

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. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambros, 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

4/2026

5. Jahrgang

S. 202–279

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Moralschutz als indirekter Rechtsgüterschutz?
Grenzen der Kriminalisierungsgewalt des Gesetzgebers aus Anlass der Sexpuppen-Entscheidung
des Bundesverfassungsgerichts
Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luís Greco (LL.M.), Berlin 202
- § 171 StGB bei IS-Rückkehrern: Selektive Verfolgung oder Fallmangel?
Methodenkritische Anmerkungen zu Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68
Von Rechtsanwalt Dr. Tarig Elobied, Berlin 212

Strafprozessrecht

- Retrograde biometrische Fernidentifizierung und europäisches Strafverfahrensrecht
KI-Verordnung, JI-Richtlinie und der deutsche Reformdiskurs als Fallstudie unionsrechtlicher
Vorrangung
Von Rechtsanwalt Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), MBA (Oxford),
St. Gallen 221
- Manipulierte Strafverfahren
Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Endrik Wilhelm, Radebeul 233

Völkerstrafrecht

- Jurisdiktionsgewalt der Spruchgerichte zur Aburteilung und Bestrafung des
Organisationsverbrechens in der britischen Besatzungszone
Von Dr. Mehmet Arslan, LL.M., Köln 243

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

- BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25
(Verfassungsmäßigkeit von § 353d Nr. 2 StGB und Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK)
(Prof. Dr. Jörg Eisele, Tübingen) 254

Wirtschaftsstrafrecht

- BGH, Beschl. v. 30.4.2025 – 1 StR 39/25
(Konkurrenzverhältnis im Steuerstrafrecht)
(Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig) 259

Internationales Strafrecht

- BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24
(Drohende Einziehung zum Militär trotz Kriegsdienstverweigerung als Auslieferungs-
hindernis in Kriegszeiten [Ukraine])
(Prof. Dr. Martin Böse, Bonn) 264

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. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. 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

4/2026

5. Jahrgang

S. 202–279

Inhalt (Forts.)

BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25 (Zur strafrechtlichen Aufarbeitung der Nord-Stream-Sprengungen – Deutsche Strafgewalt, Grenzen der Funktionsträgerimmunität und Schädigungsrecht im bewaffneten Konflikt) (Prof. Dr. Nella Sayatz, Frankfurt [Oder])	271
---	-----

BUCHREZENSIONEN

Strafprozessrecht	
Thomas Rotsch/Frank Saliger/Michael Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar StPO, Strafprozessordnung mit GVG, EGVG, Bd. 1 und 2, 2025 (Generalstaatsanwalt Dr. Thomas Harden, Köln)	278

Moralschutz als indirekter Rechtsgüterschutz?

Grenzen der Kriminalisierungsgewalt des Gesetzgebers aus Anlass der Sexpuppen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luís Greco (LL.M.), Berlin*

In seiner Entscheidung vom 21. Mai 2026, die am 2. Juli 2026 publiziert wurde,¹ hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschrift des § 184I StGB, die das Inverkehrbringen, den Erwerb und den Besitz von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild zum Gegenstand hat, bestätigt. Die folgenden Überlegungen verstehen sich als Kritik des neuen Urteils, möchten sich hierauf nicht beschränken, sondern aus ihm Impulse gewinnen auch und gerade im Sinne einer Selbstkritik der Strafrechtswissenschaft. Es liegt nicht lediglich am Verfassungsrecht, sondern nicht zuletzt an dem von der liberalen Strafrechtswissenschaft vorgelegten begrifflichen Instrumentarium, dass es möglich werden konnte, aus den Prämissen des strafrechtlichen Liberalismus genau die moralistischen Konsequenzen zu schlussfolgern, die dem liberalen Strafrecht seit seiner Konzeption immer zuwider waren.

I. Einleitendes

Die Lektüre der Sexpuppen-Entscheidung hinterlässt, insbesondere im Vergleich mit der Inzest-Entscheidung von 2008, einen ambivalenten Eindruck. Einerseits verfällt man jetzt nicht dem Sündenfall der Inzest-Entscheidung, der gerade hierfür massive Kritik zuteilwurde,² sich für einen Einsatz des Strafrechts zum Schutze herrschender Moralvorstellungen auszusprechen,³ sondern scheint sich – wie bereits in der Selbsttötungsbeihilfe-Entscheidung von 2020 mehr als nur angedeutet⁴ – im Sinne eines strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes zu positionieren.⁵ Andererseits ist die der Entschei-

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, ausländisches Strafrecht und Strafrechtstheorie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22; abrufbar unter

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2026/05/rs20260521_2bvr109622.html.

² Hervorgehoben seien *Roxin*, StV 2009, 544 und *Greco*, ZIS 2008, 234; vgl. i.Ü., mit umf. Nachw. (auch zu den Befürwortern) *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 44a; vgl. aber noch unten Fn. 44.

³ BVerfGE 120, 224 (248 f.): Berufung auf eine „kulturhistorisch begründet[e], nach wie vor wirksam[e] gesellschaftlich[e] Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes“.

⁴ BVerfGE 153, 182 (271 Rn. 234), mit Berufung auf das Sondervotum von Richter *Hassemer* zum Inzest-Urteil (BVerfGE 120, 224 [264 f.]); auf dieses Sondervotum beruft sich auch BVerfG NJW 2023, 3072 (3077 Rn. 70) zum Cannabisverbot.

⁵ Andere Lesart in der italienischen Besprechung von *Gatta*, Sistema Penale v. 9.7.2026, Abs. 3, abrufbar unter <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/offensivita-e-proporzionalita-al-banco-di-prova-di-un-interessante-caso-tesesco-constituzionalmente-legittimo-punire-la->

dung zugrundeliegende Rechtsgutslehre mit einer Reihe von Zusatzannahmen verbunden, die im Ergebnis dazu führen, dass zwischen dem illiberalen Schutz von Moralvorstellungen⁶ und dem Rechtsgüterschutz kaum eine spürbare Differenz mehr existiert. Diese Ambivalenz wird nirgendwo besser als in dem von Richter *Offenloch* verfassten Sondervotum sichtbar, das weniger die abstrakten Maßstäbe als ihre konkrete Handhabung für problematisch erachtet.⁷ Es drängt sich damit aber die Frage auf, ob die dem Sondervotum zugrundeliegende Lesart der Mehrheitsauffassung nicht doch zu wohlwollend ist; ob nämlich abstrakte Maßstäbe, die sich in concreto falsch handhaben lassen, sich nicht bereits durch die erwiesene Möglichkeit der falschen Handhabung als unzulänglich zu erkennen geben.

Nach einer knappen Sichtung der Entscheidung (II.) ist auszuarbeiten, dass ihr in vorsichtiger, subtiler Abweichung zur Inzest-Entscheidung durchaus eine Rechtsgutslehre zugrundeliegt (II. 1.), aber eine, deren kritische Schlagkraft durch eine Reihe von Zusatzannahmen neutralisiert wird, so dass sie sich im Ergebnis von der moralistischen Gegenposition kaum mehr nennenswert zu unterscheiden vermag (II. 2.). Einer Zwischenreflexion über die demgegenüber angezeigte Reaktionsweise, die vor allem an den Wert des strafrechtlichen Liberalismus und der mit ihm verbundenen Rechtsgutslehre erinnert (III.), folgt der Versuch, die Schneidigkeit dieser Lehre durch eine Herausforderung der einzelnen Neutralisierungsmechanismen wieder zu gewinnen (IV.). Zuletzt wird auch daran appelliert, das Kriminalisierungsbegrenzungspotenzial des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht unausgeschöpft zu lassen (V.).

II. Die Entscheidung

1. Erste Annäherung

Die verfahrensgegenständliche Strafbestimmung des § 184I StGB ist durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16. Juni 2021, verkündet am 22. Juni 2021,⁸ mit Wirkung zum 1. Juli 2021 eingeführt worden. Ihr Tatobjekt sind die in der Überschrift genannten Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild (CLSD – child-like sex dolls), die durch die Merkmale der „körperlichen Nachbildung eines Kindes oder eines Körperteiles eines Kindes, die nach ihrer Beschaffenheit zur Vornahme sexueller

[commercializzazione-e-luso-di-bambole-sessuali-dallaspetto-infantile](#) (15.7.2026).

Ausf. zu BVerfG und Rechtsgutslehre *Greco*, ZStW 137 (2025), 211 (229 ff.).

⁶ Zum Verhältnis von strafrechtlichem Liberalismus und Moralschutz näher unten III. 1., 3.

⁷ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 1.

⁸ BGBl. I 2021, S. 1810.

Handlungen bestimmt ist“ legaldefiniert werden (Abs. 1 S. 1 Nr. 1). Abs. 1 umschreibt die Tathandlungen auf Anbieterseite, denen die Vorschrift eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe androht: Derartige Objekte dürften weder hergestellt, angeboten oder beworben werden (Abs. 1 S. 1 Nr. 2); mit ihnen darf kein Handel getrieben, noch dürfen sie in Deutschland zu diesem Zweck verbracht werden (Nr. 2); auch dürfen sie nicht veräußert, abgegeben oder sonst in Verkehr gebracht werden (Nr. 3). Absatz 2 betrifft die Verbraucherseite, für die ein milderer Strafmaß von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe angedroht ist: Als Tathandlungen sind das Erwerben, Besitzen sowie das von diesen Zwecken getragene Verbringen nach Deutschland vorgesehen.

Zwei Menschen mit erklärter pädophiler Neigung erhoben gegen dieses Strafgesetz Verfassungsbeschwerden,⁹ mit verschiedenen Argumenten, die nicht alle erörtert werden sollen. Das Gericht erblickt in der Strafvorschrift durchaus einen Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG,¹⁰ wenn auch nicht in den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung, der keiner Abwägung zugänglich sein soll; vielmehr weist das inkriminierte Verhalten wegen der vom Gesetzgeber angenommenen Gefährdung von Kindern einen Sozialbezug auf.¹¹

Der Eingriff wird am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips geprüft.¹² Als legitime Zwecke nennt das Gericht erstens die bereits vom Gesetzgeber angesprochene Überlegung, dass die Vornahme der kriminalisierten Verhaltensweisen die Hemmschwelle zur sexualisierten Gewalt gegen Kinder absenke, so dass es letztlich um den Schutz von Kindern gehe;¹³ zweitens handele es sich darum, einer ansonsten zu befürchtenden Normalisierung sexueller Handlungen an Kindern entgegenzutreten,¹⁴ also vor den Augen der Gesellschaft zu bekräftigen, dass Kinder keine Objekte sexueller Befriedigung seien, so dass sogar die Menschenwürde der Kinder geschützt werde.¹⁵

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung beschäftigt sich das Gericht – wie vor ihm die das Gesetz seit seiner Konzipierung begleitende Diskussion¹⁶ – schwerpunktmäßig mit der

empirischen Frage, ob die vom Gesetzgeber beschworene Gefahrenlage überhaupt existent sei – ins Dogmatische: Ob die Strafvorschrift geeignet und erforderlich sei, diese Gefahrenlage zu bekämpfen, und ob sie angesichts der Ungewissheiten noch angemessen sei. Das Gericht entwickelt verfassungsrechtliche Maßstäbe zum Umgang mit Nichtwissen,¹⁸ spricht dem Gesetzgeber im Ergebnis eine sehr weitgehende Einschätzungsprärogative (im Sinne einer Selbstbeschränkung des Gerichts auf eine bloße „Vertretbarkeitskontrolle“) zu.¹⁹ Zwar wiege der Eingriff schwer;²⁰ dennoch lägen auf der gegenüberliegenden Seite „Rechtsgüter von herausragender Bedeutung“ vor, zudem habe sich der Gesetzgeber „an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert“.²¹ Insgesamt erweise sich der Eingriff als geeignet, erforderlich und angemessen, somit als verfassungsrechtlich legitim.²²

Die Entscheidung, die noch die weiteren Rügen des Beschwerdeführers wegräumt,²³ ist mit 6:2 Stimmen ergangen. Richter *Offenloch* veröffentlicht hierzu ein Sondervotum, in dem er die Vorschrift als „Moralgesetzgebung ohne hinrei-

ausgewählten Staaten, WD 7 - 3000 – 072/20, S. 11 f.; die Stellungnahmen in den Anhörungen vor dem BT (abrufbar: <https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2020/kw50-pa-recht-schutz-kinder-808830> [16.7.2026])

von *Hörnle*, S. 23; *Kinzig*, S. 17; *Lederer*, S. 2 ff.; *Eisele*, S. 9 Fn. 19 (vorsichtig); sowie von der BRAK, S. 4, und dem *djb*, S. 7; die befürwortende Stellungnahme von *Bussweiler*, S. 15, spricht zugegeben von einem aus der Verfolgungserfahrung gewonnenen „Eindruck“; vgl. zudem ASJ NRW, Stellungnahme v. 21.12.2020

(<https://www.asjnrw.de/2020/12/21/asj-nrw-unterstuetzt-expertinnenkritik-am-gesetzesentwurf-zur-beka%CC%88mpfungsexualisierter-gewalt-gegen-kinder-bt-drucksache-19-23707-und-fordert-spd-bundestagsfraktion-auf-den-g/> [16.7.2026]), IV.;

Lederer, StV 2021, 322 (328 f.). Nach dem Inkrafttreten seitdem *Gropp*, in: Beisel u.a. (Hrsg.), Die Kriminalwissenschaften als Teil der Humanwissenschaften, Festschrift für Dieter Dölling zum 70. Geburtstag, 2023, S. 253 (262 ff.); *Lederer*, StV 2025, 139 (140, 143 ff., auch mit Verwertung neuester Studien).

¹⁷ Insb. BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 107–109, 114–122 ff.; teilw. auch Rn. 129–137.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 107 ff.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 115 ff.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 116, 134.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 117; s.a. Rn. 135.

²² BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 103–137.

²³ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 138–159.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 27 ff.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 91, 93 ff.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 92.

¹² BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 98 ff.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 110 ff.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 123 ff.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 124 ff.

¹⁶ Man siehe während des Gesetzgebungsverfahrens: [Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Die rechtliche Regulierung kinderähnlicher Sexpuppen, Rechtslage in](#)

chend rationale Grundlage“ disqualifiziert.²⁴ In seiner Kritik bemüht er sich, wie schon eingangs erwähnt, darzulegen, dass er weniger die abstrakten Maßstäbe als deren konkrete Handhabung für verkehrt hält.

2. Rechtsgüterschutz oder Moralschutz? Sexpuppen gegen Inzest

Wie bereits angedeutet, verfährt das BVerfG immerhin besser als bei der Inzest-Entscheidung, und dies nicht lediglich, weil es sich diesmal nicht im Sinne eines offenen Strafrechtsmoralismus ausspricht, sondern auch weil es in der Angemessenheitsprüfung davon absieht, die Schwere des Eingriffs mit dem Argument zu bagatellisieren, es würden nur wenig Menschen die Neigung verspüren, das inkriminierte Verhalten vorzunehmen.²⁵

Nicht nur verschreibt sich das BVerfG nicht einem offenen Strafrechtsmoralismus; es macht sich sogar weitestgehend die Rechtsgutslehre in einer zentralen Passage zu eigen und integriert diese in seine Verhältnismäßigkeitsprüfung, insofern ganz im Sinne einer in der strafrechtlichen Literatur verbreiteten Anregung, sie als strafrechtsspezifische Konkretisierung des „legitimen Zwecks“ anzusehen.²⁶ Ich zitiere die einschlägigen zentralen Passagen:²⁷ „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 88, 203

<257 f.>; 90, 145 <172>; 96, 10 <25>; 120, 224 <239 f.>). Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen (vgl. BVerfGE 80, 244 <255> m.w.N.; 90, 145 <173>; 120, 224 <240>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 5. August 2020 - 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19 -, Rn. 37). Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei (vgl. BVerfGE 50, 142 <162>; 120, 224 <240>).“ Diese Zitate sollen eine Kontinuität insbesondere auch zur Inzest-Entscheidung belegen, mit welcher das Urteil in Wahrheit teilweise bricht.

Um es genauer darzulegen: Zwar befindet sich der wiedergegebene Passus nahezu wortgleich in der Inzest-Entscheidung.²⁸ Das Interessante ist aber das, worauf nicht mehr verwiesen wird: auf die ausdrückliche Zurückweisung der Rechtsgutslehre, die zwei Seiten später erfolgte. „Strafnormen unterliegen von Verfassungs wegen keinen darüber hinaus gehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten.“²⁹ Zwar hätte das Gericht bei einem derart „modernen“ Gegenstand wie kindesähnlichen Sexpuppen nicht auf eine „kulturhistorisch begründet[e], nach wie vor wirkkraftig[e] gesellschaftlich[e] Überzeugung von der Strafwürdigkeit“³⁰ des inkriminierten Verhaltens abstellen können; dennoch hätte es nahegelegen, die Vorschrift mit einem Hinweis auf Vergleichbares zu rechtfertigen, auf eine allgemein geteilte gesellschaftliche Überzeugung, die sich wohl hätte feststellen lassen, wenn man nur nach ihr gefragt hätte. Auf ein solches Argument wird nicht verwiesen, nicht einmal hilfsweise (ob das moralistische Argument auch in der Inzest-Entscheidung nicht eher – nach einer wohlwollenderen, unter Strafrechtlern freilich wenig verbreiteten Lektüre – die Rolle einer Hilfsüberlegung spielt, sei dahingestellt). Stattdessen ordnet das Gericht die zu prüfende Strafvorschrift in solche Gesetze ein, „mit denen der Gesetzgeber von ihm angenommenen Gefahrenlagen für die Allgemeinheit oder für Rechtsgüter Einzelner begegnen will“,³¹ und beschäftigt sich über viele Randnummern hinweg mit der empirischen Basis dieser Gefahreinschätzung. Wer sich mit moralischer Verwerflichkeit begnügt, muss sich diese Mühe nicht machen.

3. Rechtsgüterschutz als Moralschutz: Neutralisierungsmechanismen

a) Bis zu diesem Punkt hätte ein unbefangener, hypothetischer Leser, der den in den Leitsätzen zum Urteil vorkommenden „Spoiler“ noch nicht gesehen hätte, die Erwartung hegen können, die Entscheidung würde im Ergebnis genau umgekehrt ausgehen. Bis zu diesem Punkt hätten wohl auch alle, die die Vorschrift mit Berufung auf liberale Prinzipien

²⁴ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 1.

