt der BGH die Verurteilung eines Facebook-Nutzers wegen Holocaust-Verharmlosung (Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 3 StGB) durch das LG Köln.¹⁰

Dem Angeklagten war zur Last gelegt worden, während der ersten Infektionswelle der COVID-19-Pandemie im April 2020 – also gut sieben Monate vor der ersten in Deutschland durchgeführten Corona-Impfung¹¹ bzw. dem Beginn der politischen Debatte über eine mögliche Impfpflicht¹² – auf seinem öffentlichen Facebook-Profil eine Karikatur aus der Feder des rechtsradikal-verschwörungsgläubigen Illustrators Götz Wiedenroth gepostet zu haben, die in kritischer Weise Corona-Impfungen thematisiert.¹³ Der BGH zitiert die Beschreibung der fraglichen Darstellung durch das LG Köln: Es gehe um eine „karikaturhaft wirkende Abbildung, die das Eingangstor zu einem Konzentrationslager zeigte. Oberhalb des Zugangs war der geschwungene Schriftzug ‚Impfen macht frei‘ angebracht. Das Eingangstor war augenscheinlich an dasjenige des Konzentrationslagers Auschwitz mit dem Schriftzug ‚Arbeit macht frei‘ angelehnt. Das Tor flankierten zwei schwarz

gekleidete, soldatisch anmutende Wächter, die jeweils eine überdimensionierte, mit einer grünen Flüssigkeit gefüllte Spritze in den Armen hielten. Im Inneren des Lagers waren zwei blumengeschmückte Bildnisse zu erkennen, nämlich das Portrait eines überzeichnet dargestellten Chinesen sowie ein solches des ‚Microsoft‘-Gründers und Gesundheitsmäzens Bill Gates. Die Abbildung trug den Untertitel ‚Die Pointe des Coronawitzes‘.“¹⁴

Auf die gepostete Karikatur reagierten nach den landgerichtlichen Feststellungen mindestens 62 Facebook-Nutzer mit Emojis („einer Daumen-hoch-Geste, einem lachenden oder einem weinenden Smiley“), zudem teilten wenigstens 92 Nutzer den Beitrag über ihre eigenen Facebook-Profile.¹⁵

Wie bereits zuvor das BayObLG in einer Entscheidung über einen anderen Facebook-Post derselben Karikatur,¹⁶ gelangt auch der BGH zu dem Ergebnis, dass die Online-Veröffentlichung den Tatbestand der Volksverhetzung in der Variante der Holocaust-Verharmlosung verwirkliche.

III. Analyse

Die Entscheidung des BGH ist sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis nicht überzeugend. Das betrifft namentlich die Auslegung des Merkmals „verharmlosen“. Um dies zu verdeutlichen, sei zuvor aber auf die Frage eingegangen, inwieweit das fragliche Posting dazu geeignet war, den öffentlichen Frieden zu stören. Diese Vorgehensweise mag ungewöhnlich erscheinen. Üblicherweise werden die Merk-

<https://www.sueddeutsche.de/kultur/meinungsfreiheit-holocaust-todenhoefer-bolz-israel-twitter-li.3328258?reduced=true> (6.12.2025);

Hörnle im Interview mit LTO v. 27.10.2025, abrufbar unter t1p.de/77f8b (9.12.2025).

⁹ Entscheidungsvolltext unter BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24 = BeckRS 2025, 8182.

¹⁰ LG Köln, Ur. v. 12.6.2024 – 113 KLS 16/2 = BeckRS 2024, 18484.

¹¹ Die ersten Corona-Impfungen in Deutschland sind am 26.12.2020 erfolgt, siehe Zeit online-Meldung v. 26.12.2020, abrufbar unter

www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-12/coronavirus-erste-impfungen-impfstoff-halberstadt (6.12.2025).

¹² Die Debatte über eine Impfpflicht (nur) für Pflegekräfte wurde erstmalig angestoßen im Januar 2021 vom bayerischen Ministerpräsidenten Söder, siehe Roßmann, SZ v. 11.1.2021, abrufbar unter

www.sueddeutsche.de/politik/soeder-buergerpflicht-impfen-impfpflicht-1.5171244 (6.12.2025);

im Bundestag wurde über eine einrichtungsbezogene Impfpflicht im Dezember 2021 debattiert

(www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw49-de-infektionsschutzgesetz-impfpraevention-870424 [6.12.2025]),

über eine allgemeine Impfpflicht erstmals im Januar 2022 (www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw04-de-impfpflicht-877070 [6.12.2025]);

zur seinerzeitigen juristischen Diskussion Hofmann/Neuhöfer, NVwZ 2022, 19.

¹³ Die Karikatur ist abrufbar auf der (archivierten) Website des Urhebers unter

https://web.archive.org/web/20220705103130/https://www.wiedenroth-karikatur.de/02_PolitKari200417_Corona_Pandemie_Schwindel_Impfpflicht_Strafe_Impfverweigerer.html (6.12.2025).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 2 = BeckRS 2025, 8182.

¹⁵ LG Köln, Ur. v. 12.6.2024 – 113 KLS 16/2, Rn. 3 = BeckRS 2024, 18484.

¹⁶ BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23 = BeckRS 2023, 4591; in diesem Fall war die Wiedenroth-Karikatur von dem postenden Facebook-Nutzer zusätzlich mit dem Kommentar „Alles schon mal dagewesen“ versehen worden. Hörnle, JZ 2025, 732 (733 m. Fn. 2) berichtet zwar, der BayObLG-Entscheidung habe nur eine reduzierte Variante der Karikatur (ohne die Bildelemente „Chinesen“ und „Bill Gates“) zugrunde gelegen. Allerdings ergibt sich aus der Berichterstattung in der Lokalpresse, dass es sich um dieselbe Karikatur wie im BGH-Fall gehandelt hat, vgl. Brummer, Aichacher Zeitung v. 22.6.2022, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20220627083810/https://www.aichacher-zeitung.de/vorort/aichach/adelszhausener-zieht-vors-bundesverfassungsgericht;art18,181247> (6.12.2025).

Zutreffend ist aber jedenfalls die Annahme von Hörnle (JZ 2025, 732 [733 m. Fn. 2]), dass der ähnlichen Entscheidung KG, Ur. v. 13.2.2023 – (2) 121 Ss 140-22 (44-22) = BeckRS 2023, 16503, eine andere Darstellung zugrunde lag. In dieser Entscheidung ging es um einen Aufkleber, der eine Abwandlung des Eingangstores des KZ Sachsenhausen mit der Inschrift „IMPfung MACHT FREI“ zeigt (bildliche Darstellung abrufbar unter

www.nwzonline.de/oldenburg/oldenburg-kritik-an-corona-impfungen-auf-aufklebern-zitiert-nazi-parole_a_51,0,2615390248.html [6.12.2025]).

male in umgekehrter Reihenfolge geprüft.¹⁷ Logisch zwingend ist das aber nicht. Man kann stattdessen das Merkmal der Eignung zur Friedensstörung ohne weiteres zunächst ganz isoliert von der Frage betrachten, ob die fragliche Äußerung ein „Verharmlosen“ darstellt. Der analytische Vorteil der hier gewählten Prüfungsreihenfolge besteht darin, dass sie zu größerer Klarheit und Unbefangenheit bei der Ermittlung des Bedeutungsgehalts und der kommunikativen Wirkkraft der beanstandeten Äußerung zwingt. Auf diese kommt es, wie noch zu zeigen ist, für die in Rede stehende Frage nach der Reichweite des Merkmals „verharmlosen“ entscheidend an.

1. Eignung zur Friedensstörung

Zuzustimmen ist dem BGH zunächst darin, dass es sich bei dem Posting auf einem öffentlich geschalteten Facebook-Profil um eine von einem potenziell unbestimmten Kreis von Personen wahrnehmbare und damit „öffentliche“ Äußerung handelt.¹⁸ Im Ergebnis ebenfalls überzeugend ist die Annahme, dass das Posting der Karikatur dazu geeignet war, den öffentlichen Frieden zu stören. Dieser Aspekt bedarf hier jedoch näherer Erörterung, weil die Begründung des BGH – ebenso wie diejenige der Vorinstanz und auch diejenige des BayObLG in seiner Entscheidung zu einem (fast) identischen Sachverhalt – nur teilweise überzeugt.

Der genaue Bedeutungsgehalt des vagen (da hochgradig normativen) Merkmals der Eignung zur Friedensstörung ist schwer zu fassen. Nicht hinreichend ist jedenfalls – entgegen der ursprünglichen Intention der rechtswissenschaftlichen „Erfinder“ dieses Merkmals¹⁹ –, dass die in Rede stehende Äußerung allein aufgrund ihres provokativen, kränkenden, empörenden usw. Inhalts Teile der Bevölkerung verstören und beunruhigen, also emotional in Wallung bringen könnte. Mit den Worten des BVerfG: Eine „Vergiftung des geistigen Klimas und eine Kränkung des Rechtsbewusstseins“ reichen nicht aus.²⁰ Erforderlich ist nach den (zunächst zu § 130 Abs. 4 StGB entwickelten,²¹ später auch auf § 130 Abs. 3 StGB übertragenen²²) Wunsiedel-Kriterien des BVerfG vielmehr, dass die inkriminierte Äußerung potenziell gefährliche Außenwirkungen dergestalt zeitigt, dass bei Dritten Hemm-

schwellen gesenkt bzw. Handlungsbereitschaft erzeugt wird. Dies kann namentlich dadurch geschehen, dass die Angesprochenen die Äußerung entweder als Appell zum Rechtsbruch auffassen oder sie durch die Äußerung zumindest dermaßen emotionalisiert werden könnten, dass eine Senkung ihrer Hemmschwelle zu aggressivem Verhalten bewirkt wird.²³ Erst dieses Potenzial zur anstiftungsartigen Aufwiegelung bzw. dessen Kehrseite, die dadurch bedingte Einschüchterung potenzieller Opfer der emotional Aufgehetzten, ist es, was die Friedensstörungseignung einer Äußerung begründet.

Die Prüfung dieses Merkmals setzt demnach zweierlei voraus: Erstens ist zu klären, welchen (möglichen) Aussagegehalt die fragliche Äußerung hat (dazu a). Denn nur so kann überhaupt plausibel darüber spekuliert werden, ob die Botschaft sodann, zweitens, bei ihren potenziellen Adressaten die tatbestandlich erforderliche gefährliche Handlungsbereitschaft auszulösen im Stande ist (dazu b).

a) Sinngehalt der Karikatur

Die erste Frage ist schon deshalb nicht leicht zu beantworten, weil die andeutungsreiche Karikatur in Verbindung mit ihrem kryptischen Titel („Pointe des Coronawitzes“) alles andere als selbsterklärend ist. Der BGH legt entscheidungstragend eine – so Hörnle – „erstaunlich rationale“ Interpretation zugrunde. Ebenso wie das BayObLG in einer Parallelentscheidung²⁴ versteht der 3. Strafsenat des BGH die Bildcollage in ihrem Kernaussagegehalt dahingehend, mit ihr werde zum Ausdruck gebracht, dass Corona-Schutzimpfungs-Unwillige mit staatlichen Repressionen zu rechnen haben, die qualitativ denjenigen entsprechen, welche die vom NS-Regime in Konzentrationslager verbrachte Juden zu erleiden hatten.²⁵

Diese Interpretation ist plausibel. Für sie sprechen die Hauptelemente der Karikatur, namentlich der unmissverständliche Bezug auf die COVID-19-Pandemie („Coronawitz“), die durch überdimensionierte (Gift-)Spritzen, die Torüberschrift („Impfen macht frei“) und die Abbildung des prominenten Impfbefürworters Bill Gates angesprochene Vakzinationsthematik sowie die eindeutig gesetzte Assoziation zu massiven staatlichen Menschenrechtsverletzungen nach Art der NS-Gewaltherrschaft (KZ-artiger Torbogen; Elektrozaun; Wachpersonal in schwarzen Uniformen;²⁶ Andeutung zwangsweise erfolgender medizinischer Menschenversuche).

¹⁷ Wohl auch deshalb, weil den (hier nicht einschlägigen) Tatvarianten des Billigens und des Leugnens eine Indizwirkung hinsichtlich der Friedensstörungseignung zugeschrieben wird, siehe *Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 130 Rn. 86 mit Nachw. aus der Rspr.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 5 = BeckRS 2025, 8182 (beiläufig erwähnt); etwas ausführlicher LG Köln, Ur. v. 12.6.2024 – 113 KLS 16/2, Rn. 26 = BeckRS 2024, 18484; zur „Öffentlichkeit“ bei Facebook-Posts vgl. auch BGH NStZ 2015, 81 Rn. 17.

¹⁹ Zur Entstehungsgeschichte des Merkmals *Zimmermann*, in: Steinberg/Koch/Popp (Hrsg.), Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949–1990, Besonderer Teil, 2024, S. 53 (68).

²⁰ BVerfGE 124, 300 (334); BVerfG NJW 2018, 2861 (2862 Rn. 28).

²¹ BVerfGE 124, 300 (335).

²² BVerfG NJW 2018, 2861 (2862 Rn. 27).

²³ I.d.S. BVerfGE 124, 300 (335); ganz ähnlich die hier besprochene Entscheidung, BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 13 = BeckRS 2025, 8182; vgl. auch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 12.3.2025 – 1 ORs 1 SRs 85/24, Rn. 21 = BeckRS 2025, 7085. Unpräzise und (bereits sprachlich) kaum verständlich hingegen KG, Ur. v. 13.2.2023 – (2) 121 Ss 140-22 (44-22), Rn. 16 = BeckRS 2023, 16503, wonach der tatbestandliche Erfolg in der konkreten Eignung liege, „das psychische Klima aufzuheizen“.

²⁴ BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, Rn. 16 f. = BeckRS 2023, 4591.

²⁵ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 9, 16 = BeckRS 2025, 8182.

²⁶ BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, Rn. 25 = BeckRS 2023, 4591 meint dazu: „Die beiden [bei genauerem

Demgegenüber kritisieren *Fahl* und *Hörnle*, der BGH habe es versäumt, die Karikatur im Lichte der Meinungsfreiheit hinreichend auf alternative Deutungsmöglichkeiten abzuklopfen; insbesondere habe das Gericht die Darstellung des „Blumen-Chinesen“ ignoriert,²⁷ obwohl diese es nahelege, die Karikatur thematisiere das Narrativ, der Krankheitserreger sei in einem chinesischen Labor erschaffen und absichtlich verbreitet worden.²⁸ Diese Kritik am BGH ist allerdings nicht stichhaltig, die angesprochene mögliche alternative Deutung höchst unplausibel. Richtig ist zwar, dass weder der BGH noch das vorinstanzliche LG Köln sich sonderlich Mühe gegeben haben, die Karikatur in ihrem möglichen Sinngehalt vollständig auszuleuchten. Anderenfalls wäre vermutlich irgendjemandem aufgefallen, dass der „überzeichnete Chinese“ gar keinen Chinesen darstellen soll, sondern die damalige Bundeskanzlerin Angela Merkel²⁹ – was freilich einer Alternativ-Interpretation i.S.d. Labor-Herkunft-Narrativs die Grundlage entzieht und die Deutung des BGH, die Karikatur thematisiere das freiheitseinschränkende Handeln der deutschen Exekutivgewalt, noch stärkt. Zudem wäre es hilfreich gewesen, wenn die Gerichte als weiteres Indiz für den objektiven Bedeutungsgehalt die im Internet frei zugängliche (und vermutlich auch dem angeklagten Karikaturverwender bekannte) authentische Interpretation der Karikatur durch ihren Urheber herangezogen hätten. Auch diese – sie lautet: „Impfen macht frei: Wer die befohlene Impfung verweigert, bekommt im Lager Gelegenheit, über diese Verbohrtheit konzentriert nachzudenken“³⁰ – bestärkt letztlich die entscheidungstragende Sinndeutung des BGH.

Wenig überzeugend ist hingegen die vom BGH als obiter dictum vorgetragene Zusatzdeutung, das blumengeschmückte Bill Gates-Bild im Lagerinneren befördere das antisemitische Narrativ einer jüdisch-kapitalistischen Weltverschwörung, die hinter dem Pandemiegeschehen stecke.³¹ Richtig ist zwar, dass, gerade auch im fraglichen Zeitraum, der Philanthrop Bill Gates von Verschwörungsideologen zumindest indirekt der Pandemieurheberschaft bezichtigt worden ist.³² Allerdings

ging dabei nur eine besonders abstrus fabulierende Fraktion innerhalb derjenigen, die den Nichtjuden Gates als Corona-verantwortlich bezeichnen, soweit, diesen speziell einer *jüdischen* Weltverschwörung zuzurechnen.³³ Es sprechen gute Gründe dafür, die Karikatur als Beleidigung von Bill Gates aufzufassen.³⁴ Aber belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Karikatur die insinuierte Mitverantwortung Gates‘ am Pandemiegeschehen mit erwähnter Fraktion innerhalb der Verschwörungsgläubigen gerade als Chiffre einer *jüdischen* Verschwörung verstanden wissen will (etwa durch die Verwendung eines Davidsterns an Gates‘ Revers o.ä.), sind nicht auszumachen. Geht man nun mit dem BGH davon aus, dass das aus der Meinungsfreiheit folgende Gebot der Beschuldigten-günstigen Äußerungsinterpretation³⁵ auch beim Merkmal der Friedensstörungseignung Beachtung erheischt,³⁶ darf der Karikatur ein (zusätzlicher) kollektivbeleidigungsähnlicher Aussagegehalt zulasten der jüdischen Bevölkerung nicht unterstellt werden.

b) Eignung zum Hervorrufen der Handlungsbereitschaft bei Dritten

Des Weiteren ist zu prüfen, ob der im soeben herausgearbeiteten Sinne zu verstehenden Botschaft im Kontext ihrer konkreten Verwendung das Potenzial zukam, Dritte im beschriebenen Sinne zu Aggressionshandlungen anzustacheln. Der BGH bejaht auch diese Frage – wiederum mit einer Doppelbegründung, die nur zur Hälfte überzeugt.

Zum einen, so der BGH, habe sich das LG Köln nachvollziehbar davon überzeugt, dass die Verbreitung der Karikatur geeignet war, „gewalttätige Reaktionen derjenigen hervorzurufen, die sich als Opfer der Coronaschutzmaßnahmen sahen und sich insbesondere nicht gegen das Virus impfen lassen wollten.“³⁷ Für diese Annahme spräche insbesondere „die politische Situation und die Stimmungslage in der Bevölkerung zum Tatzeitpunkt.“³⁸ Diese Sehweise, die derjenigen des BayObLG in der Parallelentscheidung zu derselben Karikatur entspricht,³⁹ ist, gerade auch bei rückblickender Betrachtung, plausibel: Seinerzeit bestand eine aufgeheizte Stimmungslage und die öffentliche Debatte um die Ange-

Hinsehen: drei, Anm. d. Verf.] schwarz uniformierten Männer mit überdimensionierten Spritzen sind zweifelsfrei als Repräsentanten eines staatlichen Sicherheitsapparates gezeichnet.“

²⁷ *Hörnle*, JZ 2025, 732 (733); *Fahl*, JR 2025, 457 m. Fn. 3.

²⁸ So *Hörnle*, JZ 2025, 732 (733). Die sog. Laborthese ist wohl zumindest zeitweise vom BND als die plausibelste These zum Virus-Ursprung betrachtet worden, vgl. BT-Drs. 21/742.

²⁹ In der Bildsprache des Urhebers handelt es sich um eine beständig wiederkehrende charakteristische Karikierung von Angela Merkel, vgl. exemplarisch die Karikaturen „Karriereentscheidende Frage“ aus dem Jahr 2012 (t1p.de/7ikvf) und „Steuerdeppen“ aus dem Jahr 2011 (t1p.de/am9z8 [6.12.2025]).

³⁰ Abrufbar unter der in Fn. 13 genannten URL.

³¹ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 20 = BeckRS 2025, 8182.

³² Näher dazu *Blume*, Für Freiheit – und Antisemitismus? Verschwörungsmythologische Tendenzen in der Corona-Krise, KAS-Paper v. 31.8.2020, S. 3, abrufbar unter t1p.de/5o98y (6.12.2025); *Högele*, Die Zeit v. 30.5.2020, t1p.de/0tscv

(6.12.2025); *Simmank*, Zeit online v. 8.6.2020, t1p.de/n4aw8 (6.12.2025).

³³ Bspw. thematisiert von den in der Vorfußnote Genannten nur *Högele*, dass (und warum) die Bezugnahme auf Bill Gates ein spezifisch antisemitischer Verschwörungsmythos sei.

³⁴ *Fahl*, JR 2025, 457.

³⁵ Dazu exemplarisch BVerfG, NJW 2022, 680 ff. (zu § 185 StGB); BVerfG, NJW 2001, 61 (62); BayObLG, Urt. v. 3.2.2025 – 203 StRR 573/24, Rn. 31 ff. = BeckRS 2025, 6755 (beide jew. zu § 130 StGB).

³⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 16 = BeckRS 2025, 8182.

³⁷ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 15 = BeckRS 2025, 8182.

³⁸ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 16 = BeckRS 2025, 8182.

³⁹ BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, Rn. 44, 46 = BeckRS 2023, 4591.

messenheit der staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie (Maskenpflicht, Kontaktbeschränkungen, Schulschließungen usw.) wurde intensiv und kontrovers geführt. Speziell das aggressive Auftreten von frustrierten und unzufriedenen Realitätsverweigerern (sog. Corona-Leugnern und Querdenkern), die Verschwörungstheorien verbreiteten und sich als legitime Widerstandskämpfer gegen den vermeintlich diktatorischen Staat gerierten, führte zu Ausschreitungen bei Demonstrationen, die im August 2020 sogar in einem Sturm auf den Reichstag gipfelten. Vor diesem Hintergrund kann dem BGH darin zugestimmt werden, dass der Verbreitung polemisch-verschwörungsideologischer Karikaturen wie der hier in Rede stehenden im Frühjahr 2020 das Potenzial innewohnte, zur (wenig später tatsächlich eingetretenen⁴⁰) „antidemokratischen Radikalisierung“ der Corona-Proteste⁴¹ beizutragen bzw. den Nährboden für Gewalt zu bereiten, die sich auch vorbeugend gegen einen staatlichen Impfwang wendet. Insoweit ist die Friedensstörungseignung der Karikaturverbreitung zu bejahen. Analytisch zerlegt in die Wunsiedel-Kriterien: Die von der Karikatur potenziell zum Gewalthandeln aufgehetzte Gruppe bestand im irrational-hysterischen Teil der Coronamaßnahmen-Kritiker; die Gruppe derjenigen, die infolgedessen potenziell eingeschüchtert werden konnte, setzte sich zusammen einerseits aus den möglicherweise Angriffen ausgesetzten Repräsentanten des Staates (z.B. Gesundheitsamtsmitarbeitern oder Angehörigen der Bundestagspolizei), andererseits aus denjenigen Privatpersonen, die zur Durchsetzung der gesetzlichen Corona-Schutzmaßnahmen berufen waren (z.B. Verkäufer, die die Einhaltung der Maskenpflicht in ihren Geschäftsräumen durchsetzen mussten⁴²).

Nicht überzeugend ist hingegen das zweite Standbein der BGH- (und auch der BayObLG-)Argumentation zur Friedensstörungseignung. Vermutlich – Genauerer erfährt man nicht – anknüpfend an die Interpretation der Karikatur, diese erzähle den antisemitischen Verschwörungsmythos einer jüdischen Finanzelite, die aus Profitgier das Coronavirus bzw. den Mythos seiner Existenz überhaupt erst erschaffen habe, gehen BGH und BayObLG davon aus, die Verbreitung der gegenständlichen Äußerung sei auch dazu geeignet gewesen, ein gewaltsames Vorgehen der Coronamaßnahmen-Kritiker gegen die in Deutschland lebenden Nachkommen der Holocaustopfer zu provozieren (und – spiegelbildlich dazu – bei diesen

ein „Klima der Angst und Verunsicherung zu verbreiten“).⁴³ Abgesehen davon, dass bereits die zugrunde liegende (Zusatz-)Interpretation der Karikatur nicht überzeugt (s.o.), findet sich weder beim BGH noch beim BayObLG irgendein nachvollziehbares Argument für die Annahme, dass sich der von der Karikatur bezweckte Aufruf zum vorbeugenden Widerstand gegen eine staatliche Impfpflicht realistisch-weise zugleich als potenziell gefährlicher Appell zu Gewalthandlungen gegen in Deutschland lebende Juden erweisen könnte. Tatsächlich sind nachfolgend auch keine entsprechenden Gewalthandlungen oder -aufrufe gegen diese Bevölkerungsgruppe bekannt geworden. Zutreffend bezeichnet *Schwarz* diesen Teil des BGH-Beschlusses als „obskur“.⁴⁴ Der Hintergrund für diese unmotiviert angeflanscht wirkenden Passagen zur Friedensstörungseignung mag freilich darin zu suchen sein, dass auch BGH und BayObLG gedämmert haben wird, ohne die Feststellung einer manifesten Beeinträchtigung jüdischer Belange eine verfassungsrechtlich haltbare Strafbarkeit nicht begründen zu können (näher dazu sogleich).

2. Verharmlosen des Holocaust

a) Eine umstrittene Rechtsfrage

Die zentrale Rechtsfrage,⁴⁵ um die es in dem Beschluss geht, ist die, ob das Merkmal „verharmlosen“ auch in Fällen nicht-geschichtsrevisionistischer Bezugnahmen erfüllt sein kann. Konkret geht es darum, ob ein Verharmlosen des Holocaust⁴⁶ auch dann anzunehmen ist, wenn nicht die Unrechtsdimension der Shoa als solche kleingeredet wird, sondern die Unrechtsdimension eines Gegenwartsphänomens in Gestalt einer wertungsmäßigen Gleichsetzung mit dem in seiner Unrechtsdimension jedoch anerkannten Holocaust grotesk übertrieben wird.

In Wissenschaft und Praxis gibt es viele Stimmen, die Holocaust-vergleichende Leidübertreibungen, bspw. durch die Verwendung von „Ungeimpft“- (Juden-)Sternen, bereits deshalb *nicht* als tatbestandliches Verharmlosen des Holocaust betrachten, weil der mit einer Holocaust-Analogie zum Ausdruck gebrachte Gedanke (hier: Corona-Schutzmaßnahmen als illegitime Eingriffe in Menschenrechte) denknötwendig voraussetzt, dass das Unrecht des Holocaust als solches gerade ohne Abstriche anerkannt wird.⁴⁷ Dieses Argument ist

⁴⁰ Dazu, dass eine später tatsächlich eingetretene erhebliche unruhestiftende Wirkung als gewichtiges Indiz für die vorherige Eignung zur Friedensstörung herangezogen werden kann, *Anstötz* (Fn. 17), § 130 Rn. 86.

⁴¹ Eingehend dazu *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl. 2022, S. 345 ff.

⁴² *Schwarz*, *KriPoZ* 2024, 383 (393), verweist auf den Fall eines Tankstellenkassierers, der 2021 von einem Kunden erschossen worden war, weil dieser, um sich gegen die aus seiner Sicht völlig verfehlte Corona-Politik zur Wehr zu setzen, ein „Exempel statuieren“ wollte; näher dazu LG Bad Kreuznach, Urt. v. 13.9.2022 – 1 Ks 1041 Js 12424/21, unter <https://openjur.de/u/2449852.html>.

⁴³ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 17 = BeckRS 2025, 8182; BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, Rn. 45 = BeckRS 2023, 4591.

⁴⁴ *Schwarz*, *NStZ* 2025, 549 (552); a.A. *Kuhli/Welling*, *ZJS* 2025, 977 (984), die dem BGH insoweit zustimmen.

⁴⁵ Dass es sich um eine Rechtsfrage handelt, betont auch *Hörnle*, *JZ* 2025, 732 (734).

⁴⁶ Dazu, dass eine KZ-Tor-Darstellung als Holocaust-Synonym das Merkmal einer Tat nach § 6 VStGB erfüllt, *Hoven*, *KriPoZ* 2025, 10 (13).

⁴⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.2.2023 – 1 Ss 166/22, Rn. 10 = BeckRS 2023, 43769; OLG Oldenburg, Urt. v. 16.10.2023 – 1 ORs 46/23, Rn. 23 f. = BeckRS 2023, 30330; *Hörnle*, *JZ* 2025, 732 (734 f.); *Hoven/Obert*, *NStZ* 2022, 331

zwar, wie sogleich zu zeigen ist, keineswegs zwingend. Aber die gegenläufige (also das Verharmlosen bejahende) Ansicht des BGH ist aus mehreren Gründen enttäuschend und letztlich nicht überzeugend.⁴⁸ Zum einen bereits deshalb, weil der BGH gar nicht erkennt, dass es sich um eine Rechtsfrage handelt (der 3. Strafsenat geht von einer Tatfrage aus).⁴⁹ Zum anderen lässt der BGH systematische Argumente außer Acht und verkennt die verfassungsrechtlichen Legitimationsbedingungen für die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch Sonderrecht. Im Einzelnen:

b) Gesetzesbegründung, Wortlaut und Systematik

Die 1994 nach langer legislatorischer Vorgeschichte⁵⁰ eingeführte Strafbarkeit der Billigung, Leugnung und Verharmlosung des Holocausts hatte erklärmaßen die Kriminalisierung geschichtsrevisionsistischer Äußerungen zum Ziel, namentlich die (quantitative oder qualitative) Bagatellisierung des Völkermordes an den europäischen Juden⁵¹ durch leiduntertreibende Behauptungen wie die, KZ-Internierungen seien in Wahrheit freiwillige Bootcamp-Aufenthalte oder jedenfalls gar nicht so schlimm gewesen. Von der Kriminalisierung leidübertriebender Holocaust-Vergleiche à la „dass Ungeimpfte kein Restaurant betreten dürfen, ist genauso schlimm wie die schrecklichen Massenhinrichtungen im KZ“ war im Gesetzgebungsprozess hingegen nicht die Rede gewesen. Das spricht eher gegen die vom BGH favorisierte Auslegung.

Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber auf eine nähere Konturierung des von § 130 Abs. 3 StGB erfassten Unrechts gerade verzichtet und lediglich vage davon gesprochen hat, die Norm solle, über das Unrecht der Kollektivbeleidigung von Juden hinaus, eine „Vergiftung des politischen Klimas“ verhindern.⁵² Unklar ist, was genau eine „politische Klimavergiftung“ ausmacht und wie diese sich von der – nach der Ansicht des BVerfG die Strafflegitimation gerade *nicht* tragenden – „Vergiftung des geistigen Klimas“ unterscheidet. Eine eindeutige Auslegungsanweisung für die hier interessierende Frage lässt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte jedenfalls schwerlich gewinnen.

Für die vom BGH favorisierte Ansicht lassen sich hingegen Wortlaut und Gesetzssystematik anführen. § 130 StGB unterscheidet zwischen verschiedenen Graden des Verharmlosens von Völkermorden, nämlich dem einfachen (in Abs. 3) und dem gröblichen (in Abs. 5). Dies spricht dafür, den Begriff bei Abs. 3 tendenziell weit, bei Abs. 5 dagegen eher eng auszulegen. Die gewählte Auslegung des BGH in der kommentierten Entscheidung könnte man daher als geboten weite Interpretation des Verharmlosens bei Abs. 3 verstehen. Sie ist zudem wortlautkonform. Denn der die Tathandlung

beschreibende Begriff „verharmlosen“ ist perspektivabhängig – und damit mehrdeutig. Er kann durchaus auch so verstanden werden, dass er nicht nur das ausdrückliche Bagatellisieren des Holocaust durch böswillige Leiduntertreibung, sondern auch durch grotesk leidübertriebende Holocaust-Vergleiche erfasst. Solche kann man bei offenkundiger Abwegigkeit des Vergleichs⁵³ gewiss ohne Sprachvergewaltigung als („mittelbares“⁵⁴ oder „konkludentes“⁵⁵) Verharmlosen des Holocaust bezeichnen, selbst wenn der Äußernde dabei klar zum Ausdruck bringt, den Holocaust als schwerwiegendes Unrecht anzuerkennen. Allein die (abwegige) Behauptung von Unrechtsäquivalenz geht – zumindest von einem rational-objektiven, d.h. einem die geringe Unrechtsdimension des Bezugsphänomens (hier: der Corona-Schutzmaßnahmen⁵⁶) anerkennenden Standpunkt aus betrachtet – gedanklich untrennbar mit einer Bagatellisierung der Unrechtsdimension des Holocaust einher.⁵⁷

Diese Deutung des Verharmlosungsmerkmals ist zumal dann plausibel, wenn man – wie insbesondere das BayObLG und der EGMR – das Unrecht der Holocaustleugnung, -billigung bzw. -verharmlosung als gesteigerte Form der Kollektivbeleidigung von Nachfahren der seinerzeit verfolgten Juden interpretiert,⁵⁸ die deshalb strafwürdig ist, „weil sie Würde und Ansehen der Überlebenden sowie insbesondere der Ermordeten und ihrer Angehörigen in einem für das ganze Gemeinwesen unerträglichen Maße tangier[t]“ und infolgedessen „zur Vergiftung des politischen Klimas geeignet [ist]“. ⁵⁹ Denn es hat *aus der Perspektive von Nachfahren der Holocaustopfer* durchaus etwas Herabwürdigendes, wenn die Menschenwürdeverletzungen in den Konzentrationslagern in ihrer Leid- und Unrechtsdimension mit vergleichsweise bagatelhaften Grundrechtseingriffen wie bspw. mit infolge individuell abgelehnter Corona-Schutzmaßnahmen entgange-

(334); Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 130 Rn. 21.

⁴⁸ Abl. auch Fahl, JR 2025, 457 (459 f.); Hörnle, JZ 2025, 732 (735).

⁴⁹ Dies wird kritisiert von Fahl, JR 2025, 457 (458).

⁵⁰ Ausf. Zimmermann (Fn. 19), S. 78 ff.

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 12/8588, S. 8 i.V.m. BT-Drs. 9/2090, S. 7 f. und BT-Drs. 10/1286, S. 9.

⁵² BT-Drs. 12/8588, S. 8.

⁵³ Rackow, ZIS 2010, 366 (373), spricht von einer „qualifiziert gesteigerte[n] inhaltliche[n] Sachwidrigkeit des Vergleichs“.

⁵⁴ Rackow, ZIS 2010, 366 (373).

⁵⁵ BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, Rn. 22 = BeckRS 2023, 4591.

⁵⁶ Dazu nur KG, Urt. v. 13.2.2023 – (2) 121 Ss 140-22 (44-22), Rn. 10 = BeckRS 2023, 16503: „Die Situation ungeimpfter Personen während der Corona-Pandemie ist nicht einmal ansatzweise mit der von Gefangenen in Konzentrationslagern unter der Herrschaft der Nationalsozialisten vergleichbar [...]. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass ungeimpfte Personen in Deutschland weder einer derartigen Verfolgung noch gar der Ermordung ausgesetzt sind.“

⁵⁷ Grundlegend Rackow, ZIS 2010, 366 (369 ff.); gleichsinnig BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, Rn. 28 = BeckRS 2023, 4591; KG, Urt. v. 13.2.2023 – (2) 121 Ss 140-22 (44-22), Rn. 11 = BeckRS 2023, 16503; Schwarz, KriPoZ 2024, 383 (390 f.).

⁵⁸ Vgl. EGMR NJW 2023, 1929 Rn. 14: § 130 Abs. 3 StGB sei ein „verhältnismäßiges Mittel, um das Ansehen der Opfer und Überlebenden des Holocaust, ihrer Familien und der heute in Deutschland lebenden Juden zu schützen.“

⁵⁹ BayObLG, Beschl. v. 25.6.2020 – 205 StRR 240/20, Rn. 5 = BeckRS 2020, 52510.

nen Urlaubsfreuden gleichgesetzt werden.⁶⁰ Der Verbotsgehalt der Verharmlosungsvariante besteht nach dieser Ansicht also (auch) darin, „dass der Holocaust kein beliebig instrumentalisierbares Vergleichsmaß für aktuelle politische Kritik“ sein darf.⁶¹

Eine Nebenfolge dieser Lesart des Verharmlosens besteht darin, dass der Friedensstörungseignung keine über eine Ausfilterung von Äußerungen ohne Anreizwirkung hinausgehende Bedeutung zukommt, insbesondere die Friedensstörungseignung inhaltlich nicht mit dem Beleidigungsunrecht im Zusammenhang zu stehen braucht. Eine wichtige – und für die Strafbarkeit im hier besprochenen Fall entscheidende – Konsequenz dieser Interpretation von § 130 Abs. 3 StGB als klimavergiftendes Ehrdelikt besteht somit darin, dass es unerheblich ist, wenn die mit der Verharmlosung beleidigte Gruppe (das sind stets die Holocaustopfer und ihre Nachfahren) nicht identisch ist mit derjenigen Gruppe, die Gewalttaten der aufgehetzten Äußerungsadressaten befürchten muss (hier also diejenigen, die mit der Aufrechterhaltung der Ordnung bzw. der Durchsetzung der Corona-Regeln betraut sind).⁶² Auch diese Konsequenz ist systematisch nicht unstimmt: Während nämlich § 130 Abs. 5 StGB ausdrücklich voraussetzt, dass eine Völkermordverharmlosung *zusätzlich* zur Störung des öffentlichen Friedens dazu geeignet sein muss, zu Hass oder Gewalt gerade gegen die Gruppe der Opfer(nachfahren) des konkret verharmlosten Völkermordes anzustacheln, fehlt dieses Zusatzanforderung bei Abs. 3. Damit liegt der Umkehrschluss nahe, dass die Friedensstörungseignung unabhängig zu bestimmen ist von der Eignung, die Äußerungsadressaten zu Gewalttaten gegen die mit der Verharmlosung beleidigte Gruppe anzustacheln – und es mithin bei Absatz 3 auf die zuletzt genannte Eignung nicht ankommt.

c) Verfassungsrecht

Dennoch ist die vom BGH vorgenommene extensive Auslegung aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen. Holocaust-Vergleiche der hier in Rede stehenden Art genießen – anders als plumpe Holocaust-Leugnungen, die als bewusste Verbreitung falscher Tatsachenbehauptungen⁶³ vom Schutz durch die Meinungsfreiheit nicht gedeckt sind⁶⁴ – den besonderen Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁶⁵ Dies erkennt der BGH in der besprochenen Entscheidung (zumindest verbal) auch an.⁶⁶ Einschränkungen der Meinungsfreiheit, insbesondere durch Kriminalisierung einer Äußerung, sind nach posi-

tivem Verfassungsrecht nur durch ein allgemeines Gesetz statthaft, Art. 5 Abs. 2 GG. § 130 Abs. 3 GG ist jedoch infolge seiner tatbestandlichen Verengung auf spezifische NS-Verbrechen in den Jahren 1933–1945 nach neuerer Rspr. kein allgemeines Gesetz in diesem Sinne.⁶⁷ Gleichwohl hat das BVerfG zuerst zu § 130 Abs. 4 StGB (Verherrlichung der NS-Gewalt- und Willkürherrschaft),⁶⁸ später in mehreren Kammerentscheidungen auch zu § 130 Abs. 3 StGB,⁶⁹ entschieden, dass auch diese sonderrechtlichen Strafnormen ausnahmsweise eine Beschränkung der Meinungsfreiheit legitimieren können. So sei nämlich „[v]on dem Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gemäß Art. 5 Abs. 2 GG [...] eine Ausnahme anzuerkennen für Vorschriften, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen.“⁷⁰ Gemessen an diesen verfassungsgerichtlichen Maßstäben kann die vom BGH vorgenommene extensive Deutung des Verharmlosens eine sonderrechtliche Einschränkung der Meinungsfreiheit nicht legitimieren. Zutreffend deutet *Hörnle* an, dass auch grob abwegige Holocaust-Vergleiche, solange sie auf der Prämisse beruhen, dass der Völkermord durch die Nationalsozialisten ein schreckliches Unrecht gewesen ist, keine „propagandistische Affirmation“ der NS-Gewalt- und Willkürherrschaft darstellen können.⁷¹ Das sei näher aufgeführt:

Es ist nicht klar, wie das erwähnte Postulat einer verfassungsimmanenten Schranke der Meinungsfreiheit im Detail zu begründen ist. Einerseits lässt sich generell argumentieren, dass „[d]ie deutsche Politik [...] wegen des hier organisierten scheußlichsten Massenmordes der Geschichte [...] eine weltweit singuläre Pflicht zur besonderen Sensibilität gegenüber allen jüdischen Belangen [hat].“⁷² Auf dieser Basis kann man § 130 Abs. 3 StGB als Norm zur Gewährleistung einer gerechten Erinnerungskultur interpretieren;⁷³ ihr Zweck besteht dann darin, das kulturelle Gedächtnis als Grundlage der nationalen Identität Deutschlands dadurch zu pflegen, dass

⁶⁰ Vgl. BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, Rn. 41 = BeckRS 2023, 4591.

⁶¹ So *Pfeiffer*, CR 2025, R73 (R74).

⁶² So ausdrücklich *Roth*, GSZ 2022, 123 (128); *Schwarz*, KriPoZ 2024, 383 (393).

⁶³ Die Unrechtsdimension des Holocaust stellt eine „offenkundige“ (BVerfG NJW 1982, 1803) bzw. „feststehende historische Tatsache“ (EGMR NJW 2004, 3691 [3692]) dar.

⁶⁴ BVerfGE 90, 241 (249 f.).

⁶⁵ *Hörnle*, JZ 2025, 732 (734 f.).

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24, Rn. 7 = BeckRS 2025, 8182.

⁶⁷ BVerfG NJW 2018, 2861 Rn. 21; vgl. auch BVerfGE 124, 300 (325) (in Bezug auf § 130 Abs. 4 StGB); a.A. noch BVerfGE 111, 147 (155), wo § 130 StGB a.F., der bereits den heutigen Abs. 3 enthielt, pauschal als allgemeines Gesetz bezeichnet wird; ebenso (zu § 130 Abs. 4 StGB) BVerfGE 131, 216. Näher dazu *Degenhart*, JZ 2010, 306, (307 ff.).

⁶⁸ BVerfGE 124, 300 (327 ff.).

⁶⁹ BVerfG NJW 2018, 2858 Rn. 23; BVerfG NJW 2018, 2861 Rn. 16.

⁷⁰ BVerfGE 124, 300 (328).

⁷¹ *Hörnle*, JZ 2025, 732 (735); a.A. *Kubiciel*, JZ 2025, 918 (924 in Fn. 67).

⁷² So *Merkel*, SZ v. 30.8.2012, abrufbar unter www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055 (6.12.2025); ähnl. *ders.*, im Interview mit Deutschlandfunk v. 23.8.2021, www.deutschlandfunk.de/staatsrechtler-beschneidung-von-jungen-ist-religioeses-100.html (6.12.2025).

⁷³ Ausf. *dos Santos Lopes*, ZfIStw 3/2025, 372 (374 ff.); der Sache nach auch *Ostendorf/Kuhli*, in: Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 130 Rn. 4a.

geschichtsrevisionistische Bemühungen, die den Angehörigen der Opfergruppe die reale Möglichkeit erneuter Exklusion vermitteln könnten, verboten sind. Eine Konsequenz dieser Deutung liegt darin, dass der potenzielle Erfolg der tatbestandlichen Handlung des § 130 Abs. 3 StGB, also die Friedensstörung, zwingend als Bedrohung der in Deutschland lebenden Juden durch Gewaltakte der aufgehetzten Äußerungsadressaten gedeutet werden muss.⁷⁴ Diese Voraussetzung ist im zugrundeliegenden Fall – entgegen der im Wortsinn unbegründeten Annahme des BGH – allerdings gerade nicht erfüllt.

Das BVerfG selbst begründet die Sonderrechtsausnahme zur Einschränkung der Meinungsfreiheit hingegen nicht unter ausdrücklicher Bezugnahme der Schutzwürdigkeit speziell jüdischer Belange, sondern allgemeiner, nämlich mit der „identitätsprägenden Bedeutung der deutschen Geschichte“⁷⁵ bzw. konkret dem Umstand, dass „[d]as Grundgesetz [...] weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden [kann] und [...] von seinem Aufbau bis in viele Details hin darauf ausgerichtet [ist], aus den geschichtlichen Erfahrungen zu lernen und eine Wiederholung solchen Unrechts ein für alle Mal auszuschließen.“⁷⁶ Daraus leitet das BVerfG ab, dass ausnahmsweise auch solche Meinungsäußerungen sonderrechtlich kriminalisiert werden können, die eine gefährliche „propagandistische Gutheißung“ der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft bzw. eine „Befürwortung dieser Herrschaft“ beinhalten.⁷⁷ Auch auf der Basis dieser Deutung der Sonderrechtsausnahme verfehlt die extensive Auslegung des Verharmlosungsmerkmals durch den BGH die erforderlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsbedingungen einer Beschränkung der Meinungsfreiheit durch Anti-NS-Sonderrecht. NS-Unrecht gutzuheißen bedeutet, ihm Beifall zu spenden.⁷⁸ Provozierend-geschmacklose Holocaust-Bezugnahmen à la „Ungeimpft-Stern“ und „Impfen macht frei“ spenden aber der NS-Herrschaft keinen Beifall. Selbst wenn der Äußernde dabei eine Kränkung der Holocaustopfernachfahren bewusst in Kauf nimmt, ist dies keine „Gutheißung“ oder „Befürwortung“ des Nazi-Unrechts, sondern bloß Ausdruck „grenzenloser Dummheit“⁷⁹.

Wie man es also dreht und wendet: Leidübertreibende Holocaust-Vergleiche nach Art des vom BGH verhandelten mögen eine empörende Respektlosigkeit gegenüber den Völkermordopfern und ihrer Nachfahren sein. Solche Meinungsäußerungen unter § 130 Abs. 3 GG zu subsumieren ist gleichwohl, zumindest sofern man die bundesverfassungs-

gerichtlich abgesteckten Rahmenbedingungen akzeptiert, verfassungswidrig.⁸⁰

⁷⁴ I.d.S. *dos Santos Lopes*, ZfIStw 3/2025, 372 (373, 377 f.).

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 23 = BeckRS 2018, 17064.

⁷⁶ BVerfGE 124, 300 (328).

⁷⁷ BVerfGE 124, 300 (329).

⁷⁸ Vgl. exemplarisch BayObLG NStZ 2024, 498 Rn. 12.

⁷⁹ Formulierung nach *Fischer-Lescano*, VerfbloG v. 15.9.2023, abrufbar unter verfassungsblog.de/impfung-macht-frei-als-sachkritik/ (6.12.2025), der aber eine Strafbarkeit aus § 130 Abs. 3 StGB befürwortet.

⁸⁰ Dies anerkennt auch *Roth*, GSZ 2022, 123 (128), der allerdings die Übertragung der in der Wunsiedel-Entscheidung zu § 130 Abs. 4 StGB entwickelten „strengen verfassungsrechtlichen Leitplanken“ auch auf § 130 Abs. 3 StGB (durch die in Fn. 69 genannten Kammerentscheidungen) für verfehlt hält. Seiner Argumentation kann hier nicht näher nachgegangen werden. Nicht belastbar ist aber seine Interpretation, die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen eine BayObLG-Entscheidung zu einem leidübertreibenden Holocaust-Vergleich durch einen sich von der Staatsmacht verfolgt wahnenden AfD-Anhänger (BVerfG, Beschl. v. 21.9.2021 – 1 BvR 1787/20 = BeckRS 2021, 38103 [zu BayObLG, Beschl. v. 25.6.2020 – 205 StRR 240/20 = BeckRS 2020, 52510]) könne als „inhaltliche Abkehr von der früheren [Kammer-]Entscheidung“ gedeutet werden. Da die Nichtannahme ohne Begründung erfolgt ist, lässt sich über ihre Gründe nicht sinnvoll spekulieren.

Die mittelbare Täterschaft ist ihrem objektiven Tatbild nach Teilnahme (in Form von Anstiftung oder Beihilfe) an der Tat eines anderen. Begründet wird die mittelbare Täterschaft allein durch ein Verantwortlichkeitsdefizit des Vordermanns. Beim assistierten Suizid ist der teilnehmende Arzt Garant für ein eigenverantwortliches Handeln des Sterbewilligen.

I. Problemstellung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung wurde in den letzten Jahren mehrmals mit Konstellationen der Sterbehilfe konfrontiert, in denen sich die Frage stellte, ob die mehr oder weniger tatkräftige Förderung und Unterstützung eines Suizids die Voraussetzungen einer straflosen Beihilfe oder eines Totschlags, begangen in mittelbarer oder unmittelbarer Täterschaft, erfüllt. Abgrenzungsfragen in diesem Bereich erregen nicht nur wegen ihrer sozialpolitischen Bedeutung besondere Aufmerksamkeit, sondern sind auch strafrechtlich brisant, da sie die Grenze zwischen Straflosigkeit und schwerer Kriminalität zum Gegenstand haben. Es versteht sich, dass die Abgrenzungslinie hier möglichst trennscharf und nach klaren Kriterien zu ziehen sein sollte, da es für die Beteiligten unschwer vorhersehbar sein muss, unter welchen Voraussetzungen sie sich auf strafbares Terrain begeben könnten. Dabei sollte nicht unbeachtet bleiben, dass Sterbehilfe trotz der hier tangierten Delikte schwerster Kriminalität von den Beteiligten oft als Beistand mit hohem moralischem Anspruch geleistet wird.

Auch wenn es nur ein kleiner Schritt sein mag, der aus einem Sterbehelfer einen Straftäter macht, ist doch die Gesetzeslage, zumindest auf den ersten Blick, in einem Punkt recht klar: Wer sich in einer Weise verhält, die unter die Beschreibung „einen Menschen töten“ fällt, also den Tod eines anderen Menschen unmittelbar herbeiführt, verwirklicht den Tatbestand des Totschlags.¹ Diese Tat mag unter besonderen Umständen privilegiert (§§ 213, 216 StGB) oder gerechtfertigt sein, aber die Tatbestandsmerkmale sind unschwer zu verifizieren. Deutlich schwieriger ist die Situation zu beurteilen, in denen der Sterbehelfer eine Situation vorbereitet, etwa eine tödlich wirkende Infusion legt, die es einem Suizidenten ohne Weiteres ermöglicht, sich durch eigenes Verhalten das Leben zu nehmen, im Beispiel: die Infusion in Gang zu setzen.² Hier ist die Strafbarkeit des Sterbehelfers nicht schon die Konsequenz seines äußeren Verhaltens, denn das Tatbild entspricht demjenigen einer Beihilfe, die als solche keinen Deliktstatbe-

stand erfüllt. Strafbar ist die Förderung eines Suizids vielmehr nur unter der Voraussetzung, dass der Sterbewillige nicht selbst in vollem Umfang für die Herbeiführung seines Todes verantwortlich ist. Von der Feststellung eines Verantwortlichkeitsdefizits hängt es also bei dieser Konstellation ab, ob der Sterbehelfer durch seine Förderung und Unterstützung eines Suizids die Voraussetzungen eines Totschlags in mittelbarer Täterschaft begangen hat oder nicht.

Soweit es im Problembereich der Suizidbegleitung um die Strafbarkeit eines Dritten, eines Sterbehelfers, wegen Totschlags durch Begehen geht, sind folglich zwei Weggabelungen von Bedeutung. Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob der Tod des Suizidenten unmittelbar durch dessen eigenes Verhalten oder durch das Verhalten des Dritten herbeigeführt wurde, ob also von einer unmittelbaren Selbsttötung oder unmittelbaren Fremdtötung auszugehen ist. Im Falle einer Selbsttötung stellt sich die weitere Frage, ob der Sterbewillige in vollem Umfang eigenverantwortlich aus dem Leben geschieden ist, mit der Folge, dass der Dritte in erlaubter Weise Hilfe geleistet hat, oder ob die Teilnahme des Dritten wegen der vom Suizidenten nicht voll zu verantwortenden Selbsttötung für die Tat als mittelbare Täterschaft anzusehen ist.

Die erste der beiden genannten Fragen stellt sich im Kontext der Sterbehilfe insbesondere mit Blick auf die Anwendbarkeit von § 216 StGB, also hinsichtlich solcher Fälle, in denen der Dritte auf Verlangen des Sterbewilligen aktiv an dessen Tötung mitwirkt. Der hiermit verbundenen Problematik sei zunächst kurz nachgegangen. Dem schließen sich Überlegungen zu der zweiten Abgrenzungsfrage an, die in Fällen virulent wird, in denen eine Selbsttötung des Sterbewilligen zwar anzunehmen ist, aber offen ist, ob der Dritte für dieses Verhalten unter den Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft zuständig ist.³

II. Abgrenzung zwischen Totschlag in unmittelbarer Täterschaft und Teilnahme

1. Rechtliche Ausgangslage

Die Selbsttötung eines Sterbewilligen ist nach deutschem Recht straflos. Auch kann er, als notwendig Beteiligter, nicht in strafbarer Weise an Taten teilnehmen, bei denen er durch fremde Hand den Tod findet. Allerdings kann aus der Straflosigkeit solcher Verhaltensweisen nicht auf deren Rechtmäßigkeit geschlossen werden. Unter der Voraussetzung, ein

* Der Verf. ist emeritierter Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Das Problem einer Medikation, die anderen Zwecken, etwa einer Schmerzlinderung, dient, aber ein gewisses Todesrisiko als Nebenfolge birgt, sei im Folgenden ausgeklammert; näher zu dieser sog. indirekten Euthanasie Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 37; Verrel, GuP 2016, 45 (48), jew. m.w.N.

² Zu einer solchen Fallkonstellation BGH NSTZ 2025, 480.

³ Auf die umfangreichen Bemühungen von Rechtsprechung und Literatur, sachgerechte Lösungen in diesem höchst inkriminanten Problembereich zu finden, kann naturgemäß auch nicht ansatzweise angemessenen eingegangen werden. Die nachfolgenden Überlegungen verfolgen nur das bescheidene Ziel, auf die bildhafte Sprache aufmerksam zu machen, mit der die zugrundeliegenden einfachen dogmatischen Strukturen unnötig vernebelt werden.

Suizid sei zwar straflos, aber rechtswidrig,⁴ wäre nicht nur die unmittelbare Tötung eines Sterbewilligen, sondern auch jede Form der Teilnahme an einem Suizid rechtswidrig.⁵ Diese Rechtsauffassung wurde vom BGH noch im Jahre 2001 explizit vertreten:

„Die Rechtsordnung wertet eine Selbsttötung [...] – von äußersten Ausnahmefällen abgesehen – als rechtswidrig, stellt die Selbsttötung und die Teilnahme hieran lediglich straflos.“⁶

Entsprechend wäre es als rechtswidrige Tötung durch Unterlassen anzusehen, wenn ein Dritter in Garantenstellung einen Suizid nicht verhindert, obgleich ihm dies möglich wäre. Denn von der Pflicht, einen Suizid zu verhindern, könnte ihn der zu beschützende Sterbewillige aufgrund seines eigenen rechtswidrigen Verhaltens nicht rechtserheblich entbinden. In diesem Sinne heißt es in einer früheren Entscheidung des BGH:

„Der Satz ‚volenti non fit iniuria‘ verliert hier um deswillen seinen Sinn, weil der Selbstmörder nicht befugt ist, aus eigenem Willensentschluss über sein Leben zu verfügen.“⁷

Die Abkehr von dieser Rechtsprechung nahm ihren Anfang mit einer Entscheidung des BGH im Jahre 2010. Nach ihr soll eine Unterlassung, die auf ausdrücklichen und ernstlichen Wunsch des Sterbewilligen zu einem Behandlungsabbruch führt, nicht mehr als Tötungsdelikt zu ahnden sein.⁸ Diese Wende in der Judikatur beruht, bei gleichbleibender formaler Gesetzeslage, auf einem veränderten Blick auf den Suizid. Er wird nicht mehr im negativen Licht der rechtlichen Missbilligung, sondern im positiven Licht der Privatautonomie⁹ des Sterbewilligen gesehen.¹⁰ Ist der (eigenhändige) Suizid

rechtmäßig, so ist auch jede hierauf gerichtete Unterstützungshandlung im Grundsatz¹¹ rechtmäßig. Die praktisch bedeutsame Frage, wann das Verhalten eines Sterbehelfers noch als Teilnahme und wann es schon als Totschlag anzusehen ist, bedarf damit nach der (formalen) Rechtslage weiterhin einer Antwort. Diese Frage ist wiederum der Frage, ob eine von einem Dritten mit Einwilligung des Sterbewilligen vorgenommene Tötungshandlung unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig sein kann, logisch vorgelagert. Denn eine Einwilligung in einen Totschlag erfordert als Bezugspunkt eine entsprechende Tatbestandsverwirklichung durch fremde Hand. Ob also § 216 StGB die Autonomie des Sterbewilligen, das Wie und Wann des eigenen Lebensendes zu bestimmen, begrenzen kann und darf,¹² kann für die Einordnung der Handlung des Sterbehelfers als Totschlag oder als straflose Unterstützung eines Suizids zunächst dahingestellt bleiben.

Wie wenig solche logischen Distinktionen bisweilen beachtet werden, zeigt ein Urteil des LG Berlin, in dem zu entscheiden war, ob das Verhalten eines sich als Sterbehelfer betätigenden Arztes als Totschlag in mittelbarer Täterschaft oder als straflose Unterstützung eines Suizids anzusehen ist.¹³ In diesem Kontext verneint das Gericht die Anwendbarkeit von § 216 StGB, begangen in mittelbarer Täterschaft, mit dem Argument, der Arzt sei nicht durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Sterbewilligen zur Tötung bestimmt worden. § 216 StGB kann jedoch für Fälle mittelbarer Täterschaft schon aus logischen Gründen nicht in Betracht kommen. Diese Täterschaftsform erfordert notwendig eine Tatbestandsverwirklichung durch fremde Hand, hier also durch den Suizidenten selbst. Setzt deshalb der Sterbewillige die zu seinem Tod führende Bedingung mit eigener Hand, so sind die Voraussetzungen, unter denen er gem. § 216 StGB einen anderen zu dessen eigenhändiger Tötung bestimmen könnte, von vornherein nicht gegeben. Die Frage nach der Eigenverantwortlichkeit der Selbsttötung ist hier ersichtlich irrelevant. Verwirklicht der Arzt dagegen durch sein Verhalten den Tatbestand eines Totschlags, so begeht er bei rechtlich unwirk-

⁴ Eine in der säkularen Aufklärung utilitaristisch begründet Konstruktion, vgl. nur *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1764 (deutsche Übersetzung etwa bei Esselborn [Hrsg.], Über Verbrechen und Strafen, 1905), § 32; *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, § 276 mit rechtshistorischen Hinweisen. Heute liegt sie etwa § 218a Abs. 1 StGB zugrunde.

⁵ Hierzu rechtshistorisch *B. Heinrich*, in: Beckmann u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 539.

⁶ BGHSt 46, 279 (285 f.).

⁷ BGHSt 6, 147 (153).

⁸ BGHSt 55, 191, sowie BGHSt 64, 121 (128 Rn. 26 ff.); 64, 135 (145 Rn. 37); 67, 95 (103 f. Rn. 24 ff.).

⁹ Kritisch zu einem verkürzten Begriff der Privatautonomie *Honneth*, Das Recht der Freiheit, 4. Aufl. 2021, S. 41; vgl. mit Blick auf die Sterbehilfe auch *Kubicel*, in: Beckmann u.a. (Fn. 5), S. 615; *Rixen*, in: Bobbert (Hrsg.), Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit, 2022, S. 251 (257 ff.); *Wils*, in: Bobbert (a.a.O.), S. 303 (309 ff.); *Windhöfel*, in: Böhr/Rothhaar (Hrsg.), Anthropologie und Ethik der Biomedizin, 2021, S. 229 (232 ff., 235 ff.).

¹⁰ Zur Problematik auch *Eser*, in: Beckmann u.a. (Fn. 5), S. 501 (512 ff.); *Hillgruber*, ZfL 2019, 385 (387); *Kuchen-*

bauer, ZfL 2022, 245 ff.; *Sachs*, in: Beckmann u.a. (Fn. 5), S. 641 ff.

¹¹ Unabhängig hiervon besteht die Möglichkeit, bestimmte Unterstützungshandlungen als eigenständige Delikte unter Strafe zu stellen.

¹² Zu Grund und Grenzen dieser Vorschrift aus neuerer Zeit BGHSt 67, 95 (102 f. Rn. 23); *Duttge*, GesR 2022, 642 f.; *Godinho*, GA 2015, 329 (335 ff.); *Göken/Oğlakcioglu*, ZfL 2023, 1 (12 f.); *Grünwald*, JR 2021, 99 (105); *Höfling*, GesR 2021, 351 (354); *Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 667; *Huber/Ruf*, medstra 2021, 135 (141); *Jäger*, JA 2022, 870; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 433; *Kunze*, medstra 2022, 88 (91); *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (514); *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507); *Öz*, JR 2021, 428 (429); *Schütz/Sitte*, GuP 2020, 121 (127 f.); ferner *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 488 ff.; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 216 Rn. 1 ff. m.w.N.