²⁵ „Es spricht viel dafür, dass aufgrund einer Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen sind.“ (BVerfGE 120, 224 [252]; zutreffend Kritik im Sondervotum von *Hassemer* [273]). Ob diese zweite durchaus positiv zu veranschlagende Abweichung aus dem an sich einschlägigen Grund erfolgte, dass jede Kriminalisierung für denjenigen, in dessen Lebensgestaltung sie eingreift, ein erheblicher Eingriff ist, oder lediglich der empirischen Zufälligkeit geschuldet ist, dass sich das Gericht über das zahlenmäßige Vorkommen von Sexpuppenanbietern und -konsumenten nicht im Klaren war – so wenig können Letztere gar nicht sein, ansonsten wäre es aus der aufwändigen Herstellung kein Geschäft zu machen – sei dahingestellt.

²⁶ Im Sinne dieser Integration *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 2 Rn. 92a mit zahlreichen Nachw. Insofern lässt sich die Entscheidung auch als Absage an die seitens einiger Rechtsgutskritiker unter dem Sogwind des Inzest-Urteils aufgestellte Entgegensetzung von Rechtsgutslehre und Grundrechtsdogmatik verstehen (so insb. *Stuckenberg*, GA 2011, 653: „Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre“).

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 100.

²⁸ BVerfGE 120, 224 (238 f.).

²⁹ BVerfGE 120, 224 (241).

³⁰ BVerfGE 120, 224 (247 f.).

³¹ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 107.

der Strafrechtsbegrenzung ablehnen,³² im Wesentlichen mitgehen können. Auch Richter *Offenloch* meldet bis hierhin keine Bedenken. Dass das Entscheidungsergebnis aber den hypothetischen Leser, die Kritiker aus der Strafrechtswissenschaft sowie Richter *Offenloch* sodann enttäuscht, liegt daran, dass es in der Folge einige Zusatzannahmen einfügt, die jeden in diesen Sätzen enthaltenen liberalen Impetus im Ergebnis doch zu neutralisieren vermögen.

Es scheint genau das eingetreten zu sein, wovor schon in der Strafrechtswissenschaft gewarnt worden war: Liberale strafrechtliche Maßstäbe werden auf die Verfassung zurückgeführt, in der Hoffnung, ihre Wirksamkeit zu stärken; dabei verändern sie aber ihren Gehalt, so dass von ihrer strafrechtsbegrenzenden Kraft wenig übrig bleibt.³³ Die Entscheidung lässt sich somit auch als Lehrprobe für die Aushöhlung liberaler Strafrechtsprinzipien durch Konstitutionalisierung studieren. Es wäre aber verkehrt, sie passiv-resignativ hierauf zu reduzieren; man muss sie zugleich als Anstoß wahrnehmen, sich an einer dem liberalen Kern dieser dem Strafrecht entstammenden, traditioneller Prinzipien gerecht werdenden Konstitutionalisierung aktiv-konstruktiv zu beteiligen. Dies setzt aber voraus, dass die verschiedenen Aushöhlungsmechanismen, derer sich die Entscheidung bedient, als solche erkannt und benannt werden.

³² Vgl. bereits die kritischen Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf in Fn. 16 sowie noch Fn. 40. Aus der heutigen Kommentarliteratur, ebenfalls ablehnend, ganz überwiegend wegen fehlender empirischer Fundierung: *Noltenius*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 184I Rn.1: „Straftatbestand [...], bei dem jede strafrechtliche Rechtfertigung fehlt“; *Werner*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 2024, § 184I Rn. 2: „starke Symbolpolitik“, „erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken“, „Ermittlungsparagraph“; *Renzikowski*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 184I Rn. 2 findet starke Worte („Der Pädophile als Tätertyp – wer sollte sich auch sonst eine Kinder-Sexpuppe beschaffen – muss aus dem Verkehr gezogen werden, bevor er seine finsternen Machenschaften ausführen kann.“) und meldet verfassungsrechtliche Bedenken, resigniert aber im Angesicht der Einschätzungsprärogative (Rn. 3); kritisch zur empirischen Basis auch *Berghäuser*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 184I Rn. 8 ff. (Verfassungsmäßigkeit zweifelhaft); *Papathanasiou*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 184I Rn. 2. Auf die Einschätzungsprärogative beruft sich auch *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 184I Rn. 2, der zuvor das Fehlen empirischer Belege angemerkt hatte (vgl. Fn. 16); unkritisch *Ziegler*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2026, § 184I Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar 31. Aufl. 2025, § 184I Rn. 1.

³³ *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13 (22 ff.).

b) Mir scheint, dass sich in der Entscheidung vier bzw. fünf derartige Aushöhlungsmechanismen ausfindig machen lassen:

aa) Der erste Aushöhlungsmechanismus, der, wie bereits angemerkt, in der Entscheidung sogar im Vordergrund steht, ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Man spricht von Rechtsgütern, nicht von Moralschutz. Das inkriminierte Verhalten verletzt das genannte Rechtsgut aber nicht direkt; auch Gefahren sind und bleiben ungewiss. Dennoch: Der Gesetzgeber geht von ihrer Existenz aus, das Gericht nimmt es hin.

bb) Der zweite Aushöhlungsmechanismus, der in der Entscheidung vorkommt, ist das Normalisierungsargument. Das Argument, das in der Verfassungsrechtsprechung in der Tat nicht zum ersten Mal auftaucht (dazu näher IV. 2.), funktioniert so, dass es die Diskussion über Verbrechen und Strafe von der Ebene der Taten auf die Ebene der Bedeutung erhebt.

cc) Der dritte Aushöhlungsmechanismus ist die Kombination beider Argumente. Wenn sich die Normalisierung bereits ohne Furcht vor empirischer Widerlegung immer behaupten lässt, dann erst recht, wenn es möglich wird, jedem ansatzweise gemeldeten Zweifel die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers entgegenzuhalten.

dd) Der vierte Aushöhlungsmechanismus besteht darin, auf der Gegenseite des Eingriffs besonders wertvolle, in den Worten des Gerichts: „herausragende“ Rechtsgüter zu beschwören, um die es gerade im Strafrecht in aller Regel auch gehen wird. Dieses Argument, das freilich in der Konsequenz der Rechtsgutslehre liegt,³⁴ verkehrt aber das ihr zugrundeliegende liberale Anliegen, weil es dazu führt, das Strafrecht von besonderen Legitimationshürden letztlich zu befreien.

ee) Der fünfte und letzte Aushöhlungsmechanismus wird in der Entscheidung lediglich angedeutet, hat aber das Sprengpotenzial, die gesamte Fragestellung über Grenzen der Kriminalisierungsgewalt des (National-)Gesetzgebers obsolet zu machen. Es handelt sich um eventuelle Pönalisierungspflichten nach Europarecht, die hier noch nicht existieren, was sich aber in nächster Zukunft ändern sollte.³⁵

III. Zwischenbilanz

Das Fazit ist ernüchternd. Die Sexpuppen-Entscheidung ist, insofern sie sich in einem ersten Moment vorsichtig und subtil weigert, den offen strafrechtsmoralistischen Weg der Inzest-Entscheidung einzuschlagen, zwar zu begrüßen. Ihr liberaler Ausgangspunkt wird aber durch eine Reihe von Zusatzannahmen letztlich derart ausgehöhlt bzw. neutralisiert, dass die dem BVerfG durchaus zuzuschreibende Version der Rechtsgutslehre im Ergebnis zum illiberalen Moralschutz kaum einen beachtlichen Unterschied mehr aufweist.

Es stellt sich somit die Frage, wie man sich zu diesem Befund verhalten sollte. Drei Haltungen sind denkbar.

1. a) Zunächst ließe sich das der Entscheidung zugrundeliegende Konzept uneingeschränkt begrüßen. Wenn Moral für Rechtsgüter wichtig ist, dort also wo Rechtsgüter nur durch

³⁴ Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 2 Rn. 12a f. m.w.N.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 23 f.

Bekämpfung moralwidrigen Verhaltens effektiv geschützt werden können, gehe es juristisch betrachtet nicht um Moralschutz, sondern doch allein um Rechtsgüterschutz. Dass am Ende die Schlussfolgerungen des Strafrechtsmoralisten und des Rechtsgutstheoretikers miteinander übereinstimmen, sei Zufall. Die gesamte Argumentation komme ohne die Bezugnahme auf moralische Eigenschaften des zu kriminalisierenden Verhaltens aus, was belege, dass es auf sie gerade nicht ankommt. Es verhalte sich somit genauso wie beim Diebstahl, bei der Vergewaltigung oder beim Totschlag, die ebenfalls alles andere als moralisch vorbildhaft seien, deren Verbot aber nicht damit, sondern mit einer anderen Begründungsmatrix legitimiert wird.

b) Das Problem an diesem Standpunkt ist, dass er sowohl geschichtsvergessen-naiv als auch wenig aufrichtig ist.

aa) Er ist insofern geschichtsvergessen, als der strafrechtliche Moralismus, gegen den die liberale Position immer angetreten ist, sich in aller Regel nicht darauf beschränkt hat, auf eine „freischwebende“ moralische Boshaftigkeit des zu inkriminierenden Verhaltens zu verweisen. Vielmehr hat man sich sehr häufig auf weitere Nebenfolgen des fraglichen Verhaltens berufen, auf dessen Schädlichkeit.³⁶ Ich nenne nur zwei Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit. Nach der Entscheidung des BVerfG zu § 175 StG a.F. soll es so sein, dass Homosexualität zwischen erwachsenen Männern „eindeutig gegen das Sittengesetz“ verstoße; zugleich sei sie eine „Gefahr für die Jugend“.³⁷ Der E 1962 argumentierte genauso: „Wo die gleichgeschlechtliche Unzucht um sich gegriffen und großen Umfang angenommen hat, war die Entartung des Volkes und der Verfall seiner sittlichen Kräfte die Folge.“³⁸ Hiergegen meldete schon kein Geringerer als *Hommel*, der „deutsche *Beccaria*“, in einer Fußnote der von ihm mit einer Vorrede und Anmerkungen versehenen deutschen Übersetzung der wegweisenden italienischen Streitschrift zielsichere Kritik, an die man sich heute mehr als je zuvor erinnern sollte: „Man kennt schon die labyrinthischen Schlüsse tiefdenkender Schulweisen, welche durch 99 Folgerungen, darunter öfters der größte Teil falsch ist, endlich die hundertste hervorbringen, die erweisen sol, es wäre den Bürgern doch wenigstens die Sache mittelbar schädlich“.³⁹

bb) Der Standpunkt ist zugleich unaufrichtig. Zwar besteht ein nicht zu bestreitender Unterschied zwischen der heutigen Vorgehensweise und derjenigen der gerade zitierten Beispiele: Letztere erwähnten die Moralwidrigkeit ausdrücklich, in aller Regel sogar an erster Stelle, die Folgenerwägungen kamen eher als Sekundärererscheinungen, als erwünschte Nebenwirkungen zur Sprache, während man heute die Moral gar nicht einmal erwähnt. Dennoch betrifft dieser Unterschied eher die Begründungskosmetik als deren Substanz. Man darf an der Stelle die argumentationslogische Selbstverständlichkeit nicht vergessen, dass Begründungen an eine

Schlussfolgerung nur das weitergeben können, was in ihnen schon enthalten ist. Die mit Nachdruck vertretene Schlussfolgerung, dass man so ein Verhalten nicht dulden möchte, lässt sich also nicht den zugegeben unsicheren gefährdungsorientierten Prämissen abgewinnen. Die in der Schlussfolgerung erkennbare Gewissheit vermittelt allein die Moral, ob man sich auf sie offen beruft oder nicht.⁴⁰ Die Position des Bundesverfassungsgerichts entpuppt sich somit als verkappter Strafrechtsmoralismus, als ein closet criminal law moralism.⁴¹ Sie hat gegenüber dem offenen Moralismus der Inzest-Entscheidung⁴² zwar den Vorteil und Nachteil der Heuchelei: Deren Vorteil ist – nach einem viel wiederholten Zitat – dass sie „un hommage que le vice rend à la vertu“ darstellt, ihr Nachteil ist, dass das, was sich hinter Schranktüren versteckt hält, sich umso schwieriger erkennen und kritisieren lässt.

2. Die zweite denkbare Antwort würde die Entscheidung nur insoweit zurückweisen, als sie als Halbheit dasteht; das Verkappte sei aufzudecken, der Schrank zu verlassen, man sollte sich schlicht und ergreifend, wie es bereits die Inzest-Entscheidung zum Entsetzen größerer Teile der damaligen Strafrechtswissenschaft getan hatte, als Strafrechtsmoralisten zu erkennen geben. Es wäre nicht überraschend, wenn nicht wenige, nicht nur aus den Reihen der Staatsrechtler, sondern auch (insbesondere nach dem seit 2008 eingetretenen Generationenwechsel⁴³) aus dem Kreise der Strafrechtler genau diesen Weg einschlagen würden. Man könnte den offenen strafrechtlichen Moralismus entweder bereits als solchen so stehen lassen, oder ihn argumentativ untermauern, und dies eher staatsrechtlich, mit einer Berufung auf den Demokratiegedanken⁴⁴ – das Parlament verstehe, wie ersichtlich, das Strafrecht als moralische Institution – oder eher strafrechtlich, mit einer Berufung auf den gerade vom BVerfG in ständiger Rspr. vertretenen Strafbegriff (Strafe als sozioethischer

⁴⁰ Für § 184I StGB übereinstimmend *Frommel*, NK 2021, 150 (153, 157 f.: „Identitätspolitik mit den Mitteln des Strafrechts“); *Hörnle* (Fn. 16), S. 12; *Lederer*, StV 2021, 322 (329: „bloße Machtgeste einer moralisierenden Ächtung“); *dies.*, StV 2025, 139 (140 f.); *BRAK-Stellungnahme Nr. 67/2020*, S. 4; *ASJ NRW* (Fn. 16), IV.; vgl. auch die Nachw. in Fn. 16.
⁴¹ Frei nach *Moore*, Placing Blame, 1997, S. 83 ff., der den Begriff des „closet retributivism“ geprägt hat.

⁴² Vgl. bereits *Greco*, ZIS 2008, 234 (236 f.); *Saliger*, in: *Siepgutmann/Jakl/Städtler* (Hrsg.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 183 (186); *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 2 Rn. 19a.

⁴³ Ich muss insb. an die Verabschiedung von *Claus Roxin* denken (zu ihm *Greco*, ZStW 137 [2025], 443), der für eine dezidiert liberale Rechtsgutslehre über nahezu 60 Jahre hinweg plädierte (zuerst *Roxin*, JuS 1966, 377, zit. nach: *ders.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 1 [13 ff.]; zuletzt *ders.*, GA 2013, 433; *ders./Greco* (Fn. 2), § 2 Rn. 7 ff.).

⁴⁴ So zuletzt *Brunhöber*, ZStW 135 (2023), 872; *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904; näher zum (weiteren, s.o. Fn. 26) Scheingegensatz von Rechtsgutslehre und Demokratie *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 2 Rn. 94e ff. Zum Demokratieargument in der Sexpuppen-Entscheidung näher *Falcone*, im Erscheinen.

³⁶ Im Einzelnen mit zahlreichen Beispielen *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, S. 342 ff.

³⁷ BVerfGE 6, 389 (434, 437).

³⁸ BT-Drs. IV/650, S. 377.

³⁹ *Hommel*, in: Des Herren Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778, S. 31 Fn. m.

Vorwurf), der sich für eine moralisierende Leseart geradezu anbietet.⁴⁵

Zu dieser Position äußere ich mich nur kurz. Sie verlässt bereits per definitionem den Boden des strafrechtlichen Liberalismus.⁴⁶ Das heißt zugleich, man verlässt die Fäden von *Beccaria*, *Hommel* und *Feuerbach*, von *Radbruch* und den AE 1966, von *Mill* und *Feinberg*, und verfolgt einen anderen, dessen Ahnherren zu einem nicht geringen Teil besser unerwähnt bleiben. Sie gestattet es dem Staat, mündigen Individuen durch die Androhung von Strafe vorzuschreiben, wie sie ihr Leben zu führen haben.

3. Es besteht somit keine Alternative zum dritten Weg: Der strafrechtliche Moralismus, ob offener (wie nach der Inzest-Entscheidung) oder verdeckter (wie nach der Sexpuppen-Entscheidung), gehört zurückgewiesen. Die Zurückweisung wird aufwändig; sie muss den Schrank aufbrechen, die Neutralisierungsmechanismen dekonstruieren – wenn nicht alle, zumindest einige, wenn nicht vollkommen, immerhin ansatzweise. Dies sei im Folgenden versucht.

IV. Verteidigung einer dezidiert liberalen Rechtsgutslehre

Die Reflexion über die Entscheidung hat gezeigt, dass allein der Gebrauch der Rechtsgutssemantik noch keine Gewähr dafür bietet, dass man sich nicht im Ergebnis der illiberalen Seite zugesellt. Es gibt also liberale sowie illiberale Rechtslehren;⁴⁷ letztere sind verkappte Strafrechtsmoralismen. Eine liberale Rechtsgutslehre muss die Neutralisierungsmechanismen, derer sich ihre illiberale Schwester zu bedienen weiß, ihrerseits zu neutralisieren wissen.

1. Herausforderung des ersten Neutralisierungsmechanismus: Stärkung der empirischen Kontrolle statt Einschätzungsprärogative?

Die Sexpuppen-Entscheidung gewährt, wie mehrmals gesehen, dem Gesetzgeber, auch dem Strafgesetzgeber, eine Einschätzungsprärogative in Bezug auf die empirischen Grundlagen seiner Entscheidung. Empirische Zweifel sind lediglich ein Abwägungsgesichtspunkt, der gegen das Verbot spricht und sich durch entgegenstehende Gesichtspunkte aber leicht aufwiegen lässt.⁴⁸

Einen Gegenentwurf legt das Sondervotum von *Offenloch* vor.⁴⁹ Aus der Erheblichkeit des strafrechtlichen Grundrechtseingriffs schlussfolgert er, dass ein „Mindestbestand an Erkenntnissen“⁵⁰ zu erfordern sei; die Gefahreinschätzung des Mehrheitsvotums sei „konstruiert“.⁵¹ Insbesondere frühen Vertretern der (liberalen) Rechtsgutslehre dürfte Ähnliches mindestens immer implizit, gelegentlich sogar explizit vorgeschwebt sein.⁵² Ohne hinreichend zuverlässige empirische Basis gebe es auch keine Basis für die Freiheitbeschränkung, die der Staat seinen Bürgern durch das neue Strafgesetz zumutet.

So attraktiv wie dieser Weg nur anmuten mag – ich gestehe meine Skepsis offen ein.⁵³ Denn fundierte Zweifel bestehen nicht nur bezüglich der empirischen Grundlagen einer Strafnorm über Sexpuppen, sondern auch über Kinderpornographie oder Korruption, für deren Entkriminalisierung freilich niemand eintritt; nicht nur über die Freiheitsstrafe, sondern auch über die Strafe als solche, a fortiori also über die Institution der Strafrechtspflege. Nur dem folgerichtigen Strafrechtsabolitionisten steht dieses Argument wirklich zur Verfügung. Aber er hat im Rahmen einer Diskussion über ein strafrechtliches Sexpuppenverbot nichts beizutragen, was er nicht schon bei einer beliebig anderen strafrechtsbezogenen Diskussion genauso hätte anführen können: empirisch unbelegt, also illegitim. Die Ernstnahme von Empirie liefert des Guten zu viel.

Denkbar wäre demgegenüber eine vermittelnde Position. Die gerade gemeldeten Zweifel, an die der Abolitionist, aber nur er, bevorzugt erinnert, betreffen eine bestimmte Art von Empirie: Empirie über die Wirksamkeit des Strafrechts und seiner Mittel – der Verbote, der Strafe, der Prozesse. Hier ging es um eine andere Empirie, das zu verbietende Verhalten selbst betreffend: Die Frage war weniger, ob das Verbot etwas nützt, als ob das Verhalten etwas schädigt. Es ließe sich somit eine Position erwägen, die darauf bestehen würde, dass zumindest zwischen dem Verhalten des Täters und der Verletzung des Rechtsguts ein empirisch hinreichend abgesichertes Band bestehen müsste. Ohne reelle, d.h. empirisch

⁴⁵ Etwa BVerfGE 166, 359 (394 f.); zum Ganzen m.w.N., auch in Vertiefung der im Text nur andeutungsweise erhobenen Kritik, *Greco*, ZStW 137 (2025), 211 (248 ff.).

⁴⁶ Vgl. *Feinberg*, Harm to Others, 1984, S. 14 f., der den strafrechtlichen Liberalismus als Gegenposition zum strafrechtlichen Moralismus definiert; siehe auch *Schünemann*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 (137 ff.); *Saliger* (Fn. 42), S. 187 ff.; zu „Strafrecht und Liberalismus“ jüngst *Kasiske*, in: Lutz/Wolff (Hrsg.), Recht und Haltung, 2026, S. 45 ff.

⁴⁷ Irgendwie wird man an das von der jüngeren Politikwissenschaft ausgearbeiteten Phänomen der illiberal democracy erinnert (siehe dazu *Zakaria*, The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad, 2007).

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 132.

⁴⁹ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 19 ff.

⁵⁰ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 19.

⁵¹ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 31.

⁵² Vgl. aus der Zeit der AE-Diskussion (hierzu *Greco/Roger*, JZ 2016, 1125 [1126]) *Baumann*, in: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969, S. 9 (19): „Prinzip vom ‚sozialen Nutzen der Strafrechtsnorm‘“; heute *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 412 f., der in Fällen des non-liquet für ein in dubio pro libertate plädiert; s.a. Fn. 54.

⁵³ Optimistischer hingegen *Kaspar*, KriPoZ 2020, 14.

belegte Rechtsgutsgefahr also keine Straftat, nulla poena sine iniuria.⁵⁴

Die Position hätte den Vorteil, nicht nur für den Abolitionisten offen zu stehen. In der Tat und mit den Worten von Hörnle,⁵⁵ in ihrer ablehnenden Stellungnahme zum einschlägigen Gesetzesentwurf: „Es ist erschreckend und einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung nicht angemessen, dass auf der Basis von wenigen Sätzen mit nicht recherchierten Aussagen zu menschlichem Verhalten Kriminalstrafe eingeführt werden soll.“ Dennoch kann ich mich für sie nicht begeistern. In Zeiten einer neuen „neuen Unübersichtlichkeit“,⁵⁶ von Meinungsblasen und Postfaktizität, von drittmittelgeförderter und somit auch -geleiteter Forschung, in denen die Karrierechancen von Wissenschaftlern weniger von ihren Gedanken und Argumenten als von ihrer „Haltung“ abhängen, werden sich schon irgendwo-irgendwie die passenden Experten finden lassen, die jedem aufrechtzuerhaltenden Verbot die gesuchte empirische Basis willig nachliefern, sogar darum wetteifern werden. Wer sucht, der findet. Wenn der Streit über die Legitimation eines Straftatbestands primär auf empirischem Feld geführt wird (wie auch bisher bei § 184I StGB⁵⁷), dann ist er schon verloren, bevor er überhaupt beginnt. Oder, wieder mit Hommel: „Als man die Hexen verbrante gab es deren viele, igt, da man sie nicht verbrennt, gibt es deren keine mehr.“⁵⁸

2. Herausforderung des zweiten Neutralisierungsmechanismus: Abschied vom Kommunikativen

Dem Gesetzgeber gehe es darum, „eine – sexualbezogene – Objektifizierung von Kindern und damit zugleich eine schlechende Verharmlosung beziehungsweise Normalisierung sexueller Handlungen an Kindern zu verhindern“.⁵⁹ Das BVerfG greift somit ein Argument auf, womit es bereits Zweifel an dem Abtreibungstatbestand weggeräumt hatte,⁶⁰ das aber nicht das Vermögen hatte, die Bestimmung über die Selbsttötungsbeihilfe zu retten.⁶¹

⁵⁴ Nachdrücklich in diesem Sinne zahlreiche nicht-deutsche Vertreter der Rechtsgutslehre, etwa Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Bd. I, 3. Aufl. 2025, S. 210 f.; Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Rom, 1998, S. 466 ff. (etwa S. 474, mit dem Erfordernis eines „danno o [...] pericolo accertabili o valutabili empiricamente [...]“).

⁵⁵ Hörnle (Fn. 16), S. 13.

⁵⁶ In freie Anlehnung an Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1985.

⁵⁷ Vgl. Fn. 16 und 32.

⁵⁸ Hommel, *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*, 1784, S. 31.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 123 ff.

⁶⁰ BVerfGE 39, 1 (57): „Fernwirkung einer Strafnorm [...] Schon die bloße Existenz einer solchen Strafandrohung hat Einfluß auf die Wertvorstellungen und die Verhaltensweisen der Bevölkerung.“; danach BVerfGE 88, 203 (221, 272, 278); näher Greco, ZStW 137 (2025), 211 (237 f.).

⁶¹ BVerfG 153, 182 (269 f., 276 ff.).

Es würde sich lohnen, die Geschichte des Arguments genauer zu schreiben. Wenn man das ansatzweise und oberflächlich versucht,⁶² stößt man zunächst auf die im strafrechtlichen Schrifttum der letzten 50 Jahre herrschende sog. positive Generalprävention, deren zentrale These darin liegt, dass das Strafrecht zur Bildung und Schärfung des Rechtsbewusstseins der Bevölkerung beitragen soll;⁶³ in seiner modernsten-modischsten, d.h. angloamerikanisch inspirierten Version heißt das Argument nunmehr Expressivismus.⁶⁴ Bohrt man aber ein wenig tiefer, entdeckt man die geistigen Ahnen dieser Auffassung, die „Erhaltung rechtlicher Gesinnungswerte“,⁶⁵ die „sittenbildende Kraft des Strafrechts“.⁶⁶ Ich bohre nicht weiter, sondern begnüge mich mit der Ausgrabung dieser vergessenen Zusammenhänge, die hinreichend belegen, dass die Strafrechtswissenschaft für das, was wir als illiberale Rechtsgutslehre bezeichnet haben, deren Früchte in der Sexpuppen-Entscheidung zu erblicken sind, auch (Mit-)Verantwortung trägt. Sie hat ein zentrales Argument bereitgestellt, das es ermöglicht, von der liberalen Rechtsgutssemantik abzufliegen und bei illiberalen Moralismen zu landen. Ob Sittenbildung bzw. Gesinnungserhaltung oder Integration bzw. Expression, allemal geht es um Volkspädagogik mit den Mitteln des Strafrechts.⁶⁷

In zweierlei Hinsicht ist das soeben Gesagte gegenüber der Strafrechtswissenschaft etwas unfair. Erstens dürfte auch geschichtlich ein wirkmächtiges Anliegen zugunsten der positiven Generalprävention daran gelegen haben, dass eine Theorie, die – anders als ihre negative Schwestertheorie – nicht auf Übel- und Schmerzzufügung, sondern auf Kommunikation abstellt,⁶⁸ besser geeignet erschien, einem menschlicheren Strafrecht Vorschub zu leisten.⁶⁹ Dass dies nicht überzeugt, muss ich nicht bei dieser Gelegenheit darlegen.⁷⁰

Zudem und vor allem lassen sich vom kritisierten Argument letztlich zwei Versionen unterscheiden.⁷¹ Eine von

⁶² Vgl. Greco (Fn. 36), S. 403 ff.

⁶³ Näher hierzu m.w.N. Roxin/Greco (Fn. 2), § 3 Rn. 26 ff.

⁶⁴ Ich erwähne jetzt nur Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl. 2017, S. 31 ff.; näher m.w.N. Roxin/Greco (Fn. 2), § 3 Rn. 36a ff.

⁶⁵ Welzel, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 224 (229) – zuerst erschienen in: *Probleme der Strafrechterneuerung*, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht, 1944, S. 101 ff.

⁶⁶ H. Mayer, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, 1936, S. 26; ders., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, S. 23; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 1 II (S. 4).

⁶⁷ Näher Greco (Fn. 36), S. 398 ff.

⁶⁸ Vgl. Hassemer, *Warum Strafe sein muss*, 2009, S. 106, der für ein Verständnis wirbt, „das die staatliche Strafe nicht als Knüppel, sondern als Kommunikation begreift“.

⁶⁹ Besonders sichtbar bei Günther, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, S. 205 (219), der sogar vorschlägt, auf die Übelzufügung insgesamt zu verzichten.

⁷⁰ Ausf. Greco (Fn. 36), S. 356 ff., 453 ff.

⁷¹ Greco, ZStW 137 (2025), 211 (247 f.). Ähnlich erkannt von Mir Puig, ZStW 102 (1990), 914 (917 ff.), der „begrün-

ihnen erblickt in der positiven Generalprävention o.Ä. die Beschreibung eines Wegs des Rechtsgüterschutzes.⁷² Rechtsgüter seien nur dann effizient zu schützen, wenn die Bürger sie aus Einsicht und nicht nur aus Furcht beachten;⁷³ um Rechtsgüterschutz handle es sich allemal. Die Variante versteht die positive Generalprävention o.Ä. als Alternative zum Rechtsgut, als eigentliches Rechtsgut, oder, im Begriffssystem der Sexpuppen-Entscheidung, als legitimen Zweck. Wird also die Hervorrufung oder Aufrechterhaltung einer bestimmten Meinung, auch einer richtigen, zum Strafrechtsgut bzw. zum legitimen Zweck erhoben, dann findet man sich im Tandem mit dem Moralisten. Wenn man also die m.E. gebotene Zurückweisung der positiven Generalprävention in allen denkbaren Gestalten und Bezeichnungen für zu weitgehend erachtet, dann sollte man mindestens vor dieser zweiten Version einer rechtsgutersetzenenden positiven Generalprävention Halt machen.

Erst recht sollte man sich davor hüten, die positive Generalprävention, wenn auch in dieser „gemäßigteren“ Version, mit dem Menschenwürdeargument zu kombinieren;⁷⁴ insbesondere wenn die „Menschenwürde“ ihrerseits selbst als Größe verstanden wird, die sich auf der symbolischen-kommunikativen Ebene beeinträchtigen lässt. Genauso geht die Sexpuppen-Entscheidung vor:⁷⁵ „Die mit den entsprechenden Körperöffnungen versehene Puppe begründet beim Betrachter die Vorstellung von der Verfügbarkeit eines Kindes als Sexualobjekt, mit dem nach Belieben verfahren werden kann.“ Das ist nichts anderes als eine zirkelhafte Verbotsbegründung; es gibt nichts mehr „hinter“ der Normverletzung, was von ihr noch beeinträchtigt werden könnte, sondern die Normverletzung ist die Beeinträchtigung.⁷⁶

Anders als zur Einschätzungsprärogative besteht zur positiven Generalprävention also durchaus eine gangbare Alternative: Die negative Generalprävention,⁷⁷ die gute alte Abschreckungstheorie, die sich nicht notwendig der Semantik der

dende“ und „begrenzende“ positive Generalprävention voneinander unterscheidet.

⁷² Bzw. das, was ich als „Strafzweck zweiter Ordnung“ zu bezeichnen vorschlug (*Greco* [Fn. 36], S. 304).

⁷³ Nachdrücklich in diesem Sinne statt aller *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 323.

⁷⁴ Von der Frage abgesehen, ob es so etwas wie eine Menschenwürde des Kindes überhaupt geben kann; denn die Kindeseigenschaft verliert man spätestens nach einigen Jahren, Menschenwürde steht einem unverlierbar, also bereits als Menschen zu.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 126.

⁷⁶ Zur Kritik dieser in der Sache moralistischen Argumentationsstruktur grdl. *Amelung*, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 155 (169 ff., 171 ff.).

⁷⁷ Nachdrücklich in diesem Sinne *Schünemann*, zuletzt in: Joerden/Schmoller (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafen, Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, 2017, S. 501 (504 f., 511); *Greco* (Fn. 36), S. 354 ff.

Erhebung von Furcht bedienen muss,⁷⁸ sondern nüchtern als öffentliche Darlegung konzipiert werden kann, dass es unklug ist, Straftaten zu begehen, was umgekehrt nur heißt, dass es nicht unklug ist, sich strafrechtskonform zu verhalten.⁷⁹ Das Liberalisierungspotenzial dieses nahezu völlig aus der heutigen Wissenschaftslandschaft verschwundenen Ansatzes, der sich eben weigert, den Bürger moralisch zu bevormunden,⁸⁰ gehört neuentdeckt.

3. Herausforderung des dritten Neutralisierungsmechanismus: A fortiori keine Kombination von Einschätzungsprärogative und Normalisierung bzw. positiver Generalprävention

Mit dem zuletzt Gesagten wird zugleich der Kombination der zwei zuvor besprochenen Mechanismen eine Absage erteilt: Zähneknirschend musste man die Einschätzungsprärogative akzeptieren, mehr aber nicht, so dass der zweite Bezugspunkt der Kombination entfällt.

Wenn man aber auf die oben (2.) beschriebene, gemäßigtere positive Generalprävention insistiert, wird man wehrlos beobachten müssen, wie jedem rechtsgutsbasierten strafrechtlichen Liberalismus der Boden entzogen wird. Es ist dann nicht mehr wichtig, ob ein Rechtsgut irgendwann irgendwo tatsächlich geschädigt oder gefährdet wird, sondern ob bestimmte Eindrücke, Gefühle oder Meinungen entstehen können; erst über deren Vermittlung, also durch einen Kausalverlauf, der sich in einigen seiner Glieder auf der kommunikativen Ebene entfaltet, m.a.W. auf Hörensagen beruht, soll es zum Schaden kommen, womit die Schadensträchtigkeit sogar aufhört, eine empirische Größe zu sein.

Der Schaden wird somit verlagert auf die Ebene des Symbolischen; ob es ihn dann gibt, wird nicht mehr zu einer Beweis-, sondern zur Interpretationsfrage. Pornographie mit Erwachsenen? Schädlich, weil Frauen objektifiziert werden.⁸¹ Killerspiele? Schädlich, weil Menschen zu Objekten von Tötungsfantasien gemacht werden.⁸² Warum dann auch nicht Autorennen als Verherrlichung von Geschwindigkeit, Kampfsport als Verherrlichung von Gewalt?

Dieser Befund bestätigt nur den vorherigen: Wenn man schon die Einschätzungsprärogative nicht loswerden kann, dann sollte man sie immerhin nicht noch mit einem Argument verbinden, das Interpretationen und Meinungen empirische Weihen verleiht und unangreifbar macht.

⁷⁸ So aber *Hassemer* (Fn. 73), S. 315 f.: „menschenverachtende Vorstellung“.

⁷⁹ In diesem Sinne *Greco* (Fn. 36), S. 356 ff., mit der Differenzierung zwischen einem „psychologischen“ und einem (wohl nicht so glücklich bezeichneten) „funktionalen“ Abschreckungsbegriff.

⁸⁰ *Greco* (Fn. 36), S. 357 f.

⁸¹ Statt aller *MacKinnon*, Towards a Feminist Theory of the State, 1989, S. 195 ff.

⁸² Zur Auseinandersetzung insb. mit der empirischen Literatur im Rahmen der vor wenigen Jahren erfolgten, glücklicherweise nicht weitergeführten Kriminalisierungsdebatte vgl. [Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Führt die Nutzung gewalttätiger Computerspiele zu Aggressionen?](#), WD 9 - 223/06.

4. Zum vierten Neutralisierungsmechanismus: Wert des Rechtsguts ist kein Freibrief

Zu den zwei letzten Mechanismen wird man sich kürzer fassen können. Im Strafrecht sollte es gerade in aller Regel um das Gravierendste gehen, was Bürger vorstellbar tun können, denn nur auf diese Weise wird sich die Zufügung der in der Rechtsordnung mindestens theoretisch gravierendsten Sanktion legitimieren lassen. Das bedeutet zugleich, dass die Beschwörung der Wertigkeit eines Guts nicht schon ein Argument zugunsten eines strafrechtlichen Verbots sein sollte; allenfalls müsste man sich überlegen, ob nicht das Fehlen dieser Hochwertigkeit als ein Argument gegen ein derartiges Verbot fungieren sollte. Die Wertigkeit des Guts sollte eigentlich nichts rechtfertigen können, sondern vielmehr der Ausgangspunkt, die default position sein, von dem bzw. der aus sich eine Kritik existenter sowie nur geplanter Kriminalisierungen, wie etwa der einfachen Beleidigung⁸³ und des Schwarzfahrens⁸⁴ sowie des Catcallings⁸⁵ entwickeln lassen sollte.