¹³ LG Berlin I, Urt. v. 8.4.2024 – 540 Ks 2/23.

samer Einwilligung des Sterbewilligen einen Totschlag in unmittelbarer Täterschaft.

Dass das Gericht die logische Abfolge von Prüfungsschritten bei seiner Argumentation nicht beachtet, mag veranlasst sein durch die vom BGH vorgegebenen Formel, die Abgrenzung von Totschlag und Beihilfe zum Suizid sei nicht „naturalistisch“, sondern aufgrund einer normativen Betrachtung zu treffen.¹⁴ Diese Formel beruht auf einem Kategorienfehler. Sie erfordert eine Wertung, bevor das Objekt der Wertung überhaupt bestimmt ist. Bevor nicht geklärt ist, wie sich die an einem assistierten Suizid Beteiligten jeweils verhalten haben, können die betreffenden Verhaltensweisen auch nicht normativ qualifiziert werden. Sachgemäß wäre also zu fordern, dass zunächst das Objekt einer normativen Betrachtung „naturalistisch“ ermittelt sein muss, bevor es in nachvollziehbarer Weise den Voraussetzungen einer normativen Regelung subsumiert werden kann. Das Recht schafft sich den Gegenstand seiner Regelungen nicht selbst, sondern beurteilt die tatsächlichen Gegebenheiten nach Maßgabe seiner Sollenordnung.

2. Kausale Abgrenzungskriterien

Für jemanden, der mit der Strafrechtsdogmatik der letzten hundert Jahre nicht vertraut ist, dürfte die Frage, ob sich bei einem begleiteten Suizid der Sterbewillige selbst getötet hat oder ob er von dem Sterbehelfer getötet wurde, schnell und unschwer zu beantworten sein. „Getötet“ hat derjenige von beiden, der durch sein Verhalten den Tod des Sterbewilligen herbeigeführt hat. Das heißt: Umgangssprachlich bedeutet das Verb „töten“, sich so zu verhalten, dass unter den Bedingungen einer gegebenen Situation der Tod eines Menschen unmittelbar herbeigeführt wird.¹⁵ Mit dem Ausdruck „unmittelbar“ werden hierbei konkurrierende tatsächliche oder potenzielle Verhaltensweisen des Handelnden selbst oder Dritter als irrelevant ausgeschieden. Beispielhaft: Wer eine tödliche Menge Gift in einem Glas Wasser auflöst, hat sich *ceteris paribus* noch nicht „getötet“. „Getötet“ hat sich der Betreffende vielmehr erst dann, wenn er das Glas ausgetrunken hat und die eingenommene Menge Gift nun aufgrund seiner körperlichen Verfassung zum Tod führt. Das Präparieren des Giftes und alle diesem Verhalten vorgelagerten Handlungen lassen sich unter dem Aspekt einer Zweck-Mittel-Relation als „Hilfshandlungen“ zur „Haupthandlung“ Töten durch Einnahme des Gifts bezeichnen.

Nicht anders stellt sich die Situation aus umgangssprachlicher Perspektive dar, wenn nicht der Sterbewillige selbst, sondern ein Arzt das Gift in einem Glas Wasser auflöst und dieses zum Trinken bereitstellt. „Töten“ ist, semantisch gesehen, ein Erfolgsverb, bei dem ein Verhalten mit einem Erfolg vermittelt einer kausalen Dadurch-dass-Relation zu einer

Sinneinheit verbunden wird.¹⁶ Daher lässt sich sagen, der Sterbewillige habe sich dadurch getötet, dass er das Glas Gift getrunken hat. Aber es lässt sich nicht sagen, der Arzt habe den Sterbewilligen dadurch getötet, dass er ihm ein Glas mit Gift zum Trinken bereitgestellt hat. Denn die Handlung des Arztes hat *ceteris paribus* nicht hingereicht, den Tod herbeizuführen. Das Verhalten des Arztes ist daher nur eine mehr oder weniger notwendige Hilfshandlung, die dazu beiträgt, dass die Haupthandlung gelingt.¹⁷ Wird die Bedingung, die gesetzt oder beseitigt werden muss, um ein bestimmtes Ereignis herbeizuführen oder zu verhindern, „Ursache“ genannt,¹⁸ so kann ein Verhalten, das *ceteris paribus* den Todeseintritt hinreichend bedingt, als Todesursache angesehen werden.

In der strafrechtlichen Doktrin wird „töten“ zwar auch als „verursachen des Todes“ definiert, aber „verursachen“ wird hierbei nicht als die *ceteris paribus* hinreichende Bedingung, als *conditio per quam*,¹⁹ sondern als notwendige Bedingung, als *conditio sine qua non*, verstanden. Damit ist jedoch jede Möglichkeit, zwischen Haupt- und Hilfshandlungen kausal zu differenzieren, preisgegeben. Denn notwendig für ein bestimmtes Ereignis sind alle Bedingungen, ohne die ein bestimmtes Ereignis nicht eingetreten wäre. Demnach ist auch der Umstand, dass der Sterbewillige vor seinem Tod noch lebendig war, eine Ursache seines Todes. Gravierender noch: Mit notwendigen Bedingungen lässt sich allenfalls feststellen, welche Verhaltensweisen als für den Erfolgseintritt belanglos anzusehen sind. Schon aus logischen Gründen können sie aber zur Beantwortung der für die strafrechtliche Kausalanalyse allein relevanten Frage, welche Verhaltensweise den Erfolg unter den gegebenen Umständen tatsächlich herbeigeführt hat, nicht herangezogen werden.²⁰

Obleich sich nach dieser sog. Äquivalenztheorie die einzelnen Formen der Beteiligung aufgrund der Gleichwertigkeit aller notwendigen Bedingungen eines Erfolgs nicht mehr

¹⁶ Hart, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948/49), 171 ff., sieht in einer solchen Handlung bereits die (widerlegbare) Zuschreibung von Verantwortung für den Eintritt des Erfolgs.

¹⁷ Aus logischen Gründen können Aufwand und Sachkunde, mit denen dem Suizidenten die Selbsttötung ermöglicht wird, an der Charakterisierung eines Verhaltens als Hilfshandlung nichts ändern. Die eingehende Begründung einer „Tatherrschaft“ des Hintermanns in BGH *NSStZ* 2025, 480 (483 Rn. 25), ist deshalb redundant.

¹⁸ Zu einem „aktionistischen“ Kausalitätsverständnis vgl. nur *Gasking*, *Mind* 64 (1955), 479 ff.; v. *Wright*, *Explanation and Understanding*, 1971, S. 69 ff.; zur Problematik umfassend *Keil*, *Handeln und Verursachen*, 2. Aufl. 2015, S. 319 ff. und *passim*.

¹⁹ Zum Begriff *Kindhäuser*, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, Bd. 1, 2021, S. 624 ff.; *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, vor § 13 Rn. 79.

²⁰ Allerdings können notwendige Bedingungen zur Bestimmung von Hilfshandlungen herangezogen werden; treffend spricht *Hruschka*, *ZStW* 1998 (110), 581 (588 ff.), insoweit von einer beiträgenden oder kontributiven Kausalität.

¹⁴ Zuletzt BGHSt 67, 95 (99 Rn. 15) m.w.N.

¹⁵ Selbstverständlich kann das Verb „töten“ kontextabhängig in einem erheblich weiteren Sinne oder als Metapher gebraucht werden („Langeweile tötet mich“). Hier geht es nur um die elementare Bedeutung.

voneinander unterscheiden lassen, ist sie insoweit nicht als praktisch unbrauchbar²¹ verworfen worden, sondern sogar zur ganz vorherrschenden Kausaltheorie des Strafrechts avanciert. Als Konsequenz hat es sich die strafrechtliche Doktrin seither zu ihrer Aufgabe gemacht, Kriterien zur Eliminierung irrelevanter und zumeist völlig lebensfremder „Ursachen“ zu entwickeln. Für die hiesige Problematik, der Abgrenzung von Totschlag in unmittelbarer Täterschaft und strafloser Beteiligung am Suizid, sind vor allem zwei Lösungswege von Belang: die sog. animus-Theorie der früheren Rechtsprechung und die heute dominante sog. Tatherrschaftslehre.

3. Zur animus-Theorie

Die sog. animus-Theorie,²² deren Grundlagen v. Buri²³ entwickelte, stellt zur Abgrenzung der – ex hypothesi objektiv nicht unterscheidbaren – Beteiligungsformen auf die subjektive Tatseite des jeweils Handelnden ab. Täter ist demnach, wer die Tat als eigene will oder – nach einer anderen Formel – Interesse am Taterfolg hat.²⁴ Teilnehmer in der hier interessierenden Form der Beihilfe soll dagegen sein, wer einem anderen nur helfen möchte. Kennzeichnend für den Gehilfen sei es, seinen Willen dergestalt demjenigen des Täters zu unterwerfen, dass er es diesem anheimstellt, ob die Tat zur Vollendung kommen soll oder nicht.²⁵ Da der Sterbewillige seinen Tod will,²⁶ müsste er auf der Basis dieser Kriterien stets Täter sein, der Sterbehelfer dagegen, wie der Name schon sagt, stets Teilnehmer. Selbst § 216 StGB könnte hier nicht Platz greifen, da diese Vorschrift voraussetzt, dass der Dritte den Sterbewilligen getötet hat. Dieser aber ist, wenn der Sterbewillige seinen Tod (als eigenen!) will, nur Teilnehmer.

Nicht erst dieses der gesetzlichen Regelung widersprechende Ergebnis macht die mangelnde Validität der animus-Theorie deutlich. Sie ist auch im Allgemeinen eine vom Wortlaut der Deliktstatbestände gelöste Konstruktion. „Wer“ im Sinne des Gesetzes den jeweiligen Tatbestand verwirklicht, ist Täter dieses Delikts, unabhängig davon, ob er ein eigenes Interesse am Taterfolg hat oder die Tat, was immer

das bedeuten mag, nicht als eigene will.²⁷ Daraus folgt im Übrigen zwingend, dass jede Zuschreibung von Täterschaft, die nicht auf der Subsumtion des betreffenden Verhaltens unter einen Deliktstatbestand beruht, einer gesonderten gesetzlichen Grundlage konstitutiver Art bedarf. Daher ist etwa § 25 Abs. 2 StGB keine deklaratorische Vorschrift, sondern notwendige gesetzliche Voraussetzung, um einen Beteiligten, der einen Tatbestand nicht vollständig oder überhaupt nicht verwirklicht, als Täter einstufen zu können.²⁸

4. Tatherrschaft

Dass der in der Literatur zunächst vorherrschenden Gegenansicht, welche die Beteiligungslehre dem Gesetzeswortlaut entsprechend objektiv zu begründen versuchte,²⁹ langfristig der Erfolg versagt blieb, rührt nicht zuletzt von einer fehlenden gesetzlichen Voraussetzung her; das RStGB kannte keine Regelung der mittelbaren Täterschaft. Zwei typische Konstellationen der mittelbaren Täterschaft,³⁰ das Handeln im Auftrag und das Handeln auf Befehl, waren unter der Bezeichnung „Anstiftung“ der Teilnahme zugeordnet, wenn auch mit dem Strafrahmen der Täterschaft. Mit der Einführung des § 25 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB wäre das Problem für die objektive Beteiligungslehre behoben gewesen, wenn nicht – ein dogmengeschichtliches Missgeschick – bereits die sog. Tatherrschaftslehre einen weitgehend akzeptierten Ausweg vorgeschlagen hätte.

Da auch die Tatherrschaftslehre auf der Äquivalenztheorie fußt,³¹ ist von ihren Prämissen her keine der rechtlichen

²¹ Mill, auf den sich die Äquivalenztheorie stützt, unterschied zwischen der Ursache im philosophischen Sinn, der Gesamtheit aller Bedingungen, und dem „praktischen“ Ursachenbegriff des Alltags, also der Ursache, „die zuletzt ins Dasein trat“, scil. der *conditio per quam*, vgl. System der deductiven und inductiven Logik, Übersetzung von Th. Gomperz unter Mitwirkung des Verf., 1872, 2. Band, S. 17; vgl. auch v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 1.

²² Zur früheren subjektiven Beteiligungstheorie der Rechtsprechung RGSt 3, 181 (182 f.); ferner RGSt 74, 84; BGHSt 8, 70; 18, 87.

²³ v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; ders., GA 17 (1869), 234; grdl. Kritik bei Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 16 ff.

²⁴ Exemplarisch RGSt 74, 85.

²⁵ Grundlegend RGSt 3, 181 (182 f.).

²⁶ Ungeachtet der Rechtserheblichkeit seines Willens.

²⁷ Nach Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1907, S. 150: besagt „die Wendung, der Täter müsse die Tat als seine eigene wollen, [...] nicht mehr, als dass die ganze Handlung den Inhalt seines Willens bilden muss, er persönlicher Verursacher des verbrecherischen Erfolgs werden will“ – „ganz einerlei ob aus egoistischen oder altruistischen Triebfedern“, eine mit der animus-Theorie wohl kaum zu vereinbarende Definition.

²⁸ Zur normtheoretischen Begründung Kindhäuser, Analytische Strafrechtswissenschaft, Bd. 2, 2021, S. 1252 ff., 1267 ff.

²⁹ Sog. formal-objektive Theorie, zum Begriff v. Birkmeyer, in: v. Birkmeyer (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 2: Teilnahme am Verbrechen, 1908, S. 97; ders., Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Jahr, S. 6 f.

³⁰ Beruhend auf dem Grundsatz „qui per alium facit, per se ipse facere videtur“, hierzu ausf. Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 80 ff., 86 ff.; vgl. ferner Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 341 ff.

³¹ Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 43 ff.; heute wird die Äquivalenz notwendiger Bedingungen allerdings in mehr oder minder modifizierter Form dargestellt, so etwa als Formel der „gesetzmäßigen Bedingung“ oder als Formel der „hinreichenden Mindestbedingung“, ausf. hierzu Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 11 ff. Einzelheiten können hier dahin-

Wertung vorgegebene Differenzierung zwischen unmittelbarer Täterschaft und Teilnahme zu erwarten. Gleichwohl strebt sie eine solche Differenzierung – phänomenologisch ausgerichtet – auf faktischer Grundlage an.³² Aus der Sache soll sich ergeben, wer dem Typus nach Täter und wer dem Typus nach Teilnehmer ist.³³ Das für die Typeneinteilung maßgebliche Kriterium ist die Herrschaft über das Geschehen, ein Kriterium, das wiederum der finalen Handlungslehre entstammt.³⁴ Dem Finalismus zufolge ist die Handlung als ein vom finalen Willen gesteuertes Kausalgeschehen den normativen Regeln des Strafrechts ontisch vorgegeben. Dementsprechend ist demjenigen „Tatherrschaft“ zuzuschreiben, der das zum Taterfolg führende Geschehen final lenkt.³⁵ Mit anderen Worten: Der Täter ist die lenkende Zentralgestalt des Geschehens, der Teilnehmer dagegen eine auf irgendeine Weise beteiligte Nebenfigur.³⁶ Dem positiven Recht soll diese Typeneinteilung vorgegeben sein.³⁷ Ein solch bildhafter Zugriff gewährt dem Rechtsanwender die Freiheit, die Grenzen der Beteiligungsformen den konkreten Tatumständen entsprechend zu verschieben.³⁸ Der Praxis bietet sich so die Möglichkeit, das nach dem jeweiligen Judiz angemessene Ergebnis zu erzielen. Nicht der Begriff legt den Gegenstand fest, sondern der Gegenstand den Begriff; Täter ist, wer aus der Sicht des Urteilenden Tatherrschaft hat.

Die Tatherrschaftslehre kommt dort schnell an ihre Grenzen, wo die Täterschaft allein nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen bestimmt wird. Das gilt nicht nur für Sonderdelikte und Unterlassungstaten, bei denen das „Wer“ des Tatbestands keine körperliche Verwirklichung eines Deliktstatbestands voraussetzt, sondern auch für die Regeln der limitierten Akzessorietät. Nach diesen Regeln wird die Zuordnung zu den Beteiligungsformen unabhängig von der schuldrelevanten Motivationsfähigkeit getroffen. Nimmt man dies ernst – und es ist nach vorherrschender Meinung die Rechts-

lage – dann kann Tatherrschaft kein rechtlich maßgebliches Kriterium für Täterschaft sein. Jemand, der sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befindet oder nicht in der Lage ist, seinen Willen nach rechtlichen Präferenzen zu bilden oder sich normgemäß zu motivieren, kann schlechterdings nicht als „personales Aktionszentrum des Unrechts“³⁹ titulierte werden. Rechtlich erhebliche Motivationsdefizite schließen rechtliche Verantwortlichkeit aus, und einem rechtlich nicht verantwortlich Handelnden kann rechtlich relevante Herrschaft über ein Geschehen nicht zugeschrieben werden. Nach den Vorschriften der §§ 26 und 27 StGB ist an der Tatbestandsverwirklichung eines schuldlosen „Täters“ aber Teilnahme möglich.

Für die im hiesigen Kontext relevanten Erfolgsdelikte der Körperverletzung und des Totschlags kommt als dem Recht vorgelagertes faktisches („naturalistisches“) Kriterium der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme nur die Kausalität in Betracht. Täter ist derjenige, dessen Verhalten unter die Beschreibung „einen anderen Menschen töten“ oder „körperlich verletzen“ fällt, dessen Verhalten also den Erfolg unmittelbar bedingt. Teilnehmer ist dagegen, wer an dieser Handlung durch Anstiftung oder Beihilfe beteiligt ist, also Bedingungen setzt, die ceteris paribus zur Veranlassung oder Ermöglichung der Handlung des Täters notwendig sind. Diese Unterscheidung betrifft jedoch nur die tatsächliche Lage, an die das Recht normativ anknüpft. Die Unterscheidung ist also nur vorläufig und allein als Ordnung des faktischen Materials, keineswegs aber als Ergebnis einer strafrechtlichen Beurteilung zu verstehen. Denn Ergebnis der strafrechtlichen Beurteilung ist die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortung für die zunächst nur nach ihrer kausalen Erfolgsrelevanz konturierten Verhaltensweisen der Beteiligten.

III. Abgrenzung zwischen Totschlag in mittelbarer Täterschaft und Teilnahme

1. Grundlagen

§ 25 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB eröffnet die Möglichkeit, auch denjenigen als Täter eines Totschlags zu bestrafen, der den Taterfolg nicht unmittelbar, sondern vermittelt durch das Verhalten eines anderen herbeigeführt hat. Kausal gesehen ist also der mittelbare Täter Teilnehmer an fremder Tat, die ihm aber, um seine Eigenschaft als Täter zu begründen, als eigene zuzurechnen sein muss. Es geht mit anderen Worten bei der mittelbaren Täterschaft um eine normative Verschiebung von Verantwortung. *Binding* hielt die Rede von einem mittelbaren Täter noch für widersprüchlich, „weil der mittelbare Täter den unmittelbaren Täter logisch verlangt, das schuldlose menschliche Werkzeug aber zur kriminellen Täterschaft nicht taugt“.⁴⁰ Dieser Einwand entbehrt heute einer gesetzlichen

stehen, da alle Varianten notwendige Bedingungsrelationen zur Bestimmung der Ursache ausreichen lassen.

³² Zu einer durchgreifenden methodologischen Kritik *Renziowski*, *ZfStw* 1/2025, 1 (6 ff.).

³³ Vgl. nur *Greco*, in: *Cirener u.a.* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 25 Rn. 49; zur Kritik der Typuslehre *Kindhäuser* (Fn. 19), S. 216 ff.; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977, passim; *Renziowski*, *ZfStw* 1/2025, 1 (4 ff.).

³⁴ Näher hierzu *Haas* (Fn. 30), S. 15 ff. mit umf. Nachweisen.

³⁵ *Welzel* (Fn. 31), S. 100 f.

³⁶ Vgl. nur *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 10: „Wenn man für alle Erscheinungsformen der Täterschaft eine gemeinsame, sie von der Teilnahme abgrenzende Kennzeichnung sucht, so muss man sagen: Der Täter ist die Zentralgestalt bei Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung [...]. Der Teilnehmer ist eine Randfigur [...]“. In diesem Sinne auch BGH *NSStZ* 2025, 480 (483 Rn. 25).

³⁷ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11. Aufl. 2022, S. 500.

³⁸ Nach *Lampe*, *ZStW* 119 (2007), 471 (481 Fn. 45), bietet diese Bilderbuchdogmatik die Möglichkeit, jede ihrer Blankostellen nach eigenen Vorstellungen ausfüllen zu können.

³⁹ *Welzel* (Fn. 31), S. 100; zu sehen ist freilich, dass *Welzel* im Tatbestandsvorsatz das generelle Moment der Tatherrschaft sieht (ebda.), so dass mittelbare Täterschaft bei einem vorsätzlichen Suizid per definitionem ausgeschlossen wäre: der Suizident hätte dann selbst die Tatherrschaft inne (inkonsequent daher die Annahme mittelbarer Täterschaft bei entschuldigendem Notstand, a.a.O., S. 102 f.).

⁴⁰ *Binding* (Fn. 30), S. 264.

Grundlage, da Täterschaft nach den Regelungen der §§ 25 und 29 StGB kein schuldhaftes Handeln erfordert.⁴¹

Zu eng wäre es wiederum, für mittelbare Täterschaft nur die kausale Verwirklichung eines Tatbestands durch den Hintermann zu verlangen. Wird etwa der Vordermann mit absoluter Gewalt gegen eine fremde Sache gestoßen, so ist der Schädigungserfolg nicht durch ein als „Tat“ anzusehendes Verhalten des Vordermanns herbeigeführt, sondern nach dem Kriterium der Unmittelbarkeit vom Hintermann selbst verursacht worden; der Hintermann ist dann unmittelbarer Täter. Eine Tat im Sinne des Strafrechts setzt notwendig voraus, dass der Vordermann die Tatbestandsverwirklichung durch das Ergreifen einer Verhaltensalternative hätte vermeiden können, sofern er dies gewollt hätte. Ob er diesen Willen auch handlungswirksam hätte bilden können, ist dagegen eine Frage der schuldrelevanten Motivationsfähigkeit und berührt nicht die zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche Handlungsfähigkeit. Es ist zwar üblich, den Ausführenden im Rahmen der mittelbaren Täterschaft als menschliches „Werkzeug“ zu bezeichnen.⁴² Doch diese Formulierung ist nicht nur unschön, sondern auch inadäquat, weil der Vordermann eben nicht als rein körperliches Tatmittel instrumentell eingesetzt wird, sondern als handelnder, wenn auch nicht als zur Handlungssteuerung fähiger Tatmittler tätig wird.⁴³

Die für die Begründung mittelbarer Täterschaft maßgebliche Frage lautet damit, unter welchen Voraussetzungen dem Hintermann eigene Verantwortung an der Tat des Vordermanns, an der er teilnimmt, zugeschrieben werden kann. Auch in diesem Bereich kann auf die Kriterien der animus-Theorie ersichtlich nicht zurückgegriffen werden. Denn der Sterbehelfer will helfen. Es kann daher nicht verwundern, dass sich die Judikatur in der Sache hier der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre angeschlossen hat.⁴⁴ Da diese Lehre jedoch bildhaft konstituiert wird, kennt sie keine dem Recht entnommenen begrifflichen Grenzen für die Ausübung von Tatherrschaft. Alle Mittel der Beeinflussung anderer Personen können folglich die Herrschaft über eine andere Person begründen, unabhängig davon, ob diese Person ihrerseits als Täter volldeliktisch handelt oder nicht. Damit wird aber der wesentliche Punkt einer sinnvollen Abgrenzung übersehen: Wie immer man die mittelbare Täterschaft begründen

mag, sie bleibt dem objektiven Tatbild nach Teilnahme an der Tat eines anderen. Einer bildhaften bzw. typisierenden Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist damit die elementare Voraussetzung entzogen.

Nach einer neueren Entscheidung des BGH kann „das Veranlassen der Tat eines schuldlos Handelnden sowohl als mittelbare Täterschaft als auch als Anstiftung zu bewerten sein“.⁴⁵ Nach den Kriterien der Tatherrschaftslehre wäre demnach der Hintermann zugleich als Anstifter Randfigur, als mittelbarer Täter aber Zentralgestalt des deliktischen Geschehens. Umgekehrt wäre der Vordermann als Täter Zentralfigur, als gelenktes schuldloses Werkzeug dagegen eine straflose Randfigur.⁴⁶ Kommt man in einer solchen Konstellation zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen beider Beteiligungsformen erfüllt sind, so stellt sich lediglich das dogmatische Alltagsproblem einer Konkurrenz sich überschneidender Regeln. Die rechtlich gewichtigere Form der Beteiligung des Hintermanns verdrängt nach Subsidiaritätsgrundsätzen die leichtere. Der Hintermann ist, bei gegebenen sonstigen Voraussetzungen, als mittelbarer Täter zu bestrafen.

Freilich ist damit noch offen, ob der Hintermann, der stets nach den Regeln der limitierten Akzessorietät Anstifter wäre, im konkreten Fall auch als mittelbarer Täter angesehen werden kann. In der genannten Entscheidung verneint der 5. Strafsenat diese Möglichkeit,⁴⁷ was wiederum zwingend voraussetzt, dass das relevante Abgrenzungskriterium nicht im Bestimmen eines anderen zu dessen Tat liegen kann. Anders formuliert: Die Handlung des mittelbaren Täters erfüllt in einer solchen Konstellation auch alle Merkmale einer Anstiftung. Ob der Hintermann z.B. mit dem Inaussichtstellen einer höchst verlockenden Belohnung einen schuldfähigen oder einen schuldlos Handelnden zur Tatbestandsverwirklichung veranlasst, macht hinsichtlich der Beschreibung seines Verhaltens keinen Unterschied. Welches sind also die Bedingungen, unter denen eine Anstiftung zur mittelbaren Täterschaft wird, um dann ggf. hinter diese als subsidiär zurückzutreten? Wenn das Verhalten des Hintermanns für die Abgrenzung beider Beteiligungsformen unmaßgeblich ist, dann kann sich das Plus der mittelbaren Täterschaft gegenüber der subsidiären Anstiftung nur mit Eigenschaften in der Person des Vordermanns begründen lassen.

Auf den ersten Blick scheint der 5. Strafsenat in dem genannten Beschluss dem zu widersprechen, wenn er sagt, das Veranlassen der Tat eines schuldlos Handelnden sei „nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält“. Die auf *Maurach* zurückgehende Formel vom „In-Händen-Halten des tatbestands-

⁴¹ „Täterschaft“ ist hierbei allein auf tatbestandsrelevante Handlungsfähigkeit bezogen und nicht als „Straftäterschaft“ im Sinne einer schuldhaften Pflichtverletzung zu verstehen; zur limitierten Akzessorietät zuletzt *Lichtenthäler*, GA 2024, 700.

⁴² Vgl. nur BGHSt 64, 121 (125 f. Rn. 20); 64, 135 (138 f. Rn. 16); *Roxin* (Fn. 36), § 25 Rn. 45 und passim.

⁴³ Hierzu auch *Mañalich*, in: Paefgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 709 (713): Vorsatz des Ausführenden schließt mittelbare Täterschaft nicht aus.

⁴⁴ Treffend *Rotsch*, ZfIStw 4/2024, 292 (293 – mit Nachweisen zur Rechtsprechung): der BGH habe im Rahmen der mittelbaren Täterschaft den Abschied von der subjektiven Theorie zur Tatherrschaftslehre vollzogen.

⁴⁵ BGH NStZ 2024, 150 (151 f. Rn. 14, 19).

⁴⁶ Nach *Roxin* (Fn. 36), § 26 Rn. 10, setzt Teilnahme begrifflich die mangelnde Anwendbarkeit von Täterschaftskriterien voraus; an der möglichen Koinzidenz der tatsächlichen Voraussetzungen beider Beteiligungsformen bei identischem objektiven Verhalten ändert dies nichts.

⁴⁷ BGH NStZ 2024, 150 (153 Rn. 25).

mäßigen Geschehensablaufes“⁴⁸ stellt, jedenfalls bei vorsätzlichem Handeln des Vordermanns, die Sachlage schlicht auf den Kopf. Denn in den eigenen Händen hält die Tatbestandsverwirklichung per definitionem der Vordermann, sofern sein Verhalten als Handeln anzusehen ist. Die Metapher vom „In-Händen-Halten“ ist Ausdruck des Eingeständnisses, dass der Hintermann gerade nicht derjenige ist, der im Sinne des Deliktstatbestands als „wer“ zu bezeichnen ist. Eine metaphorische Sprache wird dem strafrechtlichen Garantieprinzip nicht gerecht, zumal der *Senat* wenig später das Problem exakt auf den Punkt bringt: „Von besonderer Bedeutung“ für die Zuschreibung mittelbarer Täterschaft sei, „inwieweit der Strafunmündige nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der ihm angetragenen Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.“⁴⁹ Es geht also gar nicht darum, dass der Hintermann auf geheimnisvolle Weise das Verhalten des Vordermanns in der Hand hat, sondern dass der Vordermann ein auf das Unrecht seines Verhaltens bezogenes Verantwortungsdefizit aufweist.

In der Sache sind Anstifter und mittelbarer Täter gleichermaßen Täter hinter dem Täter, eben „intellectuelle Urheber“ hinter dem „physischen Urheber“ im Sinne *Feuerbachs*.⁵⁰ Die strafrechtlich relevante Handlung, die in diesen Fällen die „Herrschaft“ des Hintermanns über den Vordermann begründet, ist jeweils ausschließlich das Bestimmen. Dieses Bestimmen erfolgt beim Anstifter nicht anders als beim mittelbaren Täter über die Motivation, durch das Hervorrufen eines Tatentschlusses. Man mag die Bedingungen, unter denen es gelingt, die Motivation des Vordermanns derart zu beeinflussen, dass sich dieser zur Tat entschließt, in einem landläufigen Sinne als „Herrschaft“ bezeichnen. Die Möglichkeiten, diese Herrschaft zu erlangen, sind jedoch so vielfältig wie das Leben selbst. Für die Beantwortung der Frage, nach welcher Beteiligungsform der Hintermann für das Verhalten des Vordermanns einzustehen hat, kann strafrechtlich gesehen allein entscheidend sein, ob der Vordermann die rechtliche Verantwortung für die Tat trägt (dann Anstiftung) oder nicht trägt (dann mittelbare Täterschaft).

Damit soll nicht unterschlagen werden, dass der Hintermann bei der mittelbaren Täterschaft nicht nur alle Merkmale aufweisen muss, die er bei eigenhändiger Verwirklichung des Tatbestands erfüllen müsste, um unmittelbarer Täter sein zu können, sondern dass auch das seine mittelbare Täterschaft begründende Verantwortungsdefizit beim Vordermann von seinem Vorsatz umfasst sein muss. Insoweit mag das bewusste Ausnutzen der defizitären Verantwortlichkeit des Vordermanns für das einem mittelbaren Täter konkret vorwerfbare Handlungsrecht nicht unerheblich ins Gewicht fallen. Doch ist dies nur eine fallweise Begleiterscheinung bestimmter

Konstellationen mittelbarer Täterschaft, aber kein konstitutives Merkmal dieser Beteiligungsform schlechthin. Deutlich wird dies auch in einer neueren Entscheidung des BGH zur mittelbaren Täterschaft, in der der 4. *Strafsenat* zwar nachdrücklich betont, dass die Tatherrschaft des Hintermanns ein das Tatgeschehen mit steuerndem Willen In-den-Händen-Halten erfordere;⁵¹ nur entpuppt sich dieser Tatherrschaftswille bei der Anwendung auf den konkreten Fall als Tatvorsatz, wie ihn jeder Täter eines Vorsatzdelikts notwendig aufweisen muss.⁵²

Die in der zuvor genannten Entscheidung des 5. *Strafsenats* im Vordergrund stehende Frage, wie das für mittelbare Täterschaft erforderliche Verantwortlichkeitsdefizit des Vordermanns zu begründen ist, ob hierfür etwa formal die Altersgrenze des § 19 StGB ausreicht oder materielle Kriterien maßgeblich sein sollen,⁵³ kann im hiesigen Kontext dahingestellt bleiben. Denn die Fälle der Sterbehilfe unterscheiden sich in einem Punkt wesentlich von den Konstellationen, in denen sich das deliktische Zusammenwirken von Vorder- und Hintermann schädigend gegen einen Dritten richtet. Bei der Sterbehilfe trägt der Vordermann mangels eigener Tatbestandsverwirklichung per se keine strafrechtliche Verantwortlichkeit für sein Tun.

2. Sterbehilfe

Zur Erörterung des spezifischen Problems, ob sich im Falle eines assistierten Suizids der Sterbehelfer wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft strafbar macht oder ob er wegen Beteiligung an einem Freitod straflos zu stellen ist, sei folgendes Beispiel gebildet: Der Arzt A legt seinem sterbewilligen Patienten P eine Infusion mit einem tödlich wirkenden Medikament an, die dieser aus eigener Kraft in Gang setzt.⁵⁴ Die Vorfrage, ob A einen Totschlag gem. §§ 212 bzw. 216 StGB in unmittelbarer Täterschaft begangen haben könnte,⁵⁵ ist in diesem Fall bereits verneint. P hat sich eigenhändig getötet; er hätte das zu seinem Tode führende Handeln unterlassen können, sofern er dies, aus welchem Grund auch immer, gewollt hätte. Eine Strafbarkeit des A kommt also nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass sein Handeln die Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft erfüllt.

Ob diese Voraussetzungen gegeben sind oder nicht, lässt sich dem äußeren Tatbild im Beispielsfall nicht entnehmen. In einem Urteil vom 4. Juli 2018 macht der BGH die Abgrenzung von der Beantwortung der Frage abhängig, „wer das zum Tod führende Geschehen zuletzt beherrscht. Wenn der

⁴⁸ *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1954, S. 504 f.; näher hierzu *Schild*, Tatherrschaftslehren, 2009, S. 14 ff.

⁴⁹ BGH NStZ 2024, 150 (151 Rn. 13).

⁵⁰ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, sah neben dem physischen und dem intellektuellen („direct-mittelbaren“) Urheber auch den „Hauptgehülfen“ als Urheber an.

⁵¹ BGH NStZ 2025, 480 (483 Rn. 24).

⁵² Vgl. auch die entsprechende Kritik bei *Rotsch*, ZfStw 4/2024, 292 (293).

⁵³ Detailliert zugunsten einer materiellen Lösung erörtert in BGH NStZ 2024, 150 (151 Rn. 7 ff.).

⁵⁴ Die Problematik einer möglichen Unterlassungsstrafbarkeit des Arztes sei ausgeblendet, da sich bei Straflosigkeit der aktiven Teilnahme am Ergebnis nichts ändert.

⁵⁵ Offen ist, ob die Strafmilderung des § 216 StGB nicht auch bei Unanwendbarkeit der Vorschrift in Betracht zu ziehen ist, hierzu *Hillenkamp*, in: Beckmann u.a. (Fn. 5), S. 553 (566 ff.) m.w.N.

Sterbewillige bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal behält, tötet er sich selbst, wenn auch gegebenenfalls mit fremder Hilfe.⁵⁶ Zu klären wäre demnach nur noch, unter welchen Voraussetzungen von einer freien bzw. unfreien Entscheidung auszugehen ist. Doch der *Senat* lässt diesen Punkt in der Entscheidung zunächst offen und bringt ein weiteres Abgrenzungskriterium ins Spiel:

„Gibt sich der zu Tötende [...] in die Hand eines anderen, weil er duldend den Tod von diesem entgegennehmen will, so hat der andere die Tatherrschaft.“⁵⁷

Ob dies der Fall ist, soll wiederum vom (gemeinsamen) Tatplan abhängen.⁵⁸

Eine solche Begrifflichkeit geht jedoch in den Fällen eines ärztlich assistierten Suizids an der Sache vorbei. Das Verb „dulden“ ist im Kontext der Nötigung (§ 240 StGB) ein Terminus technicus, der durch absolute Gewalt erzwungene Verhaltensweisen ohne Alternative erfassen soll.⁵⁹ In typischen Situationen wie denen des Beispielsfalls wird auf den Sterbewilligen jedoch kein körperlicher Zwang ausgeübt, der ihm alternative Verhaltensmöglichkeiten abschneidet. Zudem wäre dann eine Konstellation unmittelbarer Täterschaft, ggf. in der Privilegierung nach § 216 StGB, gegeben, da mittelbare Täterschaft gerade voraussetzt, dass der Vordermann selbst handelt. Auch kann ein gemeinsamer Tatplan schon deshalb für die Abgrenzungsfrage nicht von Bedeutung sein, weil es weder für Beihilfe noch für mittelbare Täterschaft konstitutiv ist, dass Vorder- und Hintermann im Rahmen einer Absprache handeln. Vielmehr wäre der Arzt im Beispielsfall auch und gerade dann als mittelbarer Täter anzusehen, wenn der Patient etwa annähme, die Infusion habe nur eine schmerzstillende Wirkung.

Ein Sterbewilliger wendet sich an einen Arzt, weil er vor einem Gewaltsuizid zurückschreckt oder glaubt, nicht über die zu einer Selbsttötung wirksamen Mittel zu verfügen. Im Vertrauen auf die Sachkunde des Arztes richtet er sich hinsichtlich der weiteren Schritte nach dessen Empfehlungen. Er entwirft mit dem Arzt keinen „Gesamtplan“ zu seiner Tötung; was hätte er auch hierzu noch Wesentliches beizutragen? Die ihm lediglich verbliebene Möglichkeit, von der ihm angebotenen Vorgehensweise wieder Abstand zu nehmen oder unter verschiedenen vorgeschlagenen Methoden zu wählen, begründet noch keine inhaltliche Mitwirkung am medizinisch indizierten Ablauf des Geschehens. Wenn also die Rede von einer Tatherrschaft in Konstellationen der hier relevanten Art mehr sein soll als eine (verunglückte) Paraphrase, dass der Patient aufgrund einer freien Entscheidung ärztlich betreut sterben möchte, ist sie nicht nur redundant, sondern irreführend.

Vor allem ist es mehr als schief, in Konstellationen wie denen des Beispielsfalls Tatherrschaft unter der Voraussetzung anzunehmen, dass der Sterbehelfer den Sterbewilligen als „Werkzeug“ gegen sich selbst „benutzt“.⁶⁰ Der Sterbewillige wendet sich an den Arzt mit dem Anliegen, dieser möge ihm bei der Realisierung seines Wunsches, möglichst schmerz- und komplikationslos aus dem Leben zu scheiden, behilflich sein. Entspricht der Arzt diesem Anliegen, so will er den Sterbewilligen gewiss nicht als Mittel zu dessen Tötung benutzen.⁶¹ Von der Instrumentalisierung des Patienten zur Verwirklichung einer eigenen Tötungsabsicht ist der Arzt weit entfernt.⁶² Selbst wenn P im Beispielsfall seinen Entschluss zum Suizid nicht eigenverantwortlich trifft, folgt hieraus keineswegs, dass A dieses Verantwortlichkeitsdefizit zum Zweck der Durchführung seines Tötungswillens ausgenutzt hätte.⁶³ Eine Sterbehilfe, die ggf. die Grenzen des Erlaubten zum Strafbaren hin überschreitet, darf nicht durch eine inadäquate Wortwahl den Charakter eines *gezielten* Totschlags erhalten.

In Konstellationen wie denen des Beispielsfalls handelt der Arzt im Interesse des Sterbewilligen. Nur ist ihm die Berufung auf seinen ersichtlich vorhandenen animus socii wegen § 216 StGB versperrt. Deshalb übernimmt der Arzt mit der Assistenz die Verpflichtung, nur unterstützender Teilnehmer zu sein; für den Tod des Sterbewilligen soll sein Verhalten gerade nicht ausschlaggebend sein.⁶⁴ Demnach hat der Arzt aufgrund seiner Ermöglichung und Förderung des todbringenden Geschehens dafür einzustehen, dass der Suizident über den Eintritt seines Todes auch selbst handlungswirksam bestimmt, dass also keine Umstände gegen die Annahme hinreichender Eigenverantwortlichkeit sprechen. Mit anderen Worten: Beim assistierten Suizid ist der teil-

⁶⁰ Zuletzt BGH NSTz 2024, 605 (608 f. Rn. 16, 20, 22 f.).

⁶¹ Ermöglichen eines Suizids, wie es der BGH für mittelbare Täterschaft verlangt (BGHSt 64, 121 [125 f. Rn. 20]), impliziert kein „Benutzen“ des Suizidenten zu seiner Tötung.

⁶² Es versteht sich, dass eine solche Zielsetzung von einem mittelbaren Täter (ebenso wie von einem Anstifter) verfolgt werden kann, wie der Sachverhalt in BGH NSTz 2024, 605, zeigt; sie ist nur kein notwendiges Merkmal dieser Form der Täterschaft.

⁶³ Solche Formulierung lassen die Herkunft der Tatherrschaftslehre aus den Prämissen der finalen Handlungstheorie unschwer erkennen; vgl. auch BGH NSTz 2024, 605 (608 Rn. 19): „eine vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft über das zum Suizid führende Geschehen“; näher hierzu Haas (Fn. 30), S. 11 ff.

⁶⁴ Sofern der Arzt den Tötungsakt selbst vornimmt, ist die Grenze einer Sterbehilfe nach der lex lata überschritten. Insofern kann die tatbestandsmäßige Rechtswidrigkeit der Tat nach § 216 StGB nur durch Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes aufgehoben werden. – Nach BGHSt 67, 95 (98 f. Rn. 14), soll die Tatherrschaft auch dann beim Suizidenten liegen, wenn er sich den Auswirkungen des vom Helfer vorgenommenen lebensbeendenden Akts noch hätte entziehen oder rettende Maßnahmen ergreifen können – also: „Tatherrschaft“ durch Unterlassen?

⁵⁶ BGHSt 63, 161 (165 f. Rn. 18) unter Bezugnahme auf BGHSt 19, 135 (139 f.); vgl. auch BGHSt 64, 121 (125 Rn. 17).

⁵⁷ BGHSt 63, 161 (165 f. Rn. 18).

⁵⁸ BGHSt 63, 161 (165 f. Rn. 18); vgl. ferner BGHSt 19, 135 (139 f.); 64, 135 (138 Rn. 13).

⁵⁹ Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl. 2024, § 240 Rn. 39 m.w.N.

nehmende Arzt Garant für ein eigenverantwortliches Handeln des Sterbewilligen.

Was sollte in einer Situation wie der des Beispielsfalls überhaupt das die Tatherrschaft des A begründende Kriterium sein? Ein Wissensdefizit des P, das A zur Lenkung des Geschehens ausnutzen könnte, ist nicht zu erkennen.⁶⁵ A hatte kein „überlegenes Wissen“, da P über den zu seinem Tode führenden Kausalverlauf in einer Weise unterrichtet ist, die für die Zuschreibung von Vorsatz im Falle der Schädigung eines Dritten fraglos hingereicht hätte. Das suizidale Geschehen hat P bewusst und gewollt selbst in der Hand, und zwar unabhängig davon, ob er zudem in einem Eigenverantwortlichkeit begründenden Maße motivationsfähig ist oder nicht.

Im Beispielsfall kann das objektive Tatbild Grundlage einer Beihilfe wie auch einer mittelbaren Täterschaft des A sein. Die Tat, an der sich A beteiligt, wird von P eigenhändig ausgeführt. Insoweit zeigt der Fall exemplarisch, dass es bei der mittelbaren Täterschaft nicht um faktische Herrschaft des Hintermanns über ein Geschehen geht, sondern um eine durch eine Teilnahmehandlung begründete täterschaftliche Zuständigkeit für die Tat eines strafrechtlich nicht vollumfänglich verantwortlichen Handelnden.

3. Eigenverantwortlichkeit

a) Die strafrechtlichen Verbotsnormen untersagen Verhaltensweisen, durch die ein gesetzlicher Deliktstatbestand verwirklicht wird. Daher handelt in unmittelbarer Täterschaft schuldhaft pflichtwidrig, wer durch eigenes Verhalten einen Deliktstatbestand verwirklicht, obgleich anzunehmen ist, dass er dies um der Normbefolgung willen hätte vermeiden können und müssen. Im Falle einer mittelbaren Täterschaft wird der Deliktstatbestand dagegen durch einen Dritten verwirklicht, sodass die Pflichtverletzung des mittelbaren Täters nur darin bestehen kann, die Tatbestandsverwirklichung durch den Dritten veranlasst, ermöglicht oder gefördert zu haben.⁶⁶ Das pflichtwidrige Verhalten des mittelbaren Täters entspricht demnach dem pflichtwidrigen Verhalten eines Teilnehmers (Anstifters oder Gehilfen) an der Tat eines Dritten, jedoch mit dem Unterschied, dass der Dritte im Gegensatz zum schuldhaft handelnden unmittelbaren Täter für die Tatbestandsverwirklichung nicht als selbst vollumfänglich verantwortlich anzusehen ist. Der mittelbare Täter ist also für eine Straftat zuständig, weil er deren unmittelbare Begehung durch einen selbst nicht in vollem Umfang strafrechtlich Verantwortlichen veranlasst, ermöglicht oder (maßgeblich) unterstützt hat.

⁶⁵ Erst recht kann hier nicht von einem „Missbrauch“ des Vordermanns, den *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 633, 637, als konstitutiv für das „In-Händen-Halten“ bei der mittelbaren Täterschaft ansieht, nicht die Rede sein.

⁶⁶ Ungeachtet dessen ist eine Zuständigkeit des Hintermanns für das Verhalten des Tatmittlers stets dann gegeben, wenn er als Garant verpflichtet ist, die Tatbestandsverwirklichung durch den Vordermann zu verhindern. Diese Garantenpflicht bedarf einer gesonderten Begründung i.S.v. § 13 StGB.

Im Beispielsfall hat das Verhalten des A objektiv den Charakter einer Beihilfe. A hat das von P eigenhändig vorgenommene Inangasetzen der tödlichen Infusion durch P vorbereitet und durch die nötigen Instruktionen unterstützt. Für diesen den Suizid des P ermöglichenden Beitrag hat A jedoch nur dann strafrechtlich einzustehen, wenn nicht angenommen werden kann, dass P die Entscheidung, sich in einem kausal letzten Schritt das Leben zu nehmen, freiverantwortlich getroffen hat.

Grundsätzlich ist jemand für eine eigenhändig ausgeführte Tat strafrechtlich verantwortlich, wenn er sie wegen ihrer Rechtswidrigkeit hätte vermeiden können und müssen. *Binding* kleidet dieses „Erstgeburtsrecht“⁶⁷ der Verantwortlichkeit eines unmittelbaren Täters für eine Straftat in die emphatischen Worte:

„Die verbrecherische Handlung ist von Anfang nie etwas anderes gewesen als die Verwirklichung des schuldhaften Willens einer Person durch den Willensträger selbst. Sie ist höchstpersönliche Willensbetätigung [...]“.⁶⁸

Die eigenhändige unmittelbare Tatbegehung ist daher paradigmatischer Ausdruck des Selbstverantwortungsprinzips, das, da es höchstpersönlich ist, eine Sperrwirkung entfaltet. Die Tat kann nicht zugleich vom schuldhaft handelnden Täter und einem Dritten zu verantworten sein. Außenstehende können sich an der Tat nur unter den spezifischen Voraussetzungen der Mittäterschaft⁶⁹ oder Teilnahme beteiligen. Dritten kann daher genuin eigene Verantwortlichkeit für die Tat eines anderen nur unter der Bedingung zugeschrieben werden, dass der unmittelbar Handelnde nicht als in vollem Umfang selbst für die von ihm begangene Tat strafrechtlich zuständig ist. Die normative Ausdehnung der Täterschaft in der Form mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) setzt daher ein Verantwortlichkeitsdefizit beim Tatmittler zwingend voraus.⁷⁰

b) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Tatmittlers kann aus zwei unterschiedlichen Gruppen von Gründen defizitär sein. Eine Gruppe von Gründen betrifft die Konstitution der tatbestandsmäßig rechtswidrigen Tat, also den Gegenstand der strafrechtlichen Zurechnung. Vor allem kann hier das Defizit darauf beruhen, dass die Tat entweder in der Person

⁶⁷ *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen, 1986, S. 73.

⁶⁸ *Binding* (Fn. 30), S. 261 f.

⁶⁹ Mit der Besonderheit einer wechselseitigen Repräsentation: Jeder Mittäter handelt für sich und als Repräsentant des/der anderen, *Binding* (Fn. 30), S. 251, 299 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 28), S. 1252 ff. m.w.N.

⁷⁰ Die sog. mittelbare Täterschaft kraft Organisation ist eine dogmatisch freie Rechtsschöpfung, die nur dann mit dem strafrechtlichen Garantieprinzip zu vereinbaren ist, wenn die so begründete „Täterschaft“ auch die Voraussetzung einer Anstiftung erfüllt. Denn der Anstifter ist nach § 26 StGB gleich einem „Täter“ zu behandeln; zur Organisationsherrschaft vgl. *Roxin* (Fn. 36), § 25 Rn. 105 ff.; zum Wirtschaftsstrafrecht BGHSt 43, 219 (231 f.); 48, 331 (342); 49, 147 (163 f.).

des Tatmittlers nicht tatbestandsmäßig ist oder zwar tatbestandsmäßig, aber wegen des Eingreifens eines Rechtfertigungsgrundes nicht rechtswidrig ist. Die andere Klasse von Gründen bezieht sich auf das Fehlen notwendiger Zurechnungsvoraussetzungen. Einschlägig sind hier alle nicht verwirklichten Merkmale des subjektiven Tatbestands, also insbesondere fehlender Vorsatz, sowie fehlende Konstituenten des Schuldvorwurfs, namentlich die in § 20 StGB genannten Defizite, Entschuldigungsgründe und fehlendes Unrechtsbewusstsein.

Defizite bei der Zurechenbarkeit im Sinne der zweiten Gruppe von Gründen sind im Bereich der strafrechtlichen Beurteilung eines Suizids ersichtlich ohne Belang. Es fehlt beim Suizid schon an der strafrechtlichen Elementarvoraussetzung eines tatbestandsmäßig rechtswidrigen Verhaltens, für das der Suizident zur Verantwortung gezogen werden könnte. Daraus folgt freilich noch nicht, dass die Tat des Suizidenten schon deshalb einem beteiligten Hintermann als für ihn tatbestandsmäßige Tötung in mittelbarer Täterschaft zugerechnet werden könnte. Denn die Zurechenbarkeit zum Hintermann könnte aufgrund der Selbstverantwortung des Sterbewilligen für seinen Freitod gesperrt sein.

Das Strafrecht unterstellt einem Täter die Verantwortlichkeit für seine Tat im Sinne einer falsifizierbaren Hypothese: Dem Täter wird strafrechtliche Schuld zugeschrieben, sofern kein anerkannter Grund gegeben ist, der den Schuldvorwurf entkräftet. Auch bei einer Selbsttötung kann grundsätzlich angenommen werden, der Suizident habe selbstverantwortlich gehandelt. Von der Selbstverantwortlichkeit eines Suizids ist demnach auszugehen, wenn keine Gründe gegeben sind, die gegen eine Selbstverantwortlichkeit sprechen und damit zugleich die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit anderer Personen für die Tat eröffnen. Allerdings sind die Kriterien, die gegen die Eigenverantwortlichkeit eines Suizids sprechen, umstritten.

In der Literatur verbreitet ist die sog. Exkulpationslösung. Sie versucht die Frage nach der mangelnden Eigenverantwortlichkeit mit Hilfe der Hypothese zu beantworten, ob dem Suizidenten im Falle der rechtswidrigen Tötung eines anderen ein Schuldvorwurf gemacht werden könnte.⁷¹ Gegen diese Konstruktion ist jedoch einzuwenden, dass sie für Fälle, in denen die strafrechtliche Zurechnung mangels rechtswidriger Tat keinen Gegenstand hat, nicht angemessen ist. Die entschuldigende Notstandsregelung in § 35 StGB entlastet etwa von dem Schuldvorwurf mangelnder Rechtstreue, die sich in der Schädigung eines Dritten durch das verbotene Überschreiten des rechtlichen Verhaltensspielraums gezeigt hat. Der Suizident bewegt sich dagegen von vornherein in rechtlichen Bahnen und ist nicht dem Vorwurf ausgesetzt, mit krimineller Energie den Erwartungen in seine Rechtstreue durch die Verwirklichung eines Deliktstatbestands zuwidergehandelt zu haben. Der Suizident nimmt mit der Entscheidung zum Freitod, folgt man der neueren höchstrichterlichen Judi-

katur, vielmehr sein Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben wahr.⁷²

Da ein Verhalten, das in keinerlei Rechte anderer eingreift, auch niemandem gegenüber rechtlich zu verantworten ist, kann es bei den Gründen mangelnder Eigenverantwortlichkeit auch nicht um die Entschuldigung für rechtswidriges Handeln gehen. Die Problematik betrifft vielmehr die umgekehrte Fragestellung, unter welchen Voraussetzungen Dritten die Verantwortung für ihren Eingriff in die Rechte des Suizidenten zuzuschreiben ist. Selbstverantwortliches Handeln schließt die potenzielle Verantwortung Dritter für eben dieses Verhalten aus. Selbstverantwortung entlastet mit anderen Worten Dritte für Dispositionen im eigenen Rechtskreis. Auf diesem Gedanken baut die von der h.M. vertretene sog. Einwilligungslösung auf: Gründe, die der Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung entgegenstehen, seien zugleich Gründe, die für ein Verantwortlichkeitsdefizit des Tatmittlers im Rahmen mittelbarer Täterschaft sprechen.⁷³ Dem steht jedoch entgegen, dass die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung im Strafrecht auf der dem Einzelnen zugewiesenen Kompetenz beruht, die Geltung einer seinem Schutz dienenden staatlichen Verbotsnorm fallweise zu suspendieren. Aufgrund einer wirksamen Einwilligung wird ein im Allgemeinen und im Allgemeininteresse verbotenes Verhalten fallweise zu einem erlaubten.⁷⁴ Doch auch hierum geht es bei der Frage nach der Eigenverantwortlichkeit des Suizids nicht. Während es rechtmäßig ist, eine fremde Sache mit wirksamer Einwilligung des Eigentümers zu beschädigen, verweigert § 216 StGB einem Sterbewilligen die Kompetenz, die Geltung des Verbots, ihn zu töten, im Wege der Einwilligung aufzuheben. Folglich stellt sich bei einer assistierten Selbsttötung erst gar nicht die Frage, ob der Sterbehelfer unter den Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung des Suizidenten handelt.⁷⁵

Ungeachtet dessen geht die Einwilligungslösung in die richtige Richtung, da der eigenhändig handelnde Suizident ebenso wie der in das Verhalten Dritter einwilligende

⁷¹ Vgl. nur *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, vor § 211 Rn. 54 ff. m.w.N.

⁷² Vgl. EGMR NJW 2002, 2851; EGMR NJW 2017, 2215 (2219); BVerfGE 153, 182 (265 Rn. 212 ff.); BGHSt 64, 135 (142 f. Rn. 28 ff.).

⁷³ Vgl. nur BVerfGE 153, 182 (274 Rn. 242); BGH NSZ 2025, 480 (483 Rn. 22); *Rosenau*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 11, vor §§ 211 ff. Rn. 103 m.w.N.

⁷⁴ Die Einwilligung hat also den Charakter einer Normsetzungsbefugnis, die nicht „von Natur“ aus vorgegeben ist, sondern eines Rechtsgrundes bedarf. Daher sind fehlende Berechtigungen – wie in §§ 216, 228 BGB – keine Beschneidungen von rechtlich vorgegebener Autonomie, sondern nur das Versagen der Kompetenz, die Geltung einer im Allgemeininteresse (!) bestehenden staatlichen Norm fallweise aufzuheben; vgl. hierzu auch *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 35 Fn. 2.

⁷⁵ In der rechtlichen Beurteilung können Einwilligungen ansonsten eine Rolle spielen, etwa bei der Körperverletzung durch Anlagen einer Infusion.

Berechtigte jeweils über eigene Güter disponiert. In beiden Fällen entlastet die eigenverantwortlich getroffene Disposition einen Dritten von dessen Verantwortung für die Beeinträchtigung der Güter des Berechtigten. Bei der Einwilligung beruht diese Entlastung auf einer ausdrücklichen Erklärung gegenüber dem Dritten, um die erforderliche Publizität zu entfalten. Bei der Selbstverletzung im Allgemeinen und beim eigenhändigen Suizid im Besonderen erfolgt die Erklärung implizit. Jeweils entlastet eine solche Erklärung jedoch nicht, wenn der Berechtigte seine Disposition nicht vollumfänglich selbst zu vertreten hat.

Auf der Basis der Einwilligungslösung ist – anders als etwa beim rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) – beim Urteil über die Selbstverantwortlichkeit des Suizidenten maßgeblich auf dessen Präferenzen und Wertungen abzustellen. Gleichwohl muss seine Entscheidung gewissen Rationalitätsanforderungen genügen.⁷⁶ Eigenverantwortlichkeit ist daher vor allem zu verneinen, wenn der Suizident über die Tragweite und Irreversibilität seiner Entscheidung im Unklaren ist. Denn es entfällt hier die für eine Einwilligung im Allgemeinen gegebene Möglichkeit, die Gründe für die Entscheidung später neu zu bewerten. Insoweit versteht es sich, dass dem Sterbewilligen alle für seine Entscheidung erheblichen Gesichtspunkte bekannt sein müssen, um das Für und Wider auf der Grundlage ausreichender Informationen realitätsgerecht abwägen zu können.⁷⁷ Ihm dürfen etwa die im Hinblick auf mögliche Therapien und Behandlungsmethoden von Krankheiten bestehenden Alternativen und Optionen nicht unbekannt sein.⁷⁸ Als eigenverantwortlich kann eine Suizidentscheidung ferner nicht anzusehen sein, wenn sie durch Täuschung beeinflusst wurde oder unter extern bedingtem physischen oder psychischen Druck erfolgte.⁷⁹

Auch persönliche Dispositionen können der Annahme einer freiverantwortlichen Entscheidung des Sterbewilligen entgegenstehen.⁸⁰ Hierzu gehören krankheits- oder intoxikationsbedingte Defizite, Minderjährigkeit oder der Mangel an hinreichender Einsichts- und Urteilsfähigkeit.⁸¹ Es muss auszuschließen sein, dass der Sterbewunsch einer depressiven Augenblicksstimmung oder einer vorübergehenden Lebenskrise entspringt. Ebenso dürfte Eigenverantwortlichkeit der Suizidentscheidung bei einer akuten psychischen Störung zu verneinen sein.⁸² Positiv wird dies in der Formulierung der Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, dass die Entschei-

dung, das Leben zu beenden, eine gewisse „Dauerhaftigkeit“ und „innere Festigkeit“ aufweisen müsse.⁸³

Selbstverantwortung, verstanden als freie Willensbildung und -betätigung, ist kein psychischer Befund, der als empirisches Faktum festgestellt werden könnte.⁸⁴ „Verantwortlichkeit“ ist semantisch ein Dispositionsprädikat,⁸⁵ das als solches nicht abschließend definiert, sondern nur durch Symptomsätze expliziert werden kann.⁸⁶ Verantwortlichkeit wird im sozialen Leben hypothetisch zugeschrieben und unter bestimmten Bedingungen wieder als widerlegt angesehen,⁸⁷ wobei dem Stand der medizinischen und psychologischen Forschung Rechnung zu tragen ist. Es ist daher unvermeidlich, dass die Frage nach der Eigenverantwortlichkeit einer Suizidentscheidung nur mit einer gewissen Vagheit beantwortet werden kann, was aber nicht von der Erarbeitung eines Kanons möglichst präziser strafrechtlicher Bewertungskriterien abhalten sollte. Denn gerade im Problembereich der Sterbehilfe sollte keineswegs einer arbiträren Beurteilung das Wort geredet werden.

⁷⁶ BVerfGE 153, 182 (310 Rn. 340); BGH NSTz 2025, 480 (482 Rn. 18).

⁷⁷ BVerfGE 153, 182 (274 Rn. 240 f.); BGHSt 64, 121 (125 f. Rn. 17, 21).

⁷⁸ Hierzu Kudlich, ZfL 2023, 491 (499 f.).

⁷⁹ BVerfGE 153, 182 (274 Rn. 243); BGHSt 64, 135 (139 Rn. 17); BGH NSTz 2024, 605 (608 Rn. 18).

⁸⁰ Zu einem Überblick über die Kriterien der Rechtsprechung Dannecker, in: Bobbert (Fn. 9), S. 267 (270 ff.); Otto, ZfL 2021, 329 (331).

⁸¹ BGHSt 64, 135 (139 Rn. 17).

⁸² BVerfGE 153, 182 (275 Rn. 244 f.); BGHSt 64, 135 (139 Rn. 17); BGH NSTz 2024, 605 (610 Rn. 26).

⁸³ BGHSt 64, 135 (139 Rn. 17); BGH NSTz 2024, 605 (608 Rn. 18).