5. Zum fünften Neutralisierungsmechanismus: Integrationsfeste Strafrechtsprinzipien

Das Gesamte, was oben (1.–4.) ausgeführt wurde, verliert aber jegliche Bedeutung sobald in Brüssel eine Richtlinie beschlossen wird – mit der man sogar in der vorliegenden Konstellation, in der die Milch ohnehin vergossen ist, in absehbarer Zukunft zu rechnen hat. In einer Zeit, in der der Gesetzgeber sich mehr und mehr zum Vollstrecker dessen, was woanders beschlossen wurde, willfährig erklärt,⁸⁶ in der zunehmend Strafgesetze auf übernationale Schutzaufträge bzw. Bestrafungsverpflichtungen zurückgehen,⁸⁷ ist es dringend, möchte man bei Kriminalisierungsfragen überhaupt noch mitreden können und dürfen, Prinzipien der Strafrechtsbegrenzung aufzustellen, die nicht nur in sich vernünftig, sondern auch integrationsfest sind.

Ich werde nicht wagen, die Rechtsgutslehre, also eine Theorie, die sogar innerhalb der Strafrechtswissenschaft hochgradig umstritten ist, als integrationsfest vorzuschlagen. Eine bessere Strategie dürfte darin liegen, an strafrechtsrelevante Prinzipien zu knüpfen, deren Integrationsfestigkeit bereits allseitig anerkannt ist. Das wichtigste im Strafrecht einschlägige integrationsfeste Prinzip ist das Schuldprinzip.⁸⁸ Es fällt aber nicht leicht, ein überzeugendes Argument zu konstruieren, das all das, was gerade als Bestandteil einer liberalen Kriminalisierungstheorie ausgearbeitet wurde, auf das Schuldprinzip zurückzuführen vermag. Rechtsgut und Schuldprinzip dürften, mindestens auf den ersten Blick, einer unterschiedli-

chen Logik gehorchen: hier die der Vorteile, dort die des Respekts.⁸⁹ Eine Versöhnung erscheint mir an sich möglich; sie erfordert aber ein aufwändiges, langes Argument, und Argumentationsketten verlieren mit jedem Glied an Überzeugungskraft.⁹⁰

Wie dem auch sei: Diese Fragestellung, die Ausarbeitung eines Kanons integrationsfester Kriminalisierungsprinzipien, gehört zu den dringenden Tagesordnungspunkten einer liberalen Strafrechtswissenschaft. Es erstaunt, dass man sich auch nach nahezu 30 Jahren Europäisierungsdiskussion so wenig in diesem Sinne bemüht hat.

V. Kernbereich privater Lebensgestaltung

Die Suche nach dem Integrationsfesten legt auch nahe, den Blick anderswohin zu richten – auf noch unausgeschöpfte Potenziale unterentwickelter Argumentationsfiguren. Es gibt nämlich eine, die die Mehrheitsentscheidung wenig, das Sondervotum jedoch ausführlich verwertet, über die es sich auch und gerade aus diesem Grund lohnen würde, vertieft nachzudenken: Den Kernbereich privater Lebensgestaltung, der als Komponente der Menschenwürde für den Staat und somit auch für das Strafrecht unantastbar und auch integrationsfest sein soll.⁹¹

In der Mehrheitsentscheidung findet sich mehr von jener Ambivalenz, die bereits bei den Stellungnahmen zur Rechts-gutslehre ausgearbeitet wurde (insb. III.): Dem Kernbereich wird ganz im liberalen Geiste noch einmal Unantastbarkeit zugesprochen,⁹² weil aber dessen Betroffensein insbesondere von den „Besonderheiten des jeweiligen Falles“⁹³ abhängig sein soll, fällt es dem Gericht nicht schwer, das Masturbationsverhalten anhand von Sexpuppen deshalb nicht diesem Bereich zuzuordnen, weil „der Gesetzgeber [...] zulässigerweise davon ausgegangen [ist], dass die Nutzung von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild zu sexuellen Handlungen schon als solche Kinder gefährden [...] kann“.⁹⁴ Ein solches Verhalten weise deshalb einen „Sozialbezug“⁹⁵ auf.

Das Sondervotum führt diese Behauptung überzeugend ad absurdum. Die Strafbarkeit sei schon eine Regelung des Masturbationsverhaltens, wenn auch keine unmittelbare,⁹⁶ und Masturbation sei das „geradezu idealtypisch[e] Beispiel eines

⁸³ Für Entkriminalisierung sogar *Kubiciel/Winter*, ZStW 113 (2001), 305; teilweise anders jetzt *Großmann/Kubiciel*, *Kri-PoZ* 2023, 186; in Italien durch *Gesetz v. 15.1.2016* entkriminalisiert.

⁸⁴ Hierzu nur *Falcone* (im Erscheinen).

⁸⁵ Zum Ganzen (krit.) *Hörnle*, ZStW 138 (2026), 82.

⁸⁶ Pointierte Kritik bei *Schünemann*, StV 2003, 531: Deutscher Gesetzgeber als „Lakai von Brüssel“.

⁸⁷ Zur Diskussion *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 2 Rn. 49m ff.

⁸⁸ BVerfGE 123, 267 (413).

⁸⁹ Zu diesen zwei Logiken *Greco*, in: Schramm u.a. (Hrsg.), Paul Johann Anselm von Feuerbach. Eine Zeitenwende im Strafrecht, 2026, S. 167 ff. (im Erscheinen).

⁹⁰ Demnächst *Greco*, in: Frisch (Hrsg.), Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Konstitution eines Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, 2026–2027 (im Erscheinen).

⁹¹ BVerfGE 123, 267 (413).

⁹² BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 88 f.

⁹³ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 88.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 92.

⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 92.

⁹⁶ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 5 f.

in den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallenden Verhaltens⁹⁷.⁹⁷ Gegen das Argument des Sozialbezugs wird angeführt: „Der Vorstellung eines Kernbereichs privater Lebensgestaltung, der absolut, also abwägungsfest geschützt ist, ist immanent, dass es Fallgestaltungen gibt, in denen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallende Verhaltensweisen Gemeinwohlbelange oder Belange Dritter berühren, mit denen die Auswirkungen des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht abzuwägen wären, wenn eine solche Abwägung zulässig wäre“.⁹⁸ In der Tat: Gefährlich können sogar Gedanken sein.⁹⁹ Wenn der Kernbereich logisch sekundär, d.h. residual bzw. per subtractionem definiert wird, dann bleibt von ihm nach dem Gefährdungsargument – erst recht, wenn es sich der Einschätzungsprärogative und der positiven Generalprävention zuzugesellen weiß – nichts übrig.¹⁰⁰

Richter *Offenloch* erkennt aber das Problem in seiner ganzen Schärfe. Die von ihm vorgeschlagene Lösung, auf „Art und Intensität des Sozialbezugs“ abzustellen,¹⁰¹ überzeugt aber wenig, denn sie tut wenig mehr als den einzelfallbezogenen Intuitionismus der Mehrheitsmeinung durch den eigenen zu ersetzen. Richter *Offenloch* sieht es richtig, wenn er meint, dass sich die Masturbation mit entsprechenden Puppen in qualitativer Hinsicht nicht von bösen Gedanken unterscheide, die Übergriffen vorausgehen.¹⁰² Seine These aber, dass dies daran liegen würde, dass bis zum Übergriff eine „Zäsur“ durch „einen freiverantwortlich gefassten Willensentschluss des jeweiligen Missbrauchstäters“¹⁰³ vorliege, entzieht zu Ende gedacht nicht erst dem Besitz von Sexpuppen, sondern auch von Waffen oder Sprengstoffen die Eignung, kriminalisiert zu werden.

Die Alternative, die heute dringender als je geworden ist, muss darin liegen, den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht mehr per subtractionem als sekundären Begriff, sondern „aus sich“ heraus zu konzipieren. Bisher hat sich die Strafrechtswissenschaft kaum um diese Aufgabe bemüht; sie gehört zu den dringenden Hausaufgaben, die eine liberale Strafrechtswissenschaft, die nicht lediglich negativ Bundesverfassungsgerichtsschelte, sondern sich positiv an den Bausteinen eines freiheitlichen Staats- und Strafverständnisses mitzuarbeiten berufen weiß, sich stellen muss.¹⁰⁴

Eine Kernbereichslehre, die (einsame, zurückgezogene) Masturbation nicht dem Kernbereich zuordnet, führt sich ad absurdum und belegt dadurch nur, dass sie sich nicht ernst nimmt, dass ihr Anwendungsbereich – wie auch derjenige der illiberalen Rechtsgutslehre – gegen null tendiert.¹⁰⁵ Mindestens gegenüber entfernten Gefahren, indirekten Folgen, muss der Kernbereich resistent bleiben, wenn er mehr sein soll als ein Lippenbekenntnis.¹⁰⁶

VI. Fazit

1. In der Sexpuppen-Entscheidung bekennt sich das BVerfG zur Rechtsgutslehre, die in die Verhältnismäßigkeitsprüfung (als legitimer Zweck) integriert wird.

2. Die liberalen Schlussfolgerungen dieser Lehre zieht das Gericht aber deshalb nicht, weil es eine Reihe von mehr oder weniger fragwürdigen Zusatzannahmen akzeptiert: Die Rechtsgutslehre des Bundesverfassungsgerichts ist somit ein verdeckter (illiberaler) Strafrechtsmoralismus.

3. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers im Bereich empirischer Zweifel ist problematisch, aber alternativlos.

4. Die Bekämpfung von Normalisierung kann kein strafrechtliches Verbot tragen, wenn Strafrecht nicht als Werkzeug der Volkspädagogik missbraucht werden soll.

5. Es ist dringend erforderlich, integrationsfeste Prinzipien der Strafrechtsbegrenzung auszuarbeiten.

6. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung muss als Kriminalisierungsschranke neu entdeckt werden. Seinen Gehalt positiv und nicht lediglich per subtractionem zu entwickeln ist dringende Aufgabe der liberalen Strafrechtswissenschaft.

⁹⁷ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 6.

⁹⁸ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 9.

⁹⁹ Grdl. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (752 ff.).

¹⁰⁰ Siehe bereits *Greco*, in: Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts, 2010, S. 73 (78 f.).

¹⁰¹ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 10.

¹⁰² Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 11.

¹⁰³ Abweichende Meinung des Richters *Offenloch* zu BVerfG, Beschl. v. 21.5.2026 – 2 BvR 1096/22, 2 BvR 1097/22, Rn. 11.

¹⁰⁴ Für einen Versuch, den Kernbereich privater Lebensgestaltung als Grenze der Kriminalisierungsgewalt des Gesetzgebers zu bestimmen, *Greco* (Fn. 100), S. 80 ff., in Auseinandersetzung mit der im Ergebnis zustimmungswürdigen Ent-

scheidung der argentinischen Corte Suprema de Justicia über den Besitz von Drogen für den Eigenverbrauch; für den (nicht bedeutungsgleichen!) Kernbereich als Grenze strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen *Greco*, in: Kusche/Stefanopoulou (Hrsg.), Digitalisierung als total social fact in den Kriminalwissenschaften, 2024, S. 153 ff.

¹⁰⁵ Auch Masturbation mit Kinderpornografie? Nein, denn (reelle) Kinderpornografie ist nicht lediglich Gefährdung, sondern auch Verletzung von Rechten reeller Kinder, die dort abgebildet werden (vgl. *Greco*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius [Hrsg.], Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 10 Rn. 77 f.; *ders.*, in: Wolter/Hoyer [Fn. 32], § 184b Rn. 9).

¹⁰⁶ Vgl. zuletzt *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 2 Rn. 12b; davor etwa *Greco*, GA 2010, 622 (636 f.), anlässlich der Diskussion über die Bestrafung des Selbstdopings.

Von Rechtsanwalt Dr. Tarig Elobied, Berlin*

Der Beitrag kritisiert auf methodischer Ebene Gallmetzers in dieser Zeitschrift vertretenen These, die fehlende Verurteilung männlicher IS-Rückkehrer nach § 171 StGB sei auf „patriarchale Strukturen“ in der Strafverfolgung zurückzuführen. Die Annahme geschlechtsspezifischer Selektion ist unzureichend belegt. Alternative Erklärungen wie fehlende Vergleichsfälle oder Verfahrensökonomie (§§ 154, 154a StPO) sind ebenso plausibel. Statt eines Eingriffs in die Rechtspraxis plädiert der Beitrag für eine methodisch abgesicherte, empirische Überprüfung von Gallmetzers These.

I. Einleitung und Thesenrahmen

Als Praktiker, der mit einer Vielzahl von IS-Verfahren befasst war und ist – darunter auch solche, die im Beitrag von Gallmetzer thematisiert werden¹ –, habe ich diesen mit großem Interesse gelesen. Gleichwohl blieb am Ende ein Störgefühl zurück. Ist es tatsächlich zutreffend, dass weibliche IS-Rückkehrer im Gegensatz zu männlichen wegen des Vorwurfs nach § 171 StGB verfolgt und verurteilt werden, weil die Strafjustiz gleichsam auf dem männlichen Auge blind ist?

Bei näherer Betrachtung kommen erhebliche Zweifel an dieser Deutung auf. Die zentrale These dieses Beitrags lautet, dass sich eine geschlechtsspezifisch selektive Verfolgung durch „patriarchale Strukturen“ auf der Grundlage von Gallmetzers Daten nicht belastbar belegen lässt. Die unterschiedliche Verurteilungsrate lässt sich plausibel auch mit einem Mangel an geeigneten Fällen bei männlichen IS-Rückkehrern und mit Gründen der Verfahrensökonomie erklären. Die hier gemachten Ausführungen wollen und können keine empirische Arbeit ersetzen, wollen aber zu einer solchen anregen.²

Zur Begründung dieser Thesen werde ich zunächst Gallmetzers Argumentation rekonstruieren (II.) und den Beitrag von Gallmetzer einer kritischen Analyse unterziehen (III.). Anschließend wird gezeigt, dass alternative Erklärungsansätze – die auch Gallmetzer selbst nennt, dann aber verwirft³ – eine unterschiedliche Verfolgungspraxis ebenso erklären könnten wie die Annahme geschlechtsspezifisch selektiver Strafverfolgung (IV.). Zum Schluss werden die Konsequenzen für Forschung und Praxis dargestellt (V.).

* Der Verf. ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht und verteidigt regelmäßig in Staatsschutzverfahren.

¹ HansOLG, Urt. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20 (Omaima A [I]); OLG München, Urt. v. 25.10.2021 – 8 St 9/18 bzw. OLG München, Urt. v. 29.8.2023 – 9 St 3/23 (Jennifer W.).

² So bereits Koller, in: Hodwitz (Hrsg.), *Gender-Disaggregated Data: Regional Analyses of Criminal Justice Outcomes in Terrorism Prosecutions*, 2022, S. 27 (35): „A proper, qualitative analysis would be needed“ und (36): „Further research is now needed“.

³ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (74 f.).

II. Rekonstruktion der Argumentation Gallmetzers

In ihrem Beitrag will Gallmetzer auffällige Strukturen in der Strafverfolgung nach § 171 StGB benennen, mögliche Erklärungen sammeln und die Frage nach patriarchalen Prägungen aufwerfen.⁴ Dazu erläutert sie zunächst kurz abstrakt die dogmatischen Grundlagen des § 171 StGB⁵ und exemplifiziert diese sodann mit Blick auf die Erziehung von Kindern im und der Ausreise mit Kindern in das IS-Gebiet.⁶ Sie legt dar, dass die Tat insoweit sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden kann, unabhängig davon, ob der Täter Deutscher oder Ausländer ist und ob er in Deutschland oder im Herrschaftsgebiet des IS gehandelt hat. Sie kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass die Verbringung von Kindern in das IS-Gebiet sowie deren Erziehung im Sinne der IS-Ideologie regelmäßig eine Strafbarkeit nach § 171 StGB begründet, der somit die Strafverfolgung sog. IS-Rückkehrer unabhängig vom Geschlecht ermöglicht.⁷

Darauf aufbauend analysiert Gallmetzer anschließend aus der Praxis stammende IS-Rückkehrerfälle, bildet drei Fallgruppen⁸ und stellt fest, dass es trotz zwei passender Fallgruppen für männliche IS-Rückkehrer keine „Verurteilungen von Männern nach § 171 StGB (im Kontext der IS-Rückkehrer)“⁹ gibt.

Die Ursache hierfür führt Gallmetzer „auf gewisse, in der Strafverfolgung vorherrschende, patriarchale Grundannahmen zurück“.¹⁰ Anderen bzw. weiteren Erklärungsansätze, wie der schlichte Mangel an geeigneten Fällen¹¹ männlicher IS-Rückkehrer wie auch der (geschlechtsneutrale) Gebrauch der §§ 154, 154a StPO spricht sie die Relevanz ab.¹² Sie endet mit dem Appell an die „Rechtsanwendung [...]“, dass bestehende Strukturen bei der Verfolgung von Taten im Zusammenhang mit dem IS durch die Strafverfolgung gerade nicht verstärkt [...] werden sollten [und] der vermeintlich unbedeutende § 171 StGB [so] an erheblicher symbolischer Bedeutung“¹³ gewinne.

⁴ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68.

⁵ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (68 f.).

⁶ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (68 ff.).

⁷ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (71 f.).

⁸ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (72 f.).

⁹ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (73).

¹⁰ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (75).

¹¹ Das ist ein Fall, in dem ein Elternteil mit einem Kind in Syrien/Irak beim IS als Mitglied war. Geeignet deshalb, weil es sich dabei um den von Gallmetzer bezeichneten Durchschnittsfall handelt, der nach § 171 StGB strafbar ist, vgl. auch unten III. 3. und 4. d) cc) (2).

¹² Vgl. Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (76): „fast nicht erklären“.

¹³ Gallmetzer, ZfIStw 1/2026, 68 (76).

III. Kritik

Gallmetzer's Arbeit teilt sich in einen rechtsdogmatischen (2.) und in einen empirischen Teil (3.) ein. Der rechtsdogmatische Teil beschäftigt sich mit der Auslegung des § 171 StGB und ist überwiegend gut gelungen. Der empirische Teil,¹⁴ also die Analyse der „Strafverfolgungspraxis“,¹⁵ weist erhebliche Schwächen auf, auch wenn sie – wovon hier ausgegangen wird – keine voll ausgearbeitete empirische Studie vorlegen wollte. Aber zunächst zum Forschungsgegenstand (1.).

1. Unklarer Untersuchungsgegenstand

Der Gegenstand von *Gallmetzer*'s Untersuchung ist unscharf. Zwar erscheint er auf den ersten Blick klar: Sie beschäftigt sich mit IS-Rückkehrern und deren Aburteilung nach § 171 StGB. Eine exakte Eingrenzung nimmt sie aber nicht vor. Das erschwert es ihr im weiteren Verlauf der Untersuchung, die Kriterien festzulegen, die die Grundgesamtheit¹⁶ („geeignete Fälle“) bzw. die daraus zu bildende Stichprobe¹⁷ ausmachen (vgl. unten 4. d) aa)). Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich zwar, dass *Gallmetzer* sich für Fälle interessiert, in denen Personen aus Deutschland ausgereist sind, in Syrien oder dem Irak als IS-Mitglied mindestens eine Straftat nach §§ 129a, 129b StGB und eine nach § 171 StGB begangen haben und dann wieder nach Deutschland zurückgekommen sind. Eine explizite Festlegung – und damit eine belastbare Grundlage für die empirische Analyse¹⁸ – fehlt jedoch. Dies sei an zwei Beispielen erläutert:

So versteht *Gallmetzer* unter IS-Rückkehrern einerseits „deutsche Staatsangehörige, die in das Herrschaftsgebiet des Islamischen Staats (IS) ausreisen, um sich dort am IS oder einer seiner Unterorganisationen zu beteiligen“. ¹⁹ Andererseits bezieht sie aber auch „ausländische Staatsangehörige“²⁰ in die Untersuchung mit ein.²¹ Hinzu kommt, dass *Gallmetzer*

bei der Auslegung des § 171 StGB nur auf das gesetzliche Sorgerecht der Eltern abstellt, ohne die tatsächliche Übernahme von Fürsorge- und Erziehungsverantwortung hinreichend zu berücksichtigen. Eine Strafbarkeit nach § 171 StGB kann auch an eine faktische Übernahme von Fürsorge- und Erziehungsverantwortung anknüpfen.²² Gerade im IS-Kontext fehlen häufig formale Sorgeverhältnisse,²³ so dass es darauf ankommen kann. Der Einschluss oder Ausschluss dieser Gruppe kann dann nämlich einen nicht unwesentlichen Einfluss auf die Grundgesamtheit haben.

2. Fehlender Forschungsanschluss

Es fehlt eine Anbindung an den Stand der Forschung. Wissenschaft vollzieht sich nicht im luftleeren Raum, vielmehr baut jede Forschungsarbeit auf bereits existierendem Wissen auf.²⁴ *Gallmetzer* geht jedoch an keiner Stelle darauf ein. Dadurch wird der Eindruck erweckt, als würde sie ein Problem nicht nur erstmals wissenschaftlich erkennen und beschreiben,²⁵ sondern darüber hinaus auch erklären²⁶ und einen praktischen Lösungsansatz finden.²⁷ Die Frage nach geschlechtsspezifischen Unterschieden bei der Strafverfolgung im Allgemeinen und der von IS-Rückkehrern im Besonderen ist jedoch nicht neu.²⁸ So wird in der Rechtssoziologie nach

Bürgerkriegsgebiet in Syrien und dem Irak begaben, sich in der Regel schließlich dem sogenannten Islamischen Staat (IS) angeschlossen haben. Das gilt umso mehr für Frauen. So betrafen von den 40 von *Koller* (a.a.O., S. 12 ff.) analysierten weiblichen Rückkehrer-Fällen, allein 38 den IS.

²² *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 171 Rn. 3 unter Verweis auf § 225 Rn. 4: „auf tatsächlicher Übernahme der Fürsorgepflicht, z.B. bei Zusammenleben mit einem Elternteil.“

²³ Da man es im Bereich des IS i.d.R. mit der deutschen Rechtsordnung fundamental ablehnenden Akteuren zu tun hat, kommt es oft vor, dass die tatsächlichen Väter mangels (ziviler) Ehe und mangels Vaterschaftsanerkennung oft nicht die rechtliche elterliche Sorge nach §§ 1626, 1592 BGB innehaben.

²⁴ *Bernauer/Jahn/Kuhn/Walter*, *Einführung in die Politikwissenschaft*, 4. Aufl. 2018, S. 62.

²⁵ IS-Rückkehrer werden im Hinblick auf § 171 StGB allein wegen des Geschlechts unterschiedlich behandelt.

²⁶ Sie erklärt es mit der Existenz patriarchaler Strukturen.

²⁷ § 171 StGB soll auch bei männlichen IS-Rückkehrern Anwendung finden. Eine Alternative wäre es, die §§ 154, 154a StPO auch bei weiblichen IS-Rückkehrern anzuwenden. Das scheint *Gallmetzer* aber nicht zu meinen.

²⁸ *Kather/Sanghvi/Sallach*, *JUSTICEINFO v.* 29.10.2021, abrufbar unter

www.justiceinfo.net/en/83848-how-gender-stereotypes-distort-is-trials-germany.html (19.7.2026); *Studzinsky/Kather*, *German Law Journal*, 22 (2021), 894 (907), wonach es Anzeichen dafür gebe, dass die Strategie der Staatsanwaltschaft selbst geschlechtsspezifisch geprägt ist.

¹⁴ Vgl. zur empirischen Rechtswissenschaft *Engert*, *BRZ* 2022, 3.

¹⁵ *Gallmetzer*, *ZfStw* 1/2026, 68 (76).

¹⁶ *Häder*, *Empirische Sozialforschung*, 4. Aufl. 2019, S. 148: „Bei der Grundgesamtheit handelt es sich um eine Anzahl an Elementen, die aufgrund einer bestimmten Eigenschaft für den Forscher von Interesse sind.“

¹⁷ Zuweilen auch Sample genannt, vgl. dazu *Häder* (Fn. 16), S. 148 und *Schlichte/Siebers*, *Einführung in die Arbeitstechniken der Politikwissenschaft*, 3. Aufl. 2015, S. 75.

¹⁸ Vgl. unten III., 4. d) aa).

¹⁹ *Gallmetzer*, *ZfStw* 1/2026, 68 (68 – Hervorhebung durch den Verf.).

²⁰ *Gallmetzer*, *ZfStw* 1/2026, 68 (71 – Hervorhebung durch den Verf.).

²¹ So wohl auch BT-Drs. 18/8066, S. 1; *Koller*, *CEP Policy Paper*, Februar 2024, *Six Years Later: A Status Update on the Prosecution of Female Returnees in Germany*, S. 5 Fn. 6; *Krüger*, *Fairness im Völkerstrafverfahren*, 2022, S. 114; *Moldenhauer*, in: *Kärgel* (Hrsg.), „Sie haben keinen Plan B“, *Radikalisierung, Ausreise, Rückkehr – zwischen Prävention und Intervention*, 2017, S. 78 (79); *Sayatz*, *JICJ* 22 (2024), 445 (446). Die Einschränkung auf IS-Rückkehrer ist gerechtfertigt, weil sich ein Großteil der Deutschen, die sich in das

den Einflussfaktoren auf bzw. Selektionsprozesse²⁹ auf dem Weg zu richterlichen Entscheidungen gefragt, wozu auch das Geschlecht zählt.³⁰ Insbesondere feministische Ansätze der Rechtskritik bzw. die so genannten Legal Gender Studies haben die Geschlechterfrage in Bezug auf verschiedene Aspekte des Rechts gestellt.³¹ Eine Einbettung in diesen Diskurs fehlt genauso wie die Berücksichtigung von Forschung zu geschlechtsspezifischen Unterschieden bei der Strafverfolgung von IS-Rückkehrern.³² Insbesondere hat *Gallmetzer* die Arbeiten von *Koller* über die strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung weiblicher Rückkehrer aus Irak und Syrien nicht berücksichtigt, obwohl sie bereits – wenn auch nicht so zuge-spitzt³³ wie *Gallmetzer* – die Frage der geschlechtsspezifischen Unterschiede bei § 171 StGB aufgeworfen hat.³⁴

3. Dogmatische Plausibilität

Aus rechtsdogmatischer Sicht legt *Gallmetzer* zu Beginn überzeugend dar, dass der Tatbestand des § 171 StGB geschlechts-neutral ist und beide Eltern im selben Maße in die Pflicht nimmt. Aus dieser nicht-empirischen Sicht ist ihr daher

²⁹ *Baer*, Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2025, § 5, Rn. 25 f.; § 8 Rn. 23, 34; *Köhler*, Straffällige Frauen, 2012, S. 38 ff.; vgl. auch *Neubauer*, Kriminologie, 6. Aufl. 2025, Kap. 10 Rn. 5 ff.

³⁰ *Leuschner*, in: Bartsch u.a. (Hrsg.), Gender & Crime, 2022, S. 108 (insb. 109: „ist auch das Geschlecht eine Variable“).

³¹ Vgl. *Baer* (Fn. 29), § 4 Rn. 200 ff., § 5 Rn. 17, 25; *Temme/Künzel*, in: Temme/Künzel (Hrsg.), Hat Strafrecht ein Geschlecht?, 2010, S. 7 und 9 mit instruktiven Fragestellungen.

³² *Koller/Schiele*, CTC Sentinel, 14 (10/2021), 38; *Koller* (Fn. 2), S. 27; *Koller*, CEP Policy Paper, Oktober 2022, Strafverfolgung von deutschen Rückkehrerinnen aus Syrien und dem Irak, Erkenntnisse und Empfehlungen für Politik und Sicherheitsbehörden; *dies.* (Fn. 21); *dies.*, in: Mehra/Renard/Herbach (Hrsg.), Female Jihadis Facing Justice: Comparing Approaches in Europe, 2024, S. 63.

³³ *Koller* (Fn. 2), S. 32, 35 f. sieht Anzeichen dafür, dass Frauen im Gegensatz zu Männern wegen Aktivitäten verfolgt und angeklagt werden, die oft dem „privaten Bereich“ zuzu-rechnen sind mit der auch aus der feministischen Rechtskritik bekannten Einteilung in öffentliche und private Sphäre (vgl. dazu: *Baer* [Fn. 29], § 4 Rn. 202; *Künzel*, in: Foljanty/Lembke [Hrsg.], Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 56)), wobei sie darunter ausdrücklich auch Handlungen versteht, die nach § 171 StGB strafbar sind. Außerdem hat sie auf das Problem des Fehlens „geeigneter Fälle“ bei männlichen IS-Rückkehrern sowie „Überlegungen zum Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit“ (vgl. *Koller* [Fn. 2], S. 35: „Another consideration is that male returnees have often been involved in combat or received weapons training, which enables charges for membership in a terrorist organization. It is possible that other offenses have not been considered due to a lack of capacity and evidence by prosecutors.“) aus einer nicht juristischen Perspektive hingewiesen. Damit hat *Koller* – wenn auch etwas abstrakter und aus einer sozial-wissenschaftlichen Perspektive – die Punkte behandelt, die *Gallmetzer* aus juristischer Sicht untersucht.

³⁴ *Koller* (Fn. 2), S. 27.

grundsätzlich zuzustimmen, wenn sie resümiert, dass „der ‚durchschnittliche Sachverhalt‘ [...] der Kindeserziehung im Herrschaftsgebiet des Islamischen Staats als tatbestandlich im Sinne des § 171 StGB verstanden werden“³⁵ kann. Lobens-wert ist zwar, dass sie hier bereits in einer Fußnote mit dem Hinweis „auf die Besonderheiten des Einzelfalls [...] und jeweils die Lebenssituation bzw. Ausbildung“³⁶ auf ein Problem der Empirie hinweist. Es ist allerdings kritisch anzumerken, dass sie diesen Gedanken im weiteren Verlauf ihrer Untersuchung nicht weiter aufgreift.

4. Empirische Defizite

Der empirische Teil weist mehrere Schwachstellen auf, diese betreffen die Terminologie (a), den Erkenntnisanspruch (b), das Forschungsdesign (c) und den Datenbestand (d).

a) Unklare Terminologie

Gallmetzer definiert einen zentralen Begriff ihrer Untersu-chung nicht, obwohl dieser für die Thesenbildung, die Analyse und die Schlussfolgerung den Dreh- und Angelpunkt bildet. Sie spricht von „patriarchalen Prägungen“,³⁷ „patriarchalen Grundannahmen“³⁸ und „patriarchale(n) Strukturen“³⁹, also von Beschreibungen der sozialen Wirklichkeit, ohne zu erklä-ren, was sie damit meint. Es liegt jedoch nahe, dass *Gallmet-zer* ihr Begriffsverständnis der feministischen Rechtswissen-schaft⁴⁰ entlehnt.⁴¹ Denn sie problematisiert die formale Geschlechtsneutralität⁴² des § 171 StGB als unzureichend und kritisiert eine patriarchale Rechtsanwendung.⁴³ In der feministischen Rechtswissenschaft bzw. in den Legal Gender Studies versteht man unter Patriarchat die systematische Benachteiligung und Unterdrückung von Frauen in der Gesell-schaft⁴⁴ und geht davon aus, dass „die traditionelle Rollen-verteilung [...] von Rechtsnormen zwar nicht länger direkt

³⁵ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (72 – Hervorhebung durch den Verf.).

³⁶ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (70 Fn. 31). Dieser Hinweis nicht trivial. Ob eine konkrete Gefährdung vorliegt, kann dann nämlich mit erheblichen Beweisschwierigkeiten einher-gehen (vgl. dazu *Koller* [Fn. 2], S. 35: „It is possible that other offenses have not been considered due to a lack of capacity and evidence by prosecutors.“). Dies gilt sowohl für die tatsächlichen Gefahren des Aufenthalts als auch für die Frage einer ideologisch geprägten Erziehung. Insbesondere bei sehr jungen Kindern oder kurzen Aufenthaltsdauern fehlt es häufig bereits an einer belastbaren Gefährdungsprognose. *Gallmetzers* „Regelmäßigkeit“ ist rechtsdogmatisch plausi-bel, aber empirisch nicht belegt. Nicht jeder IS-Rückkehrer-fall ist ohne Weiteres geeignet, eine Strafbarkeit nach § 171 StGB zu begründen.

³⁷ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68.

³⁸ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (75).

³⁹ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (68 und 76).

⁴⁰ Vgl. *Sacksofsky*, ZRP 2001, 412.

⁴¹ Vgl. dazu *Künzel* (Fn. 33), S. 55.

⁴² *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (71 f.).

⁴³ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (76).

⁴⁴ *Bode*, Bucerius Law Journal 2001, 39 (40), Fn. 23 m.w.N.

vorgeschrieben, wohl aber zementiert“⁴⁵ wird. Insofern kann man von einem einheitlichen Begriff der „patriarchalen Strukturen“ ausgehen, worunter ein Muster der Strafverfolgung verstanden wird, das Frauen gegenüber Männern ohne sachlichen Grund benachteiligt oder bestehende geschlechtsbezogene Hierarchien perpetuiert. Ob *Gallmetzer* ihrer Untersuchung einen solchen Begriff zugrunde legt, bleibt jedoch offen.

b) Widersprüchlicher Erkenntnisanspruch

Gallmetzer wird ihrem eigenen Erkenntnisanspruch nicht gerecht.

aa) Selbstgesetzter Anspruch bei Gallmetzer

So führt sie bereits im Abstract aus, dass „der folgende Beitrag [...] es sich zum Ziel macht, 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“.⁴⁶ Eingangs ihrer Analyse der „Strafverfolgungspraxis“ heißt es dann, dass „18 Urteile zu § 171 StGB und [weiblichen] IS-Rückkehrern keine hinreichend breite Datengrundlage für eine empirische Auswertung bieten [...] [jedoch] ggf. auf gewisse Auffälligkeiten hingewiesen werden“⁴⁷ könne.⁴⁸ Damit verfolgt *Gallmetzer* einen explorativen, hypothesengenerierenden und keinen konfirmatorischen, hypothesenbestätigenden Ansatz.⁴⁹

bb) Von der Hypothese zur Schlussfolgerung

Gleichwohl kommt *Gallmetzer* am Ende ihrer Arbeit zu dem Ergebnis, dass „die Strafverfolgung [...] bei der Ahndung von Vergehen und Verbrechen im Namen des IS häufig mit patriarchalen Strukturen zu kämpfen“ hat und „eine selektive Ahndung der Taten [§ 171 StGB ist gemeint] nur bei Frauen [...] patriarchale Strukturen [vertiefe] und [...] effektiv zu einer ungleichen Anwendung des Rechts [führe], der Art. 3 Abs. 2 GG entgegensteht“⁵⁰. Sie endet mit einem Appell „an die Rechtsanwendung [...], dass bestehende [patriarchale] Strukturen bei der Verfolgung von Taten im Zusammenhang mit dem IS durch die Strafverfolgung gerade nicht verstärkt, sondern im Gegenteil überbrückt werden sollten“.⁵¹ Damit mündet die Untersuchung in einer strukturellen Zuschreibung, die wie folgt zugespitzt beschrieben werden kann: Die Strafbarkeit von IS-Rückkehrern nach § 171 StGB hängt vom Geschlecht ab. Weibliche IS-Rückkehrer werden regelmäßig

nach § 171 StGB bestraft, wohingegen männliche IS-Rückkehrer regelmäßig nicht bestraft werden. Der Grund dafür ist, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte einem patriarchalen Denken verfallen sind. Anderen Erklärungsansätzen spricht sie die Relevanz ab, denn „anders lässt sich ein ganzliches Fehlen der Verfolgung von Missachtung von Erziehungs- und Fürsorgepflichten bei Männern fast“⁵² nicht erklären“⁵³.

cc) Methodischer Widerspruch

Gallmetzers Argumentation ist inkonsistent. Die Untersuchung wird als explorativ eingeführt, aber konfirmatorisch verwendet. Damit hat sie die Grenzen ihres selbst gesetzten Erkenntnisanspruchs überschritten. Dass es sich bei ihrem Ergebnis nicht nur um eine offene Forschungsfrage handelt, sondern es um den Nachweis und die Erklärung eines Strukturdefizits geht, folgt nicht nur aus der Formulierung „anders lässt sich ein ganzliches Fehlen der Verfolgung [...] bei Männern fast nicht erklären“.⁵⁴ Insbesondere ihr Appell an die Rechtsanwender, diese mögen die bestehenden, gegen Art. 3 GG verstoßenden Strukturen überbrücken,⁵⁵ zeigt, dass sie davon ausgeht, „die Erklärung“ für das von ihr identifizierte Problem der Ungleichbehandlung ausgemacht zu haben. Würde es sich nur um eine Hypothese handeln, bedürfte es keines Appells an die Rechtsanwender, sondern eines Appells an die Wissenschaft, diese Hypothese zu überprüfen.

c) Kein Forschungsdesign

Jenseits dessen, dass *Gallmetzer* über ihren eigenen Erkenntnisanspruch hinausgeht, kommt es zu methodischen Fiktionen. Da sie sich nicht mehr darauf beschränkt, eine mögliche Hypothese zu entwickeln, sondern im Ergebnis einen sozialen Sachverhalt (unterschiedliche Verfolgungspraxis) auf einen anderen sozialen Sachverhalt („patriarchale Strukturen“) zurückführt, beschreibt und deutet sie soziale Realität. Sie selbst spricht davon, die Strafverfolgungspraxis zu analysieren.⁵⁶ Zur Untersuchung menschlichen Verhaltens und sozialer Phänomene greift man auf empirische Sozialforschung zurück, die die notwendigen Methoden und Instrumente bereitstellt.⁵⁷ Im Kern geht es um die systematische und theoriegeleitete Erhebung sowie die nachvollziehbare Auswertung sozialer Daten.⁵⁸ In *Gallmetzers* Arbeit sucht man jedoch

⁴⁵ Sacksofsky, ZRP 2001, 412 (413).