⁸⁴ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 65: „Freiheit im Sinne einer Ungebundenheit durch die Determinanten der naturwissenschaftlich zu erfassenden Welt ist kein Rechtsbegriff.“

⁸⁵ Zur semantischen Struktur von Dispositionsprädikaten Kindhäuser (Fn. 19), S. 210 f.; Ryle, The Concept of Mind, 1960, S. 112 ff.; Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, Bd. 1, 1974, S. 120 ff. – jew. m.w.N.

⁸⁶ Beispielhaft hierfür ist die Explikation der Freiverantwortlichkeit in BGH NSTz 2025, 480 (482 Rn. 18).

⁸⁷ Kindhäuser (Fn. 19), S. 368 ff. m.w.N.

Die Abgrenzung von räuberischer Erpressung und Raub nach dem „Erscheinungsbild“ – „Geben“ oder „Nehmen“ – ist die Korrektur einer systemwidrigen Erstreckung der Erpressungstatbestände als Vermögensdelikte im engeren Sinne auf die Zueignungsdelikte durch die Rechtsprechung. Sie wird bedeutungslos, wenn man die Erpressungstatbestände systemgerecht durch das Erfordernis einer Vermögensverfügung des Opfers von den Zueignungsdelikten abgrenzt. So lässt sich auch eine Bestrafung „gleich einem Räuber“ (§ 255 StGB) in Fällen vermeiden, in denen ohne Zueignungsabsicht weggenommen wird.

I. Einführung

Der Beschluss des 3. Strafsenats des BGH vom 14. Mai 2024 bildet die Fortsetzung einer ständigen Rechtsprechung,¹ deren Ergebnisse im konkreten Fall überzeugen mögen, deren Hintergrund jedoch mit beachtlichen Argumenten kritisiert wird.

Der Angeklagte A hielt sich zusammen mit einem Mitangeklagten M und einer dritten Person D an einem Bushof auf. Die drei Personen entschieden sich, gemeinsam den dort wartenden Nebenkäufer O, der Heroin im Wert von etwa 25 EUR und eine geringe Menge Bargeld mit sich führte, körperlich anzugreifen und zur Herausgabe bzw. Duldung einer Wegnahme von Betäubungsmitteln und Bargeld zu veranlassen. A und D traten absprachegemäß von vorne an O heran und forderten ihn auf, alles herauszugeben, was er bei sich habe. Dieser Forderung verliehen sie Nachdruck, indem sie ihn beide mehrfach mit der flachen Hand in das Gesicht schlugen. M hatte sich im Rücken des O positioniert. Als O sich umdrehte, um die Möglichkeit einer Flucht zu prüfen, nahm er M wahr. Dieser sagte zu ihm, um der Herausgabeforderung Nachdruck zu verleihen, „Wegrennen“ bringe nichts. Daraufhin händigte O dem A oder D das mitgeführte Heroin aus. Gleichzeitig griff A oder D in eine Brusttasche des O und entnahm das darin befindliche Bargeld in Höhe von mindestens 25 EUR; O ließ dies unter dem Eindruck der Gewaltanwendung geschehen.

Das LG Kleve hatte A der „gemeinschaftlichen“ räuberischen Erpressung schuldig gesprochen. Die Revision des A blieb ohne Erfolg, führte allerdings zu einer Änderung des Schuldspruchs dahin, dass A – in Tateinheit – auch des Raubes gem. § 249 Abs. 1 StGB schuldig sei. Denn er habe O nicht nur durch die Gewaltanwendung veranlasst, das mit-

geführte Heroin herauszugeben, sondern ihm – gemeinschaftlich mit D agierend – zudem unter Einsatz körperlicher Gewalt Bargeld abgenommen. Raub und räuberische Erpressung seien nach dem äußeren Erscheinungsbild des Tatgeschehens abzugrenzen, und zwar danach, „ob der Täter dem Opfer die betreffende Sache unter Anwendung beziehungsweise Androhung körperlicher Gewalt wegnimmt (Raub) oder das Opfer sie ihm eingedenk der Gewaltanwendung beziehungsweise -androhung herausgibt (räuberische Erpressung).“²

Nun fragt man sich, weshalb die zusätzliche Abgrenzung nach dem äußeren Erscheinungsbild „Geben/Nehmen“ überhaupt notwendig ist, enthält doch § 249 StGB bereits das Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“. Ein Verhalten ohne Wegnahme kann kein Raub sein. Dagegen findet man in den objektiven Elementen der §§ 253, 255 StGB das Tatbestandsmerkmal „Herausgabe“ nicht, sondern nur das Element der Nötigung, die als Erfolg eine „Handlung, Duldung oder Unterlassung“ verursacht, welche wiederum einen Vermögensnachteil bewirkt. Wenn somit für die Abgrenzung von §§ 249/255 StGB ein Merkmal herangezogen wird, das in den §§ 253, 255 StGB nicht enthalten ist, dann kann man daraus folgern, dass nach Ansicht der Rechtsprechung der in § 253 StGB gesetzlich umschriebene Erfolg („Handeln, Dulden oder Unterlassen“) für die Abgrenzung von der Wegnahme in § 249 StGB nicht genügt. Ohne „Geben“ müsste dann ein Sachverhalt, bei dem i.S.v. § 249 genommen wird, auch ein Fall der §§ 253, 255 StGB sein können – wie etwa im unten (IV. 1.) zu besprechenden Taxi-Fall³.

Kann also eine Wegnahme mit Raubmitteln zugleich auch eine räuberische Erpressung sein?

Das überrascht, gehören doch Erpressung und Raub zwar zu den Vermögensdelikten im weiteren Sinne, aber innerhalb dieser Gruppe zu strukturell völlig unterschiedlichen Schutzsystemen: Erpressung zu den Vermögensdelikten im engeren Sinne einerseits, Raub zu den Zueignungsdelikten andererseits. Inwieweit in dieser Gemengelage das Abstellen auf ein „Geben“ sachgerecht und ausreichend ist, sei in vier Schritten dargelegt:

Zunächst wird im System des Vermögensschutzes im weiteren Sinne an die Unterscheidung zwischen Zueignungsdelikten und Vermögensdelikten im engeren Sinne erinnert (II.). Anschließend wird erörtert, nach welchen Kriterien der vorliegende Fall durch Rechtsprechung und herrschende Lehre entschieden wird (III.) und ob bzw. wie man die jeweilige Entscheidung mit dem System des Vermögensschutzes vereinbaren kann. (IV. 1., 2.). Danach kann die Frage entschieden werden, ob das äußere Erscheinungsbild als Geben oder Nehmen ein sachgerechter und hinreichender Maßstab ist (V.).

* Meinem akademischen Lehrer *Albin Eser* zum ehrenden Angedenken.

** Der mittlerweile im Ruhestand befindliche *Verf.* war bis April 2018 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ Zit. in BGH, Beschl. v. 24.5.2024 – 3 StR 121/24, Rn. 12; BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 474/20, Rn. 12; BGH, Beschl. v. 24.4.2018 – 5 StR 606/17, Rn. 13; BGH, Urt. v. 22.10.2009 – 3 StR 372/09 = NStZ-RR 2010, 46 (48).

² BGH, Beschl. v. 24.5.2024 – 3 StR 121/24, Rn. 12.

³ BGH, Urt. v. 5.7.1960 – 5 StR 80/60 = BGHSt 14, 387 = NJW 1960, 1729; dazu *Eser*, Strafrecht IV, 4. Aufl. 1983, Nr. 16.

II. Zueignungsdelikte und Vermögensdelikte im engeren Sinne

Der strafrechtliche Vermögensschutz unterscheidet zwischen dem Schutz von Rechten an Sachen und (Geld-)Werten. Dementsprechend gibt es Delikte zum Schutz des Eigentums an Sachen (wie etwa die Sachbeschädigung [§§ 303–305a StGB] oder die Zueignungsdelikte Unterschlagung [§ 246 StGB], Diebstahl [§ 242 StGB], Raub [§ 249 StGB] oder räuberischer Diebstahl [§ 252 StGB]). Die Vermögensdelikte im engeren Sinne bezwecken den Schutz der Rechtsinhaberschaft über Werte (Betrug [§§ 263 ff. StGB] und Untreue [§ 266 StGB], Erpressung [§ 253 StGB] und räuberische Erpressung [§ 255 StGB]).

Sache und Wert können eine Einheit bilden, müssen es aber nicht: es gibt wertvolle Sachen und es gibt Sachen ohne Wert (Liebesbriefe, Tagebücher) und es gibt Werte, die keine Sachqualität haben (Forderungen). Bei den Eigentumsdelikten spielt der Wert der Sache keine systemrelevante Rolle, es gilt die Orientierung an der formalen rechtlichen Eigentümerposition. Hingegen kann eine Sache ohne Wert nicht Gegenstand eines Vermögensdelikts im engeren Sinne sein und ein Wert ohne Sachqualität kann nicht Gegenstand eines Eigentumsdelikts sein. Auf wertvolle Sachen können sich wiederum beide Deliktgruppen beziehen.

Obwohl der Gesetzgeber bestrebt ist, flächendeckend zu arbeiten, gibt es im System des Vermögensschutzes auch „weiße Flecken“: So sind vom Eigentumsschutz die bloße Sachentziehung ohne (beabsichtigte) Aneignung oder die bloße Gebrauchsanmaßung (das *furtum usus*) nicht erfasst. Soweit nicht eigens vertyp (z.B. das *furtum usus* eines Fahrzeugs in § 248b StGB) sind sie in einem freiheitlichen Strafrecht straffrei. Und auch die Vermögensdelikte im engeren Sinne bieten keinen lückenlosen Vermögensschutz, sondern nur Schutz gegen besonders gefährliche oder gravierende Mittel zur Vermögensschädigung wie insbesondere Täuschung (Betrug, § 263 StGB), Nötigung (Erpressung, §§ 253, 255 StGB) oder Vertrauensbruch (Untreue, § 266 StGB).

Es zeigt sich: Raub ist eine Straftat gegen das Eigentum. Der Täter eines Raubes nimmt fremde Sachen mit Raubmitteln weg. Die (räuberische) Erpressung ist eine Straftat gegen das Vermögen im engeren Sinne. Der Täter der räuberischen Erpressung nötigt zu einem vermögensschädigenden Verhalten mit Raubmitteln. Die Alternative Raub/räuberische Erpressung stellt sich somit von vornherein nur dann, wenn Tatobjekt eine fremde Sache von Wert ist. Dies ist im vorliegenden Fall sowohl hinsichtlich des Heroins⁴ als auch des Bargeldes anzunehmen.

III. Der konkrete Fall

1. Die Lösung durch die Rechtsprechung

Der BGH grenzt Raub und räuberische Erpressung nach dem *äußeren Erscheinungsbild* des Tatgeschehens ab: O gab A oder D angesichts der Gewaltanwendung bzw. -androhung

⁴ Zur Frage, ob das illegal erworbene Heroin einen Wert im Sinne der Vermögensdelikte besitzt, *Eisele*, JuS 2024, 987 (989) m.w.N.

das Heroin heraus (räuberische Erpressung). A oder D nahmen dem Opfer die 25 € unter Anwendung bzw. Androhung körperlicher Gewalt weg, was O unter dem Eindruck der Gewaltanwendung geschehen ließ (Raub).

2. Die Lösung durch die herrschende Lehre

Die herrschende Lehre fügt – als Parallele zum Betrug – eine Vermögensverfügung des Genötigten in die Tatbestandsmäßigkeit der (räuberischen) Erpressung ein.⁵ Ihr Vorliegen hängt davon ab, ob der Genötigte davon ausgeht, noch eine Wahlmöglichkeit zu haben, ob er der Nötigung Folge leistet oder nicht. Nur wenn er trotz der gegebenen Umstände von dieser Wahlmöglichkeit ausgeht, verfügt er „freiwillig“ über die Sache durch Geben, andernfalls läge trotz des Gebens eine Wegnahme vor.⁶ Nimmt man an, dass O trotz der Schläge mit der flachen Hand von vorn durch A und D und des Hinweises des M in seinem Rücken, dass Wegrennen nichts bringe, von einer Wahlmöglichkeit ausging, wäre das Ergebnis – wie beim BGH – eine räuberische Erpressung.⁷ Andernfalls läge trotz des Gebens ein Raub vor. Hinsichtlich der Wegnahme des Bargeldes käme hingegen auch die Lehre eindeutig zur Annahme eines Raubes.

IV. Argumente der beiden Auffassungen

1. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung versteht – in enger Anlehnung an den Wortlaut der §§ 253, 255 StGB – die Erpressung als Nötigung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung als Ursache („dadurch“) für das Zufügen eines Vermögensnachteils. Es genügt folglich, dass durch die Handlung, Duldung oder Unterlassung des Genötigten ein Vermögensnachteil herbeigeführt wird.

Weist der Sachverhalt – wie im vorliegenden Fall – auch die Zueignungselemente des Raubes auf, besteht somit die Wahl zwischen Raub und räuberischer Erpressung und es kommt auf das Erscheinungsbild an:

Im Geldtaschen-Fall⁸ forderten E und G den L auf, sein Geld herauszugeben. Da sich L bedroht fühlte, händigte er dem G seine Geldtasche aus. G durchsuchte die Tasche und entnahm ihr 7,50 DM.

Der BGH erkannte auf räuberische Erpressung. Maßgeblich sei – entsprechend dem äußeren Erscheinungsbild – der Erfolg der Einwirkung (Übergeben der Tasche). Ob das Opfer „freiwillig“ handele oder sich unter dem Druck der Vorstellung, Widerstand sei zwecklos, dem Willen des Täters fügt, spiele keine Rolle. Dies gelte auch, wenn das erzwun-

⁵ Vgl. *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 253 Rn. 8; *Sander*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 253 Rn. 13 ff. jew. m.w.N.

⁶ Vgl. *Eisele*, JuS 2024, 987 (988); *Perron*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 5), § 263 Rn. 63 m.w.N.

⁷ So auch *Eisele*, JuS 2024, 987 (988).

⁸ BGH, Urt. v. 17.3.1955 – 4 StR 8/55 = BGHSt 7, 252 = NJW 1955, 877.

gene Verhalten des Opfers in der Herausgabe der verlangten Sache besteht.⁹

Das äußere Erscheinungsbild spielt aber dann keine Rolle mehr, wenn Raub schon tatbestandlich nicht gegeben ist:

Im Taxi-Fall¹⁰ hatte sich der Fahrgast T während einer kurzen Unterbrechung der Taxifahrt vom Fahrzeug entfernt. Als er wieder zurückkam, gab er mit einer Gaspistole zwei Schüsse auf den Taxifahrer F ab und zwang ihn so, das Fahrzeug zu verlassen. T setzte sich nun selbst ans Steuer und fuhr weg, wobei er F, der dies verhindern wollte, erneut mit der Pistole bedrohte. Einige Zeit später brach T die Fahrt ab und stellte sich der Polizei, welcher er sein Verhalten damit erklärte, dass er so gerne einmal habe Auto fahren wollen.

Da T keine Zueignungsabsicht bezüglich des Autos hatte, kommt eine Strafbarkeit nach § 249 StGB nicht in Frage, sondern nur die Gebrauchsanmaßung nach § 248b StGB, die bezüglich eines Zueignungsdelikts (wegen des verbrauchten Treibstoffs) eine Sperrwirkung entfaltet.

Der BGH nimmt hier eine räuberische Erpressung an: Zwar habe T das Fahrzeug weggenommen. Der Tatbestand der Erpressung umfasse aber den Tatbestand des Raubes mit. Die Wegnahme mit Raubmitteln schließe auch die Nötigung eines anderen zur Duldung der Wegnahme in sich. Weil aber ein Raub mangels Zueignungsabsicht als *lex specialis* hier nicht gegeben ist, könne er § 255 StGB auch nicht verdrängen.¹¹

Nach dieser Rechtsprechung konkurriert mit jedem Raub zugleich eine räuberische Erpressung, die bei Vorliegen eines Raubes hinter diesen zurücktritt. § 255 StGB wird zum Auffangtatbestand.¹² Scheidet Raub aus, ist die Annahme einer räuberischen Erpressung möglich, ohne dass das äußere Erscheinungsbild eine Rolle spielen würde: § 255 StGB trotz eines Nehmens. Dies würde sogar für Fälle gelten, in denen das *furtum usūs* – im Unterschied zu § 248b StGB – als solches nicht einmal strafbar ist:

Beispiel: A hält C mit *vis absoluta* fest, damit B ihm ein gebrauchtes Buch zum vorübergehenden Gebrauch (*furtum usūs*) wegnehmen kann.¹³

Hier würde aus einer einfachen Nötigung eine räuberische Erpressung resultieren. Gleiches würde für den abgenötigten „unbefugten Gebrauch eines Fahrzeugs“ (§ 248b StGB), eine

abgenötigte Pfandkehr (§ 289 StGB) oder eine abgenötigte Wilderei (§ 292 StGB) gelten.

2. Herrschende Lehre

Wie die Rechtsprechung betrachtet auch die herrschende Lehre die Erpressung zunächst als Nötigung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung als Ursache („dadurch“) für das Zufügen eines Vermögensnachteils. Aus der Einordnung als Vermögensdelikt im engeren Sinne folgert die Lehre jedoch, dass das im Gesetz beschriebene Nötigungsziel dem entspricht, was beim Betrug als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal „Vermögensverfügung“ anerkannt ist.¹⁴

a) Betrug: Vermögensverfügung des Getäuschten

Die Vermögensverfügung wird beim Betrug – in Parallele zum Wortlaut der Erpressung – definiert als „jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das eine Vermögensminderung (Schaden) zurechenbar [...] herbeiführt“¹⁵. Sie dient – neben der hier irrelevanten Verbindungsfunktion zwischen Irrtum und Vermögensschaden – der Abgrenzung zwischen Sachbetrug (Geben als Folge von Täuschung und Irrtum) und Diebstahl (Nehmen als Folge von Täuschung und Irrtum).

Als vermögensverfügendes Verhalten des Getäuschten genügt zunächst jedes tatsächliche aktive vermögensmindernde Einwirken.¹⁶ Ein Verfügungsbewusstsein ist nicht erforderlich.¹⁷ Jedes Verhalten reicht aus, sofern es sich wenigstens objektiv als unmittelbare Einwirkung auf das Vermögen darstellt.

Beim Verfügen über eine Sache wird jedoch ein Verfügungsbewusstsein (Verfügen als Geben) verlangt als Abgrenzung zur Wegnahme bei § 242 StGB (Gewahrsamsbruch als Nehmen),¹⁸ so der BGH im sog. CD-Fall:¹⁹ Die Angeklagten hatten vier CDs flach auf den Boden des Einkaufswagens gelegt. Danach deckte der angeklagte Ehemann die Gegenstände mit einem Werbeprospekt ab, wobei sich beide Angeklagten sichernd umschaute. Anschließend legten sie weitere Sachen auf die durch den Werbeprospekt abgedeckten Waren und begaben sich an die Kasse. Entsprechend ihrer vorgefassten Absicht legten sie dort nur die oben liegenden Gegenstände auf das Band, nicht jedoch die CDs. Nach Bezahlung der vorgelegten Waren räumte die angeklagte Ehefrau diese wieder in den Einkaufswagen. Hinter der Kas-

¹⁴ Vgl. *Bosch* (Fn. 5), § 253 Rn. 8 m.w.N., § 255 Rn. 3.

¹⁵ *Perron* (Fn. 6), § 263 Rn. 55 m.w.N.

¹⁶ Dazu der Hafterschleichungs-Fall BGH, Urt. v. 11.3.1960 – 4 StR 588/59 = BGHSt 14, 170 (171 Rn. 24 f. [juris]): Festnahme und Haftbefehl als Vermögensverfügungen.

¹⁷ *Perron* (Fn. 6), § 263 Rn. 60.

¹⁸ Vgl. *Perron* (Fn. 6), § 263 Rn. 60.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 26.7.1995 – 4 StR 234/95 = BGHSt 41, 198 (202 f. Rn. 12 [juris]); für Betrug noch das OLG Düsseldorf im Winkelschleifer-Fall (Beschl. v. 19.6.1987 – 5 Ss 166/87 - 131/87 = NJW 1988, 922), aber auch nur deshalb, weil es ein Bewusstsein der Angestellten an der Kasse annahm, über den Winkelschleifer-Karton nebst vollständigem Inhalt (also auch die darin versteckten Zusatzschleifscheiben) zu verfügen.

⁹ BGH, Urt. v. 17.3.1955 – 4 StR 8/55 = NJW 1955, 878, vgl. auch BGH, Beschl. v. 2.12.2010 – 4 StR 476/10 = NStZ-RR 2011, 80 (Ls. 1): „Für die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung ist das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten maßgebend. Es spielt keine Rolle, ob dieser freiwillig handelt oder sich unter dem Druck der Vorstellung, Widerstand sei zwecklos, dem Willen des Täters fügt.“

¹⁰ Siehe Fn. 3.

¹¹ BGH, Urt. v. 5.7.1960 – 5 StR 80/60 = NJW 1960, 1729 (1730).

¹² *Eser* (Fn. 3), Nr. 16 A 24.

¹³ Vgl. auch Beispiel 5 bei *Schladitz*, JA 2022, 89 (92).

senzone wurden sie von zwei Detektiven, die dieses Geschehen beobachtet hatten, gestellt.

Der BGH nahm Diebstahl (Nehmen) an, weil man nicht von einem Verfügungswillen über alle Waren im Einkaufskorb ausgehen könne, sondern nur über die, deren sich der Verfügungsbewusste ist.

Umgekehrt ist die Situation, wenn der Getäuschte sich der Verfügung zwar bewusst ist, indem er die Wegnahme durch den Täter duldet, aber meint, in seiner Entscheidung frei zu sein: Dann liegt ein Geben auf Grund der täuschungsbedingten Willentlichkeit der Verfügung vor, obwohl sich das Geschehen nach außen als Nehmen darstellt.

Glaubt das Opfer hingegen, dass die Sache unabhängig von seiner Mitwirkung dem Zugriff des Täters preisgegeben sei, es den Verlust ohnehin nicht verhindern könne, liegt mangels Willentlichkeit der Verfügung – in Übereinstimmung mit dem äußeren Erscheinungsbild – ein Nehmen und damit Diebstahl vor.²⁰

b) Erpressung: Vermögensverfügung des Genötigten

Indem auch die Erpressung als Vermögensdelikt im engeren Sinne das Vermögen als Ganzes schützt und die Tathandlung wie beim Betrug an der Freiheit der Willensentscheidung ansetzt, liegt es nahe, das Nötigungsziel „Handlung, Duldung oder Unterlassung“ des Genötigten, in Parallele zum Betrug als Vermögensverfügung zu interpretieren. Dies gilt dann auch für die räuberische Erpressung als Spezialfall der Erpressung.

Für die Abgrenzung Raub/räuberische Erpressung bedeutet dies, dass der räuberischen Erpressung gegenüber dem Raub exklusive Bedeutung zukommt.²¹ Sie liegt nicht schon dann vor, wenn Raub z.B. mangels Zueignungsabsicht ausscheidet, sondern erst dann, wenn das Opfer das Geschehen willentlich begleitet, sei es, dass es gibt oder dass es das Nehmen des Täters duldet.

3. Diskussion

Obwohl beide Straftatbestände unterschiedlichen Bereichen der Vermögensdelikte (hier Zueignungsdelikte, dort Vermögensdelikte im engeren Sinne) angehören, können im Fall des Nehmens einer Sache von Wert die Voraussetzungen für beide Straftatbestände gegeben sein, weil auch der Wortlaut der §§ 253, 255 StGB ein Nehmen (als Dulden des Nehmens) nicht ausschließt. Dann ist das äußere Erscheinungsbild für die Abgrenzung zwischen Raub (Nehmen) und räuberischer Erpressung (Geben) ein tauglicher Maßstab.

Diese „Erscheinungsbild-Abgrenzung“ ist aber dann irrelevant, wenn Raub als *lex specialis* nicht vorliegt. Dann kann die Rechtsprechung §§ 253, 255 StGB auch dann bejahen, wenn genommen wird, weil sie – anders als beim Betrug – eine Vermögensverfügung als Element der (räuberischen)

Erpressung aus historischen Gründen²² ablehnt und damit den Anwendungsbereich der Erpressung auf den Anwendungsbereich der Zueignungsdelikte ausdehnt.

Jene „Infiltration“ lässt sich durch eine inhaltliche Präzisierung des Vermögensdelikts „Erpressung“ gegenüber den Zueignungsdelikten verhindern. Diese Präzisierung wird erreicht, indem man – wie beim Betrug – das Erfordernis einer Vermögensverfügung in die §§ 253, 255 StGB einbaut und so eine Tatbestandsexklusivität von Raub und räuberischer Erpressung herstellt. Dafür gibt es gewichtige Gründe:

Neben den bereits erörterten parallelen Strukturen in den §§ 263 und 253/255 StGB²³ ist es die mit der Vermögensverfügung verbundene Reduktion des Anwendungsbereichs der räuberischen Erpressung. Ohne sie, d.h. wenn mit jedem Raub einer Sache von Wert zugleich eine räuberische Erpressung konkurrierte, würde sich der ausschließliche Anwendungsbereich des § 249 StGB auf Fälle reduzieren, in denen eine wertlose Sache weggenommen wird, weil nur hier § 255 StGB mangels einer Nachteilszufügung im Verbund mit einer Bereicherungsabsicht nicht zum Zug kommt.²⁴

Auch eine weitere Schieflage im System der Vermögensdelikte im weiteren Sinne würde durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „Vermögensverfügung“ beseitigt: die Strafschärfung nach den §§ 250, 251 StGB für Taten, die nicht einmal eine Zueignung verlangen, aber mit Raubmitteln begangen werden können: jedes tatbestandslose *furtum usus*, das vertypete *furtum usus*, „unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs“ (§ 248b StGB), die Pfandkehr (§ 289 StGB)²⁵ oder die Wilderei (§ 292 StGB).

V. Et respice finem

Die „Erscheinungsbild-Abgrenzung“ durch „Geben oder Nehmen“ zwischen Erpressung und Zueignungsdelikt ist ein Medikament, um die dem Gesetzeswortlaut nach zwar mögliche, jedoch systemwidrige Erstreckung der Erpressungstatbestände als Vermögensdelikte im engeren Sinne auf die Zueignungsdelikte zu heilen. Es wirkt nur dann und wäre auch nur dann anwendbar, wenn in einem Fall die beiden Tatbestandsalternativen vorlägen. Es kann aber abgesetzt werden, wenn man die Erpressungstatbestände systemgerecht durch das Erfordernis einer Vermögensverfügung des Opfers präzisiert, damit einschränkt und von den Zueignungsdelikten abgrenzt, wie dies beim Betrug auch durch die Rechtsprechung praktiziert wird. Denn dann stellt sich von vornherein die Tatbestandsalternative nicht.

Mit der „Erscheinungsbild-Abgrenzung“ wird folglich nur ein Symptom behandelt. Nicht geheilt wird die Grunderkrankung mit ihren weiteren schwerwiegenden Folgen: die Aus-

²⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 255 Rn. 2; Perron (Fn. 6), § 263 Rn. 63; dazu der Fall des falschen Polizeibeamten BGH, Urt. v. 16.4.1952 – II ZR 49/51 = NJW 1952, 782.

²¹ Bosch (Fn. 5), § 255 Rn. 3.

²² Vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1955 – 4 StR 8/55 = NJW 1955, 878.

²³ S.o. IV. 2. a), b).

²⁴ Vgl. auch Schladitz, JA 2022, 89 (93).

²⁵ So in der Tat das RG (2. Strafsenat), Urt. v. 19.6.1894 – 1858/94 = RGSt 25, 435 bei einem Fall versuchter Erpressung, vgl. auch BGH, Urt. v. 22.9.1983 – 4 StR 376/83 = BGHSt 32, 88: Räuberische Erpressung bei gewaltsamer Beeinträchtigung des gesetzlichen Pfandrechts des Gastwirts.

legung der Erpressungsdelikte ohne eine präzisierende Vermögensverfügung:

„Sobald der Dieb, der Wilderer (§ 292), der unberechtigte Fahrzeugbenutzer (§ 248b), der ‚Pfandkehrer‘ (§ 289), ja selbst der ansonsten straflose Gebrauchsanmaßer [...] Zwangsmittel einsetzt, wird er zugleich (auch) zum Erpresser [...] Benutzt er dabei Gewalt gegen eine *Person*, ist er gar wegen räuberischer Erpressung ‚gleich einem Räuber‘ zu bestrafen (§ 255) und dies trotz des grundsätzlichen Strafverzichts dort, wo der Täter nicht mit Zueignungsabsicht handelt.“²⁶

²⁶ Eser (Fn. 3), Nr. 16 A 24 (*Hervorhebung im Original*).

Lebensmittelskandale haben in der Vergangenheit immer wieder teils enorme mediale Aufmerksamkeit erregt und zu weitreichenden politischen und gesellschaftlichen Debatten geführt. Auch aus der Perspektive des Strafrechts besteht Diskussionsbedarf. Der vorliegende Beitrag stellt dabei mit der im Titel aufgeworfenen Frage eine der zentralen Facetten des Phänomens in den Mittelpunkt und versteht sich zugleich als eine Art Bestandsaufnahme der bisherigen strafrechtsdogmatischen Diskussion in Bezug auf § 263 StGB.

I. Begriff

„Food fraud“ („Lebensmittelbetrug“) ist eine Problematik, die im Bereich des Lebensmittelrechts schon seit längerem diskutiert wird, im Strafrecht hingegen erst in jüngerer Vergangenheit stärker in den Fokus geraten ist. Dies ist nicht zuletzt deshalb wichtig, weil hier neben Fragen der strafrechtlichen Bewertung sowie des Konkurrenzverhältnisses zwischen den Straftatbeständen des StGB und denen des Lebensmittelrechts auch auf der Rechtsfolgenseite wichtige bereichsspezifische Probleme existieren, die einer näheren Betrachtung bedürfen (u.a. Bedeutung des besonderen Drucks medialer Berichterstattung für die Strafzumessung; Berufsverbot; Möglichkeiten und Grenzen von Auflagen und Weisungen im Rahmen von Bewährungsbeschlüssen).¹

In der Bevölkerung wiederum rückt das Phänomen regelmäßig im Zusammenhang mit größeren Lebensmittelskandalen ins Bewusstsein. Erinnert sei etwa an das Jahr 1985, als publik wurde, dass manche österreichischen Weine mit dem Frostschutzmittel Diethylenglykol versetzt wurden², an das Jahr 2008, als bekannt wurde, dass das Babymilchpulver eines chinesischen Produzenten die Chemikalie Melamin enthielt³, oder an das Jahr 2013, als ans Licht kam, dass Fertigprodukte, die eigentlich als rindfleischhaltig deklariert waren, Pferdefleisch enthielten⁴.

Allgemein werden unter dem Phänomen des „food fraud“ Sachverhalte verstanden, bei denen mit der Absicht, Verbraucher zu täuschen, vorsätzlich Lebensmittel unter Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen in den Verkehr

gebracht werden, um Gewinne zu erzielen.⁵ Lebensmittelbetrug zeichnet sich also durch folgende vier Merkmale aus:

- vorsätzliches Inverkehrbringen von Lebensmitteln;
- Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen;
- Absicht der Verbrauchertäuschung;
- Gewinnerzielungsabsicht.

II. Empirische Befunde

Lebensmittelbetrug ist kein neues Phänomen. Er ist im Grunde so alt wie die Menschheit. Schon vor hunderten Jahren hat man z.B. Getreidemehl mit Gips gestreckt, verdorbenes Fleisch mit frischem Blut gefärbt oder Milch und Wein mit Wasser gepanscht.⁶ Blickt man auf die Gegenwart, stellt man fest, dass die Täuschungsmuster im Grunde noch dieselben sind, lediglich die Ausführungsarten haben sich dem Stand der Technik angepasst. Beispiele sind etwa das Einfärben von billigem Salatöl mit Chlorophyll, um hochwertiges natives Olivenöl vorzutäuschen, der Verkauf von Lebensmitteln als Bio-Produkte, die in Wahrheit aus konventionellem Anbau stammen, oder das Aufspritzen von Garnelen mit Gel, um deren Gewicht zu erhöhen.⁷

Der weltweite Schaden, der jährlich durch Lebensmittelbetrug entsteht, wird seitens der EU auf mindestens 30 Milliarden Euro geschätzt.⁸ Zu den am häufigsten betroffenen Produkten gehören Olivenöl, Honig, Kaffee, Fisch, Meeresfrüchte, Gewürze, Kakao und Tee, also vor allem Lebensmittel von hohem wirtschaftlichen Wert.⁹ Nach dem Food Fraud Vulnerability Index 2025 sind unter den zehn Ländern, in denen das Risiko, Opfer von Lebensmittelbetrug zu werden am höchsten ist, ausschließlich Staaten Afrikas (Elfenbeinküste, Sierra Leone, Tschad, Benin, Guinea, Madagaskar, Ägypten) sowie des Nahen Ostens (Jemen, Syrien, Jordanien). Ursächlich hierfür sind u.a. schlechte wirtschaftliche Rahmen-

* Der Autor ist Lehrstuhlvertreter am Institut für Kriminologie der Universität Heidelberg sowie Akad. Oberrat a.Z. am Institut für Kriminologie der Universität zu Köln und dort sonderbeurlaubt.

¹ Vgl. Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 381 ff.

² Näher dazu Eisenbach-Stangl, Wiener Zeitschrift für Suchtforschung 4/1992, 3 ff.

³ Vgl. etwa Süddeutsche Zeitung v. 17.5.2010, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/panorama/china-milchskandal-geht-weiter-der-toedliche-schluck-1.71449> (9.10.2025).

⁴ Vgl. den kurzen Überblick dazu auf foodwatch, abrufbar unter <https://www.foodwatch.org/de/informieren/taeuschung-irrefuehrung/fleisch/pferdefleisch/uebersicht-ueber-den-pferdefleisch-skandal> (9.10.2025).

⁵ Näher zur Begriffsbestimmung Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, Was ist Lebensmittelbetrug?, abrufbar unter

https://www.bvl.bund.de/DE/Arbeitsbereiche/01_Lebensmittel/03_Verbraucher/16_Food_Fraud/02_Was%20ist%20Lebensmittelbetrug/Was%20ist%20Lebensmittelbetrug_basepage.html (8.10.2025); siehe ferner European Commission, The EU Food Fraud Network and the System for Administrative Assistance – Food Fraud. Annual Report 2018, S. 5; Robson/Dean/Haughey/Elliott, Food Control 120 (2021), art. 107516.

⁶ Ausführlich zur Geschichte des Lebensmittelbetruges Priesnitz, Food Fraud oder die Frage nach Authentizität – Was ist Lebensmittelbetrug und wie wird in Deutschland dagegen vorgegangen?, 2021, S. 12 ff.

⁷ Vgl. Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (Fn. 5).

⁸ Vgl. European Commission (Fn. 5), S. 4.

⁹ Vgl. Eastlake, foodnavigator v. 15.4.2025, abrufbar unter <https://www.foodnavigator.com/Article/2025/04/15/food-fraud-threatening-food-safety-what-is-being-done-to-stop-it/> (9.10.2025).

bedingungen, unzureichende Regulierung sowie mangelnde technische Möglichkeiten zur Aufdeckung betrügerischer Praktiken. Anders stellt sich dies hingegen in Ländern wie Finnland, Australien, Südkorea, den USA oder Norwegen dar, die zu den fünf Nationen gehören, die die größte Resistenz gegenüber „food fraud“ aufweisen.¹⁰

Zu den zentralen empirischen Befunden gehört ferner, dass Lebensmittelbetrug ein wichtiges Betätigungsfeld organisierter Kriminalität darstellt. So ist etwa bekannt, dass die italienische Mafia gefälschte Lebensmittel in Deutschland vertreibt. Bedeutsam ist dabei u.a. das Geschäft mit minderwertigem Champagner. Hier werden Gastwirte genötigt, damit diese die Ware abkaufen und in ihren Restaurants anbieten.¹¹

In den vergangenen zehn bis fünfzehn Jahren wurden auf europäischer Ebene verstärkt Initiativen ergriffen, um Lebensmittelbetrug besser aufdecken und bekämpfen zu können. Dazu gehört u.a. das im Jahr 2013 gegründete „Food-Fraud-Network“, das sich aus Vertretern der Europäischen Kommission, allen Staaten der EU sowie der Schweiz, Norwegens und Islands zusammensetzt und der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit dient.¹²

Ein weiteres Beispiel ist die „Operation OPSON“, in der bereits seit 2011 Inter- und Europol weltweit mit zahlreichen Staaten zusammenarbeiten, um durch gemeinsame Aktionen von Zoll, Polizei, Lebensmittelüberwachungsbehörden sowie Partnern aus der Wirtschaft gefälschte Lebensmittel sicherzustellen. An der letzten OPSON-Aktion XIII 2023/24 haben insgesamt 29 Staaten teilgenommen. Deutschland hatte sich mit einer Schwerpunktaktion mit dem Fokus auf Waldheidelbeeren beteiligt. Konkret wurden in acht Bundesländern 70 Proben mit der Angabe „Waldheidelbeeren“ auf unlautere Praktiken untersucht. In der Hälfte aller Proben waren keine Waldheidelbeeren enthalten, sondern andere Heidelbeerarten. Bei den analysierten Obstkonserven betrug der falsch deklarierte Anteil sogar 76 %.¹³

III. „Food fraud“ und die Voraussetzungen des § 263 StGB

Nun aber zur Kernfrage: Inwieweit handelt es sich bei „food fraud“ tatsächlich um einen Anwendungsfall des § 263 StGB?

¹⁰ Vgl. hier und zum Vorstehenden von *Krištopaitytė*, *WellnessPulse* v. 29.4.2025, abrufbar unter <https://wellnesspulse.com/research/food-fraud-vulnerability-index/> (10.10.2025).

¹¹ Vgl. BT-Drs. 19/32478, S. 1 ff.

¹² Vgl. European Commission, The EU Agri-Food Fraud Network, abrufbar unter https://food.ec.europa.eu/food-safety/eu-agri-food-fraud-network_en (10.10.2025); siehe ferner zur Bekämpfung der Lebensmittelkriminalität durch nationale und internationale Maßnahmen *Rützler*, in: Streinz/Kraus (Hrsg.), *Lebensmittelrechts-Handbuch*, 48. Aufl. 2025, Kap. VII. Rn. 79.

¹³ Vgl. hier und zum Vorstehenden den Bericht des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, abrufbar unter https://www.bvl.bund.de/DE/Arbeitsbereiche/01_Lebensmittel/03_Verbraucher/16_Food_Fraud/06_OPSON_Operationen/OPSON-XIII/OPSON_13_node.html (9.10.2025).

Im objektiven Tatbestand müssen bekanntermaßen vier Voraussetzungen erfüllt sein, zwischen denen ein durchlaufend kausaler Zusammenhang bestehen muss, und zwar eine Täuschung, durch die ein Irrtum hervorgerufen wird, der wiederum zu einer Vermögensverfügung führt und schließlich in einen Vermögensschaden mündet.

1. Täuschung

Keine wesentlichen Probleme ergeben sich zunächst in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzung der Täuschung. Eine solche liegt ohne Weiteres bei allen Erscheinungsformen des „food fraud“ vor, bei denen ein Lebensmittel ausdrücklich vereinbarte Eigenschaften nicht aufweist oder bei denen bezüglich der Deklaration von gesetzlichen Vorschriften abgewichen wird. Ein derartiger Fall liegt etwa vor, wenn ein Produkt angeboten wird, das laut Etikett einen Milchanteil von 40 % aufweisen soll, in Wahrheit aber nur einen solchen von 4 % hat. Fehlt es an expliziten Deklarationen oder gesetzlichen Vorgaben, kann zur Feststellung einer betrugsrelevanten Täuschung auf die Verkehrsauffassung abgestellt werden, die in einem Strafprozess gegebenenfalls auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln ist.¹⁴

Denkbar ist auch die Täuschung mit wahren Tatsachen, wenn gerade dadurch eine Fehlvorstellung hinsichtlich anderer Tatsachen hervorgerufen werden soll.¹⁵ Wird beispielsweise auf der Verpackung von Bio-Möhren speziell hervorgehoben, dass diese nicht gentechnisch verändert oder ohne konventionellen Dünger angebaut worden seien, verstößt das gegen Art. 7 Abs. 1 lit. c Lebensmittelinformations-Verordnung (LMIV), denn danach ist es verboten, mit bloßen Selbstverständlichkeiten zu werben. Zugleich handelt es sich um eine Täuschung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB, denn es wird der Eindruck erweckt, dass es sich bei den besagten Möhren um etwas Besonderes handelt, d.h. dass diese Eigenschaften aufweisen, die vergleichbare Möhren nicht haben. Tatsächlich verhält es sich aber selbstverständlich so, dass es zu den Grundvoraussetzungen von Bio-Lebensmitteln gehört, dass diese gentechnisch unverändert und ohne konventionellen Dünger angebaut wurden.

2. Irrtum

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzung des Irrtums wird es zwar häufig an einer konkreten Fehlvorstellung des Verbrauchers fehlen, weil er die jeweils einschlägigen rechtlichen Vorgaben nicht im Einzelnen kennt. Wer weiß z.B. schon im Detail, welche Anforderungen an die Haltung eines Rindes gestellt werden, damit das daraus produzierte Fleisch als Bio-Rindersteak deklariert werden darf? Ein derartiges Wissen ist indes nicht notwendig, denn es genügt ein sachgedankliches Mitbewusstsein, d.h. die allgemeine Vorstellung, dass bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁶ Der Adressat

¹⁴ Vgl. *Puschke*, ZLR 2019, 225 (229 f.).

¹⁵ Vgl. *Fischer*, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 263 Rn. 18a m.w.N.

¹⁶ Vgl. *Valerius*, LMuR 2024, 143 (145); *Hefendehl*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 338 m.w.N.

muss also in dem eben gebildeten Beispiel des Bio-Rindersteaks nur das Bewusstsein haben, dass für Bio-Lebensmittel besondere Qualitätsanforderungen gelten, ohne dass er diese im Einzelnen kennen muss.

Im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal des Irrtums können sich jedoch praktische Probleme ergeben, die daraus resultieren, dass grundsätzlich in jedem Einzelfall die konkrete Feststellung erforderlich ist, ob bei einer Person ein Irrtum erregt wurde oder nicht. Der BGH lässt hiervon jedoch bei massenhaften, gleichförmigen und routinemäßigen Geschäften, die von selbstverständlichen Annahmen geprägt sind, eine Ausnahme zu. Dann soll es genügen, aus den zahlreichen Einzelfällen einige exemplarisch auszuwählen, um anhand dieser die Irrtumserregung zu verdeutlichen. Auf der Grundlage der Aussagen der entsprechenden Zeugen könne dann auf einen Irrtum auch der anderen Verfügenden geschlossen werden.¹⁷

Die beschriebene Rechtsprechung mag zwar aus verfahrensökonomischen Gründen durchaus nachvollziehbar sein. Dabei wird allerdings der Umstand übersehen, dass es sich bei einem Irrtum um eine psychologische, d.h. eine innere Tatsache handelt. Bei derart individuellen Umständen kann aber nur schwerlich von einigen wenigen Personen auf alle geschlossen werden.¹⁸ Gerade bei Massengeschäften sind nämlich viele Erklärungen denkbar, warum eine Person ein bestimmtes Produkt erworben hat, ohne dass dies zwingend irrumsbedingt sein muss.¹⁹ Wenn ein Kunde also z.B. in dem oben beschriebenen Fall des Bio-Rindersteaks gar nicht bemerkt, dass es den Aufdruck „Bio“ gibt, scheidet ein Irrtum von vornherein aus. In wiederum anderen Fällen kann es sein, dass die Täuschung durchschaut, das Produkt aber dennoch erworben wird. Bei konsequenter Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes müsste man letztlich in allen Fällen, in denen ein Irrtum – aus welchen Gründen auch immer – nicht konkret nachgewiesen werden kann, davon ausgehen, dass ein solcher nicht vorliegt.

3. Vermögensverfügung

Wurde beim Käufer ein täuschungsbedingter Irrtum erregt und zahlt er daraufhin den Kaufpreis für das betreffende Lebensmittel, ist dies als Vermögensverfügung anzusehen. Besondere kontextbezogene Problemstellungen ergeben sich dabei nicht.

4. Vermögensschaden

Allerdings muss durch die Vermögensverfügung auch ein Vermögensschaden hervorgerufen werden. Dies kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn der Wert des Lebensmittels den Kaufpreis unterschreitet. Beeinträchtigt die Täuschung den Wert des jeweiligen Lebensmittels also nicht, liegt kein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB vor. In dem vorstehend erwähnten Beispiel der Bio-Möhren und der Werbung mit einer Selbstverständlichkeit sind diese ihren Preis

durchaus wert, sodass ein Vermögensschaden zu verneinen ist.

Ferner ist nicht zu übersehen, dass es praktisch häufig nicht ohne weiteres möglich ist, den Vermögensschaden konkret zu bestimmen. Dessen genaue Bezifferung ist aber nicht nur mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG unabdingbar,²⁰ sondern auch wegen des Regelbeispiels nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB. Danach liegt ein besonders schwerer Fall des Betruges vor, wenn ein Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt wird, wobei die Grenze insoweit bei 50.000 Euro gezogen wird.²¹

Unproblematisch im Hinblick auf die Schadensermittlung sind dabei die Konstellationen, in denen ein Produkt wertlos ist, weil es etwa aufgrund verbotener gesundheitsgefährdender Zusatzstoffe gar nicht in den Verkehr gebracht werden darf.²² Etwas schwieriger ist die Sachlage bereits, wenn das Lebensmittel eine behauptete Eigenschaft nicht aufweist, es aber zumindest einen Markt für das Produkt ohne die behaupteten Eigenschaften gibt. Wenn also eine Schale Erdbeeren als Ware der Klasse 1 deklariert wird, in Wahrheit aber nur zweitklassig ist, kann die Wertdifferenz zwischen diesen Qualitätsklassen als Grundlage für die Bezifferung des Vermögensschadens herangezogen werden.

Auf kompliziertes und umstrittenes Terrain gerät man jedoch, wenn zwar ein Kennzeichnungsverstoß vorliegt, sich dieser aber nicht in einer Minderung von Qualität und Gebrauchswert für den Käufer niederschlägt. Das ist etwa dann der Fall, wenn einem Endverbraucher Eier als Bio-Ware verkauft werden, obwohl diese die dafür notwendigen Voraussetzungen knapp verfehlen, weil z.B. etwas mehr als die erlaubte Menge an Hühnern im Stall untergebracht war, ohne dass dies aber auf die Güte der Eier irgendeinen Einfluss hatte.²³ Bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung liegt hier kein Vermögensschaden vor, denn die angebotenen Eier entsprechen schließlich in ihrer Qualität Bio-Eiern und sind ihren Preis wert.

Freilich könnte man erwägen, einen Vermögensschaden unter Bezugnahme auf die Lehre von der sozialen Zweckverfehlung zu bejahen. Hierbei geht es der Sache nach um die Diskussion, inwieweit in bestimmten Fällen ausnahmsweise zur Schadensbegründung nicht nur wirtschaftliche Gesichtspunkte, sondern auch bestimmte soziale Zwecksetzungen berücksichtigt werden können.²⁴ Insoweit muss man bedenken, dass in dem eben gebildeten Beispiel des Erwerbes von Bio-Ware oftmals auch altruistische Erwägungen eine wichtige Rolle spielen.²⁵ In dem erwähnten Fall der Bio-Eier geht es also auch um die Förderung einer artgerechten Haltung von Hühnern, wozu u.a. gehört, dass diese nicht in überbelegten

¹⁷ Vgl. hier und zum Vorstehenden BGH NJW 2014, 2132 (2133).

¹⁸ Vgl. *Trüg*, HRRS 2015, 106 (115).

¹⁹ So mit Recht *Trüg*, HRRS 2015, 106 (115).

²⁰ Vgl. BVerfGE 130, 1 (47).

²¹ Vgl. BGHSt 48, 354 (361); *Perron*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 263 Rn. 188c m.w.N.

²² Vgl. *Valerius*, LMuR 2024, 143 (146); *Puschke*, ZLR 2019, 225 (232).

²³ Näher hierzu *Heghmanns*, ZIS 2015, 102 (104 ff.).

²⁴ Vgl. die prägnante Darstellung und Kritik bei *Strauß*, JuS 2025, 23 (25 ff.) m.w.N.

²⁵ Vgl. *Heghmanns*, ZIS 2015, 102 (105).

Ställen leben müssen. Eine solche Sichtweise würde jedoch letztlich dazu führen, dass ein wirtschaftlich nicht gegebener Schaden allein mit der Enttäuschung über affektive Erwerbsinteressen konstruiert wird, was § 263 StGB den Charakter eines Vermögensdeliktes nähme.²⁶

Schließlich wäre es denkbar, auf den Gesichtspunkt des individuellen Schadenseinschlages abzustellen. Danach kann unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch in Konstellationen, in denen der Verkehrswert einer Leistung rein rechnerisch der Leistung des Getäuschten entspricht, von einem betrugsrelevanten Schaden ausgegangen werden.²⁷ Allerdings liegt keine der insoweit diskutierten Ausnahmekonstellationen vor. In Betracht kommt zwar die Fallgruppe, wonach die angebotene Leistung vom Erwerber nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwendet werden kann²⁸. Das ist vorliegend aber zu verneinen, weil die falsch deklarierten Eier alle Qualitätsmerkmale eines Bio-Eies aufweisen und folglich ohne Einschränkungen zum Verzehr verwendet werden können.

Im Ergebnis lässt sich also feststellen, dass eine Reihe an Fällen, die an sich dem Phänomen „food fraud“ unterfallen, keinen Betrug i.S.d. § 263 StGB darstellen, weil hier dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens eine gewisse Filterfunktion zukommt.

5. Vorsatz und Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Eine weitere Einschränkung wird zudem auf der Seite des subjektiven Tatbestandes bewirkt. So genügt es nach der zu Beginn erwähnten Definition zwar, wenn irgendeine Gewinnerzielungsabsicht gegeben ist. Für die Strafbarkeit nach § 263 StGB bedarf es jedoch einer spezifischen Bereicherungsabsicht. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der vom Täter angestrebte Vorteil dem verursachten Schaden entsprechen muss, d.h. es muss die Absicht stoffgleicher Bereicherung gegeben sein.²⁹ Dies führt dazu, dass nur das jeweils unmittelbare Austauschverhältnis vom Tatbestand des § 263 StGB erfasst wird. Daher liegt beispielsweise kein Betrug zum Nachteil eines Verbrauchers vor, wenn der Produzent im Rahmen einer Lieferkette dem Erstverkäufer Erdbeeren, die eigentlich nur zweitklassig sind, als Ware erster Klasse verkauft, denn durch die Einschaltung weiterer Zwischenhändler wird der Vermögensschaden des Endverbrauchers nicht dem Vorteil des Produzenten entsprechen.³⁰ Stoffgleichheit ist hier vielmehr nur im Verhältnis von Produzent und Erstverkäufer

gegeben. Im Hinblick auf den Verbraucher kommt es hingegen nur auf das Verhältnis zum Endverkäufer an.³¹

IV. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nur ein Teil der Phänomene, die der Definition von „food fraud“ unterfallen, auch vom Tatbestand des § 263 StGB erfasst werden. Insoweit ist also im Lebensmittelbetrug weniger Betrug enthalten als durch die Bezeichnung suggeriert wird. Es lässt sich daher – um auf den Titel dieses Beitrages zurückzukommen – durchaus von einer „Mogelpackung“ sprechen. Wie gezeigt, sind es insbesondere die Tatbestandsmerkmale des Vermögensschadens und der Absicht stoffgleicher Bereicherung, die eine Reduktion auf individuell vermögensschädigende Sachverhalte bewirken.

Nicht zu übersehen ist freilich, dass im Lebensmittelstrafrecht zum Teil eine so weitgehende Kriminalisierung von Desinformation über Lebensmittel vorgesehen ist, dass häufig nicht alle eingangs erwähnten Merkmale des „food fraud“ erfüllt sind. So genügt es für eine Strafbarkeit nach § 59 Abs. 1 Nr. 7 LFGB bereits, dass Lebensmittel mit irreführenden Informationen oder irreführender Werbung in den Verkehr gebracht werden. Hier muss zur Erfüllung des Tatbestandes noch kein Verbraucher tatsächlich getäuscht worden sein und auch Gewinnerzielungsabsicht ist nicht notwendig. Letztlich geht es dann also nur um die Bestrafung einer abstrakten Gefährdung der Dispositionsfreiheit von Verbrauchern, was manchem unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu weit geht.³² In jedem Fall macht es deutlich, dass es keine spezifisch an der Phänomenologie des „food fraud“ orientierte strafrechtliche Erfassung gibt: Der Betrugs-tatbestand erfasst nicht alle Konstellationen, das Lebensmittelstrafrecht demgegenüber auch solche, die nicht alle Merkmale des Phänomens aufweisen. Vor diesem Hintergrund wäre es daher sinnvoller, nicht von „food fraud“ zu sprechen, sondern einen weiter gefassten Terminus (z.B. „food crime“) zu verwenden.

²⁶ So zutreffend *Hegmanns*, ZIS 2015, 102 (106).

²⁷ Vgl. BGHSt 16, 321 (326 ff.); *Perron* (Fn. 21), § 263 Rn. 121 ff. m.w.N.; kritisch u.a. *Kindhäuser/Hoven*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 260 m.w.N.

²⁸ Vgl. BGHSt 23, 300 (301); BGH NJW 1990, 1921 (1923); *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 1.8.2025, § 263 Rn. 62.

²⁹ Vgl. nur *Perron* (Fn. 21), § 263 Rn. 168 m.w.N.

³⁰ Vgl. *Puschke*, ZLR 2019, 225 (233).

³¹ Vgl. *Puschke*, ZLR 2019, 225 (233).

³² Vgl. *Puschke*, ZLR 2019, 225 (237 f.).

Das Europäische Geldbußensanktionenrecht ist eine in seinen Grundzügen schon lange existente, derzeit stark im Fluss befindliche und zusehends expandierende Materie. Angesichts seiner einerseits schon tradierten Bedeutung, insbesondere aber angesichts seiner aktuell rasanten Entwicklung und seiner faktisch enormen Relevanz für die von den europäischen Sanktionen betroffenen Unternehmen wird ihm in der Strafrechtswissenschaft jedoch bislang erstaunlich wenig Beachtung geschenkt. Vor diesem Hintergrund werden in diesem Beitrag die Grundzüge des europäischen Geldbußensanktionenrechts dargestellt und insbesondere seine neuen Entwicklungen beleuchtet. Spätestens jetzt befindet sich das europäische Geldbußensanktionenrecht nämlich im „status go“ – es ist höchste Zeit, dies zu realisieren und diesem zunehmend an praktischer Bedeutung gewinnenden Rechtsgebiet die angemessene und notwendige wissenschaftliche Aufmerksamkeit zuteilwerden zu lassen.

I. Begriff des europäischen Geldbußensanktionenrechts

Enthalten ist das europäische Geldbußensanktionenrecht¹ in unmittelbar in allen Mitgliedstaaten geltenden² Verordnungen,³

* Die Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Mannheim.

¹ Das europäische Geldbußensanktionenrecht ist ein Teilgebiet des europäischen Sanktionenrechts. Außer Geldbußen können Unionsinstitutionen nämlich auch sonstige finanzielle Sanktionen (z.B. das Einfrieren von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen durch den Rat der Europäischen Union gem. Art. 3, 14 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2020/1998 des Rates v. 7.12.2020 über restriktive Maßnahmen gegen schwere Menschenrechtsverletzungen und -verstöße, ABl. EU 2020 Nr. L 410 I v. 7.12.2020, S. 1–12) und sonstige Rechtsverluste (z.B. Entzug der Zulassung eines Kreditinstituts durch die EZB gem. Art. 83 VO (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank v. 16.4.2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus – SSM-Rahmenverordnung, ABl. EU 2014 Nr. L 141 v. 14.5.2014, S. 1–50) anordnen, die teilweise ebenfalls dem Strafrecht im weiten Sinn zuzuordnen sind (siehe Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 11. Aufl. 2025, § 8 Rn. 3 ff.). Auch insoweit lässt sich also von europäischem Sanktionenrecht sprechen. Zudem können unter den Begriff des europäischen Sanktionenrechts in einem noch weiteren Sinn auch alle europäisch beeinflussten mitgliedstaatlichen Sanktionsnormen gefasst werden, welche nach den sog. „Engel-Kriterien“ (siehe dazu sogleich) als im weiten Sinn strafrechtlich einzustufen sind.

² Siehe Art. 288 UAbs. 2 AEUV.

³ VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU 2003 Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1–25 (EU-Kartellrecht); VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates

die bestimmten EU-Institutionen⁴ die Kompetenz zugestehen, bei Verstößen gegen ebenfalls in europäischen Verordnungen⁵ bzw. im Primärrecht⁶ der Union enthaltene Anforderungen Geldbußen zu verhängen⁷. Adressaten dieser Geldbußen sind

v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU 2004 Nr. L 24 v. 29.1.2004, S. 1–22 (EU-Fusionskontrollrecht); VO (EU) Nr. 1024/2013 des Rates v. 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. EU 2013 Nr. L 287 v. 29.10.2013, S. 63–89 (EZB- bzw. Bankenaufsichtssanktionenrecht); VO (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 über Ratingagenturen, ABl. EU 2009 Nr. L 302 v. 17.11.2009, S. 1–31 (lediglich exemplarisch für das mittlerweile umfangreiche Sanktionenrecht der ESMA); VO (EU) Nr. 2024/1620 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.5.2024 zur Errichtung der Behörde zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. EU 2024 Nr. L 2024/1620 v. 19.6.2024 (AMLA-Sanktionenrecht, effektiv anwendbar ab 1.1.2028).

⁴ Namentlich einerseits EU-Organen, nämlich der Europäischen Kommission für das EU-Wettbewerbsrecht und das EU-Fusionskontrollrecht sowie der EZB für das EU-Bankenaufsichtssanktionenrecht, und andererseits europäischen Agenturen, nämlich der ESMA für das EU-Kapitalmarktaufsichtssanktionenrecht und künftig auch der AMLA für das europäische Geldwäschearaufsichtssanktionenrecht, siehe im Einzelnen im Folgenden II., III., IV. 1., V.

⁵ Siehe exemplarisch für das Aufsichtssanktionenrecht der ESMA die Anforderungen an direkt von der ESMA beauftragte Ratingagenturen in Anhang III VO (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 über Ratingagenturen, ABl. EU 2009 Nr. L 302 v. 17.11.2009, S. 1–31 (sog. Ratingagentur-Verordnung); sanktionsbewehrte fusionskontrollrechtliche Anforderungen: Art. 4, 7, 22 Abs. 3 VO (EG) Nr. 139/2004; Bankenaufsichtsrecht: Anforderungen „aus direkt anwendbaren Rechtsakten der Union“; künftiges Geldwäschearaufsichtsrecht der AMLA: Anforderungen der VO (EU) Nr. 2023/1113 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.5.2023 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und Transfers bestimmter Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849, ABl. EU 2023 Nr. L 150 v. 9.6.2023, S. 1–39, und der VO (EU) Nr. 2024/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.5.2024 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung, ABl. EU 2024 Nr. L 2024/1624 v. 19.6.2024, S. 1–111.

⁶ Art. 101, 102 AEUV (EU-Kartellrecht).

⁷ EU-kartellrechtliche Bußgeldkompetenz der Kommission: Art. 23 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 1/2003; fusionskontrollrechtliche Bußgeldkompetenz der Kommission: Art. 14 Abs. 2 lit. a, lit. b VO (EG) Nr. 139/2004; bankenaufsichtsrechtliche

grundsätzlich Verbände. Nur teilweise können Geldbußen jedenfalls prinzipiell auch gegenüber natürlichen Personen verhängt werden.⁸ Hinsichtlich ihrer Rechtsnatur stellen diese Geldbußen zwar kein – bis heute insgesamt noch nicht existentes⁹ – europäisches Kriminalstrafrecht dar, zu dem auf der Grundlage eines wertenden Rechtsvergleichs solche Sanktionsnormen zu zählen wären, die eine sozioethische Missbilligung des in Rede stehenden Verhaltens zum Ausdruck bringen¹⁰. Jedenfalls für die Frage der Geltung strafrechtlicher Garantien¹¹ ist jedoch die Zuordnung einer Maßnahme zum Strafrecht im nur weiten Sinn ausreichend. Für diese haben nach den vom EGMR im Fall „Engel“ entwickelten¹² und sowohl vom EGMR¹³ als auch vom EuGH¹⁴ in ständiger Rechtspre-

chung angewandten Kriterien die Zuordnung der Maßnahme zum Strafrecht nach nationalem Recht indizielle und die Art der Zuwiderhandlung sowie die Schwere der Sanktion entscheidende Bedeutung. Insbesondere kommt es darauf an, wie schwer die Maßnahme den Täter in ihrer Wirkung trifft und ob sie zumindest auch repressive Zwecke verfolgt.¹⁵ Jedenfalls Geldbußen stellen wegen ihres stets repressiven Charakters auf der Grundlage dieser Kriterien also Strafrecht im weiten Sinn dar.¹⁶ Das europäische Geldbußensanktionenrecht lässt sich somit zusammenfassend als in Verordnungen enthaltenes, von Unionsinstitutionen ganz primär gegenüber Verbänden unmittelbar zum Einsatz gebrachtes europäisches Strafrecht im weiten Sinn charakterisieren.

Bußgeldkompetenz der EZB: Art. 18 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1024/2013; exemplarisch für die EU-kapitalmarktrechtlichen Bußgeldkompetenzen der ESMA: Art. 36a VO (EG) Nr. 1060/2009; ab dem 1.1.2028 effektiv ausübbarer geldwäscherechtliche Bußgeldkompetenz der AMLA: Art. 22 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620.

⁸ Dies ergibt sich im Hinblick auf die Geldbußenkompetenzen der ESMA ggf. aus den Vorschriften zur Bemessung der Geldbußen, die teilweise zwischen natürlichen und juristischen Personen differenzieren, siehe exemplarisch etwa Art. 38g Abs. 2 lit. e VO (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. EU 2014 Nr. L 173 v. 12.6.2014, S. 84–148; für das Fusionskontrollrecht siehe Art. 14 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b VO (EG) Nr. 139/2004, siehe zur Erfassung natürlicher Personen insoweit *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2025, Bd. 3, Art. 3 FKVO Rn. 8 f.

⁹ *Satzger* (Fn. 1), § 8 Rn. 10 ff.; *Neumann*, Das US-amerikanische Strafrechtssystem als Modell für die vertikale Kompetenzverteilung im Strafrechtssystem der EU?, 2014, S. 171 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht, welche die ganz punktuelle Existenz originär europäischen Kriminalstrafrechts in namentlich zwei Vorschriften bejaht.

¹⁰ *Linder/Neumann/Pohlmann*, in: *Satzger* (Hrsg.), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020, S. 491 (493) bzw. S. 517 (518 f.); vgl. *Satzger* (Fn. 1), § 8 Rn. 9.

¹¹ Siehe *Satzger* (Fn. 1), § 8 Rn. 5.

¹² EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – 5100/71 u.a. (*Engel* u.a. ./Niederlande), Serie A, Nr. 22, Rn. 82 zunächst speziell zu Sanktionen im Bereich des Wehrdienstes.

¹³ Siehe *Allegrezza/Rodopoulos*, in: *Ligeti/Franssen* (Hrsg.), Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US, 2017, S. 233 (250); die Engel-Kriterien aufgreifend exemplarisch EGMR, Urt. v. 21.2.1984 – 8544/79 (*Öztürk* ./Deutschland), Rn. 48 ff.

¹⁴ Siehe die ständige Rechtsprechung des EuGH zur Bestimmung der strafrechtlichen Natur einer Maßnahme im Sinne der Ne-bis-in-idem-Garantie gem. Art. 50 GRCh, mit expliziter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Engel* EuGH, Urt. v. 5.6.2012 – C-489/10 (*Bonda*), Rn. 37 ff.; im Folgenden siehe nur z.B. EuGH, Urt. v. 7.5.2013 –

II. Klassisches europäisches Geldbußensanktionenrecht

Klassisches, schon tradiertes europäisches Geldbußensanktionenrecht im vorgenannten Sinn stellen die Befugnisse der Europäischen Kommission zur Verhängung von Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht dar. Zu differenzieren ist insoweit zwischen der in Art. 23 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 1/2003 enthaltenen Befugnis zur Verhängung von Geldbußen wegen vorsätzlicher und fahrlässiger Verstöße gegen die in Art. 101, 102 AEUV enthaltenen und damit primärrechtlich verankerten Wettbewerbsverbote und der Befugnis gem. Art. 23 Abs. 1 lit. a bis lit. e, Abs. 2 lit. b, lit. c VO (EG) Nr. 1/2003 zur Sanktionierung von Verstößen gegen einzelfallbezogene Anordnungen, Entscheidungen und Maßnahmen gegenüber konkreten Wettbewerbsteilnehmern, welche die Kommission im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit und insbesondere auch bei der Untersuchung möglicher Zuwiderhandlungen gegen die primärrechtlichen Wettbewerbsverbote getroffen hat.¹⁷ Von der Konstruktion her steht insoweit nur die erstgenannte Befugnis dem klassischen Kriminalstrafrecht nahe, da nur sie Zuwiderhandlungen nicht gegen individuelle Einzelfallanordnungen, sondern gegen abstrakt-generelle materiell-rechtliche Verhaltensregeln, namentlich das in Art. 101 AEUV niedergelegte Kartellverbot und das in Art. 102 AEUV aufgestellte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, betrifft. Dem ganz entsprechend lässt sich auch im Fusionskontrollrecht zwischen der Befugnis der Kommission zur Verhängung von Geldbußen wegen Zuwiderhandlungen gegen konkret-individuelle Einzelfallanordnungen gem.

C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 35; EuGH, Urt. v. 20.3.2018 – C-524/15 (*Menci*), Rn. 26 ff.; EuGH, Urt. v. 14.9.2023 – C-27/22 (*Volkswagen*), Rn. 45 ff.; siehe *Neumann*, eucrim 2023, 99 (101 Fn. 12).

¹⁵ *Satzger* (Fn. 1), § 8 Rn. 5; vgl. auch Generalanwalt *van Gerven*, Schlussanträge in der Rs. C-273/90 (*Meico-Fell/Hauptzollamt Darmstadt*), Slg. 1991, I-5569 Rn. 10.

¹⁶ *Neumann*, Das Aufsichtssanktionenrecht europäischer Agenturen, 2024, S. 15 m.w.N.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2024, Kap. 4 Rn. 55; *Dannecker*, NZWiSt 2022, 85 (89); *Satzger* (Fn. 1), § 8 Rn. 6; vgl. auch *Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2025, Bd. 1, Kartellverfahrensverordnung 1/2003 Vorbem. zu Art. 23 f. Rn. 39.

¹⁷ Siehe dazu insgesamt *Neumann* (Fn. 16), S. 259 f.

Art. 14 Abs. 1 lit. a–f, Abs. 2 lit. c Var. 2, lit. d VO (EG) Nr. 139/2004 einerseits und der Befugnis zur Verhängung von Geldbußen wegen Verstoßes gegen abstrakt-generelle fusionskontrollrechtlichen Ge- und Verbote gem. Art. 14 Abs. 2 lit. a, lit. b VO (EG) Nr. 139/2004 andererseits unterscheiden.

Sowohl im Kartell- als auch im Fusionskontrollrecht können die von der Kommission verhängten Geldbußen bis zu 1 %¹⁸ bzw. bei Zuwiderhandlungen gegen die abstrakt-generellen Kartell- bzw. Fusionsverbote sogar bis zu 10 %¹⁹ des Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr betragen. Im Übrigen beschränken sich die Vorgaben zur Bemessung der Geldbußen auf die Kriterien der Schwere und Dauer²⁰ bzw. im Fusionskontrollrecht der Art, Schwere und Dauer²¹ der Zuwiderhandlung. Die Kommission verfügt dementsprechend bei der Bemessung der Geldbußen über ein weites, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Ermessen,²² das im Kartellrecht hinsichtlich der nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 1/2003 zu verhängenden Geldbußen allerdings durch von der Kommission selbst im Jahr 1998 erstmals erlassene Leitlinien²³ gesteuert wird. Sie geben weiteren Aufschluss über die Größenordnung der zu verhängenden Geldbuße, sollen aber jedenfalls grundsätzlich nicht als Grundlage für eine automatische arithmetische Berechnungsmethode verstanden werden.²⁴ Als Grundmaxime für die Ermessensausübung geben die Leitlinien jedoch klar das Erzielen einer hinreichenden Abschreckungswirkung vor,²⁵ weshalb die im Kartellrecht verhängten Geldbußen teils Milliardenhöhe erreichen²⁶.

¹⁸ Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 bzw. Art. 14 Abs. 1 VO (EG) Nr. 139/2004.

¹⁹ Art. 23 Abs. 2 UAbs. 2, UAbs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 bzw. Art. 14 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004.

²⁰ Art. 23 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003.

²¹ Art. 14 Abs. 3 VO (EG) Nr. 139/2004.

²² Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gem. Art. 23 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU 2006 Nr. C 210/2, Einl. Rn. 2; aus der Rspr. des EuGH z.B. EuGH, Urt. v. 28.6.2005 – C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (Dansk Rørindustri A/S u.a. / J. Kommission), Slg. 2005, S. I-5425 Rn. 172.

²³ Leitlinien (Fn. 22); zuvor Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gem. Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 und gem. Art. 65 Abs. 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. EU 1998 Nr. C 9/3; zu den Leitlinien siehe *Biermann* (Fn. 16), VO (EG) 1/2003 Art. 23 Rn. 140 ff.

²⁴ Leitlinien (Fn. 22), Einl. Rn. 6; siehe aber die sehr schematische Darstellung der Methode zur Berechnung der Geldbußen durch die Kommission selbst unter

https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/85df68c6-a8db-4662-b988-08e3287a1936_de?filename=factsheet_fines_de.pdf (21.1.2026).

²⁵ Siehe Leitlinien (Fn. 22) Einl. Rn. 4.

²⁶ Siehe die neueste Version der Cartels cases statistics v. 17.12.2025, abrufbar unter

https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/b19175c3-c693-410b-b669-27d4360d359c_en?filename=cartels_cases_statistics.pdf (21.1.2026).

III. Das Geldbußensanktionenrecht der EZB – tradiertes spezifisches europäisches Geldbußensanktionenrecht

Ebenso wie die Kommission ihre Bußgeldkompetenz als ein Mittel ihrer Aufsicht über den europäischen Wettbewerb einsetzt,²⁷ bringt die Europäische Zentralbank (EZB) Geldbußen von erheblicher Höhe als ein Mittel ihrer Aufsicht über den Bankensektor zum Einsatz²⁸. Bereits seit 1998 kann sie auf der Grundlage von Art. 132 Abs. 3 AEUV, Art. 34 Abs. 3 EZB-Satzung²⁹ i.V.m. VO (EG) Nr. 2532/98³⁰ Geldbußen gegen Unternehmen verhängen, welche die Verpflichtungen nicht einhalten, die sich aus den Beschlüssen und Verordnungen der EZB selbst ergeben.³¹ Diese Geldbußen dienen somit der Durchsetzung von der EZB selbst geschaffenen Rechts. Eine Bußgeldkompetenz zur Durchsetzung vom europäischen Gesetzgeber formulierter Verhaltensregeln wurde der EZB erst im Jahr 2013 in Reaktion auf die Finanzmarktkrise durch die VO (EU) Nr. 1024/2013 im Zuge der Einführung des sogenannten einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism – SSM) eingeräumt.³² Konkret wurde die EZB mit der direkten Beaufsichtigung der aufgrund ihrer Größe, wirtschaftlichen Relevanz und grenzüberschreitenden Bedeutsamkeit für den Bankensektor systemrelevantesten Kreditinstitute, Finanzholdinggesellschaften und gemischten Finanzholdinggesellschaften betraut,³³ die auf der Grundlage von in Art. 6 Abs. 4 VO (EU) Nr. 1024/2013 konkret festgeschriebenen Kriterien einzeln ausgewählt werden. Art. 18 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1024/2013 ermächtigt die EZB zur Verhängung von Verwaltungsgeldbußen gegen diese direkt von ihr beaufsichtigten besonders bedeutsamen Institute, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Anforderung aus direkt anwendbaren Rechtsakten der Union verstoßen und das Unionsrecht den zuständigen Behörden für diesen Fall die Möglichkeit der Verhängung von Verwaltungsgeldbußen einräumt.

²⁷ Vgl. *Neumann* (Fn. 16), S. 258 f.

²⁸ Siehe dazu insgesamt *Allegrezza/Voordeckers*, eucrim 2015, 151 (151 ff.); *Neumann* (Fn. 16), S. 249 ff.

²⁹ Protokoll über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank v. 7.2.1992, ABl. EG 1992 Nr. C 191 v. 29.7.1992, S. 68–79.

³⁰ VO (EG) Nr. 2532/98 des Rates v. 23.11.1998 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, ABl. EG 1998 Nr. L 318 v. 27.11.1998, S. 4–7.

³¹ Siehe Art. 1a VO (EG) Nr. 2532/98 des Rates v. 23.11.1998 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, ABl. EG 1998 Nr. L 318 v. 27.11.1998, S. 4–7.

³² *Neumann* (Fn. 16), S. 249 f.; zu den Ermittlungs- und Sanktionierungsbefugnissen der EZB im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus siehe *Allegrezza/Rodopoulos* (Fn. 13), S. 233 (235 ff.); *Allegrezza/Voordeckers*, eucrim 2015, 151 (153 ff.); *Zagouras*, WM 2017, 558 (558 ff.); *Schneider*, EuZW-Beilage 2014, 18 (18 ff.).

³³ Zur Verteilung der Aufsichtskompetenzen zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden und der EZB auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen bedeutsamen und weniger bedeutsamen Kreditinstituten siehe *Allegrezza/Voordeckers*, eucrim 2015, 151 (152).

Die auf dieser Grundlage verhängten Geldbußen können bis zur zweifachen Höhe der aufgrund des Verstoßes erzielten Gewinne oder verhinderten Verluste oder bis zu 10 % des Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr betragen.³⁴ Neben dieser direkten Sanktionierungsbefugnis der EZB zur Durchsetzung vom europäischen Gesetzgeber gesetzten Rechts besteht gem. Art. 18 Abs. 7 VO (EU) Nr. 1024/2013 weiterhin die schon tradierte Befugnis der EZB zur Verhängung von Geldbußen wegen Verstößen gegen von der EZB selbst erlassene Verordnungen und Beschlüsse nach Maßgabe der VO (EG) Nr. 2532/98 fort, die durch die VO (EU) Nr. 2015/159³⁵ an das neue Bankenaufsichtsrecht angepasst worden ist.

Da sich die im Nachgang zur Finanzmarktkrise etablierte Geldbußenkompetenz der EZB zur Durchsetzung vom europäischen Gesetzgeber gesetzten Rechts nicht auf konkret genannte einzelne Sanktionstatbestände, sondern vielmehr auf Verstöße der von der EZB unmittelbar beaufsichtigten Institute gegen sämtliche Anforderungen aus direkt anwendbaren Unionsrechtsakten bezieht, soweit das Unionsrecht den zuständigen Behörden wegen dieser Verstöße die Möglichkeit der Verhängung von Verwaltungsgeldbußen einräumt, werden mitunter Zweifel hinsichtlich der hinreichenden Bestimmtheit geäußert.³⁶ In Frage gestellt wird, ob die zu erwartenden Geldbußen bei derart pauschalen gesetzlichen Vorgaben hinreichend voraussehbar seien,³⁷ was jedenfalls dem Grundsatz nach³⁸ angesichts der Pauschalität der Formulierung der Voraussetzungen der Verhängung der Geldbußen durchaus berechtigt ist.

IV. Das Aufsichtssanktionenrecht europäischer Agenturen – neues europäisches Geldbußensanktionenrecht „on the go“

Eine derart weite Formulierung der Voraussetzungen der Verhängung von Geldbußen wie im Bankenaufsichtssanktionenrecht der EZB ist jedenfalls im noch relativ jungen, sich derzeit aber zusehends ausdehnenden³⁹ Aufsichtssanktionenrecht

europäischer Agenturen⁴⁰ undenkbar. Bei letzteren handelt es sich nämlich um grundsätzlich unabhängige Einrichtungen der EU mit eigener Rechtspersönlichkeit, die typischerweise durch Verordnungen und somit nicht durch das Primärrecht der EU, sondern nur durch europäisches Sekundärrecht zur Wahrnehmung bestimmter, in den Gründungsakten genau bezeichneter Aufgaben errichtet werden.⁴¹ Von den Verträgen wird die Einrichtung europäischer Agenturen zwar an verschiedenen Stellen vorausgesetzt,⁴² jedoch ebenso wenig ausdrücklich geregelt wie die Übertragung von Zuständigkeiten auf die Agenturen.⁴³ Weil aber die EU nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 Abs. 2 EUV nur im Rahmen der Zuständigkeiten tätig werden darf, die ihr die Mitgliedstaaten in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben, besitzen grundsätzlich nur die in den Verträgen selbst vorgesehenen Einrichtungen und Organe eine hinreichende demokratische Legitimation, um eigenständig hoheitliche Befugnisse auszuüben⁴⁴ und insbesondere rechtsverbindliche Ermessensentscheidungen zu treffen⁴⁵. Da eine Übertragung von Befugnissen mit Ermessensspielraum auf in den Verträgen selbst nicht zur Ausübung und Kontrolle solcher Befugnisse vorgesehene Einrichtungen zudem grundsätzlich die Garantie des Gleichgewichts der Gewalten verletzen würde,⁴⁶ erklärte der EuGH in der an die Meroni-Rechtsprechung⁴⁷ anknüpfenden Leerverkaufsentscheidung⁴⁸ die Übertragung von Ermessensbefug-

⁴⁰ Zu europäischen Agenturen siehe allgemein *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 83 Rn. 100 ff.; *Priebe*, EuZW 2015, 268 ff.; *Chamon*, EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration, 2016; *ders.*, Common Market Law Review 48 (2011), 1055 ff.

⁴¹ KOM (2002) 718 endg., S. 3; siehe zu europäischen Agenturen auch *Neumann* (Fn. 16), S. 55 ff.

⁴² Das BVerfG führt insoweit konkret Art. 263 Abs. 1 S. 2, Abs. 5, Art. 265 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, Art. 267 Abs. 1 lit. b, Art. 277 AEUV an, siehe BVerfG, Urt. v. 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 (SSM- und SRM), Rn. 234; vgl. *Alberti*, Giurisprudenza 2 (2015), 451 (458).

⁴³ BVerfG, Urt. v. 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 (SSM- und SRM), Rn. 234; vgl. *Alberti*, Giurisprudenza 2 (2015), 451 (458).

⁴⁴ *Siekmann*, Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene: Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter dem Vorsitz von Jaques de Larosièrre, IMFS Working Paper Series No. 24, 2009, S. 26.

⁴⁵ Siehe EuGH, Urt. v. 13.6.1958 – C-9/56 (Meroni ./ Hohe Behörde [Meroni I]), Slg. 1958, 11 (44); *Siekmann* (Fn. 44), S. 26.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 13.6.1958 – C-9/56 (Meroni ./ Hohe Behörde [Meroni I]), Slg. 1958, 11 (44).

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 13.6.1958 – C-9/56 (Meroni ./ Hohe Behörde [Meroni I]), Slg. 1958, 11; EuGH, Urt. v. 13.6.1958 – C-10/56 (Meroni ./ Hohe Behörde [Meroni II]), Slg. 1958, 53.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 22.1.2014 – C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat [Leerverkauf]).

³⁴ Art. 18 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1024/2013.

³⁵ VO (EU) Nr. 2015/159 des Rates v. 27.1.2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2532/98 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, ABL. EU 2015 Nr. L 27 v. 3.2.2015, S. 1–6.

³⁶ *Allegrezza/Rodopoulos* (Fn. 13), S. 233 (253 f.).

³⁷ *Allegrezza/Rodopoulos* (Fn. 13), S. 233 (254).

³⁸ Zu gewissen Einschränkungen siehe *Neumann* (Fn. 16), S. 253.

³⁹ Zur Ausdehnung des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA durch die stetige Erweiterung des Kreises der direkten Aufsichtsobjekte der ESMA siehe sogleich unter IV. 1.; siehe zudem auch die graphische Darstellung der Ausdehnung der direkten Aufsichtsbefugnisse der ESMA auf deren Website, abrufbar unter

<https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/new-supervisory-and-oversight-mandates> (21.1.2026);

zur Ausdehnung des Aufsichtssanktionenrechts europäischer Agenturen auf den Bereich der Geldwäsche siehe unten V.

nissen auf europäische Agenturen⁴⁹ nur insoweit für zulässig, wie ihre Ausübung an Bedingungen und Kriterien geknüpft werde, die den Ermessensspielraum der Agenturen klar begrenzen und eine umfassende gerichtliche Überprüfung der Ausübung der Befugnisse im Hinblick auf die Ziele ermöglichen, die von der die Befugnisse übertragenden Behörde festgelegt worden sind.⁵⁰ Im Anschluss hieran erklärte auch das BVerfG eine Übertragung nicht klar umrissener und nicht hinreichend kontrollierbarer Befugnisse auf europäische Agenturen für unzulässig.⁵¹ An das Aufsichtsrecht einschließlich des Aufsichtssanktionenrechts europäischer Agenturen sind somit auf der Grundlage der Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des BVerfG höchste Bestimmtheitsanforderungen zu stellen.⁵²

1. Das Geldbußensanktionenrecht der ESMA – erste Ausprägung des Aufsichtssanktionenrechts europäischer Agenturen

Die bislang noch einzige Ausprägung des somit sowohl auf Voraussetzungs- als auch auf Rechtsfolgenseite besonders konkret zu fassenden Aufsichtssanktionenrechts europäischer Agenturen stellt das Geldbußensanktionenrecht der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (European Securities and Markets Authority – ESMA) dar.⁵³ Diese zum 1.1.2011 durch die VO (EU) Nr. 1095/2010 errichtete⁵⁴ europäische Agentur⁵⁵ wurde im Zuge der Ausformung des im Nachgang zur Finanzmarktkrise neu etablierten europäischen Finanzmarktaufsichtssystems⁵⁶ mit der unmittelbaren Beaufsichtigung von immer mehr Finanzmarktteilnehmern betraut, die als besonders systemrelevante Finanzmarktinfrastuktur-

elemente eingestuft werden⁵⁷. Dazu wurde der ESMA unter anderem die Kompetenz eingeräumt, gegen die direkt von ihr beaufsichtigten Institute Geldbußen zu verhängen, wenn sie gegen bestimmte Verhaltensregeln verstoßen, die in den für sie jeweils geltenden Verordnungen niedergelegt sind. Das supranationale Aufsichtssanktionenrecht der ESMA dehnte sich dementsprechend parallel zu ihren direkten Aufsichtsbefugnissen auf immer mehr Institute aus.⁵⁸ Während es sich zunächst nur an bestimmte, besonders systemrelevante Ratingagenturen (Credit Rating Agencies)⁵⁹ und bald darauf auch an bestimmte Transaktionsregister (Trade Repositories)⁶⁰ richtete, zählen heute zu den Adressaten des supranationalen Aufsichtssanktionenrechts der ESMA auch Verbriefungsregister (Securisation Repositories)⁶¹, bestimmte Datenbereitstellungs-

⁵⁷ Siehe dazu die Informationen auf der Website der ESMA, abrufbar unter <https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/supervision-and-convergence> (21.1.2026) sowie unter

<https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/new-supervisory-and-oversight-mandates> (21.1.2026);

zur Entwicklung des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA bis Anfang des Jahres 2024 siehe *Neumann* (Fn. 16), S. 28 ff., siehe auch S. 157 ff.

⁵⁸ Eine Besonderheit stellt die von der ESMA gemeinsam mit der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) und der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) im Rahmen der VO (EU) Nr. 2022/2554 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.12.2022 über die digitale operationale Resilienz im Finanzsektor und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 909/2014 und (EU) 2016/1011, ABl. EU 2022 Nr. L 333 v. 27.12.2022, S. 1–79 (Digital Operational Resilience Act, DORA, siehe insbesondere Art. 31 ff. VO [EU] Nr. 2022/2554) wahrgenommene direkte Aufsicht über kritische IKT-Drittdienstleister (Critical Third Party Providers, CTPPs) dar. Auch soweit die ESMA in diesem Rahmen als federführende Überwachungsbehörde tätig wird (siehe Art. 31 Abs. 1 lit. b VO [EU] Nr. 2022/2554), kann sie nur Zwangsgelder (siehe Art. 35 Abs. 6–11 VO [EU] Nr. 2022/2554), aber keine Geldbußen verhängen.

⁵⁹ Siehe VO (EG) Nr. 1060/2009, insbesondere Art. 36a VO (EG) Nr. 1060/2009 (Geldbußenkompetenz).

⁶⁰ Siehe VO (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.7.2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl. EU 2012 Nr. L 201 v. 27.7.2012, S. 1–59, insbesondere Art. 65 VO (EU) Nr. 648/2012, sowie Art. 9 Abs. 1 S. 1 der VO (EU) Nr. 2015/2365 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2015 über die Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften und der Weiterverwendung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. EU 2015 Nr. L 337 v. 23.12.2015, S. 1–34, i.V.m. Art. 65 VO (EU) Nr. 648/2012 (Geldbußenkompetenzen).

⁶¹ Siehe VO (EU) Nr. 2017/2402 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2017 zur Festlegung eines all-

⁴⁹ Die Leerverkaufsentscheidung betrifft namentlich die European Securities and Markets Authority (ESMA), die als erste europäische Agentur mit dem Strafrecht im weiten Sinn zuzuordnenden direkten Sanktionierungsbefugnissen ausgestattet worden ist, siehe dazu sogleich unten IV. 1.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 22.1.2014 – C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat [Leerverkauf]), Rn. 45, 53.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 (SSM- und SRM), Rn. 246.

⁵² *Neumann* (Fn. 16), S. 226 f., siehe zum Ganzen auch insgesamt S. 222 ff.

⁵³ Zum Aufsichtssanktionenrecht der ESMA siehe umfassend *Neumann* (Fn. 16).

⁵⁴ Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl. EU 2010 Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 84–119.

⁵⁵ Siehe nur *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EUV Rn. 38 m.w.N.

⁵⁶ Siehe dazu *Boehm*, in: *Park* (Hrsg.), *Kapitalmarktstrafrecht*, 6. Aufl. 2024, Teil 2, Kap. 1.1 Rn. 3 ff.; siehe grundlegend auch High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by *Jacques de Larosi re*, Report, Br ssel, 25.2.2009, sog. De Larosi re-Bericht, insbesondere Rn. 144 ff. und Rn. 183 ff.

dienstleister (Data Reporting Service Providers)⁶², bestimmte Administratoren kritischer Referenzwerte und bestimmte Drittstaatsadministratoren (Benchmark Administrators)⁶³ sowie Zentrale Gegenparteien aus Drittstaaten (Tier 2 Central Counterparties)⁶⁴. Ab Sommer 2026 wird die ESMA auch externe Prüfer europäischer sogenannter grüner Anleihen (External Reviewers of EU Green Bonds)⁶⁵ und sogenannte ESG-Rating-Anbieter (ESG Rating Providers)⁶⁶ unmittelbar beaufsichtigen und bei in den jeweils einschlägigen Verordnungen bestimmten Verstößen auch unmittelbar mit Geldbußen belegen können. Die Einführung weiterer direkter Aufsichts-

gemeinen Rahmens für Verbriefungen und zur Schaffung eines spezifischen Rahmens für einfache, transparente und standardisierte Verbriefung und zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 648/2012, ABl. EU 2017 Nr. L 347 v. 28.12.2017, S. 35–80, insbesondere Art. 14 Abs. 1 S. 1 VO (EU) Nr. 2017/2402 i.V.m. Art. 65 VO (EU) Nr. 648/2012 (Geldbußenkompetenz).

⁶² Siehe VO (EU) Nr. 600/2014, insbesondere Art. 38h VO (EU) Nr. 600/2014 (Geldbußenkompetenz). Zu den direkt von der ESMA beaufsichtigten Datenbereitstellungsdienstleistern (data reporting services providers, DRSPs) zählen genehmigte Veröffentlichungssysteme (approved publication arrangements, APA), genehmigte Meldemechanismen (approved reporting mechanisms, ARM) sowie Bereitsteller konsolidierter Datenticker (consolidated tape providers, CTP). Die Auswahl von ihrer direkten Aufsicht unterstellten CTPs begann die ESMA erst im Jahr 2025.

⁶³ Siehe VO (EU) Nr. 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2016 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2014/17/EU sowie der Verordnung (EU) Nr. 596/2014, ABl. EU 2016 Nr. L 171 v. 29.6.2016, S. 1–65, insbesondere Art. 48f VO (EU) Nr. 2016/1011 (Geldbußenkompetenz).

⁶⁴ Siehe VO (EU) Nr. 648/2012, insbesondere Art. 25j VO (EU) Nr. 648/2012 (Geldbußenkompetenz).

⁶⁵ Siehe VO (EU) Nr. 2023/2631 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.11.2023 über europäische grüne Anleihen sowie fakultative Offenlegungen zu als ökologisch nachhaltig vermarktetten Anleihen und zu an Nachhaltigkeitsziele geknüpften Anleihen, ABl. EU 2023 Nr. L 2023/2631 v. 30.11.2023, insbesondere Art. 60 VO (EU) Nr. 2023/2631 (Geldbußenkompetenz, ausübbar ab 21.6.2026 mit Beginn der direkten Aufsicht der ESMA).

⁶⁶ Siehe VO (EU) Nr. 2024/3005 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2024 über die Transparenz und Integrität von Rating-Tätigkeiten in den Bereichen Umwelt, Soziales und Unternehmensführung (ESG) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2019/2088 und (EU) 2023/2859, ABl. EU 2024 Nr. L 2024/3005 v. 12.12.2024, insbesondere Art. 36 VO (EU) Nr. 2024/3005 (Geldbußenkompetenz, ausübbar ab 2.7.2026 mit Beginn der direkten Aufsicht der ESMA).

befugnisse der ESMA, mit denen dem bisherigen Konzept entsprechend auch direkte Sanktionierungsbefugnisse einhergehen würden, wird bereits erwogen.⁶⁷

Ganz überwiegend bezieht sich die Kompetenz der ESMA zur Verhängung von Geldbußen auf Zuwiderhandlungen der ihrer direkten Aufsicht unterstellten besonders systemrelevanten und leistungsstarken Finanzmarktteilnehmer gegen die materiellen Verhaltensanforderungen, die in den ihre Tätigkeit regulierenden Verordnungen niedergelegt sind. Insoweit steht die Bußgeldkompetenz der ESMA im Dienst der Durchsetzung dieser außerstrafrechtlichen abstrakt-generellen Regeln für das Verhalten der Aufsichtsobjekte am Kapitalmarkt. Ähnlich wie im Wettbewerbsrecht tritt komplementär mitunter eine Kompetenz zur Verhängung von Geldbußen wegen Verstoßes gegen Einzelanordnungen hinzu, welche die ESMA im Rahmen der Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit gegenüber einzelnen Aufsichtsobjekten erlässt.⁶⁸ So kann die ESMA beispielsweise dann eine Geldbuße gegenüber einer von ihr unmittelbar beaufsichtigten Ratingagentur verhängen, wenn diese als Antwort auf ein Ersuchen oder einen Beschluss über die Anforderung von Informationen keine, falsche oder irreführende Informationen vorlegt.⁶⁹ Für die zahlreichen bußgeldbewehrten abstrakt-generellen kapitalmarktrechtlichen Verhaltensregeln, die neben diese einzelanordnungsbezogenen und der Effektivierung der Aufsichtstätigkeit der ESMA als solcher dienenden Sanktionsvorschriften treten, den Kern des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA bilden und grundsätzlich spezifisch auf die jeweils adressierte Art von unmittelbaren Aufsichtsobjekten zugeschnitten sind, seien nur exemplarisch die Pflicht zur Schaffung und Unterhaltung einer ständigen, wirksamen und unabhängigen Compliance-Funktion⁷⁰ und zur Gewährleistung der Bedingungen für eine ordnungsgemäße und unabhängige Wahrnehmung der Aufgaben der

⁶⁷ Siehe ESMA Position Paper 2024, Building More Effective and Attractive Capital Markets in the EU, Recommendation 19, abrufbar unter

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-05/ESMA24-450544452-2130_Position_paper_Building_more_effective_and_attractive_capital_markets_in_the_EU.pdf (21.1.2026).

⁶⁸ Siehe zu dieser Differenzierung zwischen Sanktionsvorschriften bzgl. Verstößen gegen abstrakt-generell formulierte materielle aufsichtsrechtliche Vorschriften zur systemrelevanten Tätigkeit der direkten Aufsichtsobjekte der ESMA am regulierten Kapitalmarkt einerseits und Sanktionsvorschriften bzgl. Verstößen gegen einzelfallbezogene Anordnungen, welche die ESMA im Rahmen der Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit an konkrete einzelne Aufsichtsobjekte gerichtet hat, Neumann (Fn. 16), S. 244 ff. mit umfassenden exemplarischen Nachweisen aus dem Aufsichtssanktionenrecht der ESMA, siehe auch S. 3, 44, 228, 231, 257 f., 259 f.

⁶⁹ Art. 36a Abs. 1 i.V.m. Anhang III, Abschnitt 2 Nr. 7 i.V.m. Art. 23b VO (EU) Nr. 1060/2009.

⁷⁰ Art. 36a Abs. 1 i.V.m. Anhang III, Abschnitt I Nr. 13 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anhang I Abschnitt A Nr. 5 VO (EG) Nr. 1060/2009.

Compliance-Funktion⁷¹ oder die Pflicht zum Vorhalten soliden Regelungen für die Unternehmensführung genannt, die eine klare Organisationsstruktur mit genau abgegrenzten, transparenten und kohärenten Aufgaben und Verantwortungsbereichen vorsehen⁷².

Eingebettet sind diese Befugnisse der ESMA zur Verhängung von Geldbußen gegen ihre direkten Aufsichtsobjekte in ein in der jeweiligen Verordnung festgelegtes Strafrechtssystem im Mikroformat⁷³. Illustrieren lässt es sich bereits anhand der sog. CRA-Verordnung (EG) Nr. 1060/2009, die den Ausgangspunkt des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA bildete.⁷⁴ Danach kann die ESMA wegen der in Anhang III der VO (EG) Nr. 1060/2009 aufgeführten Verstöße zunächst Untersuchungen einleiten, die nach Maßgabe des in Art. 23e VO (EG) Nr. 1060/2009 und den gem. Art. 23e Abs. 7 VO (EG) Nr. 1060/2009 erlassenen delegierten Rechtsakten der Kommission niedergelegten Verfahrensrechts unter Einsatz der der ESMA in den Artikeln 23b bis 23d VO (EG) Nr. 1060/2009 zugestandenen Befugnisse geführt werden. Im Falle der Feststellung eines Verstoßes im Rahmen dieser Untersuchungen kann die ESMA Geldbußen gem. Art. 36a VO (EG) Nr. 1060/2009 durch einen Beschluss verhängen, der gem. Art. 60 VO (EU) Nr. 1095/2010 zunächst durch den Beschwerdeausschuss der ESA (European Supervisory Authorities) und ggf. schließlich gem. Art. 36e VO (EG) Nr. 1060/2009 durch den EuGH überprüft werden kann.

2. Vorläufer: Sanktionenrecht des Ausschusses für die einheitliche Abwicklung

Vorläufer dieses mittlerweile umfassenden Aufsichtssanktionenrechts der ESMA, das mit der Zunahme der direkten Aufsichtsobjekte der ESMA und der parallel erfolgenden Zuerkennung von Bußgeldkompetenzen zur Durchsetzung der für die Tätigkeit dieser neuen direkten Aufsichtsobjekte geltenden Anforderungen stetig weiter anwächst, sind die Sanktionierungsbefugnisse des Ausschusses für die einheitliche Abwicklung (Single Resolution Board, SRB) im Rahmen des einheitlichen Abwicklungsmechanismus für Kreditinstitute und bestimmte Wertpapierfirmen (Single Resolution Mechanism, SRM) im Bankensektor⁷⁵. Auch dieser im Nachgang

zur Finanzmarktkrise eingerichtete Ausschuss stellt gem. Art. 42 Abs. 1 S. 2 VO (EU) Nr. 806/2014⁷⁶ eine Agentur der Union dar. Ihm wurden Befugnisse zur Verhängung von Geldbußen gegenüber in Abwicklung befindlichen Unternehmen zugestanden, die in ein Strafrechtssystem im Mikroformat eingebettet sind, das dem der ESMA strukturell entspricht.⁷⁷ Die bußgeldbewehrten Anforderungen beschränken sich jedoch auf drei in Art. 38 Abs. 2 VO (EU) Nr. 806/2014 konkret aufgelistete, die sämtlich die Befolgung von Einzelfallanordnungen betreffen, die der Ausschuss für die einheitliche Abwicklung im Rahmen seiner Untersuchungen gegenüber einzelnen Unternehmen getroffen hat. Es steht somit ausschließlich und in überschaubarem Umfang die Durchsetzung konkret-individueller Verhaltensanforderungen gegenüber bereits in Abwicklung befindlichen Instituten aus dem Bankensektor im Interesse der effektiven Durchführung einer bestimmten Untersuchungsmaßnahme und nicht die Durchsetzung abstrakt-genereller Verhaltensregeln gegenüber aktiven leistungsstarken Wirtschaftssubjekten im Interesse der Sicherung der Funktionsfähigkeit eines wirtschaftsrelevanten Systems in Rede.⁷⁸ Letzteres ist erstmalig beim Aufsichtssanktionenrecht der ESMA der Fall.

3. Spezielle Charakteristika des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA

Spezifisch charakterisiert wird das Aufsichtssanktionenrecht der ESMA zunächst durch seine Akzessorietät zum Kapitalmarktrecht, dessen Einhaltung die ESMA überwacht,⁷⁹ sowie durch die Natur der ESMA als europäische Agentur,⁸⁰ dererwegen höchste Bestimmtheitsanforderungen an ihr Aufsichtsrecht einschließlich ihres Aufsichtssanktionenrechts zu stellen sind⁸¹. Darüber hinaus wird das Aufsichtssanktionenrecht der ESMA auch durch seine spezifische Zielrichtung geprägt. Namentlich dient es dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes und damit einem systemischen Makrorechtsgut von gesamtwirtschaftlicher und folglich letztlich auch gesamtgesellschaftlicher Bedeutung, dessen Schädigung – wie

lungs- und Sanktionierungsbefugnissen des Ausschusses für die einheitliche Abwicklung im Rahmen des SRM und denen der EZB im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM) siehe *Allegrezza/Rodopoulos* (Fn. 13), S. 233 (235 ff.).

⁷⁶ VO (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.7.2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU 2014 Nr. L 225 v. 30.7.2014, S. 1–90.

⁷⁷ Siehe im Einzelnen *Neumann* (Fn. 16), S. 254 f.

⁷⁸ Zu diesen Unterscheidungsmerkmalen zwischen dem Aufsichtssanktionenrecht der ESMA und dem des SRB siehe *Neumann* (Fn. 16), S. 256 ff.

⁷⁹ Siehe dazu *Neumann* (Fn. 16), S. 101 ff.

⁸⁰ Siehe dazu *Neumann* (Fn. 16), S. 54 ff.

⁸¹ S.o. IV.

⁷¹ Art. 36a Abs. 1 i.V.m. Anhang III, Abschnitt I Nr. 14 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anhang I Abschnitt A Nr. 6 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1060/2009.

⁷² Art. 42 Abs. 1 lit. a Var. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2016/1011.

⁷³ Den Begriff prägte ursprünglich *Klip*, *European Criminal Law*, 2016, S. 509, bzgl. des EU-Wettbewerbsrechts („competition law provides a micro criminal justice system at the European Union level.“). Er kennzeichnet ebenso treffend das Aufsichtssanktionenrecht europäischer Agenturen, siehe dazu *Neumann* (Fn. 16), S. 45 f.

⁷⁴ Siehe *Neumann* (Fn. 16), S. 11 f.

⁷⁵ Zum SRM einschließlich des SRB siehe *Selmayr*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje/Terhechte (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 8. Aufl. 2025, AEUV Art. 127 Rn. 62 ff.; *Zagouras*, in: *Ellenberger/Bunte* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 6. Aufl. 2022, § 109 Rn. 67 ff.; speziell zu den Ermitt-

die Finanzmarktkrise gezeigt hat – keinesfalls hingenommen werden kann.⁸² Der auch sanktionenrechtliche Schutz dieses elementar bedeutsamen systemischen Makrorechtsguts muss somit schon weit im Vorfeld seiner Schädigung, namentlich bei der Schaffung bloßer Risiken für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktsystems ansetzen.⁸³ Solche Systemrisiken⁸⁴ entstehen bereits dann, wenn besonders systemrelevante Finanzmarktinfrastrukturelemente, die gerade aufgrund dieser Eigenschaft der direkten Aufsicht der ESMA unterstellt worden sind,⁸⁵ an ihre systemrelevante Tätigkeit gestellte Anforderungen nicht erfüllen. Angesichts der Interdependenz von Systemelementen und der relationalen Struktur von Systemen⁸⁶ wie dem Kapitalmarkt kann sich das durch den einzelnen Verhaltensnormverstoß eines einzelnen systemrelevanten Marktteilnehmers geschaffene bloße Risiko für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktsystems nämlich potenziell im Zusammenspiel mit systemregelwidrigen Verhaltensweisen anderer Systemelemente und sonstigen externen Umständen zu einer Gefahr für das Gesamtsystem auswachsen, die dann wiederum in eine Systemschädigung umschlagen kann.⁸⁷ In diesem Sinne stellt sich das Sanktionenrecht der ESMA nicht nur als Aufsichtsmittel einer europäischen Agentur, sondern auch als Systemrisikotrafrecht⁸⁸ dar, das schon an bloße Risiken für das zu schützende systemische Makro-

rechtsgut anknüpft und insgesamt auf einem risikobasierten Ansatz beruht⁸⁹, wie er auch in anderen Bereichen die Grundlage der Aufsicht und Regulierung bildet⁹⁰.

Im Aufsichtssanktionenrecht der ESMA bedingt dieser risikobasierte Ansatz, dass seine Adressaten und damit seine potenziellen Täter ausschließlich besonders systemrelevante Kapitalmarktteilnehmer sind, die elementare Finanzmarktinfrastrukturelemente darstellen⁹¹ und deren Verstöße gegen ihre Tätigkeit am Markt regelnde Verhaltensvorschriften deshalb die größten Risiken für die Stabilität der Finanzmarktinfrastuktur bergen. Es handelt sich um wirtschaftlich starke, organisatorisch leistungsfähige, rational kalkulierende Wirtschaftssubjekte, die sich freiwillig zur Aufnahme ihrer systemrelevanten Tätigkeit am Kapitalmarkt entschieden haben, im Rahmen eines Marktzulassungsverfahrens regelmäßig die Einhaltung der ihre Tätigkeit am Markt regulierenden Vorschriften explizit zugesichert haben und letztlich selbst mit am stärksten von der Einhaltung dieser Regelungen profitieren, weil sie ihre Tätigkeit nur im Rahmen eines funktionierenden Systems gewinnbringend ausüben können.⁹² Weil solche Sanktionenrechtsadressaten erheblich weniger schutzbedürftig und schutzwürdig sind als das Individuum als Adressat des nationalen Individualkriminalstrafrechts⁹³ und weil zudem mit dem Kapitalmarktsystem der Schutz eines elementar bedeutsamen Makrorechtsguts in Rede steht, lässt sich im Aufsichtssankti-

⁸² Vgl. *Neumann* (Fn. 16), S. 68 ff.; vgl. auch *Kaufhold*, Die Verwaltung 46 (2013), 21 (36 f.).

⁸³ Siehe *Neumann* (Fn. 16), S. 70, 498, eingehend zur Herleitung dieses Ergebnisses siehe S. 70 ff.

⁸⁴ Zum Systemrisiko siehe eingehend *Kaufhold*, Systemaufsicht, Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht, 2016, S. 1 ff.; *Kaufhold*, Osaka Law Review 65 (2018), 47 (47 ff.); *Neumann* (Fn. 16), S. 62 ff.; nicht aussagekräftig ist die Definition des Systemrisikos in Art. 2 lit. c VO (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. EU 2010 Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 1–11, da sie den Risikobegriff und den Begriff des Finanzsystems selbst wieder verwendet (*Neumann* [Fn. 16], S. 62 f.); kritisch zur gesetzlichen Bestimmbarkeit des Systemrisikobegriffs *Ferran/Alexander*, Can Soft Law Bodies be Effective? Soft Systemic Risk Oversight Bodies and the Special Case of the European Systemic Risk Board, University of Cambridge, Faculty of Law, Research Paper No. 36/2011, S. 26 ff.

⁸⁵ Siehe die strategische Ausrichtung der ESMA 2020-22, ESMA22-106-194 v. 9.1.2020, S. 7, sowie die Informationen auf der Website der ESMA in der Rubrik „Supervision and convergence“, abrufbar unter <https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/supervision-and-convergence> (21.1.2026).

⁸⁶ *Neumann* (Fn. 16), S. 63 f.; zur Relationalität des Systemrisikos siehe *Kaufhold*, Die Verwaltung 46 (2013), 21 (54 f.); *dies.* (Fn. 84), S. 144 ff.

⁸⁷ *Neumann* (Fn. 16), S. 90 f.

⁸⁸ Siehe dazu eingehend *Neumann* (Fn. 16), S. 62 ff.

⁸⁹ Zum risikobasierten Aufsichtsansatz der ESMA siehe Strategische Ausrichtung der ESMA 2020-22, ESMA22-106-194 v. 9.1.2020, S. 5 f., 19; Strategie der ESMA 2023-2028, S. 20 f.; *Neumann* (Fn. 16), S. 217 ff.; siehe auch die Informationen auf der Website der ESMA in den Rubriken „Supervision and Convergence“ („The cornerstone of ESMA’s supervision and convergence activities is a risk-based approach.“), „Risk Analysis“, „Risk Monitoring“, jeweils abrufbar über die Website der ESMA unter <https://www.esma.europa.eu> (21.1.2026);

siehe aktuell auch ESMA, Principles on third-party risks supervision, ESMA42-1710566791-6103, 12.6.2025.

⁹⁰ Der risikobasierte Ansatz prägt insbesondere auch die Aufsicht in den Bereichen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (siehe grundlegend FATF, Guidance for a Risk-Based Approach, The Banking Sector, Oktober 2014, abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/Risk-Based-Approach-Banking-Sector.pdf.coredownload.pdf> (21.1.2026);

zum risikobasierten Ansatz bei der Verhinderung und Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung auf der Grundlage des GwG siehe z.B. *Wegner*, in: Herzog/Barreto da Rosa/El-Ghazi, Geldwäscherecht, 6. Aufl. 2026, § 3a Rn. 3 ff. (Stand: 31.3.2025); siehe ferner zum risikobasierten Ansatz bei der KI-Regulierung *Woesch/Vogt*, BKR 2024, 689 ff.; *Becker/Feuerstack*, KIR 2024, 62 ff.; *Roth-Isigkeit*, in: Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 63. Lfg., Stand: Mai 2025, § 41 Rn. 175 ff.

⁹¹ Vgl. nochmals die Nachweise in Fn. 85.

⁹² Zu diesen Charakteristika der direkten Aufsichtsobjekte der ESMA siehe eingehend *Neumann* (Fn. 16), S. 162 ff.

⁹³ *Neumann* (Fn. 16), S. 171 ff.

onenrecht der ESMA auch eine Vorverlagerung der Sanktionierbarkeit bis hin zur bloßen Risikoschaffung durch die bloße vorsätzliche oder fahrlässige Regelverletzung rechtfertigen, die im Individualstrafrecht nicht denkbar wäre.⁹⁴

Zusammenfassend⁹⁵ lässt sich das Aufsichtssanktionenrecht der ESMA damit als ein spezifisches Systemrisikostrafrecht charakterisieren, das von der in Form einer europäischen Agentur errichteten europäischen Aufsichtsbehörde über den Kapitalmarkt, namentlich der ESMA, als eines der Mittel ihrer Aufsicht eingesetzt wird und mit dem Kapitalmarkt ein systemisches Makrorechtsgut von elementarer gesamtwirtschaftlicher und damit letztlich gesamtgesellschaftlicher Bedeutung schützt, indem es bestimmte Verstöße von ausgewählten, als besonders strukturell relevant eingestuften, wirtschaftlich grundsätzlich leistungsstarken Hochrisikoinstituten gegen bestimmte, die Tätigkeit dieser Institute regulierende Verhaltensvorschriften mit Geldbußen bedroht, wobei die Institute die Einhaltung dieser Vorschriften im Zuge der Beantragung ihrer Marktzulassung explizit zugesichert haben. Noch stärker kondensiert formuliert ist das von der ESMA zur Anwendung gebrachte supranationale EU-Kapitalmarktsanktionsrecht sowohl Aufsichtssanktionenrecht einer europäischen Agentur als auch Systemrisikostrafrecht, das zum supranationalen EU-Kapitalmarktsanktionsrecht akzessorisch ist und maßgeblich durch sein elementar bedeutungsvolles systemisches Schutzgut sowie seinen besonderen, aufgrund seiner spezifischen Charakteristika nur vermindert schutzwürdigen und schutzbedürftigen Täterkreis geprägt und legitimiert wird.

4. Aufsichtssanktionenrecht europäischer Agenturen „to be“ – das künftige Geldbußensanktionenrecht der AMLA

Parallel zum Anwachsen des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA wird der Anwendungsbereich des Aufsichtssanktionenrechts europäischer Agenturen nun erstmalig auch über den kapitalmarktrechtlichen Bereich hinaus auf ein weiteres Regelungsgebiet erstreckt werden.⁹⁶ Im Zuge der Reform des europäischen Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung durch das im Jahr 2024 finalisierte sogenannte EU-AML-Paket⁹⁷ wurde die Behörde

zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (Anti-Money Laundering Authority – AMLA)⁹⁸ in Form einer europäischen Agentur⁹⁹ errichtet.¹⁰⁰ Wie der ESMA ist ihr neben Regulierungsbefugnissen¹⁰¹ und Befugnissen zur Koordinierung der nationalen Aufsichtsbehörden¹⁰², die im Fall der AMLA um die Aufgabe der sogenannten indirekten Beaufsichtigung in Form der Aufsicht über die nationalen Aufseher des Finanzsektors¹⁰³ und des Nichtfinanzsektors¹⁰⁴ sowie der Financial Intelligence Units (FIUs)¹⁰⁵ ergänzt wird, auch die direkte Aufsicht über wenige ausgewählte, als hochrisikoträchtig eingestufte und in jeweils mindestens sechs Mitgliedstaaten tätige¹⁰⁶ ausgewählte Verpflichtete aus dem Finanzsektor übertragen worden,¹⁰⁷ die im Kern der Gewährleistung der Einhaltung der für die ausgewählten Verpflichteten geltenden Regelungen in der am 10.7.2027 in Kraft tretenden AML-Verordnung (EU) Nr. 2024/1624 und der Geldtransfer-Verordnung (EU) Nr. 2023/1113 sowie der Pflichten im Kontext von Finanzsanktionen dient¹⁰⁸ und von der AMLA ab dem 1.1.2028¹⁰⁹ zunächst über mindestens 40 ausgewählte Kredit- und Finanzinstitute ausgeübt werden wird.¹¹⁰ Wie der ESMA wurde auch der AMLA als ein Mittel ihrer direkten

(AML-VO), die VO (EU) Nr. 2024/1620 (AML-VO) sowie die RL (EU) Nr. 2024/1640 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.5.2024 über die von den Mitgliedstaaten einzurichtenden Mechanismen zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der RL (EU) Nr. 2019/1937 und zur Änderung und Aufhebung der RL (EU) Nr. 2015/849, ABl. EU 2024 Nr. L, 2024/1640 v. 19.6.2024 (AMLD6); siehe zum EU-AML-Paket überblicksartig *Haußfeller/Haffke/Heinrichs*, BKR 2025, 392 (392 ff.); *Barreto da Rosa/El-Ghazi*, in: Herzog/Barreto da Rosa/El-Ghazi (Fn. 90), Einl. Rn. 95 f.; eingehend *Achtelik*, BKR 2024, 353 (353 ff.).

⁹⁸ Zur AMLA siehe *Habbe/Henneberg/Vogt*, BKR 2025, 865 ff.; *Achtelik*, BKR 2024, 353 (354 ff.).

⁹⁹ Siehe Erwägungsgrund 6 VO (EU) Nr. 2024/1620 sowie die Selbstdarstellung der AMLA auf ihrer Website, abrufbar unter https://www.amla.europa.eu/index_en (21.1.2026); vgl. Art. 3 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰⁰ Art. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰¹ Siehe insbesondere Art. 49 ff. VO (EU) Nr. 2024/1620 (AML-VO) bzw. insbesondere Art. 8 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a, Art. 10 ff. VO (EU) Nr. 1095/2010 (ESMA).

¹⁰² Art. 9 Abs. 4 VO (EU) Nr. 2024/1620 (AML-VO) bzw. insbesondere Art. 29 ff., 31 ff. VO (EU) Nr. 1095/2010 (ESMA).

¹⁰³ Art. 5 Abs. 3, Art. 30 ff. VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰⁴ Art. 5 Abs. 4, Art. 35 ff. VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰⁵ Art. 5 Abs. 5, Art. 39 ff. VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰⁶ Art. 12 Abs. 1, Abs. 3, 13 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰⁷ Art. 5 Abs. 2, Art. 12 ff. VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰⁸ *Achtelik*, BKR 2024, 353 (355); siehe Art. 22 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹⁰⁹ Siehe den Zeitstrahl auf der Website der AMLA, abrufbar unter [https://www.aml_a.europa.eu/about-aml_a_en](https://www.amla.europa.eu/about-aml_a_en) (21.1.2026).

¹¹⁰ Siehe Art. 13 Abs. 2 VO (EU) Nr. 2024/1620.

⁹⁴ Siehe *Neumann* (Fn. 16), S. 185 ff.

⁹⁵ Zusammenfassend zu den Charakteristika des supranationalen EU-Kapitalmarktsanktionsrechts, das sich als Aufsichtssanktionenrecht der ESMA präsentiert, siehe auch *Neumann* (Fn. 16), S. 212 ff.

⁹⁶ Zur Ausdehnung des Aufsichtssanktionenrechts europäischer Agenturen auf den Bereich der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in Form des Aufsichtssanktionenrechts der AMLA siehe schon auf der Grundlage des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung der Behörde zur Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010 und (EU) Nr. 1095/2010, KOM (2021) 421 endg., siehe *Neumann*, NZWiSt 2021, 449 ff.; *dies.* (Fn. 16), S. 5, 499.

⁹⁷ Die Abkürzung AML steht für Anti Money Laundering. Kern des EU-AML-Pakets sind die VO (EU) Nr. 2024/1624

Aufsicht die Befugnis zur Verhängung von Geldbußen eingeräumt,¹¹¹ die durch ein Strafrechtssystem im Mikroformat¹¹² flankiert wird,¹¹³ das den EU-kapitalmarktstrafrechtlichen in seinen wesentlichen Zügen entspricht¹¹⁴. Insgesamt beruht auch das Aufsichtssanktionenrecht der AMLA wie das der ESMA auf einem risikobasierten Ansatz¹¹⁵ und teilt auch im Übrigen – von der im Bereich der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung anders als im kapitalmarktrechtlichen Bereich nicht unmittelbar gegebenen Systembezogenheit abgesehen¹¹⁶

¹¹¹ Art. 22 VO (EU) Nr. 2024/1620 i.V.m. den Anforderungen der VO (EU) Nr. 2023/1113 und der VO (EU) Nr. 2024/1624 sowie Anforderungen gem. verbindlichen Beschlüssen nach Art. 6 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620.

¹¹² Zur Begriffsprägung siehe nochmals Fn. 73.

¹¹³ Gem. Art. 27 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620 benennt die AMLA bei ernsthaften Anhaltspunkten für das mögliche Vorliegen von Tatsachen, die einen oder mehrere der in Anhang II VO (EU) Nr. 2024/1620 aufgeführten Verstöße darstellen können, aus dem Kreis ihrer Bediensteten ein unabhängiges Untersuchungsteam, das die mutmaßlichen Verstöße nach Maßgabe des in Art. 27 Abs. 2, Abs. 3 VO (EU) Nr. 2024/1620 und weiterer, von der Kommission gem. Art. 27 Abs. 7 VO (EU) Nr. 2024/1620 als delegierte Rechtsakte erlassener Verfahrensvorschriften für die Ausübung der Befugnis zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern, einschließlich u.a. Bestimmungen zu den Verteidigungsrechten, untersucht und das Dossier mit seinen Feststellungen gem. Art. 27 Abs. 4 VO (EU) Nr. 2024/1620 dem Direktorium der AMLA vorlegt, welches ggf. nach der gem. Art. 24 Abs. 1 erfolgten Anhörung der den Untersuchungen unterworfenen Personen gem. Art. 27 Abs. 5 VO (EU) Nr. 2024/1620 beschließt, ob diese Personen einen oder mehrere der in Anhang II aufgeführten Verstöße begangen haben und ggf. eine Geldbuße nach Art. 22 VO (EU) Nr. 2024/1620 verhängt. Der entsprechende Beschluss kann gem. Art. 74 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2024/1620 zunächst vom administrativen Überprüfungsausschuss der AMLA und sodann gem. Art. 28 VO (EU) Nr. 2024/1620 vom EuGH überprüft werden. Siehe auch *Neumann*, NZWiSt 2021, 449 (453 f.), bereits zum „Strafrechtssystem im Mikroformat“, wie es auf der Grundlage des Vorschlags der Kommission COM (2021) 421 final für die AMLA-VO etabliert werden sollte.

¹¹⁴ Zu den EU-kapitalmarktstrafrechtlichen „Strafrechtssystemen im Mikroformat“ der ESMA siehe nochmals *Neumann* (Fn. 16), S. 11 f., 45 f., sowie oben IV. 1.

¹¹⁵ Siehe Art. 8 VO (EU) Nr. 2024/1620 sowie auch Erwägungsgrund 10.

¹¹⁶ Anders als das Aufsichtssanktionenrecht der ESMA im EU-kapitalmarktstrafrechtlichen Bereich schützt das Aufsichtssanktionenrecht der AMLA im Bereich der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierung kein konkretes wirtschaftliches Teilsystem. Dementsprechend finden sich beispielsweise die unmittelbar auf den Systemschutz ausgerichteten Kriterien zur Bemessung der Geldbußen des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA (siehe dazu *Neumann* [Fn. 16], S. 471 ff.) nicht in Anhang I der VO (EU) Nr. 2024/1620 (siehe entsprechend

– die Charakteristika des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA. So stellt sich auch das Aufsichtssanktionenrecht der AMLA als Aufsichtsmittel einer europäischen Agentur dar, das letztlich die Wirtschaftsordnung und damit ein Makrorechtsgut von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung schützt, indem es bestimmte Verstöße von wirtschaftlich grundsätzlich leistungsstarken Hochrisikoinstituten gegen bestimmte, die Tätigkeit dieser Institute regulierende Verhaltensvorschriften mit Geldbußen bedroht. Auch insoweit steht also ein präventiv-verhaltenssteuernd ausgerichtetes akzessorisches Risikostrafrecht in Rede, das seine spezifische Prägung und Legitimation insbesondere aus seinem besonders bedeutungsvollen Makroschutzgut und seinem besonderen, jedenfalls zunächst zahlenmäßig noch extrem begrenzten Kreis an Tätern zieht, die sowohl aufgrund der freiwilligen Aufnahme ihrer hochrisikoträchtigen regulierten Tätigkeit als auch aufgrund ihrer wirtschaftlichen Stärke gegenüber dem Individuum als Täter des Individualkriminalstrafrechts vermindert schutzwürdig und schutzbedürftig sind und deshalb auch für die bloß risikoträchtige Regelverletzung als solche mit im weiten Sinne strafrechtlichen Sanktionen belegt werden können.¹¹⁷

V. Fazit und Ausblick

Nach alledem lässt sich festhalten, dass das europäische Geldbußensanktionenrecht in den vergangenen Jahren rasante Entwicklungen genommen hat und sich auch aktuell ebenso rasant weiterentwickelt. In Form des Aufsichtssanktionenrechts flexibel sekundärrechtlich begründbarer europäischer Agenturen schickt es sich an, immer neue Bereiche zu erobern. Wie diese Entwicklungen im Einzelnen insbesondere auch unter grundrechtlichen Aspekten zu bewerten sind und wie die neuen Formen des europäischen Geldbußensanktionenrechts sowohl in materiell-rechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht konkret zu gestalten sind, harrt baldiger intensiver weiterer Forschung.

schon zum Vorschlag der Kommission COM [2021] 421 final für die AMLA-VO *Neumann*, NZWiSt 2021, 449 [458]).

¹¹⁷ Zur entsprechenden Legitimation der risikostrafrechtlichen Natur des Aufsichtssanktionenrechts der ESMA siehe nochmals *Neumann* (Fn. 16), S. 185 ff., sowie oben IV. 3.