⁴⁶ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (68 – Hervorhebung durch den Verf.).

⁴⁷ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (72 – Hervorhebung durch den Verf.).

⁴⁸ Das ist insofern zutreffend, als dass von nur sehr wenigen Fällen nicht auf generelle Zusammenhänge geschlossen werden kann, vgl. *Schlichte/Siebers* (Fn. 17), S. 76.

⁴⁹ Vgl. dazu *Schlichte/Siebers* (Fn. 17), S. 76.

⁵⁰ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (76).

⁵¹ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (76).

⁵² Durch das Adverb „fast“ darf man sich nicht irritieren lassen. Es schwächt zwar die Verneinung sprachlich und führt dazu, dass *Gallmetzer* keine deterministische Aussage trifft. Jedoch werden bei der Beschreibung von sozialen Phänomenen ohnehin i.d.R. nur probabilistische Aussagen getroffen bzw. Gesetze behauptet, vgl. *Häder* (Fn. 16), S. 53.

⁵³ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (76).

⁵⁴ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (76).

⁵⁵ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (76).

⁵⁶ *Gallmetzer*, ZfIStw 1/2026, 68 (72).

⁵⁷ Vgl. *Baer* (Fn. 29), § 10 (insb. Rn. 16 ff.); *Häder* (Fn. 16), S. 13; *Petersen*, *Der Staat*, 49 (2010), 435 (447); vgl. auch die kritische Replik auf *Petersens* Aufsatz von *Augsberg*, *Der Staat*, 51 (2012), 117.

⁵⁸ Vgl. *Schlichte/Siebers* (Fn. 17), S. 69 ff.

vergeblich nach einem Forschungsdesign,⁵⁹ das diesen Ansprüchen gerecht wird. Es fehlt auch an einer Operationalisierung des Untersuchungsgegenstandes,⁶⁰ also der „Messbarmachung der zunächst nicht direkt beobachtbaren Phänomene“,⁶¹ allen voran der „patriarchalen Strukturen“. Angesichts dessen, dass dieser Begriff von *Gallmetzer* nicht definiert wurde, ist dies nicht weiter verwunderlich, zieht aber Folgeprobleme nach sich. So ist die von ihr vorgenommene Datenerhebung sowie -auswertung (d) mit vielen Fragenzeichen behaftet. Es gibt auch keine systematische Prüfung alternativer Erklärungen (IV.).

d) Unklare Datengrundlage

Gallmetzers Datengrundlage ist nicht nachvollziehbar, weder was die Auswahl noch die Darstellung angeht.

aa) Unklare Auswahl der analysierten Fälle

Die Auswahl der analysierten Fälle ist unklar. Hier rächen sich *Gallmetzers* terminologische Unklarheiten in Bezug auf den Forschungsgegenstand, die ihr eine solche Definition von vornherein erschweren (vgl. oben III. 1.). Sie gibt zwar an, „insgesamt 18 Urteile zu § 171 StGB und IS-Rückkehrern“⁶² ihrer Analyse zugrunde gelegt zu haben. Dennoch betrifft die von ihr angegebene Anzahl von 18 Verurteilungen nur weibliche IS-Rückkehrer.⁶³ Das ist angesichts der sie interessierenden Fälle, die auch männliche IS-Rückkehrer miteinschließen,⁶⁴ verwunderlich. Selbst wenn man aber nur auf weibliche IS-Rückkehrer abstellt, bleibt offen, ob es sich bei den 18 Verurteilungen um eine Totalerhebung oder eine Stichprobe handelt.⁶⁵ Tatsächlich handelt es sich nur um eine Stichprobe, was sich daraus ergibt, dass *Koller* mit Stand Februar 2024 40 Fälle verurteilter weiblicher Rückkehrer auflistet,⁶⁶ von denen 35 Fälle in die von *Gallmetzer* typisierten Fallgruppen fallen.⁶⁷ Jenseits der Frage, warum *Gallmetzer* nicht auf die-

sen Datensatz zurückgegriffen hat, sondern stattdessen auf die Datenbank „Völkerstrafrecht in Deutschland“, an der sie mitgearbeitet hat,⁶⁸ gibt sie weder an, warum sie sich auf die von ihr analysierten Fälle (Stichprobe) beschränkt hat⁶⁹ noch ob es sich bei der Auswahl⁷⁰ um das Ergebnis einer Zufallsauswahl handelt.

bb) Mangelnde Nachvollziehbarkeit der 18 Verurteilungen

Darüber hinaus weist *Gallmetzer* lediglich 10 von 18 Verurteilungen von weiblichen IS-Rückkehrern nach. Diese betreffen einerseits die sieben aus der Datenbank Völkerstrafrecht in Deutschland ausgewerteten Verurteilungen⁷¹ und andererseits drei der von ihr angeführten 11 Verurteilungen.⁷² Vier weitere von *Gallmetzer* angeführte Entscheidungen betreffen keine Urteile, sondern Haftentscheidungen des BGH während des laufenden Strafverfahrens.⁷³ Eine dieser Haftentscheidungen ist zudem eine Doppelung, da sie einen Sachverhalt betrifft, der einem der zuvor genannten Urteile zugrunde liegt.⁷⁴ Eine solche Doppelung betrifft schließlich auch eine von *Gallmetzer* angeführte Revisionsentscheidung.⁷⁵ Schließlich ordnet sie von diesen zehn Verurteilungen nur neun Urteile ihren drei gebildeten Fallgruppen zu.⁷⁶ Der Fallgruppe 3

allerdings zwei Verurteilungen an, die *Koller* nicht erwähnt hat (HansOLG, Ur. v. 7.2.24 – 4 St 2/23 [uwP]; OLG Düsseldorf, Ur. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 [Fatima M.]), da diese erst nach Veröffentlichung ihrer Arbeit ergingen.

⁶⁸ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (72).

⁶⁹ Vgl. dazu *Schlichte/Siebers* (Fn. 17), S. 75.

⁷⁰ Möglich ist auch, dass *Gallmetzer* irrtümlich davon ausgeht, es handele sich bei den von ihr analysierten Fällen um eine Totalerhebung.

⁷¹ OLG Celle, Ur. v. 1.6.22 – 4 StS 3/21 (Romiena S.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 21.4.24 – 7 StS 2/20 (Nurten J.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 29.4.2020 – 7 StS 4/19 (Carla Josephien S.), HansOLG, Ur. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21 (Stefanie A.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20 (Fadia S.), HansOLG, Ur. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20 (Omaima A [I]); OLG Düsseldorf, Ur. v. 14.2.22 – 5 StS 4/22 (Sarah K.) Im letzteren Fall führt *Gallmetzer* allerdings nur eine Haftentscheidung an (BGH, Beschl. v. 18.10.2022 – AK 33/22). Dass es ein Urteil dazu gibt, ergibt sich u.a. aus dem „Case Information Sheet“, abrufbar unter (https://vstgb-datenbank.de/media/pdfs/CIS_Mustervorlage_SarahK_deutsch_KB_ydSxTRj.pdf [19.7.2026]).

⁷² HansOLG, Ur. v. vom 7.2.24 – 4 St 2/23 (uwP); KG, Ur. v. 7.12.22 – 6 – 1/22 (Mandy B.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 (Fatima M.).

⁷³ BGH, Beschl. v. 23.1.24 – AK 108/23; BGH, Beschl. v. 18.10.22 – AK 33/22; BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – StB 26/19; BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 18/22.

⁷⁴ BGH, Beschl. v. 18.10.22 – AK 33/22 betrifft OLG Düsseldorf, Ur. v. 14.2.22 – 5 StS 4/22 (Sarah K.).

⁷⁵ BGH, Beschl. v. 21.1.25 – 3 StR 538/24 betrifft OLG Düsseldorf, Ur. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 (Fatima M.).

⁷⁶ Fallgruppe 1: OLG Celle, Ur. v. 1.6.22 – 4 StS 3/21 (Romiena S.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 21.4.24 – 7 StS 2/20

⁵⁹ Vgl. dazu *Schlichte/Siebers* (Fn. 17), S. 74.

⁶⁰ Vgl. für eine solche Operationalisierung *Koller* (Fn. 2), S. 32.

⁶¹ *Häder* (Fn. 16), S. 48, 53.

⁶² *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (72).

⁶³ Diese Einschränkung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es tatsächlich keine geeigneten Fälle für Männer gäbe. Dazu verhält sich *Gallmetzer* jedoch nicht ausdrücklich, behauptet später aber, dass keine Verurteilungen von Männern nach § 171 StGB existieren, ohne zugleich einen einzigen („geeigneten“) Fall anzuführen.

⁶⁴ Vgl. *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (74).

⁶⁵ Vgl. *Häder* (Fn. 16), S. 145 ff.

⁶⁶ *Koller* (Fn. 21).

⁶⁷ Es passen nicht: Fall 1 (keine Mitgliedschaft nach §§ 129a, 129b StGB), Fall 2 (nicht IS) sowie die Fälle 6, 21 und 39 (keine Kinder). Der Datensatz umfasst dabei zum Großteil auch die Fälle, die *Gallmetzer* ihrer Analyse zugrunde gelegt hat, geht aber darüber hinaus. Zum einen enthält der Datensatz sechs weitere Verurteilungen (Fälle 11, 25, 26, 28, 34 und 27) und zum anderen 21 Fälle, in denen es trotz Zuordnung zu den von *Gallmetzer* typisierten Fallgruppen nicht zu einer Verurteilung nach § 171 StGB kam. *Gallmetzer* führt

ordnet sie noch vier Haftentscheidungen⁷⁷ sowie eine Revisionsentscheidung⁷⁸ zu, wobei zwei dieser Entscheidungen wiederum Sachverhalte betreffen, die den beiden in der Fallgruppe 3 angeführten Urteilen zugrunde liegen.⁷⁹

cc) Nicht genannte Gegenbeispiele

Gallmetzer legt Datenprobleme⁸⁰ nicht offen. Um dieses Problem zu verstehen, bedarf es eines Rückgriffs auf das Phänomen, das *Gallmetzer* überhaupt zu erklären versucht und das zugespitzt wie folgt lautet: Weibliche IS-Rückkehrer werden regelmäßig und männliche IS-Rückkehrer werden regelmäßig nicht wegen § 171 StGB bestraft.

(1) Männliche IS-Rückkehrer werden nicht wegen § 171 StGB verurteilt

Dieser Eindruck des zu erklärenden Phänomens entsteht einerseits dadurch, dass *Gallmetzer* explizit behauptet, es gebe keine Verurteilungen von männlichen IS-Rückkehrern wegen § 171 StGB.⁸¹ Diese Aussage macht im Hinblick auf ihren Forschungsgegenstand nur Sinn, wenn unter all diesen Fällen solche sind, die überhaupt passen. Ob es aber überhaupt solche Fälle gibt, also männliche IS-Rückkehrer, die eine Straftat nach § 171 StGB begangen haben, bleibt jedoch unklar.⁸² Es findet sich zwar ein Hinweis darauf, dass die Datenbank

(Nurten J.); OLG Düsseldorf, Urte. v. 29.4.2020 – 7 StS 4/19 (Carla Josephien S.).

Fallgruppe 2: HansOLG, Urte. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21 (Stefanie A.); OLG Düsseldorf, Urte. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20 (Fadia S.); HansOLG, Urte. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20 (Omaima A. [I]); die Fälle Stepfanie A., Fadia S. und Omaima (I.) sowie HansOLG, Urte. v. 7.2.24 – 4 St 2/23 (uwP).

Fallgruppe 3: OLG Düsseldorf, Urte. v. 14.2.22 – 5 StS 4/22 (Sarah K.); OLG Düsseldorf, Urte. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 (Fatima M.).

Das Urteil KG, Urte. v. 7.12.22 – 6 – 1/22 (Mandy B.) wird keiner Fallgruppe zugeordnet.

⁷⁷ Vgl. Fn. 72 bei *Gallmetzer*, *ZfStw* 1/2026, 68 (73): BGH, Beschl. v. 23.1.24 – AK 108/23; BGH, Beschl. v. 18.10.22 – AK 33/22; BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – StB 26/19; BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 18/22.

⁷⁸ BGH, Beschl. v. 21.1.25 – 3 StR 538/24.

⁷⁹ BGH, Beschl. v. 18.10.22 – AK 33/22 betrifft OLG Düsseldorf, Urte. v. 14.2.22 – 5 StS 4/22 (Sarah K.); BGH, Beschl. v. 21.1.25 – 3 StR 538/24 betrifft OLG Düsseldorf, Urte. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24 (Fatima M.).

⁸⁰ Vgl. zu diesem Problem *Bernauer/Jahn/Kuhn/Walter* (Fn. 24), S. 53.

⁸¹ *Gallmetzer*, *ZfStw* 1/2026, 68 (73).

⁸² Hat sie alle Entscheidungen männlicher IS-Rückkehrer oder zumindest alle Entscheidungen sorgeberechtigter IS-Rückkehrer ausgewertet? Hat sie nur einen Teil der Entscheidungen ausgewertet und von diesen auf eine allgemeine Regelmäßigkeit geschlossen? Es macht für die Interpretation der Daten einen Unterschied, ob aus einem Pool von lediglich zwei oder einhundert geeigneten Fällen es zu keiner Verurteilung kam.

„Völkerstrafrecht in Deutschland“ Entscheidungen zu 64 männlichen Angeklagten enthält, wodurch der Eindruck entsteht, dass es – im Verhältnis zu den von ihr analysierten „18 Urteile[n] zu § 171 StGB und [weiblichen] IS-Rückkehrern“ eine nicht unbeträchtliche Anzahl von männlichen IS-Rückkehrern gibt, die trotz der Zuordnung zu den von ihr für strafbar erachteten Fallgruppen nicht verurteilt worden sind. Tatsächlich betreffen aber nur vier Entscheidungen IS-Rückkehrer⁸³ nach der Definition von *Gallmetzer*, so dass die Zahlen bei genauerem Hinsehen ihren Befund⁸⁴ relativieren. Dieser mag zutreffend sein, nachvollziehbar belegt ist er nicht.

(2) Werden weibliche IS-Rückkehrer immer wegen § 171 StGB verurteilt?

Weitaus problematischer ist allerdings *Gallmetzers* Umgang mit den Daten zu weiblichen IS-Rückkehrern. Zwar behauptet sie nicht ausdrücklich, dass weibliche IS-Rückkehrer, wenn sie eine nach § 171 StGB strafbare Handlung begangen haben, deswegen regelmäßig abgeurteilt werden. Dieser Eindruck entsteht aber dadurch, dass sie nur Fälle anführt, in denen weibliche IS-Rückkehrer verurteilt wurden. Urteile von weiblichen IS-Rückkehrern, die eine Straftat nach § 171 StGB begangen haben und nicht wegen § 171 StGB verurteilt wurden hat sie hingegen nicht erwähnt. Tatsächlich gibt es jedoch solche Verurteilungen, wenn man – was auch *Gallmetzer* bei den von ihr analysierten Fällen tut – annimmt, dass es sich dabei jeweils um einen „durchschnittliche[n] Sachverhalt [...] der Kindeserziehung im Herrschaftsgebiet des Islamischen Staats“ handelt.⁸⁵ Es ist anzunehmen, dass *Gallmetzer* dies auch bewusst war, denn schließlich führt sie – ohne dies allerdings explizit kenntlich zu machen – vier entsprechende Urteile an.⁸⁶ Entsprechende Verurteilungen finden sich auch in der von ihr genutzten Datenbank.⁸⁷ Schließlich hat *Koller* aus einem Pool von 40 Entscheidungen 21 solcher Urteile aufgelistet.⁸⁸ Fasst man all diese Daten

⁸³ Es handelt sich um die Fälle Twana H.S., Harry S., Nils D. und Abdelkarim E. (2), wobei nach Kenntnis des *Verf.* Harry S. und Nils D. keine Kinder hatten.

⁸⁴ D.h., dass es einerseits geeignete Fälle männlicher IS-Rückkehrer gibt und es andererseits trotz geeigneter Fälle, zu keiner Verurteilung nach § 171 StGB gekommen ist.

⁸⁵ *Gallmetzer*, *ZfStw* 1/2026, 68 (72).

⁸⁶ OLG Stuttgart, Urte. v. 5.7.2019 – 5 – 2 StE 11/18 (Pressemitteilung); OLG Düsseldorf, Urte. v. 4.12.2019 – 2 StE 2/19; OLG Düsseldorf, Urte. v. 17.12.2019 – 5 StS 2/19; OLG München, Urte. v. 25.10.2021 – 8 St 9/18.