Patriarchale Strukturen in der Rechtsanwendung bei der Verfolgung von IS-Rückkehrern wegen § 171 StGB

Von Dr. Alena Gallmetzer, München*

Deutsche Staatsangehörige, die in das Herrschaftsgebiet des Islamischen Staats (IS) ausreisen, um sich dort am IS oder einer seiner Unterorganisationen zu beteiligen, sehen sich bei ihrer Rückkehr ins bundesdeutsche Herrschaftsgebiet der Strafverfolgung wegen einer Vielzahl von Delikten ausgesetzt, die seit 2015 auch konsequent verfolgt, angeklagt und abgeurteilt werden. Neben Verstößen gegen das VStGB und §§ 129a, 129b StGB rückt ein Straftatbestand häufig in den Hintergrund: Eine mögliche Verurteilung nach § 171 StGB. Dieser Tatbestand kommt bei einer Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht in Betracht, greift damit insbesondere in Sachverhalten, in denen minderjährige Kinder von ihren Eltern ins IS-Staatsgebiet verbracht und/oder dort extremen Gefahren ausgesetzt werden, und wird in ebendiesen (jedenfalls für die Mütter der Kinder bzw. Jugendlichen) auch zur Anklage und Verurteilung gebracht. Der folgende Beitrag macht es sich zum Ziel, Strukturen, die bei der Strafverfolgung mit Blick auf § 171 StGB auffällig werden, zu benennen, Erklärungsansätze zu sammeln und eine Frage nach patriarchalen Prägungen in der Verfolgung zu formulieren. Hierzu werden zunächst die theoretischen Grundlagen für eine Strafverfolgung nach § 171 StGB dargelegt und sodann auf die Erziehung von Kindern im IS-Gebiet übertragen, ehe die angeklagten und verurteilten Fälle analysiert werden.

I. Theoretische Grundlagen der Strafbarkeit nach § 171 StGB bei Erziehung von Kindern im IS

1. Tatbestandliche Anforderungen an eine Strafbarkeit nach § 171 StGB

a) Tauglicher Täter

Tauglicher Täter des § 171 StGB ist nur eine solche Person, der eine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einem Kind bzw. Jugendlichen unter 16 Jahren zukommt.¹ Dabei beschreibt die Fürsorgepflicht die Verpflichtung, das Kind bzw. den Jugendlichen vor äußeren Schäden zu bewahren.² Die Erziehungspflicht hingegen beschreibt die richtige Anleitung des Kindes in seiner körperlichen und psychischen Entwicklung.³ Diese Pflicht ist (im Falle der Eltern) gesetzlich in

§ 1626 BGB verankert.⁴ Es kann somit festgehalten werden, dass jedenfalls die sorgeberechtigten Eltern eines Kindes bzw. Jugendlichen kraft Gesetzes fürsorge- und erziehungspflichtig und damit (unabhängig von ihrem Geschlecht) taugliche Täter im Sinne des § 171 StGB sind.

b) Tathandlung

Tathandlung nach § 171 StGB ist die Verletzung einer der oben genannten Pflichten. Diese „Verletzung“ kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen verwirklicht werden.⁵ Sie ist etwa anzunehmen, wenn beispielsweise körperliche Misshandlungen durch die fürsorgepflichtige Person begangen werden, das Kind übermäßigen Belastungen ausgesetzt oder zum Drogen- oder Alkoholkonsum angeleitet wird.⁶ Als eine Verletzung der Erziehungspflicht wird etwa das aktive Anleiten zur Begehung von Straftaten verstanden.⁷ Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass aufgrund von verschiedenen denkbaren Erziehungsmodellen eine gewisse Vorsicht bei der Annahme einer Erziehungspflichtverletzung geboten ist.⁸ So kann allein eine religiöse Erziehung den Tatbestand des § 171 StGB nicht erfüllen.⁹

Die Pflichtverletzung muss darüber hinaus „gröblich“ sein, das bedeutet, dass diese ein gewisses Gewicht annehmen muss. Hierbei gilt die Daumenregel: Je schwerer der Verstoß, desto schneller kann auch eine gröbliche Pflichtverletzung angenommen werden, möglicherweise ohne Wiederholung.¹⁰

c) Konkrete Gefährdung

Nach § 171 StGB muss die Pflichtverletzung die konkrete Gefährdung nach sich ziehen, dass das Kind in seiner körperlichen oder psychischen Entwicklung erheblich geschädigt wird, einem kriminellen Lebenswandel oder der Prostitution nachgeht.

Dabei kann eine konkrete Gefahr für die körperliche Entwicklung angenommen werden, sobald der gewöhnliche Ablauf körperlicher Reifeprozesse nachhaltig beeinflusst

* Die Verf. war wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, internationales Strafrecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. [LSE]) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, seit April 2025 ist sie Rechtsreferendarin am OLG München.

¹ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2025, § 171 Rn. 4; Ritscher, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 171 Rn. 4.

² v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 5; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 5.

³ v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 5; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 5.

⁴ Bosch/Schittenhelm, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 171 Rn. 3; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 5; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 4.

⁵ v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 6; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 6.

⁶ Frommel/Schramm, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 171 Rn. 8; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 7.

⁷ Frommel/Schramm (Fn. 6), § 171 Rn. 8; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 8.

⁸ Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 8.

⁹ Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 8.

¹⁰ Zur einmaligen Pflichtverletzung BGH NStZ 1982, 328; so auch: Frommel/Schramm (Fn. 6), § 171 Rn. 10; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 8 f.

wird.¹¹ Hiervon zu differenzieren ist die Gefährdung der psychischen Entwicklung, die angenommen werden kann, wenn der geistig-seelische Reifeprozess beeinträchtigt wird.¹² Hierbei müssen sittliche Fehlentwicklungen mit Vorsicht subsumiert werden und können nur dann den Tatbestand verwirklichen, wenn diese den elementaren Grundwerten des sozioethischen Normensystems widersprechen und damit regelmäßig ein pathologischer Zustand einhergeht.¹³

Daneben tritt die Gefahr zu einem kriminellen Lebenswandel bzw. der Prostitution. Einen kriminellen Lebenswandel führt, wer einen Hang zur Begehung nicht unerheblicher Straftaten hat und wessen Leben maßgeblich von der Begehung von Straftaten geprägt wird.¹⁴ Die Gefahr für das Kind kann hierbei schon angenommen werden, wenn es sich in Kreisen des kriminellen Lebenswandels aufhält.¹⁵ Trotz der Legalisierung der Prostitution wird nach wie vor an der vierten Tatbestandsvariante festgehalten,¹⁶ diese kommt aber wesentlich spärlicher zum Einsatz.¹⁷

d) Subjektiver Tatbestand

Die Verwirklichung des § 171 StGB bedarf auf subjektiver Seite Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale, wobei bedingter Vorsatz ausreichend ist.¹⁸ Gerade mit Blick auf die Gefährdung reicht es aus, wenn der Täter die Umstände kennt, aus denen sich die Gefährdung ergeben kann.¹⁹ Sind dem Täter hingegen die Umstände, aus denen sich die Gefährdung ergeben kann unbekannt, kommt es gem. § 16 StGB zu einem Ausschluss des Vorsatzes.

2. Die Erziehung von Kindern im IS – Eine Subsumtion

a) Objektiver Tatbestand

Im Folgenden soll die allgemeine Erziehung von Kindern im IS-Herrschaftsgebiet auf Grundlage der Urteilsfeststellungen einiger ausgewählter Fälle dargestellt und allgemein unter Tathandlung und Taterfolg des § 171 StGB subsumiert werden.

Ein Leben im Herrschaftsgebiet des IS geht bzw. ging mit regelmäßigen Bombenangriffen aufgrund der Bürgerkriegssituation einher.²⁰ Im Fall Fadia S. vor dem OLG Düsseldorf führte ein Sachverständiger zu der Bombensituation aus, „dass

Russland zu gezielten Treffern nicht willens und syrische Streitkräfte bei ihren Angriffen hierzu nicht in der Lage [sein, und] deshalb immer die Gefahr [besteht] von Bombensplittern oder Trümmern getroffen zu werden.“²¹ Dies wurde durch das OLG Düsseldorf anhand von Schulschließungen sowie auch Zeugenaussagen bewiesen.²² Außerdem konnte der BGH in einem anderen Fall feststellen, dass die Familie der Beschuldigten einen Anschlag überlebt hatte und deren Nachbar unter Drohnenbeschuss zu Tode gekommen war, wobei auch das Schlafzimmerfenster der Familie zu Bruch ging.²³ Das Aufwachsen unter derartigen Bombenangriffen subsumierte der BGH gleichermaßen als Gefahr für die körperliche sowie psychische Entwicklung durch das eingetretene Trauma.²⁴ Auch das OLG Celle subsumierte im Fall Romiena S. das Leben im Kriegsgebiet als Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht.²⁵ Die konkrete Gefährdung wurde vom Gericht insbesondere auf Grundlage des fehlenden Schulbesuchs und dem Beiwohnen einer Steinigung begründet, wodurch das Kind nach der Rückkehr nach Deutschland nicht altersgerecht eingeschult werden konnte und überdies eine Sonderklasse mit Sprachförderung besuchen musste.²⁶

Daneben werden Kinder und Jugendliche im IS (häufig) ergänzend zur elterlichen Erziehung im Sinne der Ideologie des IS erzogen und mit Zielen und Verhaltensweisen der Terrororganisation indoktriniert, was – vor der Wertung, dass es sich bei der Organisation um eine ausländische terroristische Vereinigung handelt²⁷ – als krimineller Lebenswandel zu subsumieren ist.²⁸ Dies erfolgt teilweise durch Schulen, die allerdings – so das OLG Düsseldorf – ihre Lehrinhalte vollständig an der Ideologie des IS ausrichten,²⁹ sowie durch die Eltern selbst. In einer Linie hierzu entschied auch das HansOLG, dass gerade die Eingliederung männlicher Kinder oder Jugendlicher in IS-Kampfverbände in besonderem Maße eine Verletzung der Erziehungspflicht darstellt, die auch eine Gefahr für die psychische Entwicklung verursacht und die ideologisch-religiöse Ausbildung auf einen kriminellen Lebenswandel ausgerichtet ist.³⁰

Somit kann bei Verbringung der Kinder in das Herrschaftsgebiet des IS davon ausgegangen werden, dass regelmäßig eine gröbliche Missachtung der Fürsorge- und Erziehungspflicht gegeben ist, ebenso wie eine konkrete Gefahr für die körperliche oder psychische Entwicklung und bei Erziehung

¹¹ Frommel/Schramm (Fn. 6), § 171 Rn. 15; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 17; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 13.

¹² Frommel/Schramm (Fn. 6), § 171 Rn. 16; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 14.

¹³ Frommel/Schramm (Fn. 6), § 171 Rn. 16; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 14.

¹⁴ Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 18.

¹⁵ Frommel/Schramm (Fn. 6), § 171 Rn. 18; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 18; Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 18.

¹⁶ Frommel/Schramm (Fn. 6), § 171 Rn. 19.

¹⁷ Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 19.

¹⁸ Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 20.

¹⁹ Ritscher (Fn. 1), § 171 Rn. 20.

²⁰ OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 32; BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 14/22 = BeckRS 2022, 10190, Rn. 15.

²¹ OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 101.

²² OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 101.

²³ BGH BeckRS 2019, 27304 Rn. 25.

²⁴ BGH BeckRS 2022, 10191 Rn. 25; BGH BeckRS 2022, 10190 Rn. 38; zu dem gleichen Ergebnis kommt das OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 112.

²⁵ OLG Celle, Ur. v. 1.6.2020 – 4 StS 3/21, UA S. 25.

²⁶ OLG Celle, Ur. v. 1.6.2020 – 4 StS 3/21, UA S. 25.

²⁷ BT-Drs. 18/9779, S. 5.

²⁸ BGH BeckRS 2019, 27304 Rn. 25; BGH BeckRS 2022, 10190 Rn. 38; zur Abhängigkeit vom Alter der Kinder: BGH BeckRS 2022, 10191 Rn. 25; ebenfalls das OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 112.

²⁹ OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 105.

³⁰ HansOLG, Ur. v. 25.3.2022 – 3 St 2/21, UA S. 77 f.

der Kinder im Sinne des IS zusätzlich auch noch die konkrete Gefahr des kriminellen Lebenswandels angenommen werden kann. Letzteres gilt insbesondere auch für Kinder, die bereits im Herrschaftsgebiet des IS zur Welt kommen. Für diese kann nicht mehr an die Ausreise als Tathandlung angeknüpft werden, vielmehr muss an die Erziehungsentscheidungen im IS angeknüpft werden. Grundsätzlich kann der „durchschnittliche Sachverhalt“, der Kindeserziehung im Herrschaftsgebiet des Islamischen Staats als tatbestandlich im Sinne des § 171 StGB verstanden werden.³¹

b) Subjektiver Tatbestand

Jedoch müssen den Eltern die Umstände bekannt sein, die die Gefährdung ergibt, d.h. insbesondere muss – wenn an die Ausreise als Tathandlung angeknüpft wird – im Zeitpunkt der Ausreise bekannt sein, dass im IS-Herrschaftsgebiet ein Bürgerkrieg herrscht und es ggf. auch zu Bombardements der Zivilbevölkerung kommen kann. Hier muss insbesondere festgestellt werden, dass kein vorsatzrelevanter Irrtum nach § 16 StGB im Zeitpunkt der Tathandlung vorlag. Gerade in einer Entscheidung des OLG Düsseldorf wurde hierzu festgestellt, dass der Angeklagten bekannt war, dass sie sich in ein Bürgerkriegsgebiet mit verschiedenen kämpfenden Gruppierungen begeben würde und es in dem Rahmen auch zu Angriffen auf die Zivilbevölkerung kommen würde.³² Die Annahme des subjektiven Tatbestands wurde dabei insbesondere auf eine Einlassung der Angeklagten selbst gestützt, die angab, Kenntnis von den Bürgerkriegsereignissen gehabt zu haben und deshalb im Rahmen der Ausreiseentscheidung auch Zweifel hinsichtlich der Sicherheitslage gehegt, diese aber letztlich wegen „göttlicher Vorhersehung“ ausgeräumt zu haben.³³ Dabei argumentierte das Gericht auch mit der Erfahrung der Angeklagten, die als Jugendliche den (zweiten) Tschetschenienkrieg miterlebt hatte.³⁴ Auch in der Entscheidung des HansOLG wurde durch die Angeklagte selbst eingeräumt, dass ihr im Zeitpunkt der Bürgerkriegsereignisse bekannt waren.³⁵ Irrt der Täter im Zeitpunkt der Ausreise über die Situation im Zielland, wäre eine Kenntnis der gefahrenbegründenden Umstände nicht gegeben und der Vorsatz gem. § 16 StGB ausgeschlossen.³⁶ Wird nicht an die Ausreise als Tathandlung angeknüpft, sondern an die Erziehung der Kinder im Sinne des Islamischen Staats, muss die Gefahr des kriminellen Lebenswandels im Tathandlungszeitpunkt bedingt bekannt sein. Hierzu scheint es ausreichend, wenn der Täter grundlegende Kenntnis von den Taten des IS hat. Diese

Kenntnis kann beispielsweise über IS-Propagandavideos hergeleitet werden, in denen bspw. Vertreibungen oder ein Posieren mit abgetrennten Köpfen zu sehen ist.³⁷

3. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Da für eine Verfolgung von § 171 StGB das Weltrechts- oder Universalitätsprinzip des § 1 VStGB gerade nicht greift, muss nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 3 ff. StGB begründet werden, warum deutsches Strafrecht zur Anwendung kommt.

a) Inlandstat

Gem. § 3 StGB findet deutsches Recht Anwendung, wenn die Tat „im Inland“ begangen wurde. Jedenfalls für das Verbringen der Kinder in das Herrschaftsgebiet des IS aus Deutschland, kann angenommen werden, dass die Tathandlung bereits mit dem Verlassen der Wohnung in Deutschland, mit dem Ziel das Kind ins Ausland zu befördern, beginnt.³⁸ Danach findet deutsches Strafrecht jedenfalls für Sachverhaltskonstellationen Anwendung, in denen die Kinder von einer erziehungs- und fürsorgepflichtigen Person tatsächlich aus Deutschland ins IS-Herrschaftsgebiet verbracht werden.

Jedoch kann § 171 StGB nicht nur durch aktives Tun, sondern auch in Form eines Unterlassungsdelikts begangen werden: Verhindert das in Deutschland zurückbleibende Elternteil die Ausreise der Kinder mit dem anderen Elternteil nicht, kommt folglich auch eine Begehung durch Unterlassen in Betracht. Tatort ist in diesem Fall dann auch Deutschland, es liegt also eine weitere Inlands-Konstellation vor.³⁹ Als Beispiel für diese Konstellation kann eine Entscheidung des BGH dienen: Hier wurde nach vorläufigem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens festgestellt, dass die Mutter gemeinsam mit ihren Söhnen ohne unmittelbare Kenntnis des Ehemanns nach Syrien reiste.⁴⁰ Dabei stellte das Gericht fest, dass sie dies tat, um ihren noch zögerlichen Ehemann von der Ausreise zu überzeugen.⁴¹ Somit lässt sich entnehmen, dass die Ausreise mit den Kindern zwischen den Eheleuten bereits vorab Thema gewesen ist und mit Blick auf den Vater die Frage aufwerfen, ob dieser im Sinne seiner Erziehungs- und Fürsorgepflicht nicht die Pflicht gehabt hätte, die Ausreise aktiv zu verhindern. Bejaht man dies – und liegen die übrigen Voraussetzungen für eine Unterlassensstrafbarkeit vor – handelt es sich bei der Tat sowohl für den Vater als auch für die

³¹ Hierbei muss auf die Besonderheiten des Einzelfalls abgestellt werden und jeweils die Lebenssituation bzw. Ausbildung der Kinder untersucht werden.

³² OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 = BeckRS 2024, 29580 Rn. 59.

³³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 = BeckRS 2024, 29580 Rn. 110 ff.

³⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 = BeckRS 2024, 29580 Rn. 59.

³⁵ HansOLG, Urt. v. 7.2.2024 – 4 St 2/23 = BeckRS 2024, 32259 Rn. 110.

³⁶ Schuster, in: Tübinger Kommentar (Fn. 4), § 16 Rn. 10.

³⁷ So auch HansOLG, Urt. v. 7.2.2024 – 4 St 2/23 = BeckRS 2024, 32259 Rn. 116.

³⁸ So jedenfalls BGH BeckRS 2022, 10190 Rn. 40; BGH BeckRS 2022, 10191 Rn. 27; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 115; ebenfalls v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 3.

³⁹ Ambos, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 9 Rn. 14 f.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 9 Rn. 2.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 14/22 = BeckRS 2022, 10190 Rn. 13.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 14/22 = BeckRS 2022, 10190 Rn. 13.

Mutter um eine Inlandstat, auf die deutsches Strafrecht zur Anwendung kommt.

b) Auslandstat

Daneben sieht aber jedenfalls das OLG Düsseldorf die übergeordneten Voraussetzungen des § 7 StGB erfüllt, da „die Tatorte in Syrien [...] mangels Kontrolle der syrischen Regierung keiner Strafgewalt [unterlagen].“⁴² Wird die Tat gem. § 7 Abs. 1 StGB an einem deutschen Staatsangehörigen begangen, genügt dies für eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts. Je nachdem, welche Staatsangehörigkeit das geschädigte Kind hat, kann sich eine Anwendbarkeit des § 171 StGB hieraus unmittelbar ergeben. Wird ein Kind im Herrschaftsgebiet des IS als Kind zweier deutscher Eltern geboren, hat dieses grundsätzlich gem. § 4 Abs. 1 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit. Hierdurch ändert sich grds. auch durch eine Geburt im Ausland nichts, vgl. § 4 Abs. 4 StAG. Etwas anderes gilt jedoch, wenn bereits die deutschen Eltern (nach dem 31.12.1999) im Ausland geboren wurden und dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, § 4 Abs. 4 S. 1 StAG. Hier kann es also insbesondere zu einer Unterscheidung zwischen im Inland und im Ausland geborenen Kindern kommen.

Für die sog. Rückkehrer, die als deutsche Staatsangehörige nach Syrien ausreisen, ist die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts außerdem über § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB gewährleistet. Für ausländische Staatsangehörige müssen darüber hinaus noch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfüllt sein. Das heißt diese müssen im Inland betroffen werden und die Tat muss eine Auslieferung grundsätzlich zulassen, die aber nicht durchgeführt werden kann, weil ein entsprechender Antrag nicht rechtzeitig gestellt wurde oder die Auslieferung nicht möglich ist. Im Fall von Syrien sind Auslieferungen jedenfalls bis ins Jahr 2024 aus menschenrechtlichen Gründen abgelehnt worden.⁴³ Bei der Entscheidung danach, ob eine Auslieferung grundsätzlich möglich ist, ist auf die Vorschriften §§ 3–9 IRG abzustellen.⁴⁴ Gem. § 3 Abs. 2 IRG ist die Auslieferung ans Ausland nur zulässig, wenn die Tat (auch) nach deutschem Recht im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist. § 171 StGB hat eine Strafandrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe und würde diesen Anforderungen grundsätzlich genügen. Daneben müssen aber auch die übrigen Voraussetzungen für eine Auslieferung bejaht werden, so dass es hier auf eine Entscheidung des Einzelfalls nach IRG ankommt und selbst-

verständlich auf die Frage, ob eine Auslieferung im konkreten Fall möglich ist.

c) Zurechnung von Tatorten über Mittäterschaft

Liegt zwischen den beiden erziehungsberechtigten Personen ein gemeinsamer Tatplan bspw. zur Umsiedelung der Familie ins Herrschaftsgebiet des IS und anschließende Beteiligung an der terroristischen Vereinigung vor, und sind dabei die objektiven Voraussetzungen für eine Mittäterschaft erfüllt, kann der Tatort wechselseitig zugerechnet werden.⁴⁵ Damit liegt der Tatort an jedem Ort, an dem ein Mittäter gehandelt hat.⁴⁶ Umfasst der Tatplan der gemeinschaftlich handelnden Eltern, dass ein Elternteil „vorreist“, um die Ankunft im Herrschaftsgebiet vorzubereiten und reist das andere Elternteil absprachegemäß mit dem Kind nach, kann die Inlandstat auch dem vorausgereisten Elternteil zugerechnet werden.

4. Zusammenfassung der theoretischen Grundvoraussetzungen einer Strafverfolgung nach § 171 StGB für IS-Rückkehrer

Zusammenfassend hat sich gezeigt, dass beide Elternteile fürsorge- und erziehungspflichtig und damit denkbare Täter nach § 171 StGB sein können. Die (größte) Verletzung einer Erziehungs- oder Fürsorgepflicht kann dabei sowohl durch aktives Tun als auch durch passives Unterlassen begangen werden. Bezogen auf die IS-Rückkehrer kommt als Tathandlung regelmäßig die elterliche Entscheidung zur Umsiedelung der Familie ins Herrschafts- und Bürgerkriegsgebiet des IS sowie die dortige Erziehung der Kinder im Sinne der IS-Ideologie in Betracht. Diese Entscheidungen können gleichermaßen von beiden Elternteilen getroffen und mitgetragen werden. Bei einer gemeinsamen Ausreise der gesamten Familie begehen beide Elternteile eine Tathandlung nach § 171 StGB, die zu einer konkreten Gefährdung der Kinder führt und somit den Tatbestand des § 171 StGB erfüllt. Doch auch wenn die Ausreise der Familie „getrennt“ erfolgen sollte, liegt die Entscheidung und damit auch die Verantwortung für die Entscheidung gleichermaßen bei beiden Elternteilen. Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ist in diesem Fall für das nicht mitausreisende Elternteil ebenfalls über § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB gegeben⁴⁷ oder es kann die Inlandstat über die Mittäterschaft zugerechnet werden. Und spätestens mit der im Herrschaftsgebiet erfolgenden Erziehung der Kinder im Sinne des IS und damit Anleitung zum kriminellen Lebenswandel liegt die Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht gleichermaßen für beide Elternteile vor und ermöglicht somit (abermals über § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB und unabhängig von der Ausreisefunktion) eine Verfolgung beider Eltern nach § 171 StGB.

Somit eröffnet § 171 StGB eine Strafverfolgung sog. IS-Rückkehrer unabhängig vom Geschlecht des Täters, sofern

⁴² BGH BeckRS 2019, 27304 Rn. 28; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 115.

⁴³ Vgl. zu der Debatte: Deutsches Institut für Menschenrechte, Stellungnahme, Abschiebungen nach Syrien, Eine menschenrechtliche Bewertung der aktuellen Debatte, Juni 2021, abrufbar unter:

https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme_Abschiebungen_nach_Syrien.pdf (21.1.2025).

⁴⁴ Heger (Fn. 39), § 7 Rn. 5.

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 20.1.2009 – 1 StR 705/08 = NStZ-RR 2009, 197; Eser/Weißer, in: Tübinger Kommentar (Fn. 4), § 9 Rn. 30.

⁴⁶ BGH, Beschl. v. 20.1.2009 – 1 StR 705/08 = NStZ-RR 2009, 197; Eser/Weißer (Fn. 45), § 9 Rn. 30.

⁴⁷ BGH BeckRS 2019, 27304 Rn. 28; OLG Düsseldorf, BeckRS 2021, 46266 Rn. 115.

jedenfalls die Entscheidung für Ausreise und/oder die Erziehung im Sinne des IS durch beide Elternteile getroffen wird.

II. Strafverfolgungspraxis

Auf Grundlage dieser theoretischen Verfolgungsmöglichkeiten, soll nun die Strafverfolgungspraxis analysiert werden. Die *Verf.* stützt sich hierbei auf die Entscheidungssammlung der Datenbank „Völkerstrafrecht in Deutschland“.⁴⁸ Diese Datenbank enthält alle Entscheidungen deutscher Gerichte, in denen Verstöße gegen das VStGB (mit)verfolgt, angeklagt und/oder verurteilt wurden. Daneben werden auch Entscheidungen, die keinen VStGB-Verstoß zum Gegenstand haben, in denen aber § 171 StGB zur Anklage kam, berücksichtigt.

1. Auswertung der Rechtsprechung zu § 171 StGB und IS-Rückkehrer

Die Auswertung der Rechtsprechung in der Datenbank „Völkerstrafrecht in Deutschland“ ergibt, dass insgesamt sieben IS-Rückkehrerinnen (und damit sieben Frauen) wegen § 171 StGB verurteilt wurden. Daneben treten weitere elf Verurteilungen weiblicher Täterinnen gem. § 171 StGB ohne Bezug zum VStGB. Bereits auf den ersten Blick zeigt sich, dass Verurteilungen von Männern gänzlich fehlen, es lassen sich dem Datenbestand keine Anhaltspunkte für eine Strafverfolgung von Männern entnehmen. Es sollen nun zunächst verschiedene Fallgruppen gebildet und dann Erklärungsansätze für diese strukturelle Auffälligkeit gesammelt werden. Dabei ist selbstverständlich zu berücksichtigen, dass insgesamt 18 Urteile zu § 171 StGB und IS-Rückkehrern keine hinreichend breite Datengrundlage für eine empirische Auswertung bieten. Dennoch kann ggf. auf gewisse Auffälligkeiten hingewiesen werden.

a) Fallgruppe 1: Getrenntlebende Eltern

Unter die erste Fallgruppe sind Sachverhaltskonstellationen zu fassen, in denen die Eltern bereits vor der Ausreise der Mutter mit dem gemeinsamen Kind getrennt leben und die Ausreise auch gerader eigenmächtig ohne Information und Einwilligung des Vaters erfolgt. Praktische Beispiele sind die Fälle Romiena S.⁴⁹ vor dem OLG Celle, Nurten J.⁵⁰ vor dem OLG Düsseldorf sowie Carla Josephine S.⁵¹ vor dem OLG Düsseldorf (und der zugehörigen Entscheidung des BGH aus dem Ermittlungsverfahren⁵²). Der Sachverhalt aller drei Fälle ist dahingehend identisch, dass die Mütter über die Ausreise ohne den getrenntlebenden Vater entschieden und diese auch

allein durchgeführt haben. Vor diesem Hintergrund erschließt sich, warum die Väter der Kinder in Fallgruppe 1 nicht strafrechtlich verfolgt wurden bzw. werden, da die Entscheidung zur Ausreise und der weiteren Kindeserziehung allein durch die Mutter getroffen wurde bzw. wird. In einzelnen Fällen erfolgte die Ausreise sogar „entführungsähnlich“: Nach Feststellungen des BGH reiste Carla Josephine S. explizit während einer berufsbedingten Abwesenheit ihres Ehemanns und gegen dessen Willen mit den Kindern über die Türkei nach Syrien aus.⁵³

b) Fallgruppe 2: Getrennte Ausreise, aber gemeinsames Leben als Familie im Herrschaftsgebiet des IS

Im Falle von Stefanie A.⁵⁴ stellte sich der Sachverhalt etwas anders dar: Mutter und Vater hatten die Fürsorge- und Erziehungspflicht über den damals 14-jährigen Sohn M. gemeinsam inne, ehe zunächst der Vater des Kindes (und Ehemann von Stefanie A.) ins Herrschaftsgebiet des IS ausreiste und seine Frau und Sohn ihm wenig später nachfolgten.⁵⁵ Dort lebte die Familie dann zusammen und beide Elternteile entschieden schließlich gemeinschaftlich ihren Sohn der IS-Rekrutenausbildung und später den Kampfverbänden zur Verfügung zu stellen.⁵⁶ Diese Entscheidung hatte zur Folge, dass der Junge im Alter von 16 Jahren bei einem Bombenangriff getötet wurde.⁵⁷ Auch im Fall Fadia S.⁵⁸ reiste der Ehemann vorab aus und Fadia S. und folgte ihm mit ihren insgesamt vier minderjährigen Kindern nach.⁵⁹ In diesem Fall stellte das OLG Düsseldorf sogar explizit klar, dass Fadia S. sich mit der Ausreise „dem Wunsch ihres bereits am 30. April 2015 aus Deutschland über die Türkei nach Syrien zum IS ausgereisten Ehemanns [...] beugte[.]“⁶⁰ Zwar erfolge die Ausreise dennoch aus einem freien Entschluss heraus, es lässt sich aber eine gemeinsame (wenn nicht sogar männlich dominierte) Entscheidung der Eltern zur Ausreise festhalten, wenn auch die tatsächliche Ausreisehandlungen getrennt voneinander durchgeführt wird.⁶¹ Auch im Fall Fadia S. lebte die Familie sodann innerhalb des IS-Herrschaftsgebiets gemeinsam und die Eltern erzogen ihre Kinder gemeinschaftlich im Sinne des IS.⁶² Auch im ersten Urteil zu Omaina A.⁶³ stellte das HansOLG fest, dass sie zwar getrennt von ihrem Mann von Deutschland nach Syrien ausreiste, die Eheleute von dort aber gemeinsam mit den Kindern ins Herrschaftsgebiet des IS einreisten und sich auch gemeinsam dem IS anschlossen und fortan als Familie dort lebten.⁶⁴ Ähnlich gestaltet sich auch

⁴⁸ Die Datenbank „Völkerstrafrecht in Deutschland“ wurde von Prof. Dr. Christoph Safferling unter Mitarbeit der *Verf.* und mit Förderung des Bundesministeriums der Justiz erstellt und wird durch den Lehrstuhl laufend aktualisiert. Zur Datenbank: <https://vstgb-datenbank.de/strafrechtsdb> (zuletzt aufgerufen am 21.1.2026).

⁴⁹ Zum Fall: OLG Celle, Urte. v. 1.6.2022 – 4 StS 3/21.

⁵⁰ Zum Fall: OLG Düsseldorf, Urte. v. 21.4.2024 – 7 StS 2/20.

⁵¹ Zum Fall: OLG Düsseldorf, Urte. v. 29.4.2020 – 7 StS 4/19.

⁵² Zur Entscheidung: BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19 = BeckRS 2019, 28702.

⁵³ BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19 = BeckRS 2019, 28702, Rn. 12.

⁵⁴ Zum Fall: HansOLG, Urte. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21.

⁵⁵ HansOLG, Urte. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21, Rn. 16, 119 ff.

⁵⁶ HansOLG, Urte. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21, Rn. 135.

⁵⁷ HansOLG, Urte. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21, Rn. 144 ff.

⁵⁸ Zum Fall: OLG Düsseldorf, Urte. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20.

⁵⁹ OLG Düsseldorf, Urte. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20, Rn. 25.

⁶⁰ OLG Düsseldorf, Urte. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20, Rn. 25.

⁶¹ OLG Düsseldorf, Urte. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20, Rn. 25.

⁶² OLG Düsseldorf, Urte. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20, Rn. 34.

⁶³ Zum Fall: HansOLG, Urte. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20.

⁶⁴ HansOLG, Urte. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20, UA S. 4.

eine weitere Entscheidung des HansOLG: Auch hier reiste die Mutter mit der gemeinsamen Tochter dem Vater „nach“. ⁶⁵ Alle der Fallgruppe 2 zuzuordnenden Fälle haben also gemein, dass die Ehefrau zwar die tatsächliche Ausreise allein bestreitet, die Familie aber spätestens im IS-Herrschaftsgebiet wieder gemeinsam wohnt und die Eltern Entscheidungen über die Erziehung der Kinder gemeinsam treffen. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des BGH aus dem Ermittlungsverfahren ⁶⁶ in der – in Abgrenzung zu den anderen geschilderten Fällen – die Ausreiseentscheidung hauptsächlich auf die Mutter zurückzuführen ist. So führt der BGH aus: „Sie handelte in der Absicht, durch diesen Schritt ihren noch zögerlichen Ehemann, der nicht damit einverstanden war, dass sie die beiden Kinder mitnahm, ebenfalls zur Ausreise in das Herrschaftsgebiet der Vereinigung zu bewegen.“ ⁶⁷ Hier zeigt sich ein leichtes Verschwimmen der Fallgruppen 1 und 2. Dennoch kann festgehalten werden, dass der Ehemann sich den Vorstellungen seiner Frau beugte, nachreiste und die beiden im Herrschaftsgebiet des IS als Familie gemeinsam wohnten. In den Fallgruppe 2 zuzuordnenden Fällen kann der Standpunkt vertreten werden, dass jedenfalls die (konkrete) Ausreiseentscheidung durch die Mutter allein getroffen wurde. Dies ist nicht vollständig überzeugend, da in vielen Fällen jedenfalls auch der Wunsch des Mannes bestand bzw. besteht seine Familie „nachzuholen“ und somit die Verantwortung für die Ausreiseentscheidung weiterhin bei beiden Elternteilen liegt (mit Ausnahme der geschilderten Entscheidung des BGH). Insbesondere vor dem Hintergrund, dass gerade in sehr stark patriarchal geprägten Familienstrukturen, wie im IS, die Entscheidungshoheit über derart grundlegende Fragen ohnehin häufig in männlicher Hand ist, scheint es vielmehr überzeugender die Väter dennoch als Mittäter zu qualifizieren oder die Frage nach einer Begehung durch Unterlassen aufzuwerfen. Jedenfalls die Entscheidung zur Erziehung im Sinne des IS nach Ankunft im Herrschaftsgebiet wird aber in jedem Fall durch beide Elternteile getroffen und für diese haben sich damit eigentlich auch beide Elternteile zu verantworten.

c) Fallgruppe 3: Ausreise als Familie

Im Falle Sarah K. stellte der BGH im Rahmen einer Haftprüfung im Ermittlungsverfahren fest, dass jedenfalls dringender Tatverdacht dahingehend bestehe, dass diese gemeinsam mit ihrem nach islamischem Ritus angetrauten Ehemann und der gemeinsamen Tochter nach Syrien ausgereist sei. ⁶⁸ In Syrien angekommen schloss sich der Vater dem IS an und Sarah K. führte den Haushalt und kümmerte sich um die gemeinsamen Kinder. ⁶⁹ Erstinstanzlich stellte auch das OLG Düsseldorf im Fall Fatima M. einen ähnlichen Sachverhalt fest: Ihr Ehe-

mann entschied hier über die Ausreise der Familie ins Herrschaftsgebiet des IS, gegen diese Entscheidung setzte sich Fatima M. zunächst zur Wehr, beugte sich aber im späteren Verlauf den Wünschen ihres Mannes und die Familie reiste gemeinsam ins Herrschaftsgebiet des IS aus. ⁷⁰ Hier lag somit sowohl die Entscheidung zur Ausreise ⁷¹ als auch die Entscheidung zur Kindeserziehung im Sinne des IS bei beiden Elternteilen. ⁷²

2. Die fehlende Strafverfolgung von Männern

Unter Bezugnahme auf die allgemeinen Grundvoraussetzungen für die tatbestandliche Verwirklichung von § 171 StGB zeigt sich, dass jedenfalls eine Strafverfolgung von Männern in den Fallgruppen 2 und 3 denkbar wäre. In Fallgruppe 1 scheidet eine Verfolgung der Väter (meistens ⁷³) denklogisch aus, da die Ausreise und auch die Erziehung der Kinder im Sinne des IS ohne Kenntnis und ohne Zutun der getrenntlebenden Väter erfolgen. Damit kann diesen schon tatbestandlich keine Missachtung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht vorgeworfen werden. Dieser Einwand vermag jedoch für die Fallgruppen 2 und 3 nicht zu greifen. In beiden Fallgruppen sind Väter wie auch Mütter in gleicher Verantwortung gesetzlich zur Fürsorge und Erziehung verpflichtet und missachten diese Pflicht auch gleichermaßen durch die Entscheidung zur Ausreise ins Herrschaftsgebiet des IS und Erziehung in dessen Sinne. Und dennoch existieren Verurteilungen von Männern nach § 171 StGB (im Kontext der IS-Rückkehrer) nicht.

a) Rechtliche und tatsächliche Erklärungsansätze für die fehlende Strafverfolgung von Männern

Für diese strukturelle Auffälligkeit sollen nun mögliche rechtliche und tatsächliche Erklärungsansätze gesammelt werden, ehe die Frage nach patriarchalen Strukturen in der Rechtsanwendung formuliert wird.

aa) Anwendbarkeit deutschen Strafrechts?

Ein möglicher Erklärungsansatz könnte im Strafanwendungsrecht zu finden sein. Jedenfalls gem. § 3 StGB kommt § 171 StGB nur für sog. „Inlandstaten“, d.h. Taten, bei denen jeden-

⁶⁵ Zum Fall: HansOLG, Urt. v. 7.2.2024 – 4 St 2/23 = BeckRS 2024, 32259.

⁶⁶ Zur Entscheidung: BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 14/22 = BeckRS 2022, 10190.

⁶⁷ BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 14/22 = BeckRS 2022, 10190 Rn. 13.

⁶⁸ BGH, Beschl. v. 18.10.2022 – AK 33/22, Rn. 13.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 18.10.2022 – AK 33/22, Rn. 13.

⁷⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 = BeckRS 2024, 29580 Rn. 26 ff.

⁷¹ Vereinzelt wird trotz der gemeinsamen Ausreise, die Entscheidung einem Elternteil zugewiesen, wie bspw. OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 = BeckRS 2024, 29580 Rn. 26.

⁷² Weitere Fälle, die dieser Fallgruppe zuzuordnen sind: BGH, Beschl. v. 23.1.2024 – AK 108/23 = BeckRS 2024, 2152; BGH, Beschl. v. 18.10.2022 – AK 33/22 = BeckRS 2022, 29933; BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – StB 26/19 = BeckRS 2019, 27304; BGH, Beschl. v. 21.1.2025 – 3 StR 538/24 = BeckRS 2025, 3592; BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 18/22 = BeckRS 2022, 10191.

⁷³ Ausnahmen wären gegeben, wenn dem Kindesvater ein Vorwurf wegen des Unterlassens der Verhinderung der Ausreise gemacht werden kann.

falls die Tathandlung im Inland begangen wurde zur Anwendung. Es wurde oben bereits dargelegt, dass die Tat des § 171 StGB mit dem Verlassen der Wohnung in Deutschland begangen wird, soweit dies mit dem Ziel der Ausreise geschieht.⁷⁴ Somit erlaubt § 3 StGB mit Blick auf die oben geschilderten Fallgruppen augenscheinlich nur die unmittelbare Strafverfolgung des Elternteils, das tatsächlich die Ausreise mit den Kindern faktisch vollzieht und damit die strafbare Handlung in Deutschland begeht. Dieser Ansatz könnte jedenfalls für die Fallgruppe 2 dazu führen, dass mangels Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts eine Verfolgung von „vorausgereisten“ Vätern rechtlich nicht möglich ist. Dem ist allerdings die Argumentation des OLG Düsseldorf unter Bezugnahme auf § 7 StGB entgegenzuhalten. Danach ist deutsches Strafrecht darüber hinaus auch für sog. Auslandstaten anwendbar, wenn die Tat gegen einen Deutschen begangen wurde (Abs. 1) und entweder (Alt. 1) die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist oder (Alt. 2) der Tatort keiner Staatsgewalt unterliegt. Diese zweite Alternative bejahte das OLG Düsseldorf für das Kriegsgebiet in Syrien.⁷⁵ Somit wäre die Anwendbarkeit des § 171 StGB auch gegeben, sofern die Tat im Ausland gegen ein deutsches Kind bzw. Jugendlichen begangen wird. Sollten die Kinder bzw. Jugendlichen nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben, könnte die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf § 7 Abs. 2 StGB gestützt werden. Hiernach können Täter, die die deutsche Staatsangehörigkeit inne haben unter den gleichen Voraussetzungen des Abs. 1 verfolgt werden (Nr. 1). Insbesondere für die sog. IS-Rückkehrer kann auf dieser Grundlage häufig eine Strafverfolgung bejaht werden. Letztlich könnten auch nicht-deutsche Staatsangehörige nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB verfolgt werden, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Allerdings wird es hierauf regelmäßig nicht ankommen müssen: Für das zweite Elternteil kommt – bei Erfüllung der Voraussetzungen der Mittäterschaft – ggf. eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB in Betracht, wenn die Ausreiseentscheidung als gemeinschaftlicher Tatplan gefasst wurde. Im Falle eines Unterlassensvorwurfs (bei unterlassener Verhinderung der Ausreise) könnte ebenfalls eine Inlandstat für das zurückbleibende Elternteil konstruiert werden, so dass es im Ergebnis auf § 7 StGB nur für im Herrschaftsgebiet des IS geborene Kinder ankommen kann: Hier wären dann die verschiedenen Tatbestandsalternativen zu prüfen, die aber regelmäßig trotzdem zu einer Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts führen werden.

bb) Tod/Unklares Schicksal der Männer als Hindernis der Strafverfolgung?

Ein vielmehr faktischer Erklärungsansatz für die fehlende Strafverfolgung von Männern könnte sein, dass es schlicht an geeigneten Fällen fehlt, da die Väter der Kinder in den genannten Fällen möglicherweise in der Folge des Bürger-

kriegs in Syrien verstorben sind oder ihr Schicksal jedenfalls nach wie vor unklar ist. Im Falle von Sarah K. berichtete jedenfalls der Spiegel davon, dass ihr Mann, Mustafa K., bereits 2014 verstorben sei.⁷⁶ Auch der erste Ehemann von Omaila A. verstarb,⁷⁷ so dass eine Strafverfolgung dessen in Deutschland faktisch unmöglich wird. Im Falle von Fadia S. stellte das Gericht fest, dass das Schicksal des Mannes nach wie vor unbekannt sei und damit eine Strafverfolgung ebenfalls aus faktischen Gründen scheitert.⁷⁸ Dieses Argument könnte jedenfalls eine Erklärung für die fehlende Strafverfolgung von Männern sein. Im Fall Mandy B.,⁷⁹ der vor dem Kammergericht Berlin verhandelt wurde, die ebenfalls gem. § 171 StGB verurteilt wurde,⁸⁰ wird der Vater der gemeinsamen Kinder, Husan H., jedoch gesondert verfolgt.⁸¹ Es zeigt sich also, dass Fälle denkbar sind und auch existieren, in denen eine Strafverfolgung der Väter nicht faktisch unmöglich ist. Leider lässt sich zum Fall des Husan H. (noch) kein Urteil finden, in dem überprüft werden könnte, ob eine Verurteilung wegen § 171 StGB erfolgt oder ausgeblieben ist.

cc) Überlegungen zum Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit?

Schließlich könnte das Fehlen der Strafverfolgung von Männern möglicherweise auf Überlegungen zum Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit zurückzuführen sein. Betrachtet man die Verfahren gegen IS-Rückkehrer bzw. allgemein alle Strafverfahren zu Vergehen und Verbrechen im Herrschaftsgebiet des IS, fällt sofort auf, dass die Verfahren häufig unterschiedliche Schwerpunkte haben, je nachdem welches Geschlecht der Täter hat. Hier kann sich auch eine Entwicklung der Rechtsprechung ablesen lassen: Gerade die ersten Verfahren 2016 bis 2019 hatten häufig ausschließlich Männer als Beschuldigte und es wurden hauptsächlich Kriegsverbrechen verfolgt und abgeurteilt.⁸² Die Strafverfolgung

⁷⁶ Der Spiegel v. 14.2.2023, abrufbar unter https://www.spiegel.de/politik/deutschland/duesseldorf-oberlandesgericht-verurteilt-zwei-is-anhaengerinnen-zu-mehrjaehrigen-haftstrafen-a-b0079a87-93d0-4c07-8280-db86901f03f0?sara_ref=em-em-sh (zuletzt aufgerufen am 21.1.2026).

⁷⁷ HansOLG, Urte. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20, UA S. 4.

⁷⁸ OLG Düsseldorf, Urte. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20, Rn. 37.

⁷⁹ Zum Fall: KG Berlin, Urte. v. 7.12.2022 – 6 – 1/22; aus dem Ermittlungsverfahren: BGH BeckRS 2022, 10199.

⁸⁰ KG Berlin, Pressemitteilung v. 7.2.2022 – PM 22/2022, abrufbar unter <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2022/pressemitteilung.1272609.php> (zuletzt aufgerufen am 21.1.2026).

⁸¹ BGH BeckRS 2022, 10190 Rn. 12.

⁸² Dies ergibt eine Auswertung der Datenbank „Völkerstrafrecht in Deutschland“ (Fn. 48). Danach erfolgte bis ins Jahr 2019 keine einzige Verurteilung einer weiblichen Täterin wegen VStGB-Verstößen. Gleichzeitig wurden jedoch zehn männliche Täter erstinstanzlich verurteilt. Gegenstand der Verurteilungen waren hauptsächlich Kriegsverbrechen gegen Personen aber vereinzelt auch weitere VStGB-Delikte.

⁷⁴ So jedenfalls BGH BeckRS 2022, 10190 Rn. 40; BGH BeckRS 2022, 10191, Rn. 27; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 115; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 171 Rn. 3.

⁷⁵ OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 115; weniger deutlich auch: BGH BeckRS 2019, 27304 Rn. 28.

wie auch Rechtsprechung hatten in diesen ersten Verfahren schwer mit den Herausforderungen derartiger großer Verfahren und der Konturierung des bis dahin nahezu unbenutzten⁸³ VStGB zu kämpfen, so dass Delikte wie § 171 StGB vermutlich kaum „ins Blickfeld“ der Gerichte geraten sind. Die ersten Verfahren gegen weibliche „IS-Angehörige“ zeichneten sich hingegen durch anfängliche Schwierigkeiten aus, das Verhalten der Frauen unter die Tatbestände der §§ 129a und 129b zu fassen oder auch über VStGB-Delikte zu ahnden.⁸⁴ Erst mit der Zeit etablierte es sich, Frauen im IS nach § 9 VStGB wegen Kriegsverbrechen gegen das Eigentum (wegen des Bewohnens geplündelter Häuser) und nach §§ 129a und 129b StGB zu verfolgen und auch zu verurteilen.⁸⁵ Im Gegensatz dazu wurden männliche Angehörige durchwegs wegen Verstößen gegen das VStGB in Gestalt von Kriegsverbrechen gegen Personen oder auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt. Angeknüpft werden musste bei den Frauen an die „phänotypisch“ weibliche Aufgabe der Kindeserziehung und Haushaltsführung, die diese gerade in der stark patriarchal geprägten Familienstruktur des IS innehatten, so dass – wenn nicht, wie beispielsweise im Fall Jennifer W., die Beaufsichtigung und Versklavung jesidischer Frauen und Mädchen hinzukam⁸⁶ – wenig aus dem Bereich des VStGB „übrigblieb“ und auch die §§ 129a und 129b StGB möglicherweise erschwert nachweisbar waren. Vor diesem Hintergrund erhält ein vermeintlich unscheinbares Delikt wie § 171 StGB in der Strafverfolgungspraxis möglicherweise eine größere Bedeutung als im Falle der Männer. Diesen können durch die Beteiligung an den Kampfhandlungen häufig mehrere Vorwürfe nach dem VStGB sowie §§ 129a und 129b StGB gemacht werden, so dass es möglicherweise auf einen so „kleinen“ StGB-Straftatbestand gar nicht mehr ankommt. Diese „Schwerpunktüberlegungen“ können im Rahmen der Strafverfolgung durch eine Beschränkung der Strafverfolgung auf bestimmte Delikte gem. § 154a StPO oder eine Teileinstellung über § 154 StPO rechtlich umgesetzt werden. Voraussetzung hierfür ist nach dem Gesetz, dass die Tat mit Blick auf die zu erwartende Strafe der übrigen Taten nicht beachtlich ins Gewicht fällt. Betrachtet man nun die für IS-Rückkehrer abhängig nach ihrem Geschlecht im Raum stehenden sonstigen Straftatbestände ordnet sich § 171 StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren neben der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung (bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe) und den Kriegsverbrechen gegen das Eigentum (bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe) weniger als „nicht beachtlich“ ein, als vor einer mög-

lichen Verurteilung zur lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Kriegsverbrechen gegen Personen durch Tötung.

Jedenfalls können auch Beschränkungs- und Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 154 und 154a StPO nicht vollständig erklären, warum es keine einzige Verurteilung eines Vaters nach § 171 StGB gibt. Nicht jeder Vater, der seine Kinder im Herrschaftsgebiet und im Sinne des IS erzieht, kann sich ausnahmslos darauf berufen, dass die übrigen verfolgten Delikte von so schwerer Natur sind, dass dies eine Verfolgung nach § 171 StGB gegenstandslos macht. Und dennoch findet sich keine einzige Verurteilung eines männlichen Beschuldigten nach § 171 StGB im Kontext des syrischen Konflikts.

b) Patriarchale Grundannahme als Erklärungsansatz

Möglicherweise lässt sich das gänzliche Fehlen der Verfolgung von § 171 StGB jedoch auch auf gewisse, in der Strafverfolgung vorherrschende, patriarchale Grundannahmen zurückführen. Die allgemeinen Grundlagen des § 171 StGB haben gezeigt, dass eine Verfolgung beider Elternteile grundsätzlich denkbar ist, solange nachgewiesen werden kann, dass eine Missachtung der Fürsorge- und/oder Erziehungspflicht vorliegt. Jedenfalls in den Fallgruppen 2 und 3 wird die Entscheidung zur Ausreise – jedenfalls aber die Entscheidung zur Erziehung der Kinder im Sinne des IS – durch beide Elternteile gemeinsam getroffen und ist damit auch gleichermaßen den Vätern vorzuwerfen. Hier sei einmal ausgeklammert ob – gerade in der patriarchalen Familienstruktur nach dem IS – die Verantwortung nicht vielmehr „vor allem“ bei den Vätern liegt, da diese nach dem Verständnis des IS die Entscheidungshoheit über die gesamte Familie haben.

In diesem Zusammenhang ist auch die folgende Auswertung zu berücksichtigen: Die Datenbank „Völkerstrafrecht in Deutschland“ enthält insgesamt Entscheidungen zu 87 Angeklagten. Hiervon sind 64 männlich und nur 23 weiblich. Gleichwohl finden sich im Rahmen der Entscheidungsgründe zu männlichen Angeklagten keine Anhaltspunkte dafür, wie diese im Familienverbund zusammenleben und ob diese überhaupt Kinder haben. Im Gegensatz dazu wird in allen Entscheidungen zu weiblichen Beschuldigten genauestens auf die Lebenssituation und den Haushalt eingegangen und auch, inwieweit Kinder mit in dem Haushalt wohnen. Diese Auswertung erfolgte unter Zuhilfenahme der case information sheets der Datenbank „Völkerstrafrecht in Deutschland“, die die rechtlichen Ausführungen und den festgestellten Sachverhalt der Verfahren verkürzt darstellen und nahezu vollständig auf den Entscheidungsgründen der dargestellten Entscheidungen beruhen. Es kann keine vollständige Abbildung der Realität sein, dass – wie den Urteilsgründen zu entnehmen – alle Frauen im IS dort mit ihrer Familie wohnen und ihrem Ehemann (bzw. häufig sogar mehreren) den Haushalt führen und gleichzeitig kein einziger Mann im IS – abermals nach Urteilsfeststellungen – Familie hat. Vielmehr kann an dieser Stelle die Frage gestellt werden, ob nicht möglicherweise ein patriarchales Grundverständnis der Rollenverteilung der Eltern in der Familie Grund für die fehlende Strafverfolgung von Männern ist. Möglicherweise wird die Missachtung von Fürsorge- und Erziehungspflichten gerade des-

⁸³ BGH, Ur. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98 und das Verfahren gegen Onesphore Rwabukombe, das noch unter dem alten Völkermord-Paragrafen im StGB lief, vgl. Datenbank Völkerstrafrecht in Deutschland (Fn. 48).

⁸⁴ Exemplarisch: BGH NSZ-RR 2018, 206 (207).

⁸⁵ Für das Jahr 2019: OLG Stuttgart, Ur. v. 5.7.2019 – 5 - 2 StE 11/18; OLG Düsseldorf, Ur. v. 4.12.2019 – 2 StE 2/19; OLG Düsseldorf, Ur. v. 17.12.2019 – 5 StS 2/19.

⁸⁶ OLG München, Ur. v. 25.10.2021 – 8 St 9/18 bzw. OLG München, Ur. v. 29.8.2023 – 9 St 3/23.

halb bei Männern weder ermittelt noch zur Anklage gebracht, weil diese nach dem Verständnis der Strafverfolgung für die Fürsorge und Erziehung nicht zuständig sind. Diese Annahme basiert jedoch auf einem patriarchal verhafteten Rollenbild und spiegelt weder die gesetzliche noch tatsächliche Wirklichkeit wider. Gerade im Rahmen genannter Strukturen lässt sich ein Auseinanderfallen von tatsächlicher Verantwortung für die Entscheidungen des Familienlebens, die in männlicher Hand liegt, und einer vermeintlichen „Zuständigkeit“ für Haus und Kinder feststellen, die in den Händen der Frauen liegt. Diese Divergenz sollte jedoch nicht dazu führen, Männern jegliche strafrechtliche Verantwortung für Entscheidungen im Familienleben und der Kindeserziehung abzusprechen, da gerade der offene Tatbestand des § 171 StGB eine Subsumtion zulässt unabhängig davon, ob die Pflichtverletzung durch ein Tun oder ein Unterlassen begangen wurde und jedenfalls unzweifelhaft festgehalten werden kann, dass die Entscheidung zu den Erziehungsmethoden – genau wie das gesamte Familienleben – patriarchal geprägt ist.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Die Strafverfolgung hat bei der Ahndung von Vergehen und Verbrechen im Namen des IS häufig mit patriarchalen Strukturen zu kämpfen: Während die Frauen vonseiten des IS zugeschriebene Rolle häufig auf „Haushalt und Kinder“ beschränkt bleibt, und sich damit schwer bis gar nicht unter Tatbestände des Terrorstrafrechts oder des Völkerstrafgesetzbuchs fassen lässt, werfen die obigen Ausführungen die Frage auf, ob die deutsche Strafverfolgung selbst im Zusammenhang mit § 171 StGB von einem gewissen Rollenbild und einer zwischen den Eheleuten vorherrschenden „Zuständigkeit“ ausgeht. Anders lässt sich ein gänzliches Fehlen der Verfolgung von Missachtung von Erziehungs- und Fürsorgepflichten bei Männern fast nicht erklären. Gerade aber weil der Tatbestand des § 171 StGB so „breit“ ist, und sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden kann, überzeugt es nicht, die strafrechtliche Verantwortung für die Umsiedelung in den IS und die Erziehung der Kinder im Sinne der IS-Ideologie allein den Müttern zuzuschreiben. Vielmehr sind beide Eltern gleichermaßen zur Übernahme der Fürsorge und Erziehung kraft Gesetzes verpflichtet und bleiben dies auch, solange diese gleichberechtigt das Sorgerecht ausüben. Eine selektive Ahndung der Taten nur bei Frauen vertieft patriarchale Strukturen und führt effektiv zu einer ungleichen Anwendung des Rechts, der Art. 3 Abs. 2 GG entgegensteht. Es ist also an die Rechtsanwendung zu appellieren, dass bestehende Strukturen bei der Verfolgung von Taten im Zusammenhang mit dem IS durch die Strafverfolgung gerade nicht verstärkt, sondern im Gegenteil überbrückt werden sollten. Vor diesem Hintergrund gewinnt der vermeintlich unbedeutende § 171 StGB an erheblicher symbolischer Bedeutung.

Anders als bei Presse und Rundfunk¹ bedarf es im Hinblick auf das Internet keiner Ausweitung, sondern ganz im Gegenteil einer Einschränkung der Inhaltsverantwortung.² Denn gewiss ist die Internet-Kriminalität alles andere als eine zu vernachlässigende Größe und sie hat in zahlreichen Deliktsbereichen – vor allem bei den Verbreitungs- und Äußerungsdelikten (z.B. §§ 130, 184 ff., 185 ff. StGB) – längst schon ein Ausmaß angenommen, das eine intensive und nachhaltige Bekämpfung unverzichtbar macht. Doch eine unbeschränkte Anwendbarkeit der allgemeinen strafrechtlichen Haftungsregeln wäre mit Sicherheit der falsche Ansatz.

I. Die Problematik im Grundsätzlichen

Das Internet lebt von seiner Freiheit. Zwar schwebt es nicht über den Wolken, wo bekanntlich die Freiheit grenzenlos ist – eine solide Missbrauchskontrolle ist unabdingbar. Es aber in ein Korsett kompromisslos rigider Haftungsregelungen und ausufernder Verantwortungszuschreibungen zu zwingen, wäre letztlich sein Tod. Man hat mithin beim Blick auf die Neuen Medien deren Vor- und Nachteile, ihre Chancen und Gefahren gegeneinander abzuwägen und zu versuchen, hinsichtlich ihrer Schattenseiten auf dem schmalen Grat zwischen allzu zaghaftem Geschehenlassen *hier* und übertrieben vehementem Dagegenhalten *dort* die Balance zu bewahren.³

Konkret – und ganz bewusst auch durchaus vereinfachend – gesprochen: Internet-Inhalte gelangen niemals unmittelbar vom Anbieter zum Abnehmer, sondern gehen – nunmehr bildlich gesprochen – stets auch durch die Hände Dritter.⁴ Das beginnt schon mit dem „Einstellen ins Internet“, d.h. dem Speichern auf einem fremden „Server“ zum Zwecke der Ermöglichung späteren „Abrufens“. Im Falle eines solchen „Abrufs“ durch einen Interessenten müssen die Daten dann – ggf. unter Vornahme von Zwischenspeicherungen – zu diesem hin „transportiert“ werden: „Im Internet surfen, Daten eingeben oder herunterladen, E-Mails senden, chatten, Kontakte in sozialen Netzwerken pflegen, heute ganz alltägliche Handlungen, sind ohne die Inanspruchnahme der Dienste von Internet-Anbietern [...] nicht möglich. Sie vermitteln den Zugang zum Internet, übermitteln Informationen auf den

Datenhighways und stellen den Nutzern Informationen auf eigenen oder fremden Servern zum Abruf bereit.“⁵

Wollte man all die in diesen Datenvermittlungsvorgang involvierten Personen⁶ nach den gängigen strafrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln behandeln, käme man zu einer ausufernden Haftung nahezu *aller* an der Übermittlung der betreffenden Inhalte Beteiligten: Dass nämlich bei der unüberschaubaren Vielzahl der Tag für Tag zu bewältigenden „Uploads“ und „Downloads“ mit einer gewissen statistischen Häufigkeit auch strafbare Inhalte zu besorgen stehen, muss und wird jeder der in diesem Bereich Tätigen klar vor Augen haben, wird mithin der für die meisten Inhaltsdelikte ausreichende *dolus eventualis* im Grunde immer anzunehmen sein.

Nun kann man vernünftiger Weise die in den Betrieb des Internetgeschehens Eingebundenen – vor allem die professionell ihre Dienste verrichtenden Diensteanbieter (sog. Provider) bzw. die für sie zurechenbar strafrechtlich relevant handelnden natürlichen Personen – nicht samt und sonders kriminalisieren bzw. zur Vermeidung dessen ihnen allen die Verpflichtung auferlegen, sämtliche Dateien, mit denen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit in Berührung kommen, individuell auf ihren Inhalt hin zu untersuchen. Dies hätte in letzter Konsequenz eine weder wünschenswerte noch irgend hinnehmbare Lähmung des gesamten Internetgeschehens zur Folge. Von daher bleibt als einzige Möglichkeit, um einerseits das Internet nicht zum rechtsfreien Raum verkommen zu lassen, es andererseits aber mit all seinen Segnungen am Leben zu erhalten, eine gut durchdachte und wohl dosierte Haftungsbeschränkung vorzunehmen. Eben diesen Weg ist der Gesetzgeber denn auch tatsächlich gegangen.⁷

II. Die Entwicklung der telemedienrechtlichen Haftungsregelung

Die in Frage stehende Haftungsproblematik war seit dem ursprünglichen Inkrafttreten des Teledienstegesetzes (TDG) und des Mediendienste-Staatsvertrags (MDStV) zum 1.8.1997 zunächst in § 5 TDG a.F. und (wortgleich) in § 5 MDStV a.F. geregelt gewesen⁸ – wobei auch diese Normen schon sehr ähnliche Grundsätze für die Provider-Haftung enthielten wie ihre Nachfolgeregelung, aber noch nicht so stark ausdifferenziert waren.⁹ Aufgrund der im Jahre 2000 noch auf EG-Ebene zu Vereinheitlichungszwecken erlassenen sog. e-commerce-

* 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 Man denke nur an die als Verantwortungserweiterungen fungierenden landespresserechtlichen Sonderdelikte wie bspw. § 14 Landespresseggesetz Schleswig-Holstein.