⁸⁷ Es handelt sich um die Fälle Sibel H., Nadine K., Sabine S., Nadja R., und Zeynab G.; im Fall Asia R.K. ist nur ein Haftbefehl hinterlegt (vgl. aber Pressemitteilung des GBA v. 30.12.2024, nach der keine Anklage wegen § 171 StGB erhoben wurde, abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/Pressemitteilung-vom-30-12-2024-2.html?nn=2031572> [19.7.2026]).

⁸⁸ Es sind dies die Fälle 3–5, 7, 8, 10, 13–17, 20, 22, 27, 29, 31–33, 35, 38 und 40.

zusammen ergeben sich 37 geeignete Fälle. Davon endeten 16 mit und 21 ohne Verurteilung von weiblichen IS-Rückkehrern nach § 171 StGB. Damit kommt es in weniger als der Hälfte⁸⁹ der geeigneten Fälle weiblicher IS-Rückkehrer überhaupt zu einer Verurteilung nach § 171 StGB. Der Eindruck, weibliche IS-Rückkehrer werden regelmäßig wegen § 171 StGB bestraft, ist daher unzutreffend.

(3) Methodische Bedeutung der weiblichen Gegenbeispiele

Diese Gegenbeispiele sind methodisch von erheblicher Bedeutung. Denn nur der Vergleich zwischen der Verurteilungsquote bei männlichen und weiblichen IS-Rückkehrern erlaubt eine Aussage über mögliche Ungleichbehandlung. Erst ein (auffälliges) Missverhältnis zwischen den Verurteilungsquoten legt – insbesondere vor dem Hintergrund der feministisch eingebetteten theoretischen Grundannahmen – nahe, dass „patriarchale Strukturen“ überhaupt als Erklärung in Betracht kommen. Wenn nämlich auch bei weiblichen IS-Rückkehrern in einem nicht unerheblichen Maße eine Aburteilung nach § 171 StGB entfällt, dann lässt sich dies nicht ausschließlich mit patriarchalen Strukturen – zumindest in dem o.a. Verständnis – erklären. Die These patriarchaler Strukturen mag damit nicht logisch ausgeschlossen sein, aber je öfter auch weibliche IS-Rückkehrer nicht wegen § 171 StGB verurteilt werden, desto mehr verblasst die Erklärungskraft von *Gallmetzer*'s Hypothese. Und genau dies legen die von ihr nicht erwähnten Daten nahe.

dd) Zusammenfassung

Gallmetzer sieht selbst kritisch ein, dass „18 Urteile zu § 171 StGB und [weiblichen] IS-Rückkehrern keine hinreichend breite Datengrundlage für eine empirische Auswertung bieten“, tatsächlich bleibt ihre Datengrundlage mit neun bzw. zehn Verurteilungen sogar dahinter zurück. Ihre Selbstkritik ist insofern berechtigt, als dass quantitative Methoden bei einer solch kleinen Fallzahl nicht angemessen sind.⁹⁰ Ein qualitativer Forschungsansatz, bei dem sich *Gallmetzer* ausführlich den einzelnen Fällen widmet und diese möglichst intensiv beforscht,⁹¹ ist auch nicht erkennbar. Problematisch ist außerdem, dass die von ihr angeprangerte mangelnde Aburteilung wegen § 171 StGB nicht nur männliche, sondern auch weibliche IS-Rückkehrer betrifft. Im letzteren Fall kann die fehlende Strafbarkeit nach § 171 StGB nicht ausschließlich mit patriarchalen Strukturen erklärt werden. Dann muss man nach anderen Gründen⁹² suchen und es liegt nahe, dass diese auch die fehlende Strafbarkeit männlicher IS-Rückkehrer wegen § 171 StGB erklären können.

⁸⁹ Die Verurteilungsquote liegt bei 0,43.

⁹⁰ Vgl. *Schlichte/Siebers* (Fn. 17), S. 76.

⁹¹ Vgl. *Häder* (Fn. 16), S. 66; vgl. zu einem qualitativen Ansatz *Koller* (Fn. 2), S. 35: „A proper, qualitative analysis would be needed to determine for example whether investigations had also considered potential offenses in the ‚private sphere‘ when prosecuting male FTFs“.

⁹² Vgl. zur Differenzierung zwischen Korrelation und Kausalität *Engert*, BRZ 2022, 3 (9); *Petersen, Der Staat*, 49 (2010), 435 (448).

IV. Alternative Erklärungen

Andere Erklärungsansätze hat *Gallmetzer* selbst angeboten: die mangelnde Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, das unklare Schicksal der Männer und der Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit. Mit *Gallmetzer* soll davon ausgegangen werden, dass deutsches Strafrecht regelmäßig Anwendung findet⁹³ und dieser Erklärungsansatz verworfen werden.

1. Methodisches Problem

Was ist aber mit den beiden anderen Erklärungsansätzen? Lässt sich das gänzliche Fehlen der Verfolgung bei Männern tatsächlich (fast) nur mit patriarchalen Strukturen in der Strafverfolgung erklären? *Gallmetzer* setzt sich mit den von ihr angebotenen konkurrierenden Erklärungen nicht diskursiv auseinander.⁹⁴ Ob und ggf. inwieweit diese das von *Gallmetzer* identifizierte und beschriebene strukturelle Problem der Ungleichbehandlung erklären können, bleibt bestenfalls unklar. Mangels klarer Begrifflichkeiten mangelt es an einer Operationalisierung (vgl. oben III. 4. c). Deshalb kann *Gallmetzer* nicht darlegen, was in der Realität zu beobachten wäre, damit ihre zu prüfende Hypothese als bestätigt oder als widerlegt gelten kann.⁹⁵ Solange jedoch die Befunde (insb. „Vorwurf schwerer Delikte“ und „patriarchale Strukturen“) nicht operationalisiert werden können, können die Erklärungen systematisch nicht geprüft werden.⁹⁶ Damit bleibt dann auch *Gallmetzer*'s These eine Deutung, nicht aber ein empirisch belastbarer Nachweis. All diese Dinge können hier nicht nachgeholt werden, so dass sich hier darauf beschränkt wird nachzuweisen, dass das unklare Schicksal der Männer und der Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit mindestens genauso plausible Erklärungsansätze darstellen wie die Annahme patriarchaler Strukturen.

2. Schwerpunkt des Vorwurfs

Obwohl *Gallmetzer* meint, dass in vielen Fällen männlicher IS-Rückkehrern der Vorwurf nach § 171 StGB hinter schwereren Vorwürfen zurückbleibt und daher nach §§ 154, 154a StPO verfahren werde, könne dies „nicht vollständig erklären, warum es keine einzige Verurteilung eines Vaters nach § 171 StGB gibt“. Sie begründet dies damit, dass „nicht jeder Vater [...] sich ausnahmslos darauf berufen [könne], dass die übrigen verfolgten Delikte von so schwerer Natur sind, dass dies eine Verfolgung nach § 171 StGB gegenstandslos macht“. Ihre Aussage mag normativ zutreffen. Es lassen sich ohne weiteres theoretisch Fälle konstruieren, in denen Männer sich nicht darauf berufen können, dass sie neben § 171 StGB einem so schweren Vorwurf ausgesetzt sind, dass dieser ein Vorgehen nach §§ 154, 154a StPO rechtfertigen würde. Auf

⁹³ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (73 f.).

⁹⁴ Vgl. zu einer solchen Diskussion *Koller* (Fn. 2), S. 35, dort auch mit dem Hinweis, dass bei der Interpretation der Ergebnisse wichtige Einschränkungen zu berücksichtigen sind.

⁹⁵ Vgl. zu diesem Erfordernis *Engert*, BRZ 2022, 3 (5).

⁹⁶ Vgl. zu den Problemen in diesem Kontext: *Engert*, BRZ 2022, 3 (9); *Petersen, Der Staat*, 49 (2010), 435 (448).

empirischer Ebene bleibt sie einen Nachweis schuldig. Sie führt keinen einzigen Fall an, der ihre Annahme empirisch stützen würde. Aus der forensischen Erfahrung in einer Vielzahl geführter Verfahren ergibt sich als plausibler Regelfall, dass männlichen IS-Rückkehrern oft schwerwiegende Verstöße vorgeworfen werden. Dies ist ausdrücklich kein statistischer Befund,⁹⁷ sondern ein plausibilitätsgestützter Hinweis, der im Rahmen einer systematischen Erhebung zu überprüfen wäre.⁹⁸ Eine solche Überprüfung müsste auch die Urteile betreffen, in denen weibliche IS-Rückkehrer zwar nach materiellem Recht eine Straftat nach § 171 StGB begangen haben, wegen dieser aber nicht verurteilt wurden.

3. Schicksal

Zudem bietet *Gallmetzer* als Erklärung für die mangelnde Aburteilung an, „dass es schlicht an geeigneten Fällen fehlt, da die Väter der Kinder in den genannten Fällen möglicherweise in der Folge des Bürgerkriegs in Syrien verstorben sind oder ihr Schicksal jedenfalls nach wie vor unklar ist“. Auch diesen Erklärungsansatz lässt sie nicht gelten, obwohl ihre

analysierten Fälle diesen stützen. Die Fälle der Fallgruppe 1.⁹⁹ sind für *Gallmetzers* Analyse irrelevant, so dass das Schicksal der Kindesväter nicht von Interesse ist. Was die Fallgruppe 2¹⁰⁰ angeht, so kommt nicht nur wie *Gallmetzer* meint, eine Strafverfolgung der Kindesväter in den Fällen Sarah K., Omaila A. und Fadia S. nicht in Betracht, sondern auch in den von *Gallmetzer* unerwähnten Fällen Stephanie A.¹⁰¹ sowie die weitere Entscheidung des HansOLG vom 7. Februar 2024.¹⁰² Damit steht der Aburteilung der Männer in allen der Fallgruppe 2 zugerechneten Fälle deren „ungeklärtes Schicksal“ entgegen. Das gleiche gilt für die Fälle der Fallgruppe 3.¹⁰³ Im Fall Mandy B., den *Gallmetzer* aber keiner Fallgruppe zugeordnet hat, wird der Kindesvater zwar verfolgt, wobei unklar bleibt, ob er verschollen ist oder sich in ausländischer Haft befindet und dies seiner Aburteilung entgegensteht.

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass es zumindest in den von *Gallmetzer* analysierten und belegten Fällen – wie auch *Gallmetzer* vermutet und *Koller* bereits vor ihr festge-

⁹⁷ Vgl. aber *Koller* (Fn. 2), S. 35: „Another consideration is that male returnees have often been involved in combat or received weapons training, which enables charges for membership in a terrorist organization. It is possible that other offenses have not been considered due to a lack of capacity and evidence by prosecutors.“

⁹⁸ Diese These wird dadurch gestützt, dass Männer i.d.R. in die offiziellen Verwaltungsstrukturen des IS, seien diese zivile oder militärische, eingebunden sind und dies relativ einfach nachzuweisen ist. Dies ergibt sich daraus, dass die Männer bei ihrer Ankunft registriert und bereits dort angeben müssen, welche Tätigkeit sie ausüben wollen (vgl. BGH, Beschl. v. 18.10.2022 – AK 31/22, Rn. 18; BT-Drs. 18/8066, Bl. 2; *Jayakumar/Sumpter*, *Perspectives on Terrorism*, 13 [2019], Bl. 58). Hingegen sind Frauen viel weniger in diese Strukturen eingebunden (vgl. *Koller* [Fn. 21], S. 9: „One reason is the very different roles of male and female ISIS members within the organization, which makes a legal comparison challenging“). Ihre Tätigkeit beschränkte sich oft auf die der dem Ehemann den Rücken freihaltende Hausfrau (vgl. *Koller* [Fn. 2], S. 34: „Especially since the majority of female Daesh members might indeed be largely confined to their house, as they usually could not go out without a male guardian“; kritisch dazu *Sayatz*, *Eigentumsschutz im Völkerstrafrecht*, 2025, S. 299). Ursprünglich hatte der BGH auch Schwierigkeiten damit, die „Ehefrau und Hausfrau“ als IS-Mitglied aufzufassen (vgl. auch *Gallmetzer*, *ZfIS* 1/2026, 68 [75] und ausführlich *Sayatz* [a.a.O.], S. 259 ff.). Erst mit der Zeit setzte sich durch, dass die Tätigkeit als Haus- und Ehefrau auch als mitgliedschaftliche Betätigung aufgefasst wurde. Dafür musste dann diese Tätigkeit aber auch aufgeklärt werden. Hat man diese einmal aufgeklärt, ist es nur noch ein kleiner Schritt hin zu § 171 StGB. Da aufgrund der Eingliederung der Männer in offizielle Strukturen das Schwergewicht darauf lag, bedurfte es insoweit keiner Aufklärung der „Familienverhältnisse“.

⁹⁹ Fallgruppe 1: OLG Celle, Ur. v. 1.6.22 – 4 StS 3/21 (Romiana S.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 21.4.24 – 7 StS 2/20 (Nurten J.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 29.4.2020 – 7 StS 4/19 (Carla Josephien S.).

¹⁰⁰ Fallgruppe 2: HansOLG, Ur. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21 (Stephanie A.); OLG Düsseldorf, Ur. v. 1.7.2021 – 7 StS 3/20 (Fadia S.); HansOLG, Ur. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20 (Omaila A. [I]); die Fälle Stephanie A., Fadia S. und Omaila (I.) sowie HansOLG, Ur. v. 7.2.24 – 4 St 2/23 (uwP).

¹⁰¹ HansOLG, Ur. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21, Rn. 10 a.E., wonach der Kindesvater im Ausland in Haft sei.

¹⁰² HansOLG, Ur. v. 7.2.2024 – 4 St 2/23; BGH, Ur. v. 14.11.2024 – 3 StR 189/24 (OLG Hamburg), Rn. 4 a.E., 5 (erster Ehemann verstorben, geschieden in Syrien vom zweiten Ehemann).

¹⁰³ Im Fall Fatima M. aus der 3. Fallgruppe ist der Kindesvater tot (OLG Düsseldorf, Ur. v. 8.5.2024 – 5 St 1/24, Rn. 39 [„verschollen und mutmaßlich verstorben“]). Sarah Ks. erster Ehemann ist verstorben, ihr zweiter Ehemann dürfte verschollen sein, so dass auch bei den von *Gallmetzer* angeführten Verurteilungen der Strafverfolgung der Männer deren „ungeklärtes Schicksal“ entgegensteht. Soweit *Gallmetzer* Haftentscheidungen anführt, steht auch dort das „ungeklärte Schicksal“ einer Aburteilung der Männer entgegen (BGH, Beschl. v. 23.1.2024 – AK 108/23, Rn. 5 a.E.: „Die Beschuldigte sei gemeinsam mit ihrem zwischenzeitlich verstorbenen (ersten) Ehemann nach islamischem Ritus und den vier gemeinsamen Kindern im Jahr 2014 von der Ukraine über die Türkei nach Syrien ausgereist und habe sich dort dem IS angeschlossen, in die Organisation eingegliedert und aktiv die Ziele des IS gefördert; BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – StB 26/19, Rn. 14: „Im Frühjahr 2015 wurde der Ehemann der Beschuldigten im Zusammenhang mit Gefechten in der Nähe der syrischen Stadt Kobane getötet“; in BGH, Beschl. v. 21.4.2022 – AK 18/22, Rn. 36 befand sich der Ehemann zum Entscheidungszeitpunkt „offenbar weiterhin in kurdischer Gefangenschaft“).

stellt hat¹⁰⁴ – schlicht an geeigneten Fällen fehlt, da die Väter der Kinder [...] verstorben sind oder ihr Schicksal jedenfalls nach wie vor unklar ist“.¹⁰⁵ Mit diesem Befund setzt sich die Untersuchung nicht ausreichend vertieft auseinander.¹⁰⁶ Hier zeigt sich wieder die mangelnde methodische Reflexion. Statt zu sich darauf zurückzuziehen, dass 18 Fälle für eine quantitative Methode nicht ausreichend sind, hätte sie – wie von *Koller* vorgeschlagen¹⁰⁷ – zumindest die einzelnen Fälle mit einer qualitativen Methode analysieren müssen.

4. Zusammenfassung

Gallmetzer kann mangels eines schlüssigen empirischen Forschungsdesigns weder den einen noch dem anderen Erklärungsansatz stützen oder falsifizieren. Dies könnte der Grund dafür sein, dass sie sich mit alternativen Erklärungsansätzen nicht hinreichend auseinandersetzt. Zwar stellt sie diese gleichsam einer Aufzählung vor, berücksichtigt diese aber nicht bei der Interpretation der Daten. Dies wäre aber angebracht gewesen, weil in nahezu allen von ihr analysierten Fällen der Aburteilung der Männer deren „unklares Schicksal“ faktisch entgegensteht. Dieser aus ihren eigenen Daten stammende Befund lässt diese Erklärung zumindest genauso plausibel erscheinen, wie der von ihr favorisierte der „patriarchalen Strukturen“. Eine systemische Erklärung ohne Rückgriff auf „patriarchales Denken“ ist möglich. Sowohl der schlichte Fallmangel als auch der Rückgriff auf §§ 154, 154a StPO könnten das von *Gallmetzer* beschriebene Phänomen erklären.

V. Ergebnis

Gallmetzers Verdienst ist es, dass sie in der juristischen Fachwelt die Frage aufgeworfen hat, ob § 171 StGB im Kontext von IS-Rückkehrern geschlechtsneutral bzw. -selektiv angewandt wird. Ihre Antwort, das Ausbleiben von Verurteilungen männlicher IS-Rückkehrer lasse sich fast nicht anders als durch patriarchale Strukturen der Strafverfolgung erklären,¹⁰⁸ überzeugt hingegen nicht: Es bleibt bereits fraglich, ob die von ihr konstatierte „selektive Ahndung der Taten nur bei Frauen“¹⁰⁹ überhaupt vorliegt. Dass männliche IS-Rückkehrer nicht wegen § 171 StGB verurteilt werden, ist plausibel auch darauf zurückzuführen, dass es schlicht an verfolgbaren männlichen Vergleichsfällen fehlt, weil diese verstorben, verschollen, in ausländischer Haft oder aus anderen Gründen dem Zugriff der deutschen Strafverfolgung entzogen sind. Zum anderen spricht einiges dafür, dass § 171 StGB regelmäßig hinter schwerwiegenderen Vorwürfen zurücktritt und

die Verfolgung insoweit aus Gründen der Verfahrensökonomie nach §§ 154, 154a StPO beschränkt wird. Das schließt nicht aus, dass geschlechtsbezogene Zuschreibungsmuster in der Strafverfolgung existieren können. Es bedeutet nur, dass *Gallmetzer* ihre Annahme nicht belegen konnte. Wer eine solche These vertreten will, braucht eine tragfähige Datengrundlage. Dazu gehört ein größerer Datensatz, ein offengelegter Pool an Vergleichsfällen und die Einbeziehung auch solcher Verfahren, die nicht zu einer Verurteilung nach § 171 StGB geführt haben. In diesen Fällen müssen zudem die Anklagebegleitverfügungen berücksichtigt werden. Schließlich dürfte ein gezielter Vergleich von Elternpaaren sinnvoll sein,¹¹⁰ um zu prüfen, wie die Justiz mit Mutter und Vater aus exakt derselben familiären Konstellation umgeht. All das erfordert einen interdisziplinären Forschungsansatz.¹¹¹ Der angemessene Schluss ist daher kein Appell an die Rechtspraxis, eine vermeintlich bereits identifizierte patriarchale Struktur zu „überbrücken“, sondern zunächst ein Appell an die Forschung, die aufgeworfene Hypothese zu prüfen.

¹⁰⁴ *Koller* (Fn. 2), S. 35: „Male Daesh members that might have been charged and convicted for these crimes in the ‚private sphere‘, especially those committed against Yazidis, are most probably either dead, missing, or still detained in Northeast Syria.“

¹⁰⁵ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (74).

¹⁰⁶ Vgl. zu qualitativen Methoden *Schlichte/Siebers* (Fn. 17), S. 76.

¹⁰⁷ Vgl. Fn. 91.

¹⁰⁸ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (76).

¹⁰⁹ *Gallmetzer*, ZfStw 1/2026, 68 (76).

¹¹⁰ Dies scheint bspw. *Koller* (Fn. 2), S. 31, vorzugswürdig.

¹¹¹ Vgl. *Baer* (Fn. 29), § 5 Rn. 25.

Retrograde biometrische Fernidentifizierung und europäisches Strafverfahrensrecht KI-Verordnung, JI-Richtlinie und der deutsche Reformdiskurs als Fallstudie unionsrechtlicher Vorprägung

Von Rechtsanwalt Dr. iur. Dr. rer. pol. **Fabian Teichmann**, LL.M. (London), MBA (Oxford),
St. Gallen*

Der Beitrag entwickelt die These, dass die deutsche Debatte über retrograde biometrische Fernidentifizierung ihr unionsrechtliches Schlüsselproblem verfehlt: Nicht die Nachträglichkeit der Suche, sondern die Datengrundlage entscheidet. Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO untersagt die Erstellung und Erweiterung gescrippter Gesichtsdatabanken ohne strafverfolgungsrechtliche Ausnahme; die Richtlinie (EU) 2016/680 und die §§ 45 ff. BDSG binden biometrische Verarbeitung an Gesetzlichkeit, strikte Erforderlichkeit und das Verbot ausschließlich automatisierter belastender Entscheidungen. HessenDATA, GRCh und EMRK verschärfen die Anforderungen. Regelungsfähig bleibt danach allein die eng umgrenzte nachträgliche Suche in geschlossenen, rechtmäßig erhobenen Beständen, für die der Beitrag sieben Mindestanforderungen und einen Formulierungsvorschlag entwickelt. Die internetweite biometrische Suche erweist sich demgegenüber als regelungsunfähig.

I. Einleitung

Die Debatte über KI-gestützte Gesichtserkennung in der Strafverfolgung wird in Deutschland noch immer zu stark als innerstaatliche Frage der Ermittlungszweckmäßigkeit geführt. Gerade der seit 2024/2025 entfaltete Reformdiskurs zeigt jedoch das Gegenteil: Wer über retrograde biometrische Fernidentifizierung im Strafverfahren spricht, bewegt sich nicht in einem normativ offenen nationalen Raum, sondern in einem unionsrechtlich vorgeprägten Mehrebenengefüge.¹

Dieses Gefüge ist dreifach strukturiert. Erstens zieht die KI-Verordnung² mit unmittelbar geltenden Verboten und Risikoregeln harte unionsrechtliche Außenlinien ein.³ Zweitens binden die Richtlinie (EU) 2016/680⁴ und ihre Umset-

zung in den §§ 45 ff. BDSG jede biometrische Datenverarbeitung an Gesetzlichkeit, strikte Erforderlichkeit, besondere Garantien und das Verbot ausschließlich automatisierter belastender Entscheidungen.⁵ Drittens bleiben die verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Grundgesetzes, vor allem nach der hessenDATA-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, für die strafprozessuale Eingriffsermächtigung maßgeblich.⁶

Der zentrale Befund dieses Beitrags lautet, dass die deutsche Diskussion ihr unionsrechtliches Schlüsselproblem erkennt. Der neuralgische Punkt liegt nicht primär in der nachträglichen Suche als solcher, sondern in der Datengrundlage. Ein automatisierter biometrischer Abgleich mit frei im Internet auffindbaren Bildern setzt funktional einen GesichtsindeX voraus, der durch massenhaftes Scraping erstellt oder fortlaufend erweitert wird. Genau diesen Vorgang untersagt Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO grundsätzlich und ohne strafverfolgungsrechtliche Ausnahme.⁷

Damit wird der deutsche Reformdiskurs zur Fallstudie europäischen Strafverfahrensrechts. Die Frage ist nicht, ob der nationale Gesetzgeber Gesichtserkennung „irgendwie“ zulassen möchte. Die Frage ist, ob und in welchem Umfang unionsrechtlich überhaupt ein Regelungskorridor verbleibt. Dieser Beitrag arbeitet diesen Korridor aus. Im Mittelpunkt stehen die KI-Verordnung und die Richtlinie (EU) 2016/680

der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr = ABl. EU Nr. L 119 v. 4.6.2016.

⁵ Art. 7, 8, 10, 11 RL (EU) 2016/680; *Braun*, in: Gola/Heckmann, DSGVO, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2022, BDSG § 48 Rn. 4 ff., § 54 Rn. 1 ff.; *Schwichtenberg*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Kommentar, 4. Aufl. 2024, BDSG § 48 Rn. 2 ff., § 54 Rn. 4 f.; *Frenzel*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2026, BDSG § 48 Rn. 3 ff., § 54 Rn. 1 ff.

⁶ BVerfG, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = NJW 2023, 1196; *Singelstein*, NStZ 2012, 593; *Koranyi/Singelstein*, NJW 2011, 124 (128).

⁷ ErwG 43, Art. 5 Abs. 1 lit. e VO (EU) 2024/1689; *Wendehorst*, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Verordnung über künstliche Intelligenz, Kommentar, 2. Aufl. 2025, Art. 5 Rn. 139–141; *Hilgendorf/Härtlein* (Fn. 3), Art. 5 Rn. 45–47; *Raue*, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), KI-VO Art. 5 Rn. 82–88; *Lewandowski*, Braucht die Polizei eine Datenbank zum biometrischen Abgleich?, Das Durchsuchen von Internetbildern zur Gesichtserkennung, Technisches Gutachten, September 2025; Deutscher Bundestag, Fachbereiche EU 6 und WD 5, Biometrischer Abgleich mit Bildern aus dem Internet, Das technische Gutachten im Auftrag von AlgorithmWatch, S. 6 f.

* Der Autor ist Lehrbeauftragter an der Universität zu Köln, der Universität Kassel und der Universität Trier sowie Managing Partner einer Anwaltskanzlei.

¹ Vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 21. Legislaturperiode v. 5.5.2025, Z. 2635–2637, 2852; *Rückert*, StV 2025, 350.

² Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz = ABl. EU Nr. L 2024/1689.

³ Art. 2 Abs. 3, Art. 3 Nrn. 42–44, 5 Abs. 1 lit. e und h, 6 Abs. 2 (i.V.m. Anh. III Nr. 1 lit. a), 26 Abs. 10, 113 VO (EU) 2024/1689; *Hilgendorf/Härtlein*, Verordnung über künstliche Intelligenz, Handkommentar, 2025, Art. 2 Rn. 11, Art. 5 Rn. 45–48; *Voigt*, in: Schefzig/Kilian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, KI-Recht, Stand: 1.11.2025, KI-VO Art. 2 Rn. 36–39.

⁴ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei

sowie das BDSG; die deutsche Reformdebatte dient als Fallstudie, an der sich die unionsrechtliche Vorprägung nationaler Strafverfahrensgesetzgebung exemplarisch zeigen lässt.⁸

II. Begriffe, Technik und Einsatzformen

1. Politische und unionsrechtliche Terminologie

Der politische Begriff der „retrograden biometrischen Fernidentifizierung“ ist unscharf. Er beschreibt eine nachträgliche biometrische Suche in bereits vorhandenen Bildbeständen, sagt aber für sich genommen nichts darüber aus, ob die Suche in einem polizeiinternen Referenzsystem, in einem abgeschlossenen CCTV-Bestand oder im offenen Internet stattfindet. Gerade diese Unterscheidung ist rechtlich entscheidend.⁹

Die KI-Verordnung arbeitet mit anderen Begriffen. Sie unterscheidet zwischen einem Echtzeit-Fernbiometrie-System und einem System zur nachträglichen biometrischen Fernidentifizierung.¹⁰ Hinzu tritt die Definition des „öffentlich zugänglichen Ortes“ als physischer Ort, der einer unbestimmten Zahl natürlicher Personen zugänglich ist.¹¹ Bereits begrifflich zeigt sich damit, dass internetbasierte Gesichtssuche nicht deckungsgleich mit der unionsrechtlich besonders regulierten Konstellation der Echtzeitüberwachung öffentlich zugänglicher physischer Räume ist. Wer die Debatte dogmatisch sauber führen will, darf diese Kategorien nicht vermengen.

Gerade darin liegt ein Grundproblem des deutschen Reformdiskurses. Die politische Formel der „retrograden Fernidentifizierung“ nivelliert Konstellationen von höchst unterschiedlicher Eingriffsintensität und unterschiedlicher unionsrechtlicher Behandlung. Ein Abgleich eines Täterbildes mit einer rechtmäßig erhobenen, geschlossenen polizeilichen Referenzdatenbank wirft andere Fragen auf als die Suche in Milliarden im Internet ausgelesener Bilder. Die unionsrechtliche Bewertung entscheidet sich deshalb nicht am Schlagwort, sondern an Systemarchitektur und Datengrundlage.¹²

⁸ FRA, *Facial Recognition Technology: Fundamental Rights considerations in the context of law enforcement*, 2020, S. 2; EDPB, *Leitlinien 05/2022 über den Einsatz von Gesichtserkennungstechnologie im Bereich der Strafverfolgung*, Version 2.0, Angenommen am 26. April 2023, Ziff. 3; Rückert, StV 2025, 350.

⁹ Vgl. *Coombe/Roth-Isigkeit*, ZfDR 2024, 391.

¹⁰ Art. 3 Nrn. 42–43 VO (EU) 2024/1689; *Hilgendorf/Härtlein* (Fn. 3), Art. 3 Rn. 44–45.

¹¹ Art. 3 Nr. 44, ErwG 38 VO (EU) 2024/1689; *Wendehorst* (Fn. 7), Art. 3 Rn. 335–340; *Hilgendorf/Härtlein* (Fn. 3), Art. 3 Rn. 46; *Kirschke-Biller/Füllsack*, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), KI-VO Art. 3 Rn. 519.

¹² DSK, *Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder v. 20.9.2024*, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/2024-09-20_Entschliessung_DSK_Gesichtserkennung.pdf (22.6.2026); EDPB (Fn. 8), Ziff. 3.2.

2. Technische Grundstruktur

Moderne Gesichtserkennung arbeitet nicht mit einer bloß visuellen Ähnlichkeitssuche, sondern mit der Extraktion biometrischer Merkmalsvektoren. Aus einem Gesichtsbild wird ein sogenanntes face embedding gebildet, das mathematisch mit Referenzvektoren verglichen werden kann.¹³ Das Ergebnis ist regelmäßig kein Ja/Nein-Befund, sondern ein Wahrscheinlichkeits- oder Ähnlichkeitsscore, der von der Qualität des Ausgangsbildes, dem Referenzmaterial, dem Schwellwert des Systems und der Güte des Trainingsdatensatzes abhängt.¹⁴

Die rechtliche Relevanz dieser technischen Struktur ist erheblich. Erstens erklärt sie die gesteigerte Eingriffsintensität: Biometrische Daten sind nicht austauschbar wie Passwörter, sondern an die Person gebunden und praktisch dauerhaft kompromittierbar. Zweitens macht sie deutlich, dass eine Suchanfrage nur so gut ist wie ihr Referenzbestand. Drittens zeigt sie, dass der biometrische Treffer immer nur ein algorithmisch erzeugtes Ähnlichkeitsurteil ist, kein selbstinterpretierender Tatsachenbeweis.¹⁵

Diese technische Eigenart hat dogmatischen Eigenwert. Bereits die Erstellung des Embedding ist ein eigenständiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung; der Personenbezug folgt nicht erst aus der späteren Verknüpfung mit identifizierenden Daten, sondern bereits daraus, dass der Vektor eindeutig aus den körpergebundenen Merkmalen der betroffenen Person abgeleitet ist und dieser unmittelbar zugeordnet werden kann. Auch der Abgleich und das Auftauchen einer Person auf einer Kandidatenliste sind als jeweils eigenständige, kumulativ wirkende Eingriffe einzuordnen.¹⁶ Wer die rechtliche Bewertung biometrischer Fernidentifizierung am bloßen „Treffer“ festmacht, verkennt damit zwei Drittel der eingriffsrelevanten Vorgänge.

Hinzu kommt das bekannte Problem ungleicher Fehleraten. Die Genauigkeit sinkt bei schlechten Lichtverhältnissen, schrägen Blickwinkeln, veralteten Vergleichsbildern oder niedriger Auflösung; zugleich variieren Falschzuordnungen nach Hautfarbe, Geschlecht und Alter.¹⁷ Wer biometrische Fernidentifizierung normativ regeln will, muss deshalb nicht nur an die Eingriffsschwelle denken, sondern ebenso an Fehlerfolgen, Diskriminierungsrisiken und die Anforderungen an sachkundige menschliche Nachkontrolle.

¹³ *Hornung/Schindler*, ZD 2017, 203 (204); DSK, *Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder v. 30.3.2017*, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/20170330_en_gesichtserkennung.pdf (22.6.2026).

¹⁴ Vgl. NISTIR, *Face Recognition Vendor Test (FRVT) – Part 3: Demographic Effects*, abrufbar unter <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2019/nist.ir.8280.pdf> (22.6.2026); FRA (Fn. 8), S. 9.

¹⁵ Vgl. EDPB (Fn. 8), S. 9; *Schindler*, CR 2023, 341.

¹⁶ *Hahn*, *Automatisierte Gesichtserkennung in der Strafverfolgung*, 2025, S. 96–99, 101–104.

¹⁷ NISTIR (Fn. 14); FRA (Fn. 8), S. 9.

3. Einsatzformen und Eingriffsintensität

Für das Strafverfahren lassen sich mindestens vier Konstellationen unterscheiden: erstens der Abgleich eines unbekannten Täterbildes mit einer geschlossenen polizeilichen Referenzdatenbank, etwa INPOL; zweitens die nachträgliche Suche in einem rechtmäßig gesicherten, räumlich und zeitlich abgegrenzten Bestand von Videoaufzeichnungen; drittens die Echtzeitlokalisierung in öffentlich zugänglichen Räumen; viertens die internetbasierte Suche in öffentlich zugänglichen Bildbeständen.¹⁸

Diese Konstellationen sind weder tatsächlich noch rechtlich gleichwertig. Der Abgleich mit einer geschlossenen polizeilichen Datenbank greift zwar tief ein, bleibt aber auf einen bereits vorhandenen, institutionell kontrollierten Referenzraum bezogen. Die nachträgliche Suche in einem bestimmten CCTV-Bestand kann – jedenfalls bei enger räumlich-zeitlicher Begrenzung – unionsrechtlich grundsätzlich denkbar sein, weil sie auf einen geschlossenen Datensatz rechtmäßig erhobener Aufnahmen zielt.¹⁹ Die Echtzeitidentifizierung in öffentlich zugänglichen Räumen ist demgegenüber wegen ihres permanenten Überwachungspotentials unionsrechtlich grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise zulässig.²⁰ Der Internetabgleich schließlich ist dogmatisch ein Sonderfall, da nicht die Zeitdimension, sondern die Datengrundlage hier das Hauptproblem ist.

Gerade der Internetabgleich darf deshalb nicht als bloße Unterart der nachträglichen Fernidentifizierung behandelt werden. Technisch setzt die automatisierte biometrische Suche im offenen Netz einen Index voraus, der Gesichter aus unterschiedlichsten Quellen extrahiert, strukturiert und suchbar macht. Der Sachstand des Deutschen Bundestages von Januar 2026 bestätigt insoweit den bereits im AlgorithmWatch-Gutachten herausgearbeiteten Befund, dass ein sinnvoller biometrischer Abgleich mit Bildern „aus dem Internet“ praktisch nicht ohne eine Datenbank zur Gesichtssuche auskommt.²¹ Die technische Vorfrage wird damit zur unionsrechtlichen Hauptfrage.

Die unterschiedliche Eingriffsintensität dieser Konstellationen lässt sich entlang einer kumulativen Faktorenanalyse präzise greifen. Hahn hat hierfür fünf Strukturmerkmale herausgearbeitet, deren Zusammentreffen das spezifische Gefährdungspotenzial automatisierter Gesichtserkennung in der Strafverfolgung ausmacht:²²

- Streubreite, weil die Maßnahme nicht den Beschuldigten, sondern hauptsächlich Unbeteiligte trifft
- Fehleranfälligkeit, weil biometrische Treffer typische Falschidentifikationsmuster aufweisen

- Heimlichkeit, weil die Betroffenen weder von der Erfassung noch vom Abgleich Kenntnis erlangen
- Vernetzungsmöglichkeit, weil der mathematisierte Merkmalsvektor mit beliebigen anderen Datenbeständen verknüpfbar ist
- Biometrie, also die Anknüpfung an unwiderruflich personengebundene Körpermerkmale

Diese Faktorenanalyse verdient hier Beachtung, weil sie zugleich eine