² Dementsprechend trägt § 7 DDG denn auch die Überschrift „Beschränkte Verantwortlichkeit“.

³ Vgl. hierzu schon *Heinrich*, *NSZ* 2005, 361 (363).

⁴ *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 6. Aufl. 2025, Kap. 15 Rn. 185: „muss bei jedem Kommunikationsvorgang von einer Beteiligung von mindestens drei Personen ausgegangen werden“.

⁵ So sehr anschaulich *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, *Computer- und Internetstrafrecht*, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 52.

⁶ Anschaulich zum Zusammenwirken mehrerer im Internetgeschehen *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 53.

⁷ Zum Ziel der Haftungsbeschränkung siehe auch *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 62; *Bär* (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 186.

⁸ Näher hierzu *M. Heinrich*, *ZfIS* 6/2025, 707 (708 f.).

⁹ Näher zu jener früheren Rechtslage *Barton*, *Multimedia-Strafrecht*, 1999, Rn. 106 ff.; *Hoeren*, *Grundzüge des Internetrechts*, 2. Aufl. 2002, § 9 II.

Richtlinie (ECRL)¹⁰ wurden dann 2001 sowohl das TDG wie auch der MDStV entsprechend modifiziert und fand eine dergestalt runderneuerte Haftungsregelung nunmehr (wiederum wortgleich) ihren Platz in §§ 8 ff. TDG und §§ 6 ff. MDStV, wobei – nach wie vor – das TDG als Bundesgesetz den Bereich der sog. Teledienste und der MDStV als Landesrecht denjenigen der sog. Mediendienste erfassten.

Die durch Aufteilung in TDG und MDStV vorgegebene Unterscheidung in die nach § 2 Abs. 1 TDG „für eine individuelle Nutzung“ bestimmten Teledienste einerseits und die gem. § 2 Abs. 1 MDStV „an die Allgemeinheit gerichteten“ Mediendienste andererseits und die damit verbundene Einschlägigkeit zweier verschiedener Kodifikationen ließ *auf den ersten Blick* Anwendungsschwierigkeiten befürchten; und tatsächlich sind ungeachtet aller gesetzgeberischer Bemühungen in §§ 2 Abs. 1, Abs. 2 TDG/MDStV um eine klare Abgrenzung nicht unerhebliche Zuordnungsprobleme verblieben.¹¹ *Auf den zweiten Blick* jedoch durfte man sich damit beruhigen, dass die §§ 8 ff. TDG, 6 ff. MDStV ja inhaltsidentisch waren, sodass es letztlich gleichgültig sein konnte, ob die Haftungsfrage nun in Bezug auf Teledienste und TDG oder auf Mediendienste und MDStV zu stellen bzw. zu beantworten war.¹²

Mit dem Inkrafttreten des Telemediengesetzes (TMG)¹³ zum 1.3.2007 wurde die Unterscheidung zwischen Telediensten und Mediendiensten zugunsten des jene beiden Kategorien in sich vereinenden (und in § 1 Abs. 1 S. 1 TMG und § 2 Abs. 1 S. 3 RStV identisch definierten) Begriffs der Telemedien aufgegeben.¹⁴ Zugleich wurden die Haftungsnormen der bisherigen §§ 8 ff. TDG, 6 ff. MDStV – ungeachtet mittlerweile offenbar gewordener Regelungsdefizite¹⁵ – nahezu ohne Änderung in die neuen §§ 7 ff. TMG übernommen, die dann auch bis zum Außerkrafttreten des TMG im Jahr 2024 weitestgehend unangetastet geblieben sind.¹⁶

Mit vollinhaltlicher Geltung der EU-Verordnung 2022/2065, dem sog. Digital Services Act (DSA),¹⁷ ab dem 17.2.2024¹⁸ einerseits und der Ablösung des TMG durch das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG)¹⁹ 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.²⁰

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 Abs. 1 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.²¹ 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)²² auf alle Telemedien ergibt sich aus den insoweit wiederum konstitutiv wirkenden Geltungsregeln in § 24 Abs. 1 S. 1, 2 MStV.

¹⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EU Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1. Zu deren Verantwortlichkeitsregelung *Satzger*, CR 2001, 108 (111 ff.); zu ihrem Einfluss auf TDG und MDStV *Fechner*, Medienrecht, 8. Aufl. 2007, Rn. 1120 ff.

¹¹ Zum Anwendungsbereich der beiden Regelwerke näher *M. Heinrich*, ZfStw 6/2025, 707 (709).

¹² *Hörnle*, NJW 2002, 1008 (1009): „Wegen der vergleichbaren Regelungen [...] nicht notwendig.“

¹³ Telemediengesetz v. 26.2.2007, BGBl. I 2007, S. 179; näher zu ihm *Fechner*, Medienrecht, 22. Aufl. 2023, Kap. 12 Rn. 22 ff., sowie die ausführliche Kommentierung von *Altenhain*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2023, Kap. 5 II.

¹⁴ Hierzu bereits *M. Heinrich*, ZfStw 6/2025, 707 (709 f.).

¹⁵ Etwa hinsichtlich der Behandlung von Hyperlinks, vgl. *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 55.

¹⁶ Die einzige substanzielle Änderung erfuhr – zum 13.10.2017 – § 7 TMG durch Aufteilung des Abs. 2 auf die neuen Abs. 2 und 3 sowie die Hinzufügung eines neuen Abs. 4.

¹⁷ Digital Services Act (deutsche Fassung als „Gesetz über digitale Dienste“; nicht zu verwechseln mit dem Digitale-Dienste-Gesetz!) v. 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 (vgl. noch Fn. 18); dem eigentlichen Regelungsinhalt der VO sind dabei die einschlägigen Erwägungsgründe vorangestellt. Ausführlich zum DSA *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3 (Teil 1), 115 (Teil 2); *Paschke/Wernicke*, in: Taeger/Pohle (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, 39. Lfg., Stand: April 2024, Kap. 120.4 Rn. 20 ff.

¹⁸ 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.

¹⁹ Digitale-Dienste-Gesetz, beschlossen als Art. 1 des Gesetzes v. 6.5.2024 (BGBl. I 2024, Nr. 149), in Kraft getreten am 14.5.2024.

²⁰ 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“.

²¹ Vgl. *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (682): „deklaratorische Klarstellungen des Vorrangs der Verordnungsregelungen“.

²² *Gerdemann/Simon*, ZUM 2024, 680 (682).

Des Weiteren ist zu beachten, dass durch das Abstellen sowohl des DSA (Art. 3 lit. b DSA), als auch des DDG (in § 1 Abs. 4 Nr. 1 DDG) 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“.²³ 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. Grundstruktur und dogmatische Einordnung der Haftungsregelung

Art. 4–8 DSA gelten gem. § 7 Abs. 1 DDG „für alle Diensteanbieter einschließlich der öffentlichen Stellen“ und „unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird“. Nichts anderes gilt der Sache nach gem. § 7 Abs. 4 DDG für die Regelungen in § 7 Abs. 2 und Abs. 3 DDG sowie gem. § 8 Abs. 4 S. 1 DDG für diejenigen in § 8 Abs. 1–3 DDG. Dabei sind Diensteanbieter (Provider) gem. § 1 Abs. 4 Nr. 5 DDG „Anbieter digitaler Dienste“ und digitale Dienste gem. § 1 Abs. 4 Nr. 1 DDG die in Art. 1 Abs. 1 lit. b der EU-Richtlinie 2015/1535 näher umrissenen. Darüber hinaus sind Art. 4–8 DSA und §§ 7, 8 DDG entsprechend anwendbar auf „andere Telemedien“ i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 2 MStV (vgl. oben II., vorletzter Absatz) und damit auch auf „Diensteanbieter“ in diesem Bereich.

War in § 2 S. 1 Nr. 1 TMG noch von „natürlicher oder juristischer Person“ als Diensteanbieter die Rede, ist dies im DDG nicht mehr der Fall. Nichtsdestoweniger hat sich selbstverständlich nichts daran geändert, dass Diensteanbieter auch juristische Personen sein können und es häufig auch sind. Hinsichtlich dieser ist zu beachten, dass sie zwar zivil-, nicht aber strafrechtlich selbst haften, so dass sich jedenfalls für das Strafrecht²⁴ die Haftungsregeln von DSA und DDG bei ihnen stets auf die für sie verantwortlich tätig gewordenen bzw. untätig gebliebenen natürlichen Personen richten.

1. Die Grundstruktur der Haftungsregelung

An ihrer Grundstruktur hat sich bei der nunmehr in Art. 4–8 DSA, §§ 7, 8 DDG verankerten Providerhaftung gegenüber der bisher in §§ 7–10 TMG enthaltenen nicht viel geändert.²⁵

²³ 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.

²⁴ Dazu aber, dass nicht nur für das Strafrecht, sondern ganz allgemein „der persönliche Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierungen auf Organe und Mitarbeiter ausgedehnt werden“ muss, überzeugend Altenhain (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 14.

²⁵ Vgl. Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 189: „Differenzierungen [...], die nach bisherigem Recht sowie nach dem neuen DSA unverändert geblieben sind“; siehe auch Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (5 f.).

Noch immer weist sie eine vierfache Abstufung auf gemäß letztlich dem Grundsatz „je näher dem Inhalt, desto stärker die Haftung“:²⁶

- Uneingeschränkt haftet man für den Umgang mit eigenen Informationen, sog. Content-Providing (ehedem § 7 Abs. 1 TMG – vgl. nachfolgend IV. 1.);
- weniger umfassend hingegen für das Speichern fremder Informationen, sog. Hosting (jetzt Art. 6 DSA – unten IV. 2.) und
- noch schwächer beim Zwischenspeichern zur effizienteren oder sichereren Informationsübermittlung, sog. Caching (Art. 5 DSA – unten IV. 3.);
- am geringsten ausgeprägt ist die Haftung in den Fällen der „reinen Durchleitung“, sei es nun der Fall der Zugangsvermittlung zu einem Kommunikationsnetz, sog. Access-Providing (2. Variante des Art. 4 Abs. 1 DSA – unten IV. 4.), oder derjenige der Übermittlung fremder Informationen in einem Kommunikationsnetz, sog. Network-Providing (1. Variante des Art. 4 Abs. 1 DSA – ebenfalls unten IV. 4.).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade professionelle Online-Dienste in mehreren, häufig sogar allen dieser verschiedenen Funktionen tätig werden – und zugleich auch als Nutzer²⁷ (etwa fremder Server oder fremder Datenleitungen). Daher ist die Einteilung nicht starr, sondern rein funktionsbezogen zu verstehen²⁸ – mit der Folge, dass auch die Haftungsfrage nicht abstrakt, sondern stets nur mit Blick auf die jeweils konkret in Rede stehende Tätigkeit beantwortet werden kann.²⁹

2. Die dogmatische Einordnung der Haftungsregelung

Hinsichtlich der strafrechtsdogmatischen Einordnung der in § 7 DDG mit „Beschränkte Verantwortlichkeit“ überschriebenen Regelungen ist zunächst einmal zu beachten, dass der in ihnen jeweils verankerte Haftungsausschluss nicht nur im Rahmen des Strafrechts,³⁰ sondern ebenso für das Bürgerliche Recht³¹ wie auch das Öffentliche Recht Wirksamkeit

²⁶ Ganz ähnlich auch Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 70; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 189: abgestuft nach Einflussmöglichkeiten.

²⁷ Gem. Art. 3 lit. a GdD ist Nutzer „jede natürliche oder juristische Person, die einen Vermittlungsdienst in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen.“

²⁸ Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 56, 60; Paschke, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 1016; siehe auch AG Berlin-Tiergarten NSTZ 2009, 636 (637).

²⁹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 184 Rn. 7; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 56.

³⁰ Zur Geltung gerade auch für das Strafrecht näher Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 186.

³¹ Zur Nichtanwendbarkeit auf zivilrechtliche Unterlassungsansprüche aber BGHZ 158, 236 (246 ff.); Hilgendorf/

entfaltet, es sich also um eine rechtsgebietsübergreifende und insofern „querschnittsartige“,³² nicht jedoch um eine strafrechtsspezifische Regelung handelt.³³

Obgleich dies auf den ersten Blick für ein dem Strafrecht vorgelagertes Ansetzen der Haftungsprivilegierungen (sog. Vorfiltermodell³⁴) zu sprechen scheint³⁵ – und obendrein auch in den Gesetzesmaterialien zum früheren TMG selbst von „Filter“ die Rede ist,³⁶ – wird überwiegend die Auffassung vertreten,³⁷ sie wären in den strafrechtlichen (wie natürlich entsprechend auch den zivil- und den öffentlich-rechtlichen) Prüfungsaufbau zu integrieren (sog. Integrationsmodell³⁸). Letzterem ist zuzustimmen, kann doch „dem Gesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden, er habe eine neue dogmatische Kategorie erfinden wollen“.³⁹

Aber auch auf dieser Grundlage ist noch keine Klarheit gewonnen, bewegen sich doch die Vorschläge zur Einordnung in den Deliktsaufbau vom *Tatbestand* über die *Rechtswidrigkeit*⁴⁰ und die *Schuld*⁴¹ bis hin zur Annahme eines *persönlichen Strafausschließungsgrundes*⁴² – was insbesondere für Fragen der Teilnahme (die gem. §§ 26, 27 Abs. 1 StGB eine zwar tatbestandsmäßig-rechtswidrige, nicht aber schuldhaftige Begehung der Haupttat voraussetzt), aber auch im

Falle eines Irrtums über die Privilegierungsvoraussetzungen (Tatbestands- oder Verbotsirrtum?) von mitunter entscheidender Bedeutung sein kann.⁴³ Vereinzelt findet sich sogar die Idee einer je nach Delikt wechselnden Einordnung.⁴⁴

Wenn nun die überwiegende Auffassung eine Einordnung in den Tatbestand präferiert,⁴⁵ so ist dem zuzustimmen, da die Regelungen der Art. 4–8 DSA, §§ 7, 8 DDG gerade die Frage nach dem Vorliegen vertypen Unrechts entsprechender Beteiligung am Internetgeschehen betreffen⁴⁶ und damit ihrem Wesen nach bereits im Vorfeld per se spezifischer ausgerichteter Rechtfertigungs- bzw. Schuldüberlegungen angesiedelt sind.

IV. Die Haftungsregelung der Art. 4–8 DSA, §§ 7, 8 DDG im Einzelnen

Zentraler Begriff in Art. 4 ff. DSA ist derjenige der „Informationen“. Gemeint sind damit nichts anderes als die übermittelten bzw. gespeicherten Inhalte. Während in den früheren § 5 Abs. 1–3 TDG/MDStV a.F. (vgl. oben II.) denn auch noch von „Inhalten“ die Rede war, folgte der Sprachgebrauch später dann mit „Informationen“ demjenigen der ECRL (vgl. oben Fn. 10), ohne dass darin aber ein sinnhafter Unterschied zu erblicken gewesen wäre.⁴⁷ Auch im aktuellen Recht sind die beiden Begriffe letztlich austauschbar, und in Art. 6 DSA finden sie sogar nebeneinander Verwendung. Der Sache nach erfasst sind jeweils Daten aller Art, soweit sie elektronisch übertragen werden.⁴⁸

Zu beachten ist, dass sich die letzten drei der insgesamt vier oben in Abschnitt III. 1. benannten Haftungsstufen, also jene nunmehr in den Art. 4–6 DSA als „reine Durchleitung“, „Caching“ und „Hosting“ geregelten Dienste, sämtlich auf die Nutzbarmachung *fremder* Inhalte beziehen, was sich aus der in allen drei Normen verwendeten Formulierung „von einem Nutzer bereitgestellte Informationen“ herauslesen lässt. Für sie alle stellt Art. 8 DSA übergreifend klar,⁴⁹ dass auf den Anbietern von Vermittlungsdiensten i.S.d. Art. 3 lit. g DSA (eben „reine Durchleitung“, „Caching“ und „Hosting“) insoweit keine proaktive Kontrollpflicht lastet:⁵⁰ „Anbietern von Vermittlungsdiensten wird keine allgemeine Verpflichtung

Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 185 m.w.N.; näher Paschke (Fn. 28), Rn. 1020, 1029 ff.

³² Petersen, Medienrecht, 5. Aufl. 2010, § 18 Rn. 2; Altenhain (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 2 („Querschnittsregelungen“).

³³ Allgemeine Auffassung, siehe Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, Kap. 3 Rn. 2; Mitsch, Medienstrafrecht, 2012, § 6 Rn. 24; Paschke (Fn. 28), Rn. 1016; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 62; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 186.

³⁴ Vgl. Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 66; Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 24 f.; Altenhain (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 6 m.w.N.

³⁵ I.d.S. Fechner (Fn. 13), Kap. 12 Rn. 17: „»Filterfunktion«, indem in bestimmten Fällen die Anwendung der allgemeinen Gesetze ausgeschlossen ist“; Altenhain (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 8 ff. (mit ausführlicher Begründung).

³⁶ BT-Drs. 14/6098, S. 23.

³⁷ Vgl. die Nennungen in Fn. 41, 42, 45.

³⁸ Vgl. Haft/Eisele, JuS 2001, 112 (117); Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 2; Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 24 f.; Heger (Fn. 29), § 184 Rn. 7a; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 68 f.; von „tatbestandsintegrierter Vorfilterlösung“ spricht Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 186.

³⁹ So ganz richtig Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 67 (mit weiteren Argumenten); siehe auch Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 25.

⁴⁰ Popp, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, 2002, S. 89 ff.

⁴¹ So im sog. CompuServe-Fall LG München I NJW 2000, 1051 (1052).

⁴² Heghmanns, JA 2001, 71 (78); ders., ZUM 2000, 463 (465); Wegner/Heghmanns, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, Teil 8 Rn. 44.

⁴³ Vgl. Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 64 f.; siehe auch Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 25; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 186.

⁴⁴ So Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 25 m.w.N.

⁴⁵ Vgl. (noch zu §§ 7 ff. TMG) Hilgendorf, NSTZ 2000, 518 (519); Satzger, CR 2001, 109 (111); Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 2; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 69; Heger (Fn. 29), § 184 Rn. 7a; sowie (aktuell) in der Sache wohl ebenso Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 186, dabei aber von „tatbestandsintegrierter Vorfilterlösung“ sprechend.

⁴⁶ Vgl. Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 186: Im Falle der Haftungsbeschränkung sei „gerade kein typisches Unrecht“ gegeben.

⁴⁷ Näher hierzu Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 1. Aufl. 2005, Rn. 299.

⁴⁸ Altenhain (Fn. 14), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 15.

⁴⁹ Vgl. dazu auch DSA-Erwägungsgrund 30.

⁵⁰ Kudlich, JA 2002, 798 (800): „nicht verpflichtet, nach rechtswidrigen Informationen zu suchen“.

auferlegt, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten.“ In dieser Festlegung, dass niemand die ständigen Datenfluten inhaltlich zu sondieren braucht, liegt im Grunde die wichtigste Haftungsbeschränkung überhaupt.⁵¹

Zur Schaffung von Anreizen für Provider, dennoch in Eigeninitiative auf freiwilliger Basis Kontrollmaßnahmen zu ergreifen, wurde in Art. 7 DSA das „Good Samaritan“-Privileg eingeführt.⁵² Nach diesem kommen die Anbieter für die Haftungsausschlüsse der Art. 4–6 DSA „auch dann in Betracht, wenn sie auf Eigeninitiative nach Treu und Glauben und sorgfältig freiwillige Untersuchungen durchführen“ (bzw. ähnliche Maßnahmen i.S.d. Art. 7 DSA ergreifen). Dies ist freilich nicht so zu verstehen, dass sie bei im Einzelfall tatsächlich erlangter Kenntnis einfach untätig bleiben dürften.⁵³ Es wird aber, nachdem es doch Ziel des Art. 7 DSA ist, „freiwillige Untersuchungen zu fördern und nicht durch eintretende Haftungsrisiken zu konterkarieren“, immerhin „dem Anbieter hier eine gewisse Reaktionszeit einzuräumen sein, um etwa iSv Art. 6 I lit. b DSA ‚zügig‘ tätig zu werden“.

1. Die Haftung des Content-Providers

Der sog. Content-Provider⁵⁴ (im Sinne eines Diensteanbieters, der mit *eigenen* Informationen in Erscheinung tritt, vgl. oben III. 1.) ist zwar „als primär Verantwortlicher für strafbare Inhalte in Datennetzen [...] anzusehen“⁵⁵ erfährt aber in inhaltlicher Hinsicht in DSA und DDG *keine eigene Haftungsregelung*.

Während § 7 Abs. 1 TMG immerhin noch klarstellte, dass „Diensteanbieter [...] für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich“ sind, was nichts anderes als die insoweit uneingeschränkte Anwendbarkeit v.a. der allgemeinen Täterschafts- und Teilnahmeregelungen der §§ 25 ff. StGB meinte, schweigen DSA und DDG hierzu.⁵⁶ Doch ändert das in der Sache nichts, gelten die allgemeinen Gesetze des Strafrechts selbstverständlich (gerade) auch im Hinblick auf die Haftung des Content-Providers,⁵⁷ und zwar ohne von den Regelungen einer lediglich „beschränkten Verantwortlichkeit“ nach Art. 4 ff. DSA beeinträchtigt zu werden.

Diese volle, uneingeschränkte Haftung gemäß den allgemeinen Regeln des Strafrechts ist auch sinnvoll,⁵⁸ da zum einen eine Haftungsprivilegierung bei Inhalten, die man selbst in die Welt setzt und die man von aller Anfang an in jeder Hinsicht in den eigenen Händen hält, gerade im Vergleich zur strengen Inhaltsverantwortung bei Presse und Rundfunk schon *wertungsmäßig nicht einzusehen* wäre und zum anderen eine umfassende Haftung – nachdem zur Überprüfung eigener Inhalte ja keine aufwendigen Kontrollen nötig sind – hier auch nicht mit einer *Behinderung des Internetgeschehens* erkaufte ist. Dabei kann übrigens nicht nur ein kommerzielles Unternehmen Content-Provider sein, sondern auch jeder Private, „der etwa seine eigene Homepage im Internet einstellt oder sich über einen Beitrag mit strafbarem Gehalt an einer Newsgroup beteiligt.“⁵⁹

Fraglich ist allerdings, was – in Abgrenzung zu den für Art. 4–6 DSA relevanten „von einem Nutzer bereitgestellten Informationen“ – unter „eigenen“ Informationen im Sinne des Content-Providing zu verstehen ist. So werden von professionellen Dienste-Anbietern nahezu immer und von privaten Website-Betreibern nicht selten neben originär *von ihnen selbst* stammenden Inhalten auch sich *erkennbar zu eigen gemachte* ursprünglich fremde Inhalte zum Abruf bereitgestellt; auch dies sind dann am Ende „eigene“ Informationen.⁶⁰ Dabei erscheint es – über die insoweit unproblematischen Fälle, in denen schon objektiv nicht sichtbar wird, dass das betreffende Angebot von einem anderen stammt,⁶¹ hinaus – nicht einfach zu bestimmen, wann ein „Sich-zu-eigen-Machen“ fremder Inhalte anzunehmen ist, wobei überdies von vornherein eine gewisse Zurückhaltung zu üben ist, um die Haftungsprivilegien der Art. 4 ff. DSA nicht zu unterlaufen.⁶²

Richtigerweise ist jedoch auch bei Sichtbarkeit der fremden Urheberschaft – gerade in Abgrenzung zum *Hosting fremder Informationen* gem. Art. 6 DSA – ein Zu-eigen-Machen stets dann anzunehmen, „wenn der Anbieter die Entstehung einer Situation duldet, in der *für einen objektiven Dritten der Anschein erweckt wird*, der Anbieter billige bestimmte Inhalte und behandle sie wie eigene“.⁶³ Andere Kriterien, wie die Nicht-Kennzeichnung fremder Inhalte als „fremd“ (zu formal) oder die Billigung des Inhalts (kaum nachweisbar) überzeugen demgegenüber nicht.⁶⁴

⁵¹ I.d.S. von „zentralem Grundsatz“ sprechend Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (6).

⁵² Näher hierzu Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (7); Paschke/Wernicke (Fn. 17), Kap. 120.4 Rn. 41.

⁵³ Hier und nachfolgend Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (7); ebenso Paschke/Wernicke (Fn. 17), Kap. 120.4 Rn. 41.

⁵⁴ Verwirrend Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 187 ff., wenn er in nicht konsistenter Weise von „Anbietern“, „Urhebern“, „Autoren“ und „Content-Providern“ spricht und dabei Letztere von Ersteren unterscheidet.

⁵⁵ Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 187 und 188.

⁵⁶ Wobei freilich in Erwägungsgrund 18 des DSA eine entspr. Auffassung des VO-Gebers zum Ausdruck gelangt, vgl. Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 188.

⁵⁷ So auch Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 188 mit Hinweis auf den „Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit“.

⁵⁸ Kudlich, JA 2002, 798 (800): „da insoweit online und offline die gleichen Maßstäbe gelten müssen“.

⁵⁹ Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 187.

⁶⁰ Allgemeine Auffassung; vgl. nur Eisele, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 184 Rn. 80; ders. (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 10; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 187 f.; dagegen aber Altenhain (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 24 ff.

⁶¹ I.d.S. auch Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 10.

⁶² So ganz richtig Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 27 m.w.N.

⁶³ Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 77 (*Hervorhebung* auch im Original); siehe auch Kudlich, JA 2002, 798 (800); Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 10; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 187.

⁶⁴ Näher hierzu Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 77 sowie soeben Fn. 63.

War in § 7 Abs. 1 TMG zur Charakterisierung des Content-Providing noch vom „Bereithalten“ eigener Informationen zur Nutzung die Rede, so bedeutete dies letztlich nichts anderes als die den Zugriff etwaiger Nutzer ermöglichende Speicherung der eigenen Informationen entweder auf einem unmittelbar selbst kontrollierten, eigenen Server (wie es der Regelfall ist bei professionellen Diensteanbietern) oder auch auf einem insoweit der eigenen Kontrolle unterstehenden fremden Server (was in der Regel bei Privaten der Fall ist, die eigene Inhalte „ins Netz stellen“). Entscheidend für ein „Bereithalten“ ist also stets die Beherrschbarkeit der Daten,⁶⁵ die tatsächliche Nutzungsmacht hinsichtlich des betreffenden Speicherplatzes.

In der Sache spricht nichts dagegen, auch nach Wegfall des § 7 Abs. 1 TMG an alledem festzuhalten und auf diese Weise den Bereich des den allgemeinen Regeln strafrechtlicher Verantwortung unterfallenden Content-Providing von den in Art. 4 ff. DSA genannten Bereichen nur „beschränkter Verantwortlichkeit“ i.S.d. § 7 DDG („reine Durchleitung“, „Caching“, „Hosting“) abzugrenzen.

2. Die Haftung des Host-Providers gem. Art. 6 DSA

Haftet mithin der Content-Provider für eigene Inhalte in vollem Umfang „nach den allgemeinen Gesetzen“ (gerade eben Abschnitt 1), findet sich in Art. 6 DSA für Diensteanbieter hinsichtlich „der Durchführung eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung der von einem Nutzer bereit-gestellten Informationen besteht“, eine – über die in Art. 8 DSA verankerte Verneinung einer proaktiven Kontrollpflicht (vgl. oben IV., vor 1.) noch hinaus-reichende – weitgehende Haftungsbegrenzung:

Ein Host-Provider haftet „für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen“, also für die auf seinem eigenen Server gespeicherten („gehosteten“) fremden Inhalte *nicht*, wenn er

- „keine tatsächliche Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder rechtswidrigen Inhalten hat“ (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSA) oder er,
- „sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, zügig tätig wird, um den Zugang zu den rechtswidrigen Inhalten zu sperren oder diese zu entfernen“ (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSA).

Dabei kommt es (allein) auf die Kenntnis von „rechtswidrigen Inhalten“ (i.S.d. Art. 3 lit. h DSA)⁶⁶ immer dann an, wenn die rechtliche Wertung schon an die Inhalte selbst anknüpft (wie bei pornografischen, volksverhetzenden oder beleidigenden Inhalten, also letztlich bei von mir sog. Medieninhaltsdelikten⁶⁷). Demgegenüber muss in den Fällen, in denen es (wie

bspw. bei Verstößen gegen das Urheberrecht) bei an sich neutralen Inhalten auf das Vorliegen einer „rechtswidrigen Tätigkeit“ (etwa der in der Speicherung liegenden „Vervielfältigung“ i.S.d. § 106 Abs. 1 UrhG) ankommt, die Kenntnis sich (auch) auf diese beziehen.⁶⁸

Dreht man die vom Normgeber in Art. 6 Abs. 1 DSA gewählte Negativ-Formulierung um, sind Diensteanbieter für die Speicherung fremder Inhalte überhaupt nur verantwortlich bei Kenntnis der jeweiligen rechtswidrigen Tätigkeiten oder Inhalte und auch dann nur, wenn sie es trotz der Kenntnis unterlassen, gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSA im Wege der Entfernung oder der Zugangssperrung die künftige Erreichbarkeit dieser Inhalte durch Dritte zu unterbinden.

Auch hier wird wieder die Grundlinie des Normgebers deutlich erkennbar: Der – letztlich ja nur dauerhaft Speicherplatz auf seinem Server zur Verfügung stellende⁶⁹ – Host-Provider soll einerseits der Notwendigkeit enthoben sein, in einer die technischen Abläufe des Internetgeschehens beeinträchtigenden Weise mit den in seine Hände gelangenden Inhalten umgehen, sie etwa individuell kontrollieren zu müssen. Insoweit ist die Regelung des Art. 6 DSA nichts anderes als die logische Konsequenz aus der gesetzgeberischen Grundentscheidung des Art. 8 DSA (vgl. oben IV., vor 1.): Es machte keinen Sinn, zwar eine proaktive Kontrollpflicht zu verneinen, dennoch aber eine Verantwortlichkeit auch bei tatsächlicher Unkenntnis der konkreten Inhalte zu statuieren.⁷⁰

Andererseits jedoch soll er dann haften, wenn er von der rechtswidrigen Tätigkeit bzw. den rechtswidrigen Inhalten konkret weiß, steht er diesen Inhalten doch nunmehr, nachdem sie ja bei ihm gespeichert sind, kaum anders gegenüber, sprich: kaum weniger nahe, als der Content-Provider – so nahe, dass bei Kenntnis und Nichtbeseitigung, letztlich also der *Duldung* der fremden Inhalte auch die Grenze zum Sich-zu-eigen-Machen (oben IV. 1.) verwischt. Wie bei jenem, wäre deshalb auch hier eine Haftungsfreistellung wertungsmäßig nicht einzusehen und wie dort ist auch hier eine umfassende Haftung – nachdem bei Kenntnis ja keine Kontrollanstrengungen mehr erforderlich sind – nicht mit einer übermäßigen Behinderung des Internetgeschehens erkaufte. Von Nachteil ist freilich, dass mit dieser Regelung dem Provider letztlich „jeder Anreiz genommen [wird], von sich aus nach missbilligten Informationen zu suchen“⁷¹ – ein Nachteil, dem das „Good Samaritan“-Privileg des Art. 7 DSA (oben IV. 1.) entgegenwirken möchte.

Was das Erfordernis der „Kenntnis“ anlangt, so genügt nur die positive Kenntnis,⁷² sodass das Vorliegen lediglich eines bedingten Vorsatzes nicht ausreicht.⁷³ Ergibt sich das

Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, 2013, S. 603 (624 ff.).

⁶⁸ Vgl. *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 10 Rn. 10.

⁶⁹ Vgl. *Mitsch* (Fn. 33), § 6 Rn. 29 m.w.N.

⁷⁰ I.d.S. auch *Mitsch* (Fn. 33), § 6 Rn. 29 m.w.N.

⁷¹ So ganz richtig *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 10 Rn. 3.

⁷² So explizit klarstellend BT-Drs. 14/6098, S. 25; siehe auch *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 17; *Bär* (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 194.

⁷³ *Hörnle*, NJW 2002, 1008 (1012); *Kudlich*, JA 2002, 798 (801); *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 49.

⁶⁵ *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 10; *ders.* (Fn. 60), § 184 Rn. 81; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 80; *Altenhain* (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 42.

⁶⁶ Näher zum Begriff DSA-Erwägungsgrund 12.

⁶⁷ Näher hierzu *M. Heinrich*, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler

schon daraus, dass ein bloßes „Für-möglich-Halten“ eben noch keine „Kenntnis“ darstellt,⁷⁴ findet sich dies Ergebnis mittels der Formulierung „tatsächliche Kenntnis“ in Art. 6 Abs. 1 DSA noch einmal unmissverständlich bekräftigt.⁷⁵ Noch weniger vermag ein bloßes Kennenmüssen die Haftung zu begründen;⁷⁶ die scheinbare Durchbrechung dieser Regel in Art. 6 Abs. 1 lit. a DSA bei Offensichtlichkeit gilt von vornherein nur „in Bezug auf Schadensersatzansprüche“ und damit nur im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Haftung, nicht aber für das Strafrecht.⁷⁷

Die positive Kenntnis muss sich auf einzelne, konkrete Inhalte beziehen, das bloße Wissen, dass sich irgendwo auf dem Server rechtswidrige Inhalte befinden, genügt nicht; der Anbieter muss zumindest deren genaue Fundstelle kennen.⁷⁸ Woher die Kenntnis stammt, ist gleichgültig: aus zufälliger Kenntniserlangung, freiwilligen eigenen Nachforschungen (etwa Stichprobenkontrolle) oder Mitteilungen Dritter.⁷⁹

Strittig ist, ob die haftungserhaltende (positive) Kenntnis auch – „im Sinne einer zutreffenden rechtlichen Einordnung“⁸⁰ – im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Tätigkeit bzw. der Inhalte gegeben sein muss. Dies wird mitunter verneint, da auch sonst im Strafrecht „eine zutreffende rechtliche Subsumtion unter ein Strafgesetz nicht gefordert wird“;⁸¹ auch führte ein solches Erfordernis letztlich zu einer „unerträglichen Besserstellung desjenigen, der sich bewusst rechtsblind hält“. Richtig erscheint jedoch die Gegenposition,⁸² will man nicht die Entscheidung des Gesetzes, den Host-Provider weitestgehend von Haftung freizustellen, unterlaufen. Denn die Konsequenz eines schon allein bei Kenntnis des fraglichen Inhalts als solchem eintretenden Verlusts der in Art. 6 Abs. 1 DSA vorgesehenen Privilegierung wäre doch, dass der Provider, um einer etwaigen Strafbarkeit „nach den allgemeinen Gesetzen“ zu entgehen, sich genötigt sähe, schon beim leisen Hinweis auf eine Rechtswidrigkeit des gespeicherten

Inhalts entweder in einzelfallbezogene Nachprüfung einzutreten oder höchstens vorsorglich auch ohne eine solche zur Entfernung bzw. Zugangssperre zu greifen. Ersteres unterliefe in nicht unerheblichem Umfang den in Art. 8 DSA verankerten Verzicht auf eine proaktive Kontrollpflicht, und Letzteres wäre der Freiheit des Internets in hohem Maße abträglich.

Hinsichtlich der Pflicht zur Nutzungsunterbindung ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 1 lit. b DSA nicht auf die Entfernung oder Zugangssperre selbst abstellt, sondern auf ein darauf gerichtetes – zügiges – „Tätigwerden“. Dies hat seinen Sinn nicht nur darin, den Provider für den Fall zu entlasten, dass ihm bei seinen entsprechenden Bemühungen kein Erfolg beschieden ist⁸³ – wobei nicht recht zu sehen ist, wann und warum das bei der hier vorauszusetzenden exakten Kenntnis der konkreten Inhalte der Fall sein sollte. Diese Regelung trägt vielmehr in erster Linie dem Umstand Rechnung, dass zwischen Kenntniserlangung und daraufhin veranlasster Entfernung oder Zugangssperre ein gewisser (wenn auch nur mehr oder minder kurzer) Zeitraum liegt: Will man sicherstellen, dass der Provider nicht nur *bis zur Kenntniserlangung* und dann wieder *ab Entfernung oder Sperrung*, sondern auch in der Zeit dazwischen – während der ja eine durchaus rege Nutzung durch Dritte zu verzeichnen sein mag – von Haftung freigestellt bleibt, ist es unverzichtbar, diesen Abschnitt entsprechend ausgerichteten Tätigwerdens explizit in die Haftungsfreistellung mit einzubeziehen. Die Privilegierung bei Nichtkenntnis wäre letztlich nutzlos, müsste der Provider damit rechnen, bei Kenntniserlangung nun doch (und sei es auch nur in der kurzen Zeitspanne bis hin zu Entfernung oder Sperrung) zu haften.

Das Tätigwerden muss gem. Art. 6 lit. b DSA „zügig“ erfolgen, während in der Vorgängerregelung des § 10 S. 1 Nr. 2 TMG noch von „unverzüglich“ die Rede war, dem üblichen juristischen Sprachgebrauch nach zu verstehen als „ohne schuldhaftes Zögern“.⁸⁴ Nachdem nun in anderen Zusammenhängen im Text des DSA des Öfteren durchaus noch von „unverzüglichem“ Handeln gesprochen wird, ist davon auszugehen, dass mit Verwendung des „zügig“ in Art. 6 lit. b DSA bewusst nicht dasselbe, sondern eine gewisse *Abschwächung der Dringlichkeit* gegenüber dem kompromisslos strengen „unverzüglich“ gemeint ist.⁸⁵

Fragen der Möglichkeit und der Zumutbarkeit der Nutzungsverhinderung finden sich, anders als in der ursprünglichen Regelung der §§ 5 Abs. 2 TDG/MDStV a.F. („und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern“) nicht mehr in der gesetzlichen Regelung enthalten – was natürlich nichts daran zu ändern vermag, dass sie nach wie vor als Gegenstand allgemeiner Strafbarkeitsüberlegungen im Rahmen der jeweiligen Deliktsprüfung mit zu berücksichtigen sind.⁸⁶ „Ist eine Entfernung oder Sperrung

⁷⁴ Hörnle, NJW 2002, 1008 (1012); Kudlich, JA 2002, 798 (801); Heger (Fn. 29), § 184 Rn. 7a.

⁷⁵ In der Vorgängernorm des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG war noch lediglich von „Kenntnis“ die Rede.

⁷⁶ Vgl. Paschke (Fn. 28), Rn. 1028; Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 29 m.w.N.; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 194.

⁷⁷ Vgl. nur zu § 10 S. 1 Nr. 1 TMG) Kudlich, JA 2002, 798 (801) sowie BT-Drs. 14/6098, S. 25.

⁷⁸ Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 84; Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 17; ebenso schon Kudlich, JA 2002, 798 (801); ob AG Berlin-Tiergarten NSTZ 2009, 636 (637), dies berücksichtigt hat, mag fraglich erscheinen.

⁷⁹ Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 17; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 84; Altenhain (Fn. 13), TMG § 10 Rn. 14.

⁸⁰ Wegner/Hegmanns (Fn. 42), Teil 8 Rn. 49.

⁸¹ Hier und nachfolgend Wegner/Hegmanns (Fn. 42), Teil 8 Rn. 49; siehe auch Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 194; ausführlich und mit weiteren Gründen auch Altenhain (Fn. 13), TMG § 10 Rn. 11 ff.

⁸² Spindler, NJW 2002, 921 (924); Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 84; ebenso BGH MMR 2010, 475 (Rn. 39); NJW 2021, 3179 (Rn. 77); BVerwG NJW 2020, 785 (Rn. 42), sowie EuGH NJW 2021, 2571 Rn. 113.

⁸³ Nur diesen Aspekt erwähnen Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 29, und Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 17.

⁸⁴ Vgl. Altenhain (Fn. 13), TMG § 10 Rn. 28; Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 29.

⁸⁵ I.d.S. auch Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 195.

⁸⁶ Hörnle, NJW 2002, 1008 (1011); Kudlich, JA 2002, 798 (801); Heger (Fn. 29), § 184 Rn. 7a; Eisele (Fn. 33), Kap. 3

rechtswidriger Informationen nicht möglich oder unzumutbar, so bleibt die Privilegierung [...] bestehen. Dies gilt selbst dann, wenn der Anbieter überhaupt nicht tätig wird, um die Informationen zu entfernen oder zu sperren“.⁸⁷

In Art. 6 Abs. 2 DSA wird die zuvor ausgesprochene Privilegierung eingeschränkt: „Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer [gemeint ist: von dem der Inhalt herührt] dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.“ Dies wird in der Regel etwa im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber der Fall sein im Hinblick auf den Firmen-PC (in der Variante: *untersteht*)⁸⁸ sowie im Verhältnis Schüler/Schule (bzw. Schulträger) im Hinblick auf den Schul-PC (hier nun in der Variante: *beaufsichtigt*).⁸⁹ Damit ist klargestellt, dass hier dem Anbieter sein konkretes Nichtwissen nichts hilft, da er aufgrund jener Sonderbeziehung eine eigenständige Inhaltsverantwortung trägt.

3. Die Haftung beim sog. Caching gem. Art. 5 DSA

Noch weiter als beim Host-Provider – da, anders als dort (vgl. soeben 2.), von der Frage der Inhaltskenntnis unabhängig – geht die Haftungsfreistellung des Art. 5 Abs. 1 DSA, dessen (dann freilich sogleich in fünf Punkten eingeschränkter) Grundsatz lautet: „Bei der Durchführung eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln, haftet der Diensteanbieter nicht für die automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung, die dem alleinigen Zweck dient, die Übermittlung der Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter oder sicherer zu gestalten“.

Es geht hier also, anders als in Art. 4 Abs. 2 DSA, nicht um die Zwischenspeicherung zugunsten des konkret anstehenden Übermittlungsvorgangs, sondern um die Zwischenspeicherung zugunsten künftiger weiterer Kommunikationsvorgänge⁹⁰ – gemäß dem Gedanken: Warum voraussichtlich noch öfters nachgefragte Informationen stets von Neuem an der „Quelle“ abholen, statt sie der Einfachheit halber nur ein einziges Mal herunterzuladen und dann für interessierte Nutzer auf dem eigenen Server bereitzuhalten.⁹¹ Damit steht diese Art der Zwischenspeicherung dem Host-Providing insofern näher, als dies bei Art. 4 Abs. 2 DSA der Fall ist, als auch beim Caching die fremden Informationen – wenn auch

nur „zeitlich begrenzt“ – für künftige Nutzer bereitgehalten werden.

Ob auch das Speichern gespiegelter Informationen auf einem Newsserver im Usenet unter Art. 5 DSA fällt,⁹² ist fraglich. Richtigerweise ist es abzulehnen, da das wechselseitige Spiegeln von Inhalten auf einer Vielzahl miteinander vernetzter Newsserver⁹³ nicht allein dem beschleunigten Zugriff, sondern zu einem wesentlichen Teil auch der dezentralen Speicherung der im Usenet vorhandenen Daten dient.⁹⁴ Anwendbar ist vielmehr Art. 6 DSA.⁹⁵

Dass in den von Art. 5 DSA erfassten Fällen eine weitreichende Haftungsfreistellung eine geradezu selbstverständliche Sachnotwendigkeit darstellt, braucht kaum erläutert zu werden: Soll dieses Caching – als Kürzel für das Zwischenspeichern mittels sog. Proxy-Cache-Server⁹⁶ zu verstehen – ganz gezielt der Effektivitätssteigerung dienen, so wäre es geradezu widersinnig, den aus ihm zu ziehenden Effektivitätsgewinn dadurch wieder zunichte zu machen, dass man die dafür nötige Zwischenspeicherung an eine Inhaltskontrolle koppelt.

Was die zulässige Zeitspanne dergestalt „zeitlich begrenzt“ Zwischenspeicherung anlangt, sind genaue Angaben kaum möglich, hängt die Sinnhaftigkeit fortdauernden Zwischenspeicherns doch nicht zuletzt auch davon ab, wie begehrt die bereitgehaltenen Informationen im konkreten Fall sind; wenn bei topaktuellen Inhalten über Tage hinweg zahlreiche Downloads stattfinden, wird man die Zwischenspeicherung immer noch als „zeitlich begrenzt“ ansehen müssen.⁹⁷ Sicher ist jedenfalls, dass mit „zeitlich begrenzt“ ein längerer Zeitraum gemeint ist, als in Art. 4 Abs. 2 DSA mit der Formulierung „kurzzeitige“ Zwischenspeicherung.⁹⁸

Wichtig ist, dass es auf die Kenntnislage beim Provider im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Inhalte überhaupt nicht ankommt – was sich freilich zwanglos daraus erklärt, dass es sich ja von vornherein um eine „automatische“ Zwischenspeicherung handelt, also schon per se davon auszugehen ist, dass der Provider die konkreten Inhalte gar nicht zu Gesicht bekommt. Aber auch, wenn doch einmal Kenntnis vorliegt, führt dies nicht zur Haftung.

Rn. 18; Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 29; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 195; näher zu den Zumutbarkeitserwägungen Altenhain, AfP 1998, 457 (461 ff.).

⁸⁷ So (noch zu § 10 S. 1 TMG) Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 85; siehe auch Kudlich, JA 2001, 798 (801).

⁸⁸ So auch Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2023, Rn. 607; Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 16; diff. Altenhain (Fn. 13), TMG § 10 Rn. 31.

⁸⁹ Altenhain (Fn. 13), TMG § 10 Rn. 31; Mitsch (Fn. 33), § 6 Rn. 29; siehe auch Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 193.

⁹⁰ Vgl. Kudlich, JA 2001, 798 (801); Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 58; Altenhain (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 2.

⁹¹ Näher zum tatsächlichen Ablauf eines solchen „Caching“ Altenhain (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 7.

⁹² So etwa (zu § 9 TMG) OLG Düsseldorf MMR 2008, 254 (255); siehe auch Altenhain (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 8 m.w.N.

⁹³ Zur Funktionsweise Altenhain (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 8.

⁹⁴ Näher und überzeugend hierzu Altenhain (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 8.

⁹⁵ LG Düsseldorf MMR 2007, 534 (noch zu § 10 TDG); zu § 9 TMG AG Berlin-Tiergarten NStZ 2009, 636 (637); Hütten, K&R 2007, 554 (556); Altenhain (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 8 m.w.N.

⁹⁶ Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 191; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 58 (hier auch technische Details), 103, 106.

⁹⁷ Altenhain (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 11; siehe auch OLG Düsseldorf MMR 2008, 254 (255): selbst bei 30 Tagen.

⁹⁸ Vgl. LG München I MMR 2007, 453 (454), das dann in casu auch 30 Tage noch akzeptiert.

Die grundsätzliche Haftungsfreistellung beim Caching ist jedoch gem. Art. 5 Abs. 1 DSA in fünffacher Weise eingeschränkt: Der Diensteanbieter darf nicht⁹⁹

- Art. 5 Abs. 1 lit. a DSA: *die Informationen verändern* (das Verändern ist letztlich eine Form des Sich-zu-eigen-Machens);
- Art. 5 Abs. 1 lit. b DSA: *die Zugangsbedingungen missachten* (etwa zum Zwecke der Zugangskontrolle vorgesehene Passworteingaben bzw. dem Jugendschutz dienende Altersabfragen außer Kraft setzen¹⁰⁰);
- Art. 5 Abs. 1 lit. c DSA: *die gängigen Aktualisierungsregeln missachten*¹⁰¹ (sodass überholte Cache-Kopien den Eindruck von Aktualität vermitteln bzw. veraltete Inhalte über solche Kopien angeboten werden¹⁰²);
- Art. 5 Abs. 1 lit. d DSA: *die zulässige Anwendung gängiger Techniken nutzungsbezogener Datensammlung beeinträchtigen* (insbesondere die Erfassung von Zugriffszahlen, sog. hits, durch Cache-Kopien unterlaufen).

Vor allem aber ist (in Art. 5 Abs. 1 lit. e DSA) dem Anbieter die Pflicht auferlegt, zügig die „von ihm gespeicherten Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren“ – nicht freilich wie beim Host-Provider gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSA, sobald er „Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder rechtswidrigen Inhalten“ erlangt hat, sondern dann und nur dann, wenn „er tatsächliche Kenntnis davon erhält, dass die Informationen am ursprünglichen Ausgangsort der Übermittlung aus dem Netz entfernt wurden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wurde oder eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperrung angeordnet hat“. Dies bedeutet konsequenterweise, dass der Provider auch bei etwa doch erlangter Inhaltskenntnis zu einer Entfernung oder Zugangssperrung erst dann schreiten muss, wenn er von entsprechenden Maßnahmen an der „Quelle“ bzw. deren Anordnung erfährt.¹⁰³

Hinsichtlich dieser „quellenbezogenen“ Kenntnis des Art. 5 Abs. 1 lit. e DSA gilt das zur Inhaltskenntnis beim Host-Provider Gesagte (siehe oben IV 2) entsprechend: Insbesondere bedarf es (unter Ausschluss bedingten Vorsatzes oder gar bloßen Kennenmüssens) der positiven Kenntnis¹⁰⁴ sowie eines „zügigen Handelns“ (das dem „zügigen Tätigwerden“

in Art. 6 Abs. 1 lit. b DSA entspricht) und sind auch hier Möglichkeit und Zumutbarkeit zu hinterfragen.¹⁰⁵

4. Die Haftung von Network- und Access-Providern gem. Art. 4 DSA

Am schwächsten schließlich ist die Haftung ausgestaltet im Falle der „reinen Durchleitung von Informationen“, da es sich hierbei um einen ausschließlich technischen Vorgang ohne jeden Bezug zum jeweiligen Inhalt handelt und „der Anbieter demzufolge“ schon von vornherein „weder Kenntnis der Informationen noch Kontrolle über sie besitzt“.¹⁰⁶ Zwei Formen nennt das Gesetz:

- die *Übermittlung von fremden Informationen in einem Kommunikationsnetz* (sog. Network-Providing, Art. 4 Abs. 1 Var. 1 DSA) und
- die *Vermittlung des Zugangs zu einem Kommunikationsnetz* (sog. Access-Providing, Art. 4 Abs. 1 Var. 2 DSA).

a) Besonders deutlich ist die (so gut wie) nicht vorhandene Inhaltsnähe beim Network-Providing, bei dem letztlich *nur die Datenleitungen* zur Verfügung gestellt werden, über welche die Informationen dann transportiert werden.¹⁰⁷ Hier eine Inhaltsverantwortlichkeit zu statuieren, entspräche der Haftbarmachung des Betreibers von Telekommunikationseinrichtungen für über sein Netz geführte Telefonate.

Kaum anders liegt es aber auch beim Access-Providing, verstanden in dem Sinne, dass der Dienst gerade darin besteht, dem Nutzer *überhaupt* den „Eintritt“ ins Internet zu ermöglichen,¹⁰⁸ ihm also erst den *Zugang zum Datennetz* als solchen zu verschaffen.¹⁰⁹ Ihn hierfür haften zu lassen, wäre wieder vergleichbar mit einer Verantwortlichkeit des Aufstellers von Telefonzellen für von dort aus geführte Telefongespräche.

Auch jedoch die vom Gesetz miterfasste¹¹⁰ sonstige Zugangsvermittlung (zugunsten eines *bereits im Netz befindlichen* Nutzers) weist jene Inhaltsferne auf, wenn sie sich im technischen Vorgang des nicht-zielauswählenden Weitervermittlung erschöpft¹¹¹ – wie dies bei sog. Dereferrer-Diensten

⁹⁹ Im Einzelnen *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 107–111; näher auch BT-Drs. 14/6098, S. 25.

¹⁰⁰ *Gercke/Brunst* (Fn. 88), Rn. 625; *Hofmann*, MMR 2002, 284 (287); *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 14.

¹⁰¹ Näher zu den zu beachtenden Standards *Altenhain* (Fn. 13), § 9 TMG Rn. 15.

¹⁰² Zu Ersterem BT-Drs. 14/6098, 25; *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 15; zu Letzterem *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 25.

¹⁰³ I.d.S. auch *Kudlich*, JA 2002, 798 (802); *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 18.

¹⁰⁴ Vgl. (noch zu § 9 TMG) *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 18.

¹⁰⁵ Ebenfalls noch zu § 9 TMG *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 25; *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 9 Rn. 19; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 111.

¹⁰⁶ *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 87; siehe auch BT-Drs. 14/6098, S. 24; *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 8 Rn. 2.

¹⁰⁷ Vgl. etwa *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 57.

¹⁰⁸ Vgl. *Bär* (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 189: „Access-Provider, der quasi nur ein Gateway zum Internet anbietet“.

¹⁰⁹ Wobei nicht der Eindruck vermittelt werden sollte, die „Zugangsvermittlung“ des Art. 4 Abs. 1 Var. 2 DSA sei von vornherein auf diese Konstellation beschränkt; vgl. aber (noch zu § 8 TMG) etwa *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 57; *Hörnle*, NJW 2002, 1008 (1010).

¹¹⁰ Vgl. hierzu *Satzger*, CR 2001, 108 (116, speziell auch zum CompuServe-Fall).

¹¹¹ Ganz i.d.S. *Bär* (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 189: „Darunter fallen auch die Netzknotenrechner oder Proxy-Cache-Server, die zur Weiterleitung von Informationen nur eine kurzfristige

(bei denen zum Zwecke der Anonymisierung ein Proxy-Server zwischengeschaltet wird) und auch in Fällen wie dem der CompuServe-Entscheidung (näher zu ihr unten c) zu bejahen ist.

In all diesen Fällen denkbar größter Inhaltsferne ist es nur konsequent, wenn Art. 4 Abs. 1 DSA den Grundsatz der Nichtverantwortlichkeit ausspricht, und zwar (und darin liegt ein entscheidender Unterschied zu allen anderen Haftungsstufen) ohne dass es dabei auch nur irgend auf die Kenntnislage beim Provider ankäme, sei es nun im Sinne der *Inhaltskenntnis* des Host-Providers (vgl. oben IV. 2.) oder derjenigen der *quellenbezogenen Kenntnis* beim Caching (oben IV. 3.) – da man eben bei bloßer Informationsdurchleitung in der Regel solche Kenntnisse nicht erlangt. Aber auch in praktischer Hinsicht wäre eine auch nur halbwegs effektive Kontrolle – jedenfalls bei zumutbarem Aufwand – gar nicht möglich, da „solche Kontrollen mangels längerer Speicherung nahezu in Echtzeit erfolgen müssten“.¹¹²

b) Stets jedoch geht es bei alledem um den Fall der „reinen“ Durchleitung von Informationen, d.h. den Fall, dass der Diensteanbieter eben nicht mehr getan hat, als in rein technischer Hinsicht die Informationen zu übermitteln bzw. den Zugang zu ihrer Nutzung zu verschaffen. Wann dem nicht so ist, stellt das Gesetz ausdrücklich klar, indem es drei Fälle jenseits des „reinen“ Durchleitens eigens nennt:

- die *Veranlassung* der Übermittlung (Art. 4 Abs. 1 lit. a DSA);
- die *Auswahl des Adressaten* der übermittelten Informationen (Art. 4 Abs. 1 lit. b DSA);
- die *Auswahl oder Veränderung* der übermittelten Informationen (Art. 4 Abs. 1 lit. c DSA).¹¹³

Ein weiteres Entfallen des Haftungsprivilegs bestimmte seinerzeit § 8 Abs. 1 S. 3 TMG für den Fall kollusiven Zusammenwirkens: Die Privilegierung finde „keine Anwendung, wenn der Diensteanbieter absichtlich mit einem der Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen“. Wenn nun Art. 4 DSA insofern schweigt, ist das zu verschmerzen, nachdem doch schon § 8 Abs. 1 S. 3 TMG im Grunde überflüssig war, „weil es schwer möglich ist, dass ein Diensteanbieter einerseits gemäß Satz 1 Nr. 1–3 [heute: Art. 4 Abs. 1 lit. a–c DSA] keinen Einfluss nimmt, andererseits aber kollusiv mit einem Nutzer zusammenarbeitet.“¹¹⁴ So greifen denn auch in den gängigen Beispielfällen kollusi-

ven Verhaltens, wenn etwa der Access-Provider damit wirbt, dass Nutzer über ihn rechtswidrige Informationen finden können, oder er den Nutzer gar gezielt zu einer strafrechtlich relevanten Website führt, bereits Art. 4 Abs. 1 lit. a bzw. c DSA.¹¹⁵

Demgegenüber wird in Art. 4 Abs. 2 DSA (unter Mitgeltung natürlich der in Art. 4 Abs. 1 lit. a–c DSA genannten Beschränkungen¹¹⁶) die Privilegierung erweitert auf „die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung der übermittelten Informationen, soweit dies nur zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz geschieht und die Informationen nicht länger gespeichert werden, als es für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist.“ Dabei geht es, anders als beim sog. Caching des Art. 5 Abs. 1 DSA (also der Zwischenspeicherung zugunsten künftiger weiterer Kommunikationsvorgänge, vgl. oben IV. 3.), hier in Art. 4 Abs. 2 DSA einzig und allein um die Zwischenspeicherung zugunsten des konkret anstehenden Übermittlungsvorgangs selbst.

c) Nicht unerwähnt bleiben darf im Zusammenhang mit dem Access-Provider der vielbesprochene¹¹⁷ sog. CompuServe-Fall:¹¹⁸ „CompuServe Deutschland“ hatte als Tochtergesellschaft des amerikanischen Diensteanbieters „CompuServe USA“ den Zugang zu den Serverinhalten der Konzernmutter, darunter auch zu tier- und kinderpornografischem Material, dergestalt vermittelt, dass sie die Einwahlknoten bereitstellte, die zum Abruf der Inhalte in den USA erforderlich waren, ohne aber selbst auf diese Inhalte Einfluss nehmen oder (was der unter Anklage stehende Geschäftsführer von „CompuServe Deutschland“ ja durchaus versucht hatte!) deren Sperrung bzw. Entfernung bewirken zu können.

Während die Vorinstanz die „CompuServe Deutschland“ als Content-Provider angesehen und demgemäß deren Geschäftsführer als Inhaltsverantwortlichen verurteilt hatte, kam das LG München I als Berufungsgericht (richtigerweise) über die Einstufung als Access-Provider (gem. § 5 TDG a.F.) zum Freispruch – trotz positiver Kenntnis des Geschäftsführers von jenen Inhalten.¹¹⁹ Dieses Ergebnis steht zweifellos im Einklang auch mit unserem heutigen Art. 4 Abs. 1 MStV DSA, da es sich hier zwar nicht um einen Fall der *die Nutzung des Internets überhaupt erst ermöglichenden* Zugangsvermittlung handelt, sehr wohl aber um einen solchen der *bloßen Weitervermittlung schon im Netz befindlicher Nutzer*.

d) Zu diskutieren wäre freilich noch, ob in entsprechenden Fällen ein solches Ergebnis nicht ggf. von § 8 Abs. 4 S. 2 DDG überlagert werden könnte, der da lautet: „Verpflichtungen zur Entfernung von Informationen oder zur Sperrung der

Zwischenspeicherung übernehmen, um so die Transportfunktionen für Daten zu gewährleisten.“

¹¹² Kudlich, JA 2002, 798 (801); siehe auch Satzger, CR 2001, 108 (114: „keine effektive Kontrolle möglich“); Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 190: „kann auch rein praktisch keinen Einfluss auf die Inhalte [...] nehmen“.

¹¹³ Eine solche *Auswahl* kann etwa zu verzeichnen sein bei moderierten Newsgroups, Chat-Rooms, Foren oder Mailinglisten, vgl. Wegner/Heghmanns (Fn. 42), Teil 8 Rn. 52 f.; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 190 m.w.N.

¹¹⁴ So zu Recht Altenhain (Fn. 13), TMG § 8 Rn. 11; ganz anders aber Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 190.

¹¹⁵ I.d.S. und mit diesen Beispielen wiederum Altenhain (Fn. 13), TMG § 8 Rn. 11.

¹¹⁶ Gercke/Brunst (Fn. 88), Rn. 620; Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 21; Altenhain (Fn. 13), TMG § 8 Rn. 12.

¹¹⁷ Vgl. nur etwa Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 19; Petersen (Fn. 32), § 18 Rn. 2 ff.; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 93 ff.; siehe auch Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 182 m.w.N.

¹¹⁸ LG München I NJW 2000, 1051 mit instruktiver Anm. Heghmanns, ZUM 2000, 463.

¹¹⁹ Näher zu dieser Entscheidung auch Beater, Medienrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 1864.

Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bleiben auch im Fall einer beschränkten Verantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den Art. 4–6 der EU-Verordnung 2022/2065 und des § 7 unberührt.“

Tatsächlich wurde zur Vorgängervorschrift des § 7 Abs. 3 S. 1 TMG mitunter vertreten,¹²⁰ dass (wie in § 7 Abs. 1 TMG) unter „allgemeine Gesetze“ auch die Regeln des allgemeinen Strafrechts zu verstehen und deshalb auch die Grundsätze des unechten Unterlassungsdelikts anwendbar seien. Dies habe zur Folge, dass trotz positiver Kenntnis untätig bleibende Diensteanbieter – aufgrund einer Garantenpflicht zu Entfernung oder Sperrung rechtswidriger Inhalte – letztlich doch als Teilnehmer am betreffenden Inhaltsdelikt strafrechtlich haften.

Doch ist bereits mehr als fraglich, ob der Provider hier (d.h. beim Access-Providing)¹²¹ überhaupt „Garant“ ist, denn eine Garantenpflicht aus *Ingerenz* scheitert am Nichtvorliegen eines dafür nötigen pflichtwidrigen Vorverhaltens des Providers und eine *sonstige Sicherungspflicht* am Fehlen einer ihm obliegenden Sonderzuständigkeit für die „Gefahrenquelle Internet“.¹²²

Nicht zur Begründung einer Garantenpflicht taugt die „gerichtliche oder behördliche Anordnung“ des § 8 Abs. 4 S. 2 DDG, die Informationen zu entfernen oder ihre Nutzung zu sperren.¹²³ Denn eine *Garantenpflicht* setzt zunächst eine *Garantenstellung* voraus, und eine solche kann nicht einfach durch Auferlegung einer Handlungspflicht aus dem Nichts heraus geschaffen werden. Zu etwas verpflichtet zu sein, bedeutet etwas anderes, als für etwas einstehen zu müssen. Anders gesagt: Wer eine Verpflichtung auferlegt bekommt, muss ihr zwar nachkommen, ist aber nicht zugleich auch Garant dafür, dass ihr entsprochen wird.¹²⁴

Selbst aber bei Annahme einer zur Garantenpflicht erstarkenden entsprechenden Verpflichtung besagt § 8 Abs. 4 S. 2 DDG doch nur, dass *diese Verpflichtung* ungeachtet der in Art. 4–6 DSA ausgesprochenen Haftungsfreistellungen *als solche* bestehen bleibt, nicht aber – und hier ist dogmatisch sauber zwischen Strafbarkeitsvoraussetzungen einerseits und Strafbarkeit andererseits zu unterscheiden! – dass eine Verletzung dieser Verpflichtung auch zu einer im Widerspruch

zu Art. 4–8 DSA stehenden strafrechtlicher Haftung führt.¹²⁵ Dies gilt umso mehr, als § 8 Abs. 4 S. 2 DDG ja ausdrücklich noch einmal die aus Art. 4–6 DSA sich ergebende (gerade auch strafrechtliche) „beschränkte Verantwortlichkeit“ bestärkt.

Es wäre im Übrigen auch geradezu widersinnig, würde das Gesetz die sorgsam in mehreren Stufen ausgeformte Providerhaftung über die In-Geltung-Setzung einer sie überlagernden allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit zunichtemachen¹²⁶ – ganz abgesehen von der Frage, ob der nationale Gesetzgeber des DDG überhaupt über die Kompetenz verfügt, das in Art. 4–8 DSA unmittelbar geltende EU-Recht auszuhebeln.¹²⁷ Hätte also der EU-Verordnungsgeber für die Konstellationen des Art. 4 DSA tatsächlich eine bei positiver Kenntnis strafbewehrte Verpflichtung zu Entfernung oder Sperrung gewollt, hätte er dies (wie in Art. 6 DSA) ja auch in Art. 4 DSA aussprechen können – und nachdem er dies nicht tat, steht es dem bundesdeutschen Gesetzgeber nicht zu, diese Entscheidung zu unterlaufen.

Es bleibt also dabei: Der Haftungsausschluss nach Art. 4 DSA besteht auch im Falle des § 8 Abs. 4 S. 2 DDG, denn diese Norm „betrifft nicht das Strafrecht“.¹²⁸

e) Der ehemalige § 8 Abs. 3 TMG, der die Anwendbarkeit der § 8 Abs. 1, 2 TMG auch für Diensteanbieter für anwendbar erklärte, „die Nutzern einen Internetzugang über ein drahtloses lokales Netzwerk zur Verfügung stellen“, findet keine Fortschreibung in DSA und DDG. Dies schadet freilich nicht, da schon § 8 Abs. 3 TMG nur rein deklaratorischen Charakters war.¹²⁹ Tatsächlich gelten Art. 4 Abs. 1 und 2 DSA für jene Fälle auch ohne solch einen Hinweis,¹³⁰ was insbesondere von Bedeutung ist für den demgemäß haftungsbefreiten Inhaber eines frei zugänglichen (d.h. un- bzw. nicht hinreichend gesicherten) WLAN-Netzes im Falle missbräuchlicher Nutzung durch Dritte.¹³¹ Der dem früheren § 8 Abs. 4

¹²⁰ So insb. (mit ausführlicher Begründung) von Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 2/94 ff.

¹²¹ Anders als der Host-Provider; dazu Satzger, CR 2001, 108 (109); Hörnle, NJW 2002, 1008 (1011) m.w.N.; Kudlich, JA 2002, 798 (801); abl. auch dort aber Heghmanns, JA 2001, 71 (74 f.).

¹²² Näher Conradi/Schlömer, NStZ 1996, 472 (473 f.); Derksen, NJW 1997, 1878 (1883 f.); Satzger, CR 2001, 108 (109 f., 111); Sieber, JZ 1996, 494 (499 ff.); a.A. Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 99.

¹²³ Hierzu, mit Blick auf Art. 12 Abs. 3 ECRL, Satzger, CR 2001, 108 (114); Kudlich, JA 2002, 798 (802).

¹²⁴ I.d.S. auch Altenhain (Fn. 13), TMG § 7 Rn. 8; anders jedoch Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 99.

¹²⁵ Ein wenig anders will Kudlich, JA 2002, 798 (802), zwischen eher zukunftsorientierter „Verpflichtung“ und stärker vergangenheitsgerichteter „Verantwortlichkeit“ unterscheiden.

¹²⁶ Kudlich, JA 2002, 798 (802): „Verwässerung der gesamten Abstufung der Verantwortlichkeit“.

¹²⁷ Zu Zweifeln an der Vereinbarkeit der zum Access-Provider in §§ 7, 8 DDG enthaltenen nationalen Besonderheiten mit den unionsrechtlichen Regelungen Gerdemann/Simon, ZUM 2024, 680 (683).

¹²⁸ So explizit (zu § 7 Abs. 3 S. 1 TMG) Altenhain (Fn. 13), TMG § 7 Rn. 8; ebenso Heger (Fn. 29), § 184 Rn. 7a: „keine Bedeutung für das Strafrecht“; so auch die h.M., vgl. Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 19; Satzger, CR 2001, 108 (109 ff.); sowie mit ausführlicher Begründung Kudlich, JA 2002, 798 (802).

¹²⁹ Vgl. nur Altenhain (Fn. 13), TMG § 8 Rn. 16; Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 190a m.w.N.

¹³⁰ Vgl. dazu aber DSA-Erwägungsgrund 28.

¹³¹ Vgl. (noch zu § 8 Abs. 3 TMG) Hornung, CR 2007, 88 (92); Hilgendorf/Valerius (Fn. 31), Rn. 183; zum jetzigen Recht in DSA und DDG ebenso Bär (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 190a.

TMG entsprechende § 7 Abs. 2 DDG ist rein zivilrechtlichen Charakters und damit für das Strafrecht ohne Interesse.¹³²

Ein Wort schließlich noch zu der frappierenden, mit Blick auf Art. 4 DSA aber sehr berechtigten Frage, ob auch „Unternehmen, Universitäten, Schulen, Bibliotheken und Internet-Cafés als Diensteanbieter [nach § 1 Abs. 4 Nr. 5 i.V.m. Nr. 1 DDG] zu qualifizieren sind“,¹³³ im Sinne eines Vermitteln des Zugangs zur Nutzung von Internetinhalten durch die Gestattung des Gebrauchs eines Internet-PCs.¹³⁴ Im Unterschied zu den Diensteanbietern der Art. 4–6 DSA stehen sie jedoch „außerhalb“ des Netzes,¹³⁵ so dass gilt: „Sie vermitteln [...] nicht den Zugang zur Nutzung, sondern die Nutzung eines Zugangs“. Das hat zur Folge, dass sie nach den allgemeinen Beteiligtenregeln des StGB haften – wobei freilich angesichts des gesellschaftlichen Interesses an freiem Internetzugang die bloße Ermöglichung eines solchen *sozialadäquat* und somit nach den Grundsätzen objektiver Zurechnung¹³⁶ straflos ist.¹³⁷

5. Das Setzen von Hyperlinks

Angesichts des Umstandes, dass irgendwo in den unendlichen Weiten des Internets gespeicherte Informationen ohne Kenntnis ihres exakten Standortes, anders gesagt: ihrer *Adresse* in Form einer konkreten URL,¹³⁸ so gut wie unauffindbar sind – die URL mithin „wie der Zahlencode eines Safes“ wirkt¹³⁹ – ist es für jede sinnvolle Nutzung des Internets von essentieller Bedeutung, die Adressen, unter welchen die gesuchten Inhalte lagern, entweder bereits zu kennen oder sie zumindest während des „Surfens“ im Cyberspace in Erfahrung zu bringen, sprich: sie dort von jemand anderem mitgeteilt zu bekommen.

Eine gängige Möglichkeit, solche Zugangsadressen mitzuteilen, sind – nachdem es doch bei der Angabe von URLs lediglich in Textform „extrem unbequem“ wäre, „für jede Seite von Hand die mitunter kryptische URL eingeben zu

müssen“¹⁴⁰ – die als Querverweise auf andere Internet-Seiten zu verstehenden sog. Hyperlinks, die man nur anzuklicken braucht, um dann – im Ergebnis nicht anders, als hätte man die URL selbst eingetippt – auf die verlinkte Seite zu gelangen.¹⁴¹

Fraglich ist nun die Haftung desjenigen, der einen Hyperlink für etwaige Interessierte bereitstellt (kurz: *einen Link setzt* bzw. *einen Inhalt verlinkt*), wenn dieser Link auf eine (nicht von ihm selbst betriebene) Seite mit rechtswidrigen Inhalten verweist. Nach den Regeln des allgemeinen Strafrechts kämen hier in Betracht:¹⁴²

- Zunächst, wenn der betreffende Tatbestand gerade schon das Zugänglichmachen als solches erfasst,¹⁴³ bei inhaltlicher Einbeziehung in das eigene „Angebot“ durch entsprechendes Sich-zu-eigen-Machen,¹⁴⁴ *Nebentäterschaft* (etwa im Hinblick auf den Tatbestand des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB),
- ggf. auch *Mittäterschaft* (im Fall der Absprache mit dem Betreiber der illegalen Seite),
- vor allem aber *Beihilfe* (wenn die Tatherrschaft beim Anbieter der verlinkten Seite liegt)¹⁴⁵,
- und selbst *Anstiftung* (des Nutzers, z.B. zum Download kinderpornografischer Inhalte gem. § 184b Abs. 3 StGB).

Möglicherweise jedoch können die im Bereich der Telemedien bzw. digitalen Dienste gesetzten Verantwortlichkeitsbeschränkungen (früher des TDG/MDStV bzw. des TMG, heute die der Art. 4–8 DSA, §§ 7, 8 DDG) Geltung beanspruchen. Bis zur Umgestaltung von TDG und MStV im Jahr 2001 (vgl. oben II.) ist dies im Hinblick auf die damals geltenden §§ 5 ff. TDG bzw. MDStV a.F. denn auch noch nahezu einhellig bejaht worden – wenn auch in der Sache mit allen nur denkbaren Resultaten,¹⁴⁶ von der grundsätzlichen Einordnung des Verlinkens als *Content-Providing*, über die-

¹³² So (noch zu § 8 Abs. 4 TMG) *Altenhain* (Fn. 13), TMG § 8 Rn. 16.

¹³³ So (noch zu § 2 S. 1 Nr. 1 TMG) *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 88; vgl. schon *Liesching/Günter*, MMR 2000, 260 ff.

¹³⁴ I.d.S. *Liesching/Knupfer*, MMR 2003, 562 (565 ff.); *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 9; *Altenhain* (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 45; *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 51 und jetzt auch *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 88.

¹³⁵ Hier und nachfolgend noch *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 31), Rn. 183; i.E. ebenso *Kudlich*, JA 2002, 798 (803) m.w.N.

¹³⁶ Ausführlich hierzu *M. Heinrich*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 6. Aufl. 2026, StGB vor § 13 Rn. 103 ff.

¹³⁷ So auch *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 51.

¹³⁸ Kürzel für „Uniform Resource Locator“; nach üblichem Sprachgebrauch: „die“ URL.

¹³⁹ So anschaulich *Koch*, MMR 1999, 704 (705), mit Details zu den technischen Hintergründen; siehe auch a.a.O., 709: „Für Außenstehende sind die Seiten damit [ohne Kenntnis der URL] faktisch nicht existent“.

¹⁴⁰ *Koch*, MMR 1999, 704 (705), informativ auch zu den technischen Hintergründen bei Hyperlinks.

¹⁴¹ Zu den verschiedenen Link-Methoden (einfacher Link, automatischer Link, embedded link, Frame-Technik) *Bär* (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 201a; *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 54.

¹⁴² Näher zu den in Frage kommenden Beteiligungsformen *Barton* (Fn. 9), Rn. 323 ff.

¹⁴³ OLG Stuttgart MMR 2006, 387 (388); *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 15.

¹⁴⁴ Zum Erfordernis des Sich-zu-eigen-Machens etwa BGH MMR 2008, 400 (402).

¹⁴⁵ LG Karlsruhe MMR 2009, 418 (419); *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 15; *ders.* (Fn. 60), § 184 Rn. 83; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 112, 149; siehe aber *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 57 („Herrschaftsmacht über den Zugang“ für Täterschaft ausreichend).

¹⁴⁶ Vgl. *Gabriel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für fremde Texte, 2003, S. 75 f.; *Spindler*, MMR 2002, 495 (495 f.); *Hilgendorf/Frank/Valerius* (Fn. 47), Rn. 334 Fn. 127.

jenige als *Host-Providing* oder als *Access-Providing* bis hin zu unterschiedlichsten *Mischformen*.

Demgegenüber war und ist festzustellen, dass die inhaltlich anderslautenden Nachfolgeregelungen (vgl. oben II.), also zunächst die an der ECRL orientierten TDG n.F. und MDStV n.F., dann das TMG und nunmehr auch DSA und DDG allesamt, wie schon seinerzeit die ECRL,¹⁴⁷ entsprechend dem ausdrücklich erklärten Willen des Normgebers *keine eigene Regelung für Hyperlinks* enthielten bzw. enthalten,¹⁴⁸ sodass ihre Haftungsprivilegierungen einer direkten oder auch nur analogen Anwendbarkeit auf Hyperlinks ermangeln:¹⁴⁹

- Ein „Speichern für einen Nutzer“ (Hosting, § 10 TMG, Art. 6 DSA) liegt nicht vor;
- ein „Zwischenspeichern zugunsten anderer Nutzer“ (sog. Caching, § 9 TMG, Art. 5 DSA) ist ebenfalls nicht gegeben;
- auch ein „reines Durchleiten“ (Access- bzw. Network-Providing, § 8 TMG, Art. 4 DSA) ist zu verneinen, da der Link-Setzer ja gezielt bestimmte Inhalte auswählt;
- und eine *analoge Anwendung* scheitert (angesichts der eben erwähnten Willenskundgabe des Gesetzgebers) schon am Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke.¹⁵⁰

Sind Hyperlinks also allesamt nach den Regeln des allgemeinen Strafrechts zu behandeln¹⁵¹ – und ist somit von der Anwendbarkeit der §§ 25 ff. StGB auszugehen – so ist es dennoch erforderlich, in sachgerechter Weise im Hinblick auf die konkrete Gestalt der Verlinkung zu differenzieren – und zwar durchaus auch unter Zuhilfenahme der aus den Rege-

lungen von TMG, DSA und DDG heraus bekannten Unterscheidungen¹⁵²

- einerseits zwischen *eigenen* (d.h. hier: zu-eigen-gemachten) und *fremden* Inhalten
- sowie andererseits zwischen *Bereithalten von Inhalten* und *Zugangsvermittlung*.

Wichtige Kriterien der „unausweichlich diffizilen, den zahlreichen Formen der Hyperlinks letztlich nur im Einzelfall gerecht werdenden Abwägung“¹⁵³ sind die *Art der Linksetzung*¹⁵⁴ bzw. – wie ich es nennen möchte – ihr *inhaltlicher Kontext*, weil insbesondere aus diesen Gesichtspunkten heraus das Ob bzw. das Maß eigener Befürwortung der verlinkten Inhalte erkennbar und damit die – gerade auch hier – entscheidende Frage¹⁵⁵ des Sich-zu-eigen-Machens beantwortbar wird.¹⁵⁶ Kein Sich-zu-eigen-Machen wird – schon angesichts Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 GG – in der Regel bei Verlinkungen im Rahmen redaktioneller Berichterstattung oder bei zum Nachweis dienenden Linksetzungen in wissenschaftliche Darstellungen anzunehmen sein.¹⁵⁷

Die Frage, inwieweit und mit welcher Bedeutung in diesem Zusammenhang ein vom Link-Setzer formulierter Haftungsausschluss, ein sog. Disclaimer (etwa: „Für die Inhalte der verlinkten Seite übernehme ich keine Verantwortung“) eine Rolle spielt, ist weder einheitlich noch eindeutig zu beantworten. Einen pauschal entlastenden „Freibrief“ für per se risikolose Verlinkung bedenklicher Inhalte gewährt er jedenfalls nicht; unbeachtlich ist er zumindest dann, wenn er von vornherein als nicht ernstgemeinte bloße Schutzbehauptung einzustufen ist – was freilich zumeist schwierig zu beurteilen sein wird. Letztlich wird man auf den konkreten Einzelfall abzustellen haben, ist ein Disclaimer somit nicht etwa als absolutes Haftungshindernis,¹⁵⁸ durchaus aber als Hinweis auf die Einstellung des Link-Setzers zu den verlinkten Inhalten zu begreifen¹⁵⁹ – in freilich ambivalenter Weise, mag doch eine entsprechend konkret gehaltene Distanzierung durchaus auch einmal zu seinem Nachteil ausschlagen, indem sie nicht selten geeignet sein wird zu „indizieren, dass der Anbieter der Webseite um die Problematik der verknüpften Informationen wusste“.¹⁶⁰

¹⁴⁷ BGH NJW 2016, 804; *Spindler*, MMR 2002, 495 (497 f.); *Altenhain* (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 56.

¹⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6098, 37; *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 12; *ders.* (Fn. 60), § 184 Rn. 82; *Paschke* (Fn. 28), Rn. 1037; *Altenhain* (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 56 ff.; zum DSA *Spindler*, MMR 2023, 73 (78); *Bär* (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 202.

¹⁴⁹ BGH MMR 2008, 400 (402); OLG Stuttgart MMR 2006, 387 (388); OLG München MMR 2009, 118 (119); *Spindler*, MMR 2002, 495 (496 ff.); *Köster/Jürgens*, MMR 2002, 420 (422); *Möglich*, CR 2002, 583 (591); *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 14; *Paschke* (Fn. 28), Rn. 1037; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 112; *Altenhain* (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 57 f., 59; a.A. *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 54, 59.

¹⁵⁰ *Spindler*, NJW 2002, 921 (924); MMR 2002, 495 (498); OLG Stuttgart MMR 2006, 387 (388); *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 14; *Heger* (Fn. 29), § 184 Rn. 7b; *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 56.

¹⁵¹ So die heute h.M., vgl. BGH MMR 2008, 400 (402); BGH NJW 2016, 804; OLG Stuttgart MMR 2006, 387 (388); *Spindler*, MMR 2002, 495 (498 ff.); *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 14; *ders.* (Fn. 60), § 184 Rn. 83; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 112; *Heger* (Fn. 29), § 184 Rn. 7b; *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 62. Erg.-Lfg., Stand: Juni 2024, Kap. 19.1 Rn. 16; *Bär* (Fn. 4), Kap. 15 Rn. 202.

¹⁵² Vgl. *Eisele* (Fn. 60), § 184 Rn. 83; *Sieber* (Fn. 151), Kap. 19.1 Rn. 16.

¹⁵³ So keineswegs übertreibend *Spindler*, MMR 2002, 495 (503); siehe auch *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 31), Rn. 201.

¹⁵⁴ Explizit (neben weiteren Kriterien) auch hierauf abstellend *Spindler*, MMR 2002, 495 (503).

¹⁵⁵ BGH MMR 2008, 400 (402); *Hörnle*, NJW 2002, 1008 (1010).

¹⁵⁶ Ausführlich hierzu *Gabriel* (Fn. 146), S. 316 ff. m.w.N.; siehe auch *Hörnle*, NJW 2002, 1008 (1010); *Paschke* (Fn. 28), Rn. 1038.

¹⁵⁷ Näher zu Ersterem *Paschke* (Fn. 28), Rn. 1038 ff., mit Einblicken in die BGH-Rechtsprechung.

¹⁵⁸ *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 31), Rn. 202 m.w.N.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu *Köster/Jürgens*, MMR 2002, 420 (423).

¹⁶⁰ So ganz richtig *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 31), Rn. 202.

In hohem Maße ist aber die Unterscheidung nach den einzelnen Linkebenen von Bedeutung.¹⁶¹

- Bei einer Verweisung auf die *erste Ebene* wird in der Regel ein Bereithalten eigener (d.h. zu-eigen-gemachter) Inhalte und damit gem. § 25 Abs. 1 und 2 StGB eine (mit-)täterschaftliche Begehung des in Frage stehenden (Zugänglichmachens-)Delikts gegeben sein; erst recht gilt dies bei dem (den technisch kürzesten Wegweisenden) Einsatz sog. Sprungmarken.¹⁶²
- Hinsichtlich der durch die Verlinkung mit in Bezug genommenen Weiterverweisungen auf *zweite oder gar weitere Ebenen* wird man hingegen in der Regel nur eine Zugangsvermittlung zu fremden Inhalten annehmen und damit bestenfalls wegen Beihilfe gem. § 27 StGB strafen können, wobei im Einzelfall vor allem der Vorsatz sorgfältigster Prüfung bedarf.¹⁶³

Von besonderer Brisanz ist schließlich auch das Problem der Unterlassungsstrafbarkeit,¹⁶⁴ stellt sich doch häufig die Frage, ob und inwieweit der Link-Setzer – im Hinblick auf das spätere Nicht-Entfernen von ihm zuvor gesetzter Links – auch für rechtswidrige Inhalte haftet, die erst *zeitlich nach der Linksetzung* auf die verlinkte Seite gelangt sind.

Im Grunde unproblematisch ist, dass bei Kenntniserlangung eine Strafbarkeit für den Fall der Nichtbeseitigung des Links in Betracht kommt,¹⁶⁵ nachdem zwar – da das Setzen eines (zu diesem Zeitpunkt ja noch nicht auf illegale Inhalte verweisenden) Links kein per se „pflichtwidriges“ Vorverhalten darstellt,¹⁶⁶ – keine Ingerenzgarantenstellung anzunehmen ist, der Link-Setzer aber immerhin – weil „der Hyperlink [...] als besondere Gefahrenquelle anzusehen“ ist¹⁶⁷ – insoweit doch als beseitigungspflichtiger Sicherungsgarant erscheint.

Schwieriger zu beantworten ist demgegenüber die Frage, ob und wann bzw. wie häufig und wie gründlich die Zielseiten bereits gesetzter Links vom Link-Setzer in inhaltlicher Hinsicht zu überprüfen sind.¹⁶⁸ Auch bei Bejahung einer Garantenstellung ist noch nicht gesagt, welche Überprüfungspflichten ihm konkret aufzuerlegen sind. Richtigerweise

sollte man die Anforderungen – insbesondere auch im Hinblick auf die Überprüfungshäufigkeit¹⁶⁹ – unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten nicht zu hoch ansetzen und von vornherein auf den Fall beschränken, dass „zum einen der Hyperlink die Zielseite direkt benennt und zum anderen Hinweise existieren, dass rechtswidrige Inhalte auf der verlinkten Seite hinzugekommen sind“.¹⁷⁰

6. Die Problematik von Internetsuchmaschinen

Ganz ähnlich wie bei Hyperlinks stellt sich auch bei sog. Suchmaschinen¹⁷¹ – also Diensten, die es dem Nutzer ermöglichen, mittels Eingabe bestimmter Suchbegriffe diesen entsprechende Internetinhalte bzw. deren URLs, meist in Form einer listenmäßigen Zusammenstellung, nachgewiesen zu bekommen¹⁷² – die Frage, ob und inwieweit im Hinblick auf die strafrechtliche Haftung ihrer Betreiber auf die Regelungen der Art. 4–6 DSA zurückgegriffen werden kann. Im Ergebnis ist auch hier ein bewusstes Schweigen früher des TMG und jetzt von DSA und DDG zu verzeichnen,¹⁷³ damit der Anwendbarkeit der Art. 4–6 DSA eine klare Absage zu erteilen¹⁷⁴ und die Beurteilung von vornherein – und nicht erst auf dem Umweg über Art. 4 Abs. 1 lit. c DSA (Auswahl der Ergebnisse)¹⁷⁵ – anhand der allgemeinen Regeln des Strafrechts vorzunehmen.¹⁷⁶

Soweit die Betreiber von Suchmaschinen die Suchtätigkeit mittels vollautomatisch ablaufender, inhaltsneutraler Suchroutinen durchführen, wird, anders als beim Setzen von Hyperlinks, ähnlich aber dem bloßen Zugangsvermitteln des Art. 4 Abs. 1 DSA, keine eigentliche Auswahl der herausgefilterten Informationen getroffen.¹⁷⁷ Aber auch, wenn hier „die Freistellung von strafrechtlicher Verantwortung nahe liegt“,¹⁷⁸ erscheint eine analoge Heranziehung des Art. 4 Abs. 1 DSA wiederum mangels planwidriger Regelungslücke (auch für

¹⁶¹ Näher Hilgendorf/Valerius (Fn. 31), Rn. 201; siehe auch Löhnig, JR 1997, 496 (497 f.); Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 12; ders. (Fn. 60), § 184 Rn. 82.

¹⁶² LG Karlsruhe MMR 2009, 418 (419); Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 12; ders. (Fn. 60), § 184 Rn. 82.

¹⁶³ Näher hierzu Löhnig, JR 1997, 496 (498); siehe auch Wegner/Heghmanns (Fn. 42), Teil 8 Rn. 62.

¹⁶⁴ Das sogar „den größeren Teil der Diskussion einnimmt“, so Spindler, MMR 2002, 495 (499).

¹⁶⁵ So auch Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 13.

¹⁶⁶ So zu Recht Spindler, MMR 2002, 495 (499 f.); siehe auch Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 13; Sieber (Fn. 151), Kap. 19.1 Rn. 50.

¹⁶⁷ Spindler, MMR 2002, 495 (501, ausführlich 500 ff.); siehe auch Eisele (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 13; Sieber (Fn. 151), Kap. 19.1 Rn. 50; Wegner/Heghmanns (Fn. 42), Teil 8 Rn. 61.

¹⁶⁸ Vgl. Hilgendorf/Frank/Valerius (Fn. 47), Rn. 336; abl. Hörnle, NJW 2002, 1008 (1010) m.w.N.

¹⁶⁹ Hilgendorf/Valerius (Fn. 31), Rn. 242.

¹⁷⁰ Hilgendorf/Valerius (Fn. 31), Rn. 242.

¹⁷¹ Ausführlich zu ihnen Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, 2005.

¹⁷² Zu den verschiedenen Arten von Suchmaschinen und ihrer Funktion Wolf, K&R 2002, 120 (120 f.).

¹⁷³ Vgl. (zum TMG) Eisele (Fn. 60), § 184 Rn. 82; Heger (Fn. 29), § 184 Rn. 7b.

¹⁷⁴ Vgl. nur Spindler, NJW 2002, 921 (924); Wolf, K&R 2002, 120 (124); Sieber (Fn. 151), Kap. 19.1 Rn. 16; anders jedoch Wegner/Heghmanns (Fn. 42), Teil 8 Rn. 63.

¹⁷⁵ So aber Wegner/Heghmanns (Fn. 42), Teil 8 Rn. 63.

¹⁷⁶ Vgl. bereits BT-Drs. 14/6098, S. 37, sowie Müglic, CR 2002, 583 (591); Spindler, NJW 2002, 921 (924); Rath (Fn. 171), S. 275; Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 2 Rn. 113; Heger (Fn. 29), § 184 Rn. 7b; Sieber (Fn. 151), Kap. 19.1 Rn. 16.

¹⁷⁷ Hierzu (und zum technischen Ablauf einer Suche) Wolf, K&R 2002, 120 (124 bzw. 120).

¹⁷⁸ So ganz richtig, freilich ohne nähere Ausführungen, Hörnle, NJW 2002, 1008 (1011).

Suchmaschinen wollte der Gesetzgeber explizit keine Sonderregelung vorsehen¹⁷⁹) kein gangbarer Weg.¹⁸⁰

Was angesichts der misslichen Lage unterbliebener Normierung bleibt, ist die Notwendigkeit einer eher zurückhaltenden, Wertungswidersprüche zu den Haftungsprivilegierungen des DSA vermeidenden Anwendung der allgemeinen Regeln.¹⁸¹ So ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Betreiber von Suchmaschinen üblicherweise „den gesuchten Inhalten [...] neutral gegenüber stehen, keine Kenntnis der aufgerufenen Inhalte erhalten und sie auch den Zugriff des Kunden auf die einmal ausgeworfenen Verweise nicht mehr verhindern können.“¹⁸² Ein strafrechtliche Haftung begründendes Zu-eigen-Machen ist damit in der Regel nicht gegeben.¹⁸³

Anders verhält es sich freilich bei sog. „listenorientierten Suchmaschinen“.¹⁸⁴ „Hier führt eine Bedienung durch den Benutzer [...] zur Bereitstellung allein derjenigen Inhalte, die der Anbieter für Suchläufe willentlich zugänglich gemacht hat. Wegen dieser Auswahl sind diesem die zur Verfügung gestellten Inhalte als eigene zuzurechnen. Einer etwaigen Strafbarkeit stehen keine Hindernisse entgegen.“

Nicht zu verlangen ist die Sperrung bestimmter Suchbegriffe, wäre dies doch nicht nur – „wegen der zahllosen Umgehungsmöglichkeiten“¹⁸⁵ – ineffizient, sondern wegen der damit einhergehenden Verhinderung auch legaler Suchanfragen auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG in hohem Maße bedenklich.¹⁸⁶ So beträfe etwa die Sperrung von „Kinderpornografie“ auch die Suche nach „Bekämpfung von Kinderpornografie“ bzw. die bloße (per se legale) Information über sie.

Generell ist zu bedenken, dass „Links und die Trefferlisten von Suchmaschinen [...] unverzichtbare Bestandteile der Informationsrecherche bzw. Datenkommunikation“ sind.¹⁸⁷ „Insbesondere Suchmaschinen kommt für die Auffindbarkeit von Inhalten eine besondere Bedeutung zu.“ Angesichts dessen und – eingedenk der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG auch völlig zu Recht – reagieren Nutzer von Suchmaschinen sensibel auf ein allzu rigides Vorgehen der Suchmaschinenbetreiber gegen im weitesten Sinn zweifelhafte Suchergebnisse, und „insoweit kann daher nur die Verkehrserwartung festgestellt werden, dass Linksetzer oder

Suchmaschinenbetreiber [nur] im Falle der Kenntnis von objektiv eindeutigen Rechtsverstößen zumutbare Maßnahmen gegen deren Verbreitung ergreifen.“¹⁸⁸

¹⁷⁹ BT-Drs. 14/6098, S. 37; siehe auch *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 12; *Heger* (Fn. 29), § 184 Rn. 7b.

¹⁸⁰ Vgl. nur *Möglich*, CR 2002, 583 (591); *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 14; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 113; *Altenhain* (Fn. 13), TMG Vor §§ 7 ff. Rn. 55 ff., § 8 Rn. 4; a.A. *Wolf*, K&R 2002, 120 (126).

¹⁸¹ So auch (zum TDG) *Rath* (Fn. 171), S. 281; zum TMG vgl. *Eisele* (Fn. 33), Kap. 3 Rn. 14; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 2 Rn. 113.

¹⁸² So ganz richtig *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 63.

¹⁸³ So explizit *Eisele* (Fn. 60), § 184 Rn. 82.

¹⁸⁴ *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 64.

¹⁸⁵ *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 63.

¹⁸⁶ I.d.S. auch *Wegner/Heghmanns* (Fn. 42), Teil 8 Rn. 63; von dort auch das nachfolgende Beispiel.

¹⁸⁷ Hier und nachfolgend *Sieber* (Fn. 151), Kap. 19.1 Rn. 52.

¹⁸⁸ *Sieber* (Fn. 151), Kap. 19.1 Rn. 52 (Klammereinschub und Hervorhebung vom Verf.).

Neues aus der Strafrechtswissenschaft: Operation „Emma“ – Eine Europäische Erfolgsgeschichte?*

Von Dr. Marc-Oliver Sandner, Nürnberg**

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. Vorspann

Dem „EncroChat-Komplex“ liegt folgender (verkürzter) Sachverhalt zugrunde:

Das Unternehmen EncroChat verkaufte sog. EncroChat-Smartphones oder auch Encrophones. Diese Geräte wurden mit dem Versprechen überwachungssicherer, vertraulicher Kommunikation bei gleichzeitiger Nutzeranonymität beworben. Die speziell in Hard- und Software modifizierten Geräte konnten über ein intervallisches, hochpreisiges Gebührenmodell¹ von sog. „Resellern“ erworben werden.

* Zusammenfassung der wesentlichen Thesen der Dissertation Sandner, Operation „Emma“ – Eine Europäische Erfolgsgeschichte? Eine Aufarbeitung der Infiltration des EncroChat-Netzwerks, Duncker Humblot, 2026.

** Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Nürnberg.

¹ Es kursieren unterschiedliche Angaben hierzu. Es sollen wohl 1.000 € Anschaffungspreis zzgl. einer monatlichen

Nachdem französische Ermittlungsbehörden in den Jahren 2017 und 2018 im Rahmen mehrerer Ermittlungsverfahren Encrophones sichergestellt hatten, leiteten sie Vorermittlungen ein. Diese ergaben, dass keine legal existierende Gesellschaft namens „EncroChat“ existierte, es keine offiziellen Repräsentanten gab und angeblich auch kein Firmensitz bestand. Weiter konnte ermittelt werden, dass die Geräte mit einem herkömmlichen Android- und einem nur durch eine spezielle Tastenkombination aktivierbaren EncroChat-Betriebssystem versehen waren. Auf dem Android-Betriebssystem waren unter anderem folgende gängige Funktionen unterdrückt: Notruffunktion, Download von Fremdsoftware aus dem App-Store, „normale Telefonie“ und Nutzung der E-Mail-Anwendung. Angesichts dessen sowie des Preismodells, des Firmenversprechens der garantierten Anonymität und einiger Sicherheitsfeatures² der Geräte bestand der Verdacht, dass die Mobiltelefone im Bereich der organisierten Kriminalität genutzt würden.

Nach Erholung eines richterlichen Beschlusses erstellten die französischen Ermittler Kopien eines in Roubaix (Frankreich) bei dem Internetdienstleister OVH betriebenen Servers, der in Verbindung zu EncroChat stand. Anhand der Serverkopien konnten die französischen Ermittler feststellen, dass ca. 39.000 Mobiltelefone den Messenger-Dienst von EncroChat nutzen würden. Entscheidend war zudem die teilweise Entschlüsselung von 3.477 chiffrierten, auf dem Server abgelegten Notizen. Diese hatten augenscheinlich Kokaingeschäfte im Kilogrammbebereich mit überdurchschnittlich großem Aufwand unter Einsatz und Erzielung erheblicher finanzieller Mittel zum Gegenstand.

Diese Ermittlungsergebnisse und das Hindernis der weiterhin nicht dechiffrierbaren Chatnachrichten führten zur richterlich genehmigten Installation einer sog. Computerdaten-Abfangeinrichtung auf dem Server und den mit diesem verbundenen Endgeräten. Über ein stilles Update wurde verdeckt auf den EncroChat-Smartphones eine Trojaner-Schadsoftware installiert, die im Zeitraum vom 1.4.2020 bis zum 28.6.2020 heimlich Fotos, Chatnachrichten, Geräte-IMEI³, Standorte der eingebuchten Funkmasten, E-Mail-Adressen und Benutzernamen, Adressbücher, Memos und Wifi-Login-Daten ausgelesen hat. Über 39.000 Mobiletelefone sollen hiervon betroffen gewesen sein (davon wohl 4.600 auf deutschem Hoheitsgebiet eingeloggte Geräte). Es sollen über

Nutzungsgebühr angefallen sein (bspw. ca. 1.500 € für eine sechs-monatige Nutzerlizenz).

² Etwa automatisiertes Löschen der Chatnachrichten, Entfernung von „überwachungsanfälligen“ Hardwarekomponenten wie USB-Port, GPS-Chip, Kamera und/oder Mikrofon, etc.

³ International Mobile Equipment Identity: eine aus 15 Ziffern bestehende Nummer, die ein mit einem Mobilfunkchip versehenes technisches Gerät ihr weltweit eindeutig zuordnet; über die Tastenkombination „*#06#“ anzeigbar; siehe auch Geschonneck, Computer-Forensik, 6. Aufl. 2014, S. 293.

100 Millionen Chatnachrichten und Bilddateien ausgeleitet worden sein. Diese Daten werden umgangssprachlich auch als die „EncroChat-Protokolle“ bezeichnet. Die Funktionsweise des Trojaners sowie das Vorgehen bzgl. seiner Installation und der fortlaufenden Überwachung unterliegen dem französischen Militärgeheimnis.

Die ausgeleiteten Daten wurden über einen französischen Polizeiserver an EUROPOL und von dort an die Behörden der an der Operation teilnehmenden Partnerstaaten übermittelt. Die EncroChat-Daten durften in der Anfangsphase der Operation „Emma“⁴ zunächst nur zu Auswertezwecken verwendet werden. Nach Übermittlung einer von der GenStA Frankfurt a.M. erlassenen Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) vom 2.6.2020 und deren Genehmigung durch ein französisches Gericht am 13.6.2020 wurde die uneingeschränkte Verwendung in Strafverfahren zugelassen. Auf diese Weise erlangten auch das BKA sowie die GenStA Frankfurt a.M. EncroChat-Daten, die zunächst in ein Unbekannt-Verfahren und nach Ermittlung individueller Nutzer in separate Ermittlungs- bzw. Strafverfahren flossen. Die EncroChat-Daten gelten als besonders wertvoll für Ermittler, da jedenfalls der kriminelle Nutzeranteil im Vertrauen auf die versprochene Vertraulichkeit erstaunlich offen⁵ über teils schwere und schwerste Straftaten kommuniziert hat. Es konnten bislang noch nie dagewesene Einblicke in Rollenverteilungen, Organisationsstrukturen, modi operandi und Preisabsprachen krimineller Netzwerke erlangt werden.

II. Kernthesen der Dissertation

Die nachfolgenden Ausführungen sollen ausgewählte Punkte der Dissertation überblicksartig vorstellen. Eine ausführliche und tiefergehende Analyse erfolgte in der Dissertation.

1. Rechtstatsächlicher Sachverhalt

a) EncroChat-Smartphones

Wesentlicher Bestandteil der Dissertation ist eine Vorstellung des Unternehmens EncroChat sowie dessen Spezialgeräten, da die in den Medien und Gerichtsentscheidungen getroffenen Feststellungen hierzu teilweise unvollständig, unrichtig oder auch widersprüchlich waren. So kann beispielsweise festgehalten werden, dass entgegen der behördlich-justiziellen Darstellung durchaus zumindest zeitweise ein Geschäftssitz des Unternehmens mit einer Hauptfiliale in Amsterdam und zwei offiziellen „Reseller“-Stores in Leeuwarden und Rotterdam existiert haben sollen.⁶ Offenzulegen ist dabei aber auch, dass es sich bei den letztgenannten Geschäften um

eine Art Kiosk und einen Tabakwarenladen gehandelt haben soll.

Diesen Ausführungen folgt ein ausführlicher Vergleich zwischen herkömmlichen Smartphones und Encrophones. Hierbei wird festgestellt, dass herkömmliche Smartphones viele Sicherheitsfunktionen vorhalten, die so oder so ähnlich auch bei EncroChat-Geräten zu finden waren.⁷ Gleichwohl können wesentliche Unterschiede benannt werden: Die Kommunikation über Encrophones war allein auf EncroChat-User beschränkt. Dagegen fungieren konventionelle Smartphones als Massenkommunikationsmittel, die auf die produktübergreifende Interaktion per Anruf oder SMS/MMS mit theoretisch unendlich vielen Personen ausgerichtet sind. Üblicherweise werden beim Kauf, spätestens bei der Inbetriebnahme herkömmlicher Smartphones personenbezogene Nutzerdaten erhoben, sodass keine absolute Anonymität des Nutzers besteht. EncroChat verwendete dagegen registrierungsfreie SIM-Karten und verlangte keine Nutzer-Registrierung. Die Verwaltungs-, Personal- und Vertriebsstruktur von EncroChat war – anders als bei gewöhnlichen Mobiltelefonherstellern – weitestgehend intransparent. Es existieren Berichte, wonach die Endgeräte nur an Interessenten verkauft wurden, nachdem diese auf ihre Vertrauenswürdigkeit überprüft worden waren. Ob dies ein generelles Vorgehen war, ist unklar. Die Produkte wurden jedenfalls auf verschiedenen frei zugänglichen Internetportalen (eBay, Facebook etc.) offen beworben, wohingegen die Übergabe konspirativ vollzogen wurde.

Insgesamt ist zu sehen, dass es sich bei den Encrophones um exklusive Hightech-Geräte handelte. Diese Endgeräte waren nicht für die breite Masse gedacht, sondern ganz bewusst auf eine konkrete Zielgruppe mit bestimmten Sicherheits- und Geheimhaltungsinteressen zugeschnitten. Diesen spezifischen Interessen trug EncroChat auf allen Ebenen von Verwaltung über Vertrieb und Produktkonzeption Rechnung und verschrieb sich voll und ganz der Anonymität. Gerichtlich bzw. medial erfolgte eine Einordnung von EncroChat-Smartphones als zur konventionellen Nutzung eingeschränkt oder gar nicht tauglichen Geräten, deren Nutzungsmöglichkeiten in keiner angemessenen Relation zum Kaufpreis stehen. Diese Sichtweise greift indes zu kurz, da sie sich am Maßstab gewöhnlicher Smartphones bzw. -nutzer orientiert. Dass EncroChat-Geräte auch für kriminelle Nutzer reizvoll waren, liegt auf der Hand. Die Inanspruchnahme von besonders sicherer, hochpreisiger Verschlüsselungstechnik stellt aber ein gem. Art. 10 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschütztes und gesetzlich erwünschtes⁸ Verhalten dar und muss keines-

⁴ Deckname der französischen Operation.

⁵ So wurden etwa Fälle bekannt, in denen sich über Straftatvorbereitung bzw. -begehung unter Verwendung von Klarnamen oder Versendung von Dokumenten mit personenbezogenen Angaben ausgetauscht wurde, siehe bspw. KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 79/21, 2 Ws 93/21 = openJur 2021, 26487 Rn. 9.

⁶ Siehe <https://encrophone.com/en/resellers/> (2.1.2026), nach vorübergehender Unerreichbarkeit im Zuge der EncroChat-Ermittlungen derzeit wieder erreichbar.

⁷ Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ist heutzutage Branchenstandard. Selbstlöschende Nachrichten werden bei Messenger-Diensten wie WhatsApp, Snapchat, Telegram etc. ermöglicht. „Gespernte“ Chats können bei WhatsApp, Threema und Facebook-Messenger verwendet werden. Bei iOS-Betriebssystemen kann die Löschung des verschlüsselten Entschlüsselungsschlüssels für den persistenten Speicher als Folge mehrfacher falscher PIN-Eingabe eingestellt werden.

⁸ Schaffung vertraulicher Meldekanäle anlässlich der „Whistleblowing“-Richtlinie; Digitale Agenda der Bundesregierung für 2014–2017; Verschlüsselungsanforderungen der DSGVO;

wegs zwingend mit einem kriminellen Background verknüpft sein. Diversen Personengruppen und Branchen kann ein berechtigtes, „legales“ Interesse an vertraulicher Kommunikation attestiert werden.⁹ Ein Großteil dieser Personengruppen ist zudem willens und fähig, hohe Summen zur Anschaffung und Nutzung entsprechender Dienste zu bezahlen.

b) Eigentlicher Sachverhalt

In der Dissertation wird in einem zweiten Schritt der Gang der Ermittlungen chronologisch dargestellt. Ein Haupterkenntnisgewinn liegt darin, dass aufgezeigt wird, dass deutsche Ermittlungsbehörden die EncroChat-Daten – anders als stets behauptet – nicht ohne vorherige Absprache von den französischen Ermittlern bzw. EUROPOL erhalten haben. Der Erhalt der EncroChat-Daten war alles andere als überraschend: Bereits im Jahr 2018 gab es zumindest grobe Anhaltspunkte für ein französisches Vorgehen gegen EncroChat. Weiter kann nachvollziehbar gemacht werden, dass deutsche Vertreter an einer Eurojust-Videokonferenz am 9.3.2020 teilnahmen, in der durch französisch-niederländische Ermittler über den bevorstehenden Hack eines Kryptodienstes samt anschließender Datenverteilung informiert wurde. Die deutschen Vertreter hatten hierbei Interesse am Erhalt der angekündigten Daten bekundet. Ein damals anwesender BKA-Beamter soll als Zeuge in einem EncroChat-Verfahren bestätigt haben, dass hierbei – anders als zwischenzeitlich behauptet – ausdrücklich EncroChat genannt worden sein soll.

Von herausragender Bedeutung ist jedoch, dass das BKA am 27.3.2020 – also noch vor Beginn der Datenausleitungen ab 1.4.2020 – eine SIENA-Nachricht¹⁰ erhalten hat. Darin wurden alle am Erhalt der EncroChat-Daten interessierten Sicherheitsbehörden adressiert und um eine schriftliche Bestätigung vor Beginn der Datenerhebungen aufgefordert. Die Bestätigung erfasste der Nachricht zufolge, dass man über die angewendeten Maßnahmen zur Datengewinnung von Geräten auf dem jeweiligen Hoheitsgebiet informiert wurde und etwa weiter, dass man die Daten unter Einwilligung in näher genannte Bedingungen erhalten möchte. Nach Rücksprache mit der GenStA Frankfurt a.M. erteilte das BKA die Bestätigung, ohne dass ein deutsches Gericht mit dem Sachverhalt betraut wurde.

Diese Geschehnisse konnten erst durch Verteidigertätigkeiten rekonstruiert werden. In den entsprechenden Verfah-

rensakten fanden sich zunächst weder Unterlagen, Vermerke noch sonst irgendwelche Hinweise darauf. Insbesondere die frühen ersten Gerichtsentscheidungen, aber auch Folgeentscheidungen, ergingen weitestgehend auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage, da ihnen diese Umstände nicht bekannt gewesen sein dürften.

2. Verwendung

In rechtlicher Hinsicht ist sich zunächst zu vergegenwärtigen, dass sich die Verwendung und die Verwertung von Daten voneinander unterscheiden. Verwendung ist als Oberbegriff und die Verwertung als Unterfall zu sehen.¹¹ Da die Verwertung von Daten spezieller ist als die Verwendung, ist Letztere vorgelagert zu prüfen.¹²

a) Grundsätze

Im Kontext der Verwendung von Daten spielen die Grundsätze der Zweckbindung und -änderung eine zentrale Rolle. Nicht nur die Erhebung von Daten stellt einen Grundrechtseingriff dar. Auch jede weitere Datenverwendung lässt den ursprünglichen Grundrechtseingriff wieder aufleben.¹³ Die Erhebung und weitere Verwendung von Daten ist dabei an einen konkreten Zweck gebunden.¹⁴ Der Erhebungszweck limitiert die weitere Datenverwendung. Ist die Nutzung erhobener Daten zu anderen Zwecken als dem Erhebungszweck beabsichtigt, muss der damit verbundene selbstständige Grundrechtseingriff auf eine entsprechende Rechtsgrundlage gestützt werden können, die das Eingriffsgewicht der Datenerhebung auch im Rahmen der neuen Nutzung berücksichtigt.¹⁵ Verfassungsrechtliches Erfordernis ist dabei eine Vorschrift mit hinreichend normenklarem und spezifischem Regelungsgehalt für die Verwendung von Daten.¹⁶

Der Gebrauch der EncroChat-Daten durch die deutschen Ermittlungsbehörden und das Heranziehen als Beweismittel in deutschen Strafverfahren stellen eine zweckändernde Verwendung dar. Die Zweckänderung liegt darin, dass die Daten nicht mehr im Kontext ihres ursprünglichen Zwecks eingesetzt werden (Erhebung für ein bestimmtes französisches

¹¹ Derin/Singelnstein, StV 2022, 130 (130 f.).

¹² Derin/Singelnstein, StV 2022, 130 (130 f.).

¹³ BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02 = NJW 2006, 1939 (1946); Derin/Singelnstein, StV 2022, 130 (131); dies., NStZ 2021, 449 (450); Ruppert, NZWiSt 2022, 221 (223 f.).

¹⁴ BVerfG, Ur. v. 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, 2420/95, 2437/95 = NJW 2000, 55 (57); BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1550/03 u.a. = NJW 2007, 2464 (2466 f.); BVerfG, Ur. v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 = NJW 2008, 1505 (1509).

¹⁵ Zeyher, ZWH 2022, 81 (84); Derin/Singelnstein, StV 2022, 130 (131); dies., NStZ 2021, 449 (450); BVerfG, Ur. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = NJW 2016, 1781 (1801); BVerfG, Beschl. v. 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 = BVerfGE 110, 33 (69).

¹⁶ BVerfG, Ur. v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 = NJW 2008, 1505 (1509); BVerfG, Ur. v. 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 = NJW 2000, 55 (57).

uneingeschränkte Unterstützung der Entwicklung, Umsetzung und Nutzung starker Verschlüsselung durch EU, Entschlüsselung des Rates der Europäischen Union zur Verschlüsselung v. 24.11.2020 – 13084/1/20, S. 2; eIDAS-II-Verordnung.

⁹ Ärzte, Anwälte, Journalisten, Aktivisten, politisch Verfolgte, Informanten, Aussteiger, Pharma-, Finanz- und Wirtschaftsbranche zum Schutz vor Spionage bzw. von Geschäftsgeheimnissen etc.

¹⁰ SIENA: Secure Information Exchange Network Application, Kommunikationsplattform zum sicheren Nachrichtenaustausch innerhalb EUROPOL; veröffentlicht bspw. durch RA Lödden auf dessen LinkedIn-Profil:

<https://www.linkedin.com/pulse/encrochat-bgh-alles-klar-denkste-christian-l%C3%B6dden/> (2.1.2026).

Verfahren), sondern nunmehr nach einem Datentransfer zum Gegenstand deutscher Ermittlungs- und Strafverfahren gemacht werden. Diese Zweckänderung bedarf einer tauglichen Rechtsgrundlage, um den in der Erhebung der Daten liegenden und durch die Verwendung neu auflebenden Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Die Rechtsgrundlage muss sich dabei an der Eingriffsintensität der Erhebungsmaßnahme orientieren, weshalb eine Einordnung der französischen Datenerhebungsmaßnahme vorgenommen wurde.

Nimmt man hierbei angesichts des einheitlichen Überwachungswillens das Eingriffsgewicht der Gesamtmaßnahme in den Blick und lehnt richtigerweise eine isolierte Betrachtung der individuellen Erfassung eines EncroChat-Nutzers ab, so zeigt sich eine massive Eingriffsintensität der Überwachungsmaßnahmen: Über 39.000 EncroChat-Nutzer in ca. 121 Ländern wurden heimlich fast drei Monate lang grundsätzlich fortlaufend¹⁷ überwacht. Hierbei wurde sensibles Datenmaterial – bestehend unter anderem aus Standort- und Kommunikationsdaten sowie tagebuchartigen Notizen – ausgeleitet, das sich zur Erstellung von Bewegungs-, Verhaltens- und Persönlichkeitsprofilen eignet. Nachdem der Trojaner den EncroChat-Nutzern wohl auch vorspiegeln konnte, dass die „Wipe“-Funktion¹⁸ erfolgreich war, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall war, wurde auch mit täuschenden Elementen gearbeitet.

b) Denkbare Rechtsgrundlagen

Die StPO sieht ein dreistufiges System der Zweckänderung vor. Natur und Gewicht der Ausgangsmaßnahme werden darin berücksichtigt. Die Normen werden umso spezifischer und qualifizierter, je eingriffsintensiver die Ausgangsmaßnahme ist. Angesichts des vorstehend benannten erheblichen Eingriffsgewichts kommen für die Verwendung der EncroChat-Daten von vornherein allenfalls Verwendungsnormen der zweiten und dritten Stufe in Frage. Auf zweiter Stufe stehend wären dies insbesondere – die Anwendbarkeit auf den grenzüberschreitenden Kontext vorausgesetzt¹⁹ – § 479 Abs. 2 S. 1 StPO bzw., auf dritter Stufe stehend, § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO, sofern man davon ausgehen wollte, dass die französischen Erhebungsmaßnahmen dem Bild einer § 100a StPO-respektive § 100b StPO-Maßnahme entsprechen.²⁰

¹⁷ Voraussetzung war anscheinend lediglich, dass ein EncroChat-Gerät eingeschaltet war.

¹⁸ Löschung aller Gerätedaten nach Eingabe einer bestimmten PIN.

¹⁹ Nach hier vertretener Ansicht sind §§ 479 Abs. 2 S. 1, 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO weder direkt noch analog anwendbar. Bereits nach dem Wortlaut der Normen sind Maßnahmen der StPO vorausgesetzt. Gegen eine analoge Anwendung von § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO spricht außerdem der Zuschnitt auf den Datentransfer zwischen innerstaatlichen Strafverfahren sowie das Erfordernis einer spezifischen und normenklaren Rechtsgrundlage für die Verwendung von Daten aus eingriffsintensiven Maßnahmen. Letzteres darf nicht durch eine entsprechende Anwendung ausgehebelt werden.

²⁰ In der Dissertation werden mit §§ 100e Abs. 6 Nr. 3, 161 Abs. 3, 244 Abs. 2 StPO, §§ 91j Abs. 3 Nr. 2, 92b IRG weitere Verwendungsnormen diskutiert und als untauglich verwor-

fen. Das französische Ermittlungshandeln müsste sich hypothetisch als eine § 100a StPO bzw. § 100b StPO entsprechende Maßnahme darstellen. Untersucht man den Sachverhalt, so ist allerdings festzustellen, dass die französischen Überwachungsmaßnahmen schleppnetzartig auf eine möglichst weitreichende Überwachung möglichst vieler (unbekannter) Nutzer unter Ausleitung einer großen Datenvielfalt angelegt waren. Zum Anordnungszeitpunkt war weder klar, wer bzw. wie viele Nutzer/Geräte von der Überwachung konkret betroffen sein würden. Noch lagen konkrete Verdachtsmomente gegen bestimmte Personen wegen spezifischer strafbarer Sachverhalte vor. Es fehlt daher an den Charakteristika einer §§ 100a, 100b StPO hypothetisch entsprechenden Maßnahme, namentlich einem von individuellen Tatverdachtsmomenten getragenen, verhältnismäßigen, zielgerichteten und umgrenzten Einsatz der Überwachungssoftware gegen bestimmte Betroffene. Schutzvorkehrungen gegen das Miterfassen Dritter – wie sie prägend für §§ 100a, 100b StPO Maßnahmen sind – konnten so nicht getroffen werden. Die französischen Ermittlungsmaßnahmen würden das nach §§ 100a, 100b StPO zulässige Maß an Eingriffsintensität und -tiefe erheblich übersteigen. Die Maßnahmen entsprechen also im übertragenen Sinne nicht dem Bild einer Maßnahme nach § 100a bzw. § 100b StPO. Die französischen Überwachungsmaßnahmen finden in dieser Form keine Entsprechung in der StPO und sind daher als Maßnahme *sui generis* zu qualifizieren.²¹ Für derartige Maßnahmen findet sich keine Verwendungsnorm in der StPO, sodass eine rechtsgrundlose Datenverwendung gegeben ist.

c) Rechtsprechung des BGH

Für die Verwendung der EncroChat-Daten als in der Hauptverhandlung erhobene Beweise zieht der BGH § 261 StPO und für die Verwendung im Ermittlungsverfahren § 161 StPO als Rechtsgrundlagen heran.²² Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird zudem auf „die Grundgedanken der Verwendungsschranke mit dem höchsten Schutzniveau (§ 100e Abs. 6 StPO)“²³ verwiesen.

fen. Der Übersichtlichkeit halber wird sich auf die die rechtliche Diskussion prägendsten Verwendungsnormen konzentriert.

²¹ *Derin/Singelstein*, NStZ 2021, 449 (452, 454); *dies.*, StV 2022, 130 (132, 134), *Schmidt*, ZStW 134 (2022), 982 (994); *Zühlke*, StV-Spezial 2022, 165 (166); vgl. *Strate*, HRRS 2022, 15 (16); ähnl. wohl *Wahl*, ZIS 2021, 452 (453); *Ruppert*, NZWiSt 2022, 221 (226); offengelassen *Brodowski*, StV 2022, 364 (364 f.); vgl. *Petersen*, StV 2022, 679 (680); vgl. *Lenk*, EuR 2024, 51 (73).

²² BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21 = BeckRS 2022, 5306 Rn. 61, 64; BGH, Beschl. v. 5.7.2022 – 4 StR 61/22 = BeckRS 2022, 22161 Rn. 8; BGH, Beschl. v. 6.7.2022 – 4 StR 63/22 = BeckRS 2022, 18570; BGH, Beschl. v. 16.2.2023 – 4 StR 93/22 = openJur 2023, 4234 Rn. 17; BGH, Urt. v. 7.12.2023 – 5 StR 168/23 = BeckRS 2023, 42174 Rn. 8.

²³ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21 = BeckRS 2022, 5306 Rn. 68.

Nach hiesiger Ansicht handelt es sich jedoch bei §§ 261, 161 StPO um keine tauglichen Rechtsgrundlagen für die Verwendung der EncroChat-Daten. Als Generalklausel kann § 261 StPO gerade nicht der Gefahr einer uferlosen Weiterverwendung erhobener Daten begegnen. Die Norm berücksichtigt nicht das Eingriffsgewicht der Erhebungsmaßnahme und stellt keine spezifischen Anforderungen an die Verwendung daraus resultierender Daten. Das verfassungsrechtliche Erfordernis einer gesetzlichen, normklaren und spezifischen Rechtsgrundlage kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass gesetzliche Verwendungsbeschränkungen dem Grundgedanken nach angewendet werden.²⁴ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann das Erfordernis einer entsprechenden Rechtsgrundlage nicht ersetzen, sondern nur gesetzliche Eingriffsbefugnisse beschränken.²⁵ Diese Argumente kommen hinsichtlich § 161 Abs. 1 StPO erneut zum Tragen, da auf die Ermittlungsgeneralklausel keine erheblichen Grundrechtseingriffe gestützt werden können. Im Übrigen wurde dargelegt, dass die französischen Ermittlungshandlungen nicht mit den Charakteristika einer Maßnahme gem. § 100a StPO oder § 100b StPO vereinbar sind und deren Eingriffsintensität deutlich übersteigen, sodass sie keine Entsprechung im übertragenen Sinne in §§ 100e Abs. 6 Nr. 1, 100b StPO finden können. Die Anwendung der Grundgedanken dieser Normen ist daher abzulehnen.

d) Zwischenfazit

Nach hiesiger Auffassung findet sich keine taugliche Rechtsgrundlage für die Verwendung der EncroChat-Daten in deutschen Verfahren. Der Gesetzgeber hat über Verwendungsregelungen klar und präzise festgelegt, wann eine Weiterverwendung erhobener Daten zulässig ist – und wann nicht. Hierin ist zugleich der Wille zu erkennen, einer rechtsgrundlosen Verwendung von erhobenen Daten den Boden zu entziehen. Die EncroChat-Daten unterliegen daher einem totalen Nutzungsverbot.

3. Verwertung

Die Dissertation befasst sich mit verschiedenen möglichen Verwertungsverboten, wobei im Folgenden zwei Verwertungsverbote näher thematisiert werden sollen.

a) Verstöße gegen allgemein rechtsstaatliche Grundsätze

Zunächst ist zu konstatieren, dass nach Rechtsprechung des BGH²⁶ keine Rechtmäßigkeitskontrolle des Handelns französischer Ermittlungsbehörden am Maßstab des französischen oder deutschen Rechts durch deutsche Gerichte erfolgen darf. Vielmehr wird allein eine eingeschränkte Kontrolle ausländischer Entscheidungen und Urteile dahingehend für zulässig erachtet, ob allgemein rechtsstaatliche Grundsätze (*ordre*

public-Grundsatz) oder völkerrechtlich verbindliche, individualschützende Normen verletzt seien.²⁷

Nach hiesiger Ansicht ist ein dreifacher Verstoß gegen Kernprinzipien des Rechtsstaatsprinzips zu bejahen. Zum einen wurden über 39.000 EncroChat-Nutzer heimlich mehrere Monate überwacht. Im Anordnungszeitpunkt fehlte es an konkreten Verdachtsmomenten in Bezug auf bestimmte strafbare Lebenssachverhalte konkreter Nutzer. Es wurden gewaltige Datenbestände einer erheblichen Datenvielfalt aufgezeichnet. Auf „gut Glück“ wurden alle Geräte, die mit dem Server verbunden waren, überwacht. Wie viele Geräte dies betreffen würde, war im Vorfeld nicht annähernd eingegrenzt, sondern war letztlich dem Zufall überlassen. Derart streubreite, unterschiedslose Überwachungsmaßnahmen – mithin überschießende Datenzugriffe – sind mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in Einklang zu bringen.

Zum anderen sind allgemein rechtsstaatliche Grundsätze auch hinsichtlich des Missbrauchs- und Willkürverbots verletzt: Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen dürfen nicht für die gezielte Suche nach Zufallsfunden zweckentfremdet werden, da andernfalls das staatliche Gewaltmonopol missbraucht würde. Letztlich ist aber im EncroChat-Komplex genau dies eingetreten. Ganz gleich, ob die französischen Ermittlungen vorrangig den Betreibern EncroChats gegolten haben – was abwegig erscheint – oder letztlich die Nutzer verfolgt werden sollen, in beiden Fällen war die Operation „Emma“ auf die systematische Gewinnung möglichst vieler Daten ausgerichtet, um aus dem gesammelten Datenmaterial nachgelagert individuelle Verdachtsmomente generieren zu können. Fernab der vagen Vermutung einer kriminellen Zwecksetzung des EncroChat-Netzwerks fehlte es an einem konkreten Tatverdacht gegen bestimmte User wegen bestimmter Sachverhalte oder Straftaten. Es war noch nicht einmal klar, gegen wie viele Encrophones sich die Maßnahmen richten würden. Mit den grundlegenden Aspekten allgemein rechtsstaatlicher Grundsätze ist nicht vereinbar, derart eingriffsintensivste Ermittlungsmaßnahmen nach „Gutdünken“ zu führen.

Schließlich folgt aus diesen Erwägungen zugleich ein weiterer Verstoß gegen allgemein rechtsstaatliche Grundsätze, da strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nach deutschem Verständnis an das Vorliegen einer tatsachenbasierten Verdachtslage gekoppelt sind. Dies erfordert konsequenterweise gewisse Vorkenntnisse zu einem potentiell strafbaren Sachverhalt bzw. einer verdächtigen Person.

Aus diesen Verstößen folgt ein Beweisverwertungsverbot. Zwar sind in den EncroChat-Daten teils schwere und schwerste Straftaten dokumentiert, sodass das Verwertungsinteresse entsprechend gewichtig ist. Allerdings widerspricht es den zentralen Wertvorstellungen der deutschen Rechtsordnung, wenn Beweismittel durch Erhebungsmaßnahmen gewonnen werden, die losgelöst von individuellen Verdachtsmomenten oder Verhältnismäßigkeitserwägungen angeordnet werden. Für die Anerkennung von Beweismitteln, die mit Erhebungsmaßnahmen gewonnen werden, die in Konzeption

²⁴ Ruppert, NZWiSt 2022, 221 (225).

²⁵ Cornelius, NJW 2022, 1546 (1547).

²⁶ BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12 = BeckRS 2013, 4113 Rn. 34.

²⁷ BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12 = BeckRS 2013, 4113 Rn. 38 f.

und Eingriffsintensität noch über die eingriffsintensivsten Maßnahmen der StPO hinausgehen, besteht kein Raum.

b) Verletzung des Unterrichtsverfahrens gem. Art. 31 Abs. 1 RL-EEA

Nach derzeitigem Kenntnisstand ist zudem davon auszugehen, dass die gem. Art. 31 Abs. 1 RL-EEA²⁸ erforderliche Unterrichtung von der Überwachung von Zielpersonen auf deutschem Hoheitsgebiet durch die Behörden Frankreichs nicht erfolgt ist. Gem. § 92d Abs. 1 Nr. 1 IRG ist das Amtsgericht Stuttgart örtlich zuständige deutsche Stelle für französische Überwachungsmaßnahmen. Die eigentlich vorgesehene Unterrichtung löst die fristgebundene Widerspruchsmöglichkeit gem. Art. 31 Abs. 3 RL-EEA – in § 91g Abs. 6 IRG richtlinienüberschießend zur Widerspruchspflicht ausgestaltet – aus, wenn die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde. Es wurde bereits skizziert, dass derartige Überwachungsmaßnahmen bereits ihrer Konzeption nach nicht mit der deutschen Rechtsordnung vereinbar sind. Die Maßnahmen wären in einem hypothetisch innerstaatlichen Fall keinesfalls genehmigt worden, da es im Anordnungszeitpunkt an konkreten, tatsachenbasierten Verdachtsmomenten bzgl. bestimmter Beschuldigter wegen spezifischer strafrechtlich relevanter Lebenssachverhalte fehlte und eine derartig streubreite Überwachung zahlloser Unbekannter nicht verhältnismäßig ist.

In der Rechtsprechung wird bisweilen vertreten, dass in dem Erlass einer EEA durch die GenStA Frankfurt a.M., die auf die Verwendung der übermittelten EncroChat-Daten in deutschen Strafverfahren gerichtet war, und der tatsächlichen Verwendung der Daten eine Heilung des Unterrichtsverstoßes zu sehen ist. Diese Ansicht ist indes abzulehnen, da sie das Unterrichtsverfahren und die (deutsche) Widerspruchspflicht ad absurdum führen würde. Sinn und Zweck ist gerade, dass die unterrichteten Behörden durch die Notifikation die hypothetisch innerstaatliche Genehmigungsfähigkeit der Überwachung prüfen und rechtzeitig widersprechen können, bevor es überhaupt zu einer rechtswidrigen Überwachung kommt. Des Weiteren steht deutschen Behörden jedenfalls dann, wenn – wie hier bejaht – eine Widerspruchspflicht gem. § 91g Abs. 6 IRG bestünde, gar keine Dispositionsbefugnis hinsichtlich der Geltendmachung des Unterrichtsverstoßes zu.²⁹

Der Verstoß gegen die rechtshilferechtlichen Normen des Unterrichtsverfahrens kann aber nur dann ein Verwertungsverbot nach sich ziehen, wenn die verletzte Vorschrift zumindest reflexartig individualschützenden Charakter aufweist.³⁰ Wurde ein solcher individualschützender Charakter

der Norm seitens des BGH³¹ noch kritisch gesehen, ist dies – im Einklang mit dem EuGH³² – mit Blick auf Sinn und Zweck zu bejahen. Das Unterrichts- und Widerspruchsverfahren schützt einerseits die staatliche Souveränität. Andererseits dient das Verfahren angesichts seiner grundrechtssichernden Funktion klar dem Individualschutz.³³ Die richtlinienüberschießende Normierung einer Widerspruchspflicht in § 91g Abs. 6 IRG ergibt nur dann Sinn, wenn neben dem Souveränitätsinteresse zumindest auch gleichrangig Grundrechtsschutz deutscher Staatsbürger verfolgt werden soll.³⁴

Tritt man sodann in die gebotene Abwägung ein, ist – neben den bereits ausgeführten Argumenten (s.o.) – anzuführen, dass es sich beim Notifikationsverfahren um keine bloße Lappalie, sondern einen wesentlichen Verfahrensschritt handelt. Die beteiligten Akteure haben enorme Anstrengungen zur Aufrechterhaltung der Geheimhaltung der Operation betrieben. Es liegt der Verdacht nahe, dass die ohne Weiteres mögliche Unterrichtung bewusst unterblieben ist, um die geheime Operation nicht zu kompromittieren. Insgesamt wird daher auch hier vertreten, dass aus dem Verfahrensverstoß ein Verwertungsverbot erwächst.

III. Fazit

Die Arbeit zeigt auf, dass es sich bei den EncroChat-Geräten um Hightech-Geräte handelte, die nicht am Maßstab gewöhnlicher Smartphones gemessen werden können. Werden die Geräte als zur konventionellen Nutzung nicht (gänzlich) tauglich eingeordnet und wird auf eine fehlende Relation von Kaufpreis zu Nutzungsmöglichkeiten abgestellt, greift dies zu kurz. Die Inanspruchnahme von derartiger Verschlüsselungstechnik ist grundrechtlich geschützt. Diverse Personengruppen haben ein berechtigtes Interesse an ihrer Nutzung und verfügen über die notwendigen finanziellen Mittel, ohne dass sie pauschal mit dem Vorwurf krimineller Gebrauchsabsichten überzogen werden können.

Die Arbeit konnte ferner den rechtstatsächlichen Sachverhalt näher beleuchten. Hier ist insbesondere von Bedeutung, dass ein Großteil der EncroChat-Entscheidungen auf einem unvollständigen Sachverhalt beruht.

³¹ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21 = BeckRS 2022, 5306 Rn. 40 f.; BGH, Beschl. v. 5.7.2022 – 4 StR 61/22 = BeckRS 2022, 22161 Rn. 15; BGH, Urte. v. 7.12.2023 – 5 StR 168/23 = BeckRS 2023, 42174 Rn. 8.

³² EuGH, Urte. v. 30.4.2024 – C-670/22 = NJW 2024, 1723 (1731 Rn. 124 f.).

³³ Roth, GSZ 2021, 238 (244); Rückert, NStZ 2022, 446; Petersen, StV 2022, 679 (681 f.); Meyer-Mews, HRRS 2022, 289 (289, 295 f.); Zimmermann, ZfStw 2/2022, 173 (178); Rückert (Fn. 29), § 100a Rn. 51b, 51h; Schmidt, ZStW 134 (2022), 982 (1000 f.).

³⁴ Rückert, NStZ 2022, 446; Petersen, StV 2022, 679 (681); so letztlich auch BT Drs. 18/9757, S. 75; LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – (525 KLS) 254 Js 592/20 (10/21) = openJur 2021, 21800 Rn. 92; Weiss, ZfStw 6/2022, 427 (431); Zimmermann, ZfStw 2/2022, 173 (178); Rückert (Fn. 29), § 100a Rn. 51h; Lenk, EuR 2024, 51 (70 Fn. 91).

²⁸ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen.

²⁹ Ähnl. Rückert, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 51e; Schmidt, ZStW 134 (2022), 982 (1001).

³⁰ BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12 = BeckRS 2013, 4113 Rn. 25.

In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass keine taugliche Verwendungsnorm für die Verwendung der EncroChat-Daten in hiesigen Ermittlungs- und Strafverfahren existiert. Die Daten unterliegen daher einem totalen Nutzungsverbot. Des Weiteren werden Beweisverwertungsverbote wegen Verstößen gegen allgemein rechtsstaatliche Grundsätze sowie der Verletzung des Unterrichtsverfahrens gem. Art. 31 Abs. 1 RL-EEA angenommen.

Entscheidungsanmerkung

Zur dauerhaften und erheblichen Entstellung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB bei einer Gesichtstätowierung.

Eine Gesichtstätowierung mit einer als anstößig wahrgenommenen Wortbotschaft ist (vergleichbar mit einer markanten Narbe) als dauerhafte und erhebliche Entstellung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB anzusehen. Dabei lässt die freie Entscheidung des Geschädigten, auf eine kosmetische Operation zur Beseitigung der Tätowierung zu verzichten, die Dauerhaftigkeit der Entstellung nicht entfallen.

StGB §§ 226 Abs. 1 Nr. 3, 224 Abs. 1 Nr. 2

BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24¹

I. Eine erste Einordnung

Es handelt sich um eine wichtige Entscheidung des 4. Strafsenats, die derzeit nicht nur eine breite wissenschaftliche Rezeption erfährt, sondern auch die Praxis der Rechtsprechung zu § 226 StGB auf absehbare Zeit prägen wird. Insofern lohnt sich ein genauerer Blick.

II. Sachverhalt

Die tatgerichtlichen Feststellungen sind einfach gehalten. Alles dreht sich im Kern um eine Gesichtstätowierung, die der Angeklagte beim Geschädigten als Retourkutsche für ein vorheriges Fehlverhalten (in den Feststellungen heißt es: um den Geschädigten zu stigmatisieren und zu bestrafen²) in dessen Gesicht vornahm. Als Motiv wählte der Angeklagte das allgemein als anstößig geltende Wort „FUCK“, welches er dem Geschädigten gegen dessen Willen über die rechte Augenbraue tätowierte. Dabei wies das anfängliche F eine Strichstärke von etwa 2 mm auf, während die anderen Buchstaben eine Strichstärke von 1 mm hatten. Der Geschädigte hatte vorher keinerlei Tätowierungen im Gesicht und schämte sich für die vom Angeklagten vorgenommene Tätowierung, auf die er oftmals angesprochen wurde. Eine Beseitigung der Tätowierung wäre mittels Lasertherapie durchaus möglich gewesen. Die diesbezügliche Therapie wäre jedoch langwierig und schmerzhaft gewesen. Im Übrigen fehlte es beim Geschädigten am erforderlichen Geld für eine solche Behandlung. Stattdessen veränderte der Geschädigte seinen Haarschnitt dergestalt, dass seine Haare in die Stirn fielen und die Tätowierung bedeckten.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e6276807e1b735101c1ea16b16741c26&nr=142666&anz=1&pos=0&Blank=1.pdf>

und veröffentlicht in NJW 2025, 2865.

² BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 3.

III. Bewertung der einschlägigen Rechtsfragen

Die vorliegende Entscheidung wirft im Rahmen des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB mindestens drei Rechtsfragen auf, denen im Folgenden einmal näher nachgegangen werden soll.

1. Narben vs. Tätowierungen

An erster Stelle steht nicht nur die selbstverständlich anmutende Erkenntnis, dass es sich bei einer Tätowierung und des damit einhergehenden „Durchstechens der Haut“ um einen erheblichen invasiven Eingriff und damit um eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB handelt,³ sondern dass die tatgegenständliche Gesichtstätowierung mit dem Wort „Fuck“ auch zu einer erheblichen Entstellung im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB geführt hat.⁴ Um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen, bemüht der Senat die allgemeinen Grundsätze zum Tatbestandsmerkmal der erheblichen Entstellung, wonach eine solche immer dann anzunehmen sei, wenn die Tat zu einer Beeinträchtigung des Aussehens des Geschädigten führt, die sich als eine Verunstaltung der Gesamterscheinung darstellt, welche in ihren Auswirkungen dem Gewicht der geringsten Fälle des § 226 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB gleichkommt.⁵ Maßgeblich sei die Wahrnehmung durch die Umwelt des Geschädigten,⁶ mithin also ein objektiver Maßstab.⁷ All dies ist weder neu noch überraschend, sondern entspricht der schon seit geraumer Zeit Geltung beanspruchenden Sichtweise in der Rechtsprechung⁸, die oftmals auch genauso in der Literatur rezipiert wird.⁹ Stellenweise wird im Schrifttum (in der Sache nicht wesentlich anders) auch darauf abgestellt, dass eine erhebliche Entstellung (wegen der Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes) dann anzunehmen sei, wenn das Opfer beträchtliche psychische Nachteile im Verkehr mit anderen (etwa Scheu, Ekel, Spott, Ablehnung oder Meidung) zu erleiden habe.¹⁰ Der Senat stellt dann an zahlreichen Stellen der hiesigen

³ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 8.

⁴ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 10.

⁵ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 10.

⁶ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 10.

⁷ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Aufl. 2025, § 226 Rn. 9; Ebenso: Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, 66. Ed., Stand: 1.8.2025, § 226 Rn. 21 („generelle Bewertung“).

⁸ BGH, Urt. v. 14.8.2014 – 4 StR 163/14 = NStZ 2015, 266 (268).

⁹ Fischer (Fn. 7), § 226 Rn. 9; Dölling, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 226 Rn. 4; Vgl. auch Paeffgen/Böse/Eidam, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 226 Rn. 30.

¹⁰ Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 226 Rn. 5; Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2020, § 226 Rn. 5. Ebenso Hardtung, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 226 Rn. 31.

Entscheidung einen Vergleich zu auffälligen Narben im Gesicht her, die bereits in der Vergangenheit Gegenstand der Rechtsprechung zu § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB waren, und nutzt diesen auf breiter Strecke angelegten Vergleich, um die Gleichstellung der gegenständlichen Tätowierung mit solchen Narben zu begründen. Wörtlich heißt es hierzu: „Eine Tätowierung im Gesicht ist ebenso wie eine markante Narbe aufgrund der deutlichen, vom Hautbild abweichenden Färbung grundsätzlich geeignet, das Aussehen eines Menschen erheblich zu verändern.“¹¹ Von diesem Punkt an bedarf es dann kaum noch argumentativen Aufwand (geschweige denn einen Blick auf verfahrensgegenständliche Lichtbilder; vgl. § 267 Abs. 1 S. 3 StPO), um das Merkmal der erheblichen Entstellung in § 226 Abs. 1 StGB anzunehmen.

2. Dauerhaftigkeit bei möglicher Beseitigung?

Die ungleich wichtigere Frage im Zentrum des Falles war jedoch, ob es sich bei der verfahrensgegenständlichen Tätowierung um eine erhebliche Entstellung handelte, die auch *dauerhaft* im Sinne von § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB war. Problematisch war insoweit, dass der Geschädigte durchaus die Möglichkeit gehabt hätte, sich die Tätowierung wieder entfernen zu lassen. Wegen einer hierfür erforderlichen langwierigen und schmerzhaften Prozedur, und weil er nicht über die erforderlichen Geldmittel verfügte, entschloss er sich aber gegen die Entfernung. Rein intuitiv ließe sich an dieser Stelle entgegenen: Damit ist dem Merkmal der Dauerhaftigkeit doch die Grundlage entzogen. Denn was man beseitigen kann, ist nicht notwendig dauerhaft (im Sinne von faktisch endgültig dauerhaft¹²). Und normativ wäre das kein Beinbruch, weil man hier gleichwohl den Schädiger noch aus dem Strafrahmen von § 224 StGB (hierzu unten unter 3.) angemessen bestrafen könnte. Der BGH entscheidet sich jedoch anders, was nicht überrascht, da diese Richtung bereits in der früheren Rechtsprechung eingeschlagen wurde (unten unter a)), die jedoch in der Literatur teils auf deutliche Kritik gestoßen ist. Und man sollte auch nicht der Versuchung unterliegen, allein eine Auslegung des Merkmals der Dauerhaftigkeit in den Mittelpunkt der Überlegungen zu stellen. Denn die Inhalte, die an dieser Stelle vom Gesetzgeber in Bezug genommen werden, amalgamieren wie selbstverständlich mit grundlegenden Fragen der strafrechtlichen Zurechnung (unten unter b)). Der Reihe nach.

a) Bisherige Rechtsprechung

Die Entscheidung des *Senats* erging (denkt man in den Strukturen eines „case-law“) keineswegs im luftleeren Raum. Sie schließt nahtlos an eine Entscheidung aus dem Jahr 2017 an, in der der BGH bereits eine harte Linie fuhr. Hier entschied der 5. *Strafsenat* für § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB (es gelten hinsichtlich der Dauerhaftigkeit die gleichen Grundsätze wie beim hier einschlägigen § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB¹³), dass es für das Merkmal der Dauerhaftigkeit grundsätzlich nicht darauf ankomme, ob das Opfer eine ihm mögliche Behand-

lung (nicht) wahrgenommen hat.¹⁴ Konkret ging es um durch ein Messer hervorgerufene Schnittverletzungen an der Hand des Opfers, die dazu führten, dass sämtliche Beugesehnen durchtrennt wurden. Dies hatte zur Folge, dass das Opfer die betreffende Hand kaum noch gebrauchen konnte. Allerdings waren die Bewegungseinschränkungen auch darauf zurückzuführen, dass das Opfer auf eine medizinisch indizierte Nachsorge seiner Handverletzung verzichtete. Wäre eine Nachsorge erfolgt, wären die Bewegungseinschränkungen deutlich geringer ausgefallen.

b) Merkmal der Dauerhaftigkeit im Kontext objektiver Zurechnung

Dass man angesichts der Beseitigungsmöglichkeit einer schweren Schädigung intuitive Zweifel am beschreibenden Merkmal einer Dauerhaftigkeit hegen kann, wurde bereits dargestellt. Der BGH wischt dies aber mit einem Federstrich beiseite. Wie selbstverständlich geht der 4. *Strafsenat* davon aus, dass dem Angeklagten die Folgen seiner Verletzungshandlung trotz der Beseitigungsmöglichkeit seitens des Opfers *objektiv zuzurechnen* sind.¹⁵ Eine Ausnahme hiervon bestehe nur in Fällen von *böswilligem* Opferverhalten. Das bedarf indes eines näheren Blicks.

aa) Nichtinanspruchnahme zumutbarer Heilungschancen

In der Tat handelt es sich bei der Frage der Nichtinanspruchnahme zumutbarer Heilungschancen um eine Frage der (objektiven) Zurechnung (unter Berücksichtigung von Verantwortungsbereichen) hinsichtlich des in § 226 StGB unter Strafe gestellten schweren (und qualifizierenden) Erfolgs.¹⁶ Man begegnet an dieser Stelle nicht nur der Zurechnungskategorie des *eigenverantwortlichen Opferverhaltens*¹⁷ (die Dogmatik ist mit dieser Fallgruppe im Bereich der Tötungsdelikte bestens vertraut¹⁸), sondern auch der darin eingebetteten (normativen) Frage, ob man den Eintritt der tatbestandlichen Voraussetzungen (und damit letztlich auch die Höhe der Strafe) in die Hand des Verletzten legen sollte.¹⁹ Eine zahlenmäßig stark vertretene Ansicht in der Literatur lehnt das mit überzeugenden Argumenten ab und plädiert dafür, gerade dann nicht zuzurechnen (und terminologisch wenig überzeugend von einer „Dauerhaftigkeit“ zu sprechen), wenn das

¹¹ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 12.

¹² Vgl. Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (429).

¹³ Hardtung, medstra 2018, 37 (38).

¹⁴ BGH, Urt. v. 7.2.2017 – 5 StR 483/16 = NJW 2017, 1763 = NStZ 2017, 408. Aufgeworfen – freilich nicht entschieden – wurde die Frage auch schon von BGH, Urt. v. 29.2.1972 – 5 StR 400/71 = BGHSt 24, 315 (318) mit (ebenfalls die Frage thematisierender) Anm. Ulsenheimer, JZ 1973, 64 (65 ff.).

¹⁵ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 19.

¹⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 15 Rn. 14. Vgl. zudem Hardtung, medstra 2018, 37 (38), der insoweit für die einschlägigen Fälle von einer „Kernfrage“ spricht.

¹⁷ Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (429).

¹⁸ Eisele, JuS 2017, 893 (894).

¹⁹ Ulsenheimer, JZ 1973, 64 (67), befürchtet die Ermöglichung von „Selbstjustiz“.

Opfer eine zumutbare (Nach-)Behandlung ablehnt.²⁰ Um zu diesem Ergebnis zu gelangen muss man nicht einmal die Deliktsnatur des § 226 StGB als erfolgsqualifiziertes Delikt²¹ traktieren, die ja bekanntlich einen strengen gefahrspezifischen- bzw. einen Unmittelbarkeitszusammenhang voraussetzt. Nein, die Berücksichtigung eigenverantwortlichen Opferverhaltens ergibt sich bereits aus allgemeinen Zurechnungsregeln²², wonach die jeweiligen Verantwortungsanteile von Täter und Opfer zu berücksichtigen sind.²³ Dem setzt die Rechtsprechung (in früheren Entscheidungskontexten, auf die die hiesige Entscheidung lediglich Bezug nimmt) nun das Argument entgegen, man würde auf diese Weise dem Opfer so etwas wie eine Obliegenheit auferlegen, was vermeintlich mit dessen Selbstbestimmungsrecht kollidiert.²⁴ Auch diese Sicht der Dinge überzeugt nicht.²⁵ Dabei sei zunächst klar gestellt, dass eine Mitwirkung des Opfers an keiner Stelle uneingeschränkt eingefordert wird, da für ein Zurechnungs-urteil von vornherein nur *mögliche* (bzw. *machbare*) und dem Opfer *zumutbare* Maßnahmen zu berücksichtigen sind.²⁶ Niemand vertritt ernsthaft, dass das Opfer unmögliche, nicht erfolgversprechende oder gefährliche Maßnahmen ergreifen muss.²⁷ Sämtliche (potentielle) Risiken für das Opfer können somit über das Merkmal der Zumutbarkeit abgedeckt werden²⁸, dem die Funktion zukommt, aus dem weiten Feld denkbarer Möglichkeiten diejenigen auszusondern, die das Opfer aus persönlichen Gründen nicht ergreifen muss.²⁹ Damit entlarvt sich die zivilrechtliche Analogie der vermeintlichen Obliegenheit für das Opfer als rhetorisches Scheinargument.³⁰ Denn es bleibt dabei: Festzustellen ist auf strafrechtlicher Ebene zuvorderst die Verantwortlichkeit des Täters, was nachgerade eine Zurechnung voraussetzt.³¹

bb) Strafrechtliche Bestimmtheit

In der hiesigen Entscheidung kommt der BGH indes gar nicht dazu, sich mit der hier befürworteten Stellschraube der

Zumutbarkeit auseinanderzusetzen, was man unschwer daran erkennt, dass – wie es der *Senat* formuliert – eine objektive Zurechnung „unabhängig von dem Kriterium der Zumutbarkeit“ vorzunehmen sei.³² Deshalb sei hier nur kurz und colorandi causa auf das in der Rechtsprechung an anderer Stelle bereits formulierte (Gegen-)Argument hingewiesen, wonach es sich beim Kriterium der Zumutbarkeit um einen Maßstab handle, der für die strafrechtliche Ebene zu vage sei. Das wiederum führe dazu, dass (würde man die Richtschnur der Zumutbarkeit in konkreten Fällen anlegen) begründete Zweifel hinsichtlich der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit der Strafandrohung bestünden (Art. 103 Abs. 2 GG; §§ 1, 2 StGB).³³ Dem ist nicht zu folgen.³⁴ Insoweit wird mit einiger Berechtigung darauf hingewiesen, dass – würde man der Rechtsprechung hier folgen – tradierte strafrechtliche Instrumente wie die objektive Zurechnung in ihrer Gesamtheit oder aber der gefahrspezifische Zusammenhang bei den erfolgsqualifizierten Delikten ebenfalls unvereinbar mit dem Bestimmtheitsgebot sein müssten.³⁵ Und so weit möchte sicherlich auch die Rechtsprechung nicht gehen. Denn es gehört schlechterdings zum realen Tagesgeschäft in der Strafjustiz, allgemein-generell gehaltene Begriffe wie „Möglichkeit“ oder „Zumutbarkeit“ mittels eines Wertungsaktes anzuwenden.³⁶ Und schließlich wird auch mit einiger Berechtigung darauf hingewiesen, dass das Bestimmtheitsgebot doch eher dem Schutz des Angeklagten dienen solle. Diese Richtung verkehrt sich, wenn strafbarkeitseinschränkende Mechanismen zuungunsten eines Angeklagten mit Rekurs auf verfassungsrechtliche Bestimmtheit blockiert werden.³⁷

cc) Kostenhindernis

Was in der vorliegenden Entscheidung jedoch stärker anklingt als in vorherigen Judikaten ist das ebenfalls nicht unbekannte Sonderproblem³⁸ eines (die Heilungschancen betreffenden) etwaigen Kostenhindernisses. Den 4. *Strafsenat* interessiert diese Problematik jedoch nicht sonderlich, da der *Senat* die schwere Folge trotz der Möglichkeit einer Beseitigung selbst dann (und ausnahmslos) dem Täter zurechnen möchte, wenn das Opfer die Beseitigung allein deshalb nicht vornimmt, weil ihm dies finanziell nicht möglich ist. Deshalb musste – so der *Senat* weiter – das Landgericht auch nicht aufklären, ob etwaige Therapiekosten im Fall einer Durchführung von der Krankenkasse übernommen worden wären.³⁹ Dies gelte nicht zuletzt auch deshalb, weil ein realer Behandlungsbeginn

²⁰ Eisele, JuS 2017, 893 (894); Grünwald, NJW 2017, 1764 (1765); Theile, ZJS 2018, 99 (100 f.); Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (429).

²¹ Kudlich, JA 2017, 470 (471).

²² Grünwald, NJW 2017, 1764 (1765); Vgl. auch Eisele, JuS 2017, 893 (894).

²³ Theile, ZJS 2018, 99 (100).

²⁴ BGH, Urt. v. 7.2.2017 – 5 StR 483/16 = NJW 2017, 1763 (1764).

²⁵ Ebenso: Rengier (Fn. 16), § 15 Rn. 14; Theile, ZJS 2018, 99 (101); sehr kritisch insoweit auch Hardtung, medstra 2018, 37 (39).

²⁶ Theile, ZJS 2018, 99 (100 f.); Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (429).

²⁷ Vgl. nur Ulsenheimer, JZ 1973, 64 (67) oder Theile, ZJS 2018, 99 (101).

²⁸ Vgl. Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (429).

²⁹ Ulsenheimer, JZ 1973, 64 (67).

³⁰ Vgl. insoweit auch Theile, ZJS 2018, 99 (101), Hardtung, medstra 2018, 37 (39 f.) oder Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (430).

³¹ Eisele, JuS 2017, 893 (894).

³² BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 19.

³³ BGH, Urt. v. 7.2.2017 – 5 StR 483/16 = NJW 2017, 1763 (1764).

³⁴ Ebenso Eisele, JuS 2017, 893 (895); Theile, ZJS 2018, 99 (101); Hardtung, medstra 2018, 37 (40), spricht von „Wortgeklänge!“; Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (430).

³⁵ Eisele, JuS 2017, 893 (895).

³⁶ Theile, ZJS 2018, 99 (101); tendenziell ähnlich auch Hardtung, medstra 2018, 37 (40 f.).

³⁷ Kudlich, JA 2017, 470 (472); ebenso Lorenz/Steffen, JA 2019, 424 (430).

³⁸ Paefgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 226 Rn. 20.

³⁹ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 19.

(bei hypothetischer Kostenübernahme) zum Zeitpunkt der Urteilsfindung nicht absehbar gewesen sei.⁴⁰ Letzteres hätte sich positiv für den Angeklagten auswirken können. Es wirkt auf den ersten Blick arg holzschnittartig, wenn sich ein oberstes Revisionsgericht so gar nicht für mögliche Entlastungsargumente eines Angeklagten interessiert. Hierzu ist *erstens* anzumerken, dass die Absehbarkeit eines Behandlungsbeginns als prognostisches Element sicherlich nicht ohne den Aspekt einer etwaigen Kostenübernahme beurteilt werden sollte. Damit wirkt dieses letzte Argument des BGH zirkulär. Aber auch unabhängig von einem prognostisch zu bestimmenden Behandlungsbeginn (der, wie gesagt, eng mit einer Kostenübernahme zusammenhängen wird), gilt *zweitens*, dass man an dieser Stelle keinesfalls die Problem- und Sachdiskussion verweigern darf. So ist es in der Tat problematisch, wenn dem hier im Mittelpunkt stehenden Kriterium der Zumutbarkeit (oben unter aa)) gleichsam auf zweiter Stufe noch das Kriterium der Finanzierbarkeit zur Seite gestellt wird. Dies wird nicht nur zu zufälligen Ergebnissen führen.⁴¹ Es wäre auch sachwidrig und ohne jedweden Rechtsgutsbezug, eine Strafbarkeit nach § 226 StGB davon abhängig zu machen, ob das Opfer die erforderlichen finanziellen Mittel zur Erfolgsbeseitigung einsetzen kann oder will.⁴² Richtigerweise wurde deshalb bereits in der Vergangenheit die Forderung artikuliert, die Finanzierbarkeit aus dem Kreis möglicher Zurechnungskriterien zu eliminieren.⁴³ Dem ist zuzustimmen. Gleichwohl wird die Finanzierbarkeit allein bei der Prognoseentscheidung eines möglichen Behandlungsbeginns zu betrachten sein (s.o.), was – worauf der 4. Strafsenat richtigerweise hinweist⁴⁴ – einem Täter durchaus zugutekommen kann. Mehr Berücksichtigung (insbesondere in Zurechnungserwägungen) sollte sie nicht erfahren. Natürlich stimmt es dann auch nachdenklich, wenn dies zur Folge hat, dass bei faktischer Unbezahlbarkeit stets § 226 StGB vorliegen wird und sich vermögende Schädiger potentiell eine Straffreiheit erkaufen könnten.⁴⁵ Dies ist aber letztlich hinzunehmen und eine nicht behebbarer Folge des Erfolgsmoments in § 226 StGB.⁴⁶

3. Konkurrenzverhältnis zur gefährlichen Körperverletzung (§ 224 StGB)

An letzter Stelle eruiert der Senat dann noch das Konkurrenzverhältnis zwischen der vollendeten schweren Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB und einer (ebenfalls) vollendeten gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Hier begegnet man, so man denn auch die ältere Rechtsprechung des BGH mit einbezieht,⁴⁷ zwei möglichen Ansichten: Gesetzeskonkurrenz oder Idealkonkurrenz gem. § 52 StGB. Der 4. Strafsenat wirft seine Autorität für eine Idealkonkurrenz in die Waagschale, jedenfalls, so heißt es

wörtlich, „neigt“ er dazu.⁴⁸ Damit schließt er sich drei obiter dicta jeweils anderer *Senate* an⁴⁹, die sich in der jüngeren Vergangenheit ebenfalls für Tateinheit ausgesprochen haben.⁵⁰ Auf diese Weise wird auf der Ebene der Konkurrenzen wiederum einer für den Betroffenen nachteiligen Sicht der Dinge das Wort geredet, so dass ein prüfender Blick auf sachliche Gründe gelegt werden sollte. Die ältere Rechtsprechung⁵¹ und Teile der Literatur⁵² vertreten hier freilich eine andere Ansicht und plädieren für Gesetzeskonkurrenz, die jedenfalls dann vorliegen soll, wenn das qualifikationsbegründende Verhalten zur schweren Folge geführt hat.⁵³ Richtig erscheint indes eine differenzierende Sichtweise, was die neuerliche Problem Diskussion (auf die der 4. Strafsenat Bezug nimmt) dankenswerterweise vor Augen führt. So wurde für das Konkurrenzverhältnis von § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu Recht darauf hingewiesen, dass die schwere Folge des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB das Unrecht der Lebensgefährdung nicht erfasse, weshalb hier Tateinheit anzunehmen sei.⁵⁴ Eine ähnliche Problematik offenbart sich im Verhältnis von § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Wegen der Klarstellungsfunktion des Tenors und weil die (vom Erfolgsunrecht des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB abtrennbare) Gefahrsteigerung, die § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zugrunde liegt, ansonsten unberücksichtigt bliebe, ist der Annahme von grundsätzlicher Idealkonkurrenz zwischen § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zuzustimmen.⁵⁵

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zementiert eine Auslegung des Merkmals der Dauerhaftigkeit, die (im Anschluss an frühere Judikate) grundlegende Zurechnungsregeln unbeachtet lässt. Bedauerlich ist dabei, dass eine wirkliche Problem Diskussion nicht erfolgt. Das darf man nicht nur als eine rigide Linie bezeichnen.⁵⁶ Man sollte vielmehr zur Kenntnis nehmen, dass nun auch der 4. Strafsenat eine sehr weitreichende und täterunfreundliche Sichtweise für § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB vertritt,⁵⁷ die in der Sache nicht zu überzeugen vermag. Zuzustimmen ist hingegen dem Lösungsangebot des 4. Strafsenats für das konkurrenzrechtliche Ver-

⁴⁸ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 22.

⁴⁹ *Hardtung* (Fn. 10), § 224 Rn. 59.

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 14.3.2017 – 4 StR 646/16 = NStZ-RR 2017, 173; BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – 3 StR 382/20 = NStZ-RR 2021, 138; BGH, Beschl. v. 20.6.2023 – 2 StR 126/23 = BeckRS 2023, 19316.

⁵¹ BGH, Urt. v. 7.2.1967 – 1 StR 640/66 = BGHSt 21, 194 (195).

⁵² *Fischer* (Fn. 7), § 226 Rn. 20; *Engländer* (Fn. 10), § 226 Rn. 12.

⁵³ *Engländer* (Fn. 10), § 226 Rn. 12.

⁵⁴ BGH, Beschl. v. 21.10.2008 – 3 StR 408/08 = BGHSt 53, 23 = NJW 2009, 863 m. zust. Bespr. v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 391 (392).

⁵⁵ *Paeffgen/Böse/Eidam* (Fn. 9), § 226 Rn. 20.

⁵⁶ *Kudlich*, JA 2017, 470 (472).

⁵⁷ *Lorenz/Steffen*, JA 2019, 424 (429).

⁴⁰ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 19.

⁴¹ *Theile*, ZJS 2018, 99 (101).

⁴² *Theile*, ZJS 2018, 99 (101).

⁴³ *Theile*, ZJS 2018, 99 (101).

⁴⁴ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 16 f.

⁴⁵ *Paeffgen/Böse/Eidam* (Fn. 9), § 226 Rn. 20.

⁴⁶ *Paeffgen/Böse/Eidam* (Fn. 9), § 226 Rn. 20.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 10.4.2025 – 4 StR 495/24, Rn. 22.

hältnis zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Es bleibt zu hoffen, dass die Problemdiskussion hier noch nicht ihr Ende gefunden hat. Der 4. Strafsenat jedenfalls hat die konkurrenzrechtlichen Erwägungen auf einen guten Weg gebracht.

*Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Bielefeld**

* Der Verf. ist Inhaber einer Professur für Strafrecht (einschl. Wirtschafts- und Medizinstrafrecht), Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung und geschäftsführender Direktor des Instituts für Anwalts- und Notarrecht an der Universität Bielefeld.

Entscheidungsanmerkung

Verwendung und Verwertung von EncroChat-Daten nach Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes

1. Die EncroChat-Daten sind auch nach Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes (KCanG) am 1.4.2024 in jenen Verfahren verwend- und verwertbar, die Taten des Handeltreibens mit Cannabisprodukten in nicht geringer Menge zum Gegenstand haben, die als Vergehen nach § 34 Abs. 3 KCanG nun nicht mehr dem Katalog des § 100b StPO unterfallen.

2. Der BGH ändert aufgrund der für ihn nach Art. 267 AEUV verbindlichen Auslegung der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung durch den EuGH insofern seine Rechtsprechung, als Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA auch auf Konstellationen anwendbar ist, bei denen es um eine Anordnung des Transfers von im Ausland nach dortigem Recht erhobenen und damit bereits im Besitz der ausländischen Behörden befindlichen Beweisen geht.

3. Entsprechend verschiebt sich der Zeitpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung vom zuvor angenommenen Zeitpunkt der Beweisverwertung auf den Zeitpunkt des Erlasses einer auf den Beweismitteltransfer gerichteten Ermittlungsanordnung.

(Leitsätze der Verf.)

Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA

StPO § 100b

KCanG § 34 Abs. 3

BGH, Urt. v. 30.1.2025 – 5 StR 528/24¹

I. Einleitung

Das hier zu besprechende BGH-Urteil reiht sich ein in den „EncroChat-Entscheidungskomplex“. Erneut geht es um die in ihrer Grundkonstellation von BGH, EuGH und BVerfG bereits durchentschiedene Frage der Verwendung bzw. Verwertung der aus Frankreich an deutsche Strafverfolgungsbehörden übermittelten sogenannten EncroChat-Kommunikationsdaten. Neu ist nun jedoch die durch das Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes (KCanG) am 1.4.2024 geänderte, den Handel mit Cannabisprodukten ent- bzw., präziser, geringer kriminalisierte Rechtslage. Konkret geht es um das Herausfallen des einfachen Handeltreibens mit Cannabisprodukten in nicht geringen Mengen (§ 34 Abs. 3 KCanG) aus dem Katalog des § 100b StPO, der die Voraussetzungen der Online-Durchsuchung regelt. Diese Folge des Konsumcannabisgesetzes und die Frage ihrer Auswirkung auf einschlägige laufende Verfahren, bei denen sich der Tatverdacht (allein) auf EncroChat-Daten gründete, waren Anlass für zahlreiche

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidung/en/DE/Strafsenate/5_StS/2024/5_StR_528-24.pdf?__blob=publicationFile&v=2 sowie veröffentlicht in NStZ 2025, 371 und MMR 2025, 427 m.Anm. Rohwer.

Oberlandesgerichte und schließlich auch den BGH, dessen Urteil Gegenstand der vorliegenden Anmerkung ist, sich erneut mit der Frage der Verwertung von EncroChat-Daten zu befassen. Doch der Reihe nach:

II. Runde eins: Vorgeschichte

Die vor einigen Jahren intensiv geführte Diskussion um die Verwertung der EncroChat-Daten dürfte weithin bekannt sein und ist im Schrifttum aus vielerlei Perspektiven umfassend aufgearbeitet. Eine knappe Rekapitulation:

Nachdem französische Ermittlungsbehörden immer wieder Mobiltelefone, die mit einer sog. EncroChat-Architektur besonders verschlüsselt waren und anonyme Kommunikation untereinander ermöglichten, stießen, gelang es ihnen im Jahr 2020 mit richterlicher Genehmigung, das System technisch zu infiltrieren und sämtliche Kommunikationsdaten abzugreifen. Diese in Frankreich erhobenen und damit bereits vorhandenen Daten wurden später, soweit sie Bezug zu Deutschland hatten, auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) an die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main übermittelt und von dort an die zuständigen Staatsanwaltschaften im Bundesgebiet verteilt. Die Daten wurden sodann in unzähligen Verfahren als Beweismittel verwendet und verwertet.

Insbesondere auf Grund der Intensität der Eingriffsmaßnahme der französischen Behörden wurde die Frage der Zulässigkeit der Verwendung bzw. Verwertung dieser Daten in deutschen Strafverfahren intensiv geführt. Dabei ließen sich eindeutig zwei Lager ausmachen: In der Wissenschaft wurden Verwendung bzw. Verwertung nahezu unisono als unzulässig erachtet.² Die rechtliche Herleitung eines Verwendungs- und Verwertungsverbots war dabei recht heterogen, Anknüpfungspunkte für die Unzulässigkeit wurden im Verfassungsrecht, im Unionsrecht, im Rechtshilferecht und im Strafverfahrensrecht verortet.

Ganz anders die Rechtsprechung, die die Verwendung und Verwertung der Daten nahezu unisono für zulässig erachtete.³

² Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum nur Böse, JZ 2022, 1048; Brodowski, StV 2022, 364; Cornelius, NJW 2022, 1546; Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449; dies., StV 2022, 130; Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655; Rückert, NStZ 2022, 446; Wahl, ZIS 2021, 452; Zimmermann, ZfStW 2/2022, 173.

³ Vgl. HansOLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21; OLG Köln, Beschl. v. 31.3.2021 – 2 Ws 118/21; OLG Rostock, Beschl. v. 11.5.2021 – 20 Ws 121/21; OLG Rostock, Beschl. v. 23.3.2021 – 20 Ws 70/21; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.7.2021 – III 2 Ws 96/21; OLG Celle, Beschl. v. 12.8.2021 – 2 Ws 250/21; KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 79/21, 93/21; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21; OLG Nürnberg, Beschl. v. 16.11.2021 – Ws 1069/21; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 26.7.2021 – 2 Ws 94/21 (S); Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 9.8.2021 – 2 Ws 113/21 (S); Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 16.12.2021 – 2 Ws 197/21.

Einzig das LG Berlin sah sich an der Verwertung der EncroChat-Daten gehindert.⁴

Nachdem der 6. Strafsenat des BGH bereits im Februar 2022 in einem obiter dictum die Zulässigkeit der Verwertung angedeutet hatte, entschied der 5. Strafsenat am 2.3.2022, dass eine Verwertung der EncroChat-Daten zulässig sei.⁵ Der Senat erkannte dabei die Intensität des Eingriffs an. In einem rein nationalen Kontext würde dies über die qualifizierten Voraussetzungen der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme berücksichtigt. Da es sich hier um eine französische Maßnahme handle, sei dies jedoch nicht möglich. Auch sei Art. 6 Abs. 1 lit. b der EU-Richtlinie 2014/41 über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL EEA),⁶ nach dem eine EEA nur erlassen werden darf, wenn u.a. die in der EEA angegebene Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätte angeordnet werden können, nicht anwendbar, da die Daten bereits nach französischem Recht erhoben worden waren, es also nicht um die Anordnung der Beweiserhebung, sondern allein um den Beweistransfer ging. Stattdessen seien, so der BGH, mögliche Unterschiede in den Eingriffsvoraussetzungen auf Ebene der Beweisverwertung zu kompensieren. Dabei sei um „jede denkbare Benachteiligung auszuschließen“, die Verwendungsschranke mit dem höchsten Schutzniveau, namentlich § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO, fruchtbar zu machen.⁷ Dieser sei zwar nicht unmittelbar anwendbar, da es sich um nach französischem Recht erhobene Daten handle, doch sei die in dieser Norm verkörperte Wertung heranzuziehen. Gemeint sind damit die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisierenden einschränkenden Voraussetzungen in § 100b Abs. 1 StPO. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach dieser Maßgabe sei dabei „auf den Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Verwertbarkeit der Beweisergebnisse“ abzustellen.⁸ Nach diesen Maßgaben sei die Verwertung der EncroChat-Daten zulässig.

Etwa zwei Jahre später befasste sich der EuGH mit dem EncroChat-Komplex, auf Vorlage des LG Berlin, das wesentliche europarechtliche Fragen für ungeklärt erachtete.⁹ Der EuGH entschied, dass Art. 6 Abs. 1 lit. b der RL EEA entgegen der Auffassung des BGH doch zur Anwendung komme. Gegenstand der hypothetischen Prüfung sei jedoch nicht die Anordnung der Datenerhebung, sondern, da die Daten bereits vorlägen, die Übermittlung: Solange die Staatsanwaltschaft in einem vergleichbaren rein innerdeutschen Verfahren die Übermittlung bereits erhobener Beweise anordnen dürfe, gelte dies – im unionsrechtlichen, auf gegenseitigem Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten beruhenden Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – auch in grenzüberschreitenden Konstellationen. Damit verweist auch

der EuGH, wie schon der BGH, auf inländisches Recht. Anders als vom BGH vertreten kommt es nach dieser Auffassung auf den Zeitpunkt der Rechtmäßigkeitsprüfung bei Erlass der EEA zur Übermittlung der Daten an.

Ein halbes Jahr nach dem EuGH äußerte sich schließlich auch noch das BVerfG.¹⁰ Das Gericht wies die u.a. gegen den skizzierten Beschluss des BGH gerichtete Verfassungsbeschwerde bereits als unzulässig ab. In einem obiter dictum erkannte das Gericht die unterschiedlichen Ansätze von BGH und EuGH zur Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA auf Beweismittel, die sich bereits im Besitz der ausländischen Behörde befinden und damit auch den unterschiedlichen Prüfungszeitpunkt. Diese Unterschiede im Zugriff seien jedoch unerheblich und änderten an dem vom BGH gefundenen Ergebnis der Verwertbarkeit der Daten nichts, da der BGH im Rahmen des Rückgriffs auf die Wertungen des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO das gleiche Prüfprogramm anwende wie es nach der nun vom EuGH geforderten Anwendung über Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA erforderlich sei. Die Heranziehung der restriktivsten Verwendungsschranke sei verfassungsrechtlich jedenfalls nicht zu beanstanden.

Damit schien die Sache – nach Befassung von BGH, EuGH und BVerfG – aller Kritik aus der Wissenschaft zum Trotz durchentschieden und vom Tisch.

III. Runde zwei: Konsumcannabisgesetz

1. Geänderte Rechtslage und Heterogenität obergerichtlicher Entscheidungen

Die zweite Runde der Diskussion um die Verwendung und Verwertung von EncroChat-Daten wurde durch das am 1.4. 2024 in Kraft getretene Konsumcannabisgesetz eingeläutet.¹¹ Das Gesetz ändert die Rechtslage dahingehend, dass die hier relevanten Taten – Handel mit Cannabisprodukten in nicht geringer Menge – kein Verbrechen nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG mehr sind, sondern Vergehen nach § 34 Abs. 1 und 3 KCanG. Und damit sind sie, entscheidend, auch keine Katalogtat des § 100b StPO mehr.¹²

Damit war die Frage aufgeworfen, was dies in einschlägigen Verfahren, also in Verfahren, in denen es um Handel mit Cannabisprodukten ging, der nunmehr strafrechtlich nur als Vergehen etc. zu bewerten ist, für die Verwendung und Verwertung der EncroChat-Daten bedeutet. Zu dieser Frage war sich nun auch die Rechtsprechung nicht mehr so einig wie in Runde eins.

Manche Oberlandesgerichte hielten die EncroChat-Daten in den einschlägigen Verfahren trotz geänderter Rechtslage für verwertbar, stützten dies jedoch auf unterschiedliche rechtliche Argumentation. So wurde zum Teil darauf abgestellt, dass es, anders als vom BGH in seiner Grundsatzentschei-

⁴ LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21).

⁵ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21 = BGHSt 67, 29.

⁶ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014, ABl. EU 2014 Nr. L 130 v. 1.5.2014.

⁷ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 69.

⁸ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 70.

⁹ EuGH, Urt. v. 30.4.2024 – C-670/22.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 1.11.2024 – 2 BvR 684/22.

¹¹ Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis (Konsumcannabisgesetz – KCanG), BGBl. I 2024 Nr. 109.

¹² Nach § 100b Abs. 2 Nrn. 5a und 5b StPO sind allein die gewerbsmäßige Ab- und Weitergabe an Minderjährige, der bandenmäßige und der bewaffnete Umgang mit nicht geringen Mengen Cannabisprodukten als besonders schwer i.S.d. §§ 100b, 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO anzusehen.

dung aus dem März 2022 angenommen, entscheidend nicht auf den Zeitpunkt der Beweisverwertung ankomme, sondern auf den Zeitpunkt, in dem die Beweismittel Eingang in das Strafverfahren gefunden haben, mithin auf den Zeitpunkt der Erlangung der Daten, zu dem das Konsumcannabisgesetz noch nicht galt.¹³ Und wie bei einer Änderung der tatsächlichen Sachlage führe auch eine Änderung der Rechtslage nicht zu einer Unverwertbarkeit der Beweismittel. Andere Gerichte beließen es bei dem Prüfungszeitpunkt der Verwertung der Daten, deuteten aber die französische Ermittlungsmaßnahme in den Kategorien der StPO anders- bzw. um:¹⁴ Zwar habe der BGH auf die Norm mit dem höchsten Schutzniveau abgestellt, § 100e Abs. 6 StPO i.V.m. § 100b StPO, um jede denkbare Benachteiligung auszuschließen, dies sei rechtlich aber nicht zwingend. Vielmehr könnten „niedrigschwelligere Verwertungsregelung[en]“ herangezogen werden, da die französische Maßnahme weniger an eine Online-Durchsuchung erinnere, es sich bei den EncroChat-Daten vielmehr um qualifizierte Telekommunikationsdaten handle, so dass die Verwertung anhand § 479 Abs. 2 S. 1 StPO i.V.m. § 161 Abs. 3 StPO und damit an den Wertungen des § 100a StPO zu messen sei. In dem hier weniger restriktiv ausgestalteten Katalog seien auch Straftaten nach § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 KCanG erfasst.

Überwiegend lehnten die Oberlandesgerichte die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten unter Verweis auf die Grundsatzentscheidung des BGH hingegen ab: Hier wurde durchweg darauf abgestellt, dass bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Wertungen der § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO i.V.m. § 100b StPO entscheidend seien und zwar, wie vom BGH vertreten, zum Zeitpunkt der Verwertbarkeit der Daten.¹⁵ Da nach Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes am 1.4. 2024 die Katalogtat abhandengekommen sei, sei das geforderte Schutzniveau jedoch unterschritten, die Verwertung der Daten unzulässig.

Auch das LG Berlin vertrat diese Auffassung und sprach den Angeklagten von den Vorwürfen des Handeltreibens mit Cannabisprodukten im Kilobereich, also in nicht geringer Menge, im April und Mai 2020 frei, da der Tatnachweis mit prozessual zulässigen Mitteln nicht zu führen sei. Gegen diese Entscheidung legte die Staatsanwaltschaft Revision ein. Es liege ein Verstoß gegen § 261 StPO vor, weil die Kammer in der Hauptverhandlung erhobenes Beweismaterial nicht verwertet habe, obwohl insoweit kein Verwertungsverbot vorliege.

¹³ Bspw. HansOLG Hamburg, Beschl. v. 13.5.2024 – 1 Ws 32/24.

¹⁴ Bspw. OLG Celle, Beschl. v. 9.7.2024 – 3 Ws 55/24, Rn. 34; OLG Koblenz, Beschl. v. 26.8.2024 – 5 Ws 489-490/24, Rn. 36 ff., 48 ff.

¹⁵ Bspw. KG, Beschl. v. 30.4.2024 – 5 Ws 67/24, 121 GWs 38/24; OLG Köln, Beschl. v. 6.6.2024 – 2 Ws 251/24; OLG Köln, Beschl. v. 25.10.2024 – 2 Ws 589/24; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.7.2024 – 3 Ws 221/24.

2. Das Urteil des BGH

Der BGH, konkret der 5. Strafsenat, hatte nun also erneut über die Verwendbarkeit und Verwertbarkeit der EncroChat-Daten zu entscheiden.¹⁶ Der Senat blieb dabei, wohl wenig überraschend, verwendungs- und verwertungsaffin.

Nach der ausführlicheren Darstellung der rechtlichen Vorgeschichte, ist die Begründung schnell referiert: Der Senat sah sich insofern zu einer Rechtsprechungsänderung verpflichtet, als er nach Art. 267 AEUV an die Rechtsprechung des EuGH und dessen Auslegung der RL EEA gebunden ist.¹⁷ Damit geht nun auch der BGH in Fällen, in denen es um die reine Übermittlung von aus dem Ausland nach dortigem Recht erhobenen und damit bereits vorliegenden Beweisen von einer Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA aus, die Verhältnismäßigkeitsprüfung sei, auch insofern liegt eine Rechtsprechungsänderung vor, zum Zeitpunkt des Erlasses der EEA, d.h. der Datenanforderung und -übermittlung, vorzunehmen.¹⁸ Im Übrigen richte sich die Rechtmäßigkeit der Beweisübermittlung aber weiterhin nach innerstaatlichem Recht.

Da zum Zeitpunkt des Erlasses des EEA das KCanG noch nicht in Kraft war, waren die hier in Frage stehenden Taten nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG strafbar und Katalogtat des § 100b Abs. 2 StPO. Die Änderung der Rechtslage im weiteren Verlauf des Verfahrens ändere an der Rechtmäßigkeit auch der Verwertung nichts.¹⁹ Dass zu diesem Zeitpunkt des Erlasses der EEA kein spezifischer Tatverdacht vorgelegen habe, sei unschädlich, schließlich seien alle Nutzer des EncroChat-Geschäftsmodells der Begehung schwerer Straftaten verdächtig, zudem könnten bei der Prüfung der Verdachtslage die übermittelten Daten selbst Berücksichtigung finden.²⁰

IV. Bewertung und Ausblick

Trotz in Kraft treten des Konsumcannabisgesetzes und damit trotz Änderung der Rechtslage zwischen Anforderung und Übermittlung der EncroChat-Daten und ihrer Verwendung und Verwertung im Verfahren bleibt also alles beim Alten: Die EncroChat-Daten bleiben in deutschen Strafverfahren verwertbar.

Mit Blick auf die Katalogtatproblematik dürfte dem BGH die verbindliche Auslegung des EuGH die von diesem festgestellte Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA und die damit einhergehende Verschiebung des relevanten Prüfungszeitpunkts durchaus gelegen gekommen sein. Insofern ist auch nichts gegen das Urteil des BGH einzuwenden. Zu den zwei entscheidenden Rechtsfragen bleiben die Ausführungen des BGH jedoch dünn.

Zum einen lässt sich sicher ausführlicher diskutieren, inwieweit sich eine Änderung der Rechtslage im Sinne des Wegfalls der Katalogtat nach Übermittlung der Daten auf die Verwertung auswirkt. Schließlich hat der Gesetzgeber mit

¹⁶ BGH, Urt. v. 30.1.2025 – 5 StR 528/24 m.Anm. Rohwer, MMR 2025, 430.

¹⁷ BGH, Urt. v. 30.1.2025 – 5 StR 528/24, Rn. 35.

¹⁸ BGH, Urt. v. 30.1.2025 – 5 StR 528/24, Rn. 35.

¹⁹ BGH, Urt. v. 30.1.2025 – 5 StR 528/24, Rn. 39.

²⁰ BGH, Urt. v. 30.1.2025 – 5 StR 528/24, Rn. 36.

dem KCanG geregelt, dass *diese* Art von äußerst intensiven Grundrechtseingriffen bei *diesen* Straftaten von der Rechtsordnung nunmehr gar nicht mehr getragen, sondern generell als unverhältnismäßig angesehen werden.²¹

Zum anderen und im Kern liegt die Problematik freilich an anderer Stelle. Über die nun vom BGH vorgenommene Verschiebung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den Zeitpunkt der Datenanfrage und -übermittlung und damit den Zeitpunkt Zweckumwidmung gelangt man zurück zur ursprünglichen Diskussion zum qualifizierten (Individual-)Tatverdacht. Dass die Verdachtslage zum Zeitpunkt der Verwertung der EncroChat-Daten eine andere ist als zum Zeitpunkt der Anordnung ihrer Übermittlung, liegt schon allein aufgrund der Streubreite der französischen Maßnahme auf der Hand. Auch hierzu sind die Ausführungen im Urteil mager. Der Verweis des *Senats* auf „erhebliche konkrete Verdachtsmomente hinsichtlich der Begehung schwerwiegender Straftaten“ allein durch die Nutzung der EncroChat-Mobiltelefone vermag in dieser Entscheidung genauso wenig zu überzeugen wie in der Vergangenheit. Selbst wenn man annähme, dass sich hieraus ein strafprozessualer Anfangsverdacht ergäbe, was im Schrifttum abgelehnt wird,²² kann jedenfalls kein qualifizierter Tatverdacht begründet werden, wie er für die Online-Durchsuchung erforderlich ist.²³ Auch der vom BGH vorgebrachte Verweis auf die Berücksichtigung der Daten selbst bei Konkretisierung der Verdachtslage überzeugt nicht, auch weil der BGH hier auf seine Grundsatzentscheidung aus dem März 2022 verweist, hier ja aber nach Auffassung des Gerichts gerade ein anderer, späterer Zeitpunkt – die Informationslage im Verwertungszeitpunkt – maßgeblich war.²⁴ Dass sich die (qualifizierte) Verdachtslage hier aus den zuvor übermittelten Daten ergeben kann, ist eine andere Frage als jene, ob für die Frage der Rechtmäßigkeit der Übermittlung und damit die Frage der Verdachtslage bereits auf die noch zu übermittelnden Daten abgestellt werden kann. Zum Zeitpunkt des Erlasses der EEA konnte ein qualifizierter Tatverdacht bzgl. einer Katalogtat (§ 100b Abs. 2 StPO), die auch im Einzelfall besonders schwer wiegt (§ 100b Abs. 1 Nr. 2 StPO), nicht begründet werden. Ist mangels qualifizierten Tatverdachts die Verwendung der EncroChat-Daten rechtswidrig, stellt sich in der Folge die Frage nach der Verwertbarkeit.²⁵

Auch wenn sich der *I. Strafsenat* am 30.4.2025 der vorliegenden Entscheidung angeschlossen hat,²⁶ ist diese Frage möglicherweise einer Runde drei vorbehalten.

*Prof. Dr. Julia Geneuss, LL.M. (NYU), Potsdam**

²¹ So auch *Lödden/Mania*, HRRS 2025, 11.

²² *Derin/Singelnstein*, StV 2022, 130 (134), bezeichnen die französische Maßnahme als „anlasslose Massenüberwachung“. Vgl. auch *Rohwer*, MMR 2025, 430 (432).

²³ *Zimmermann*, ZfStW 2/2022, 173 (182); *Rohwer*, MMR 2025, 430 (432).

²⁴ Der BGH verweist auf BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 70.

²⁵ *Rohwer*, MMR 2025, 430 (432).

²⁶ BGH, Urt. v. 30.4.2025 – 1 StR 349/24.

* Die *Autorin* ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam.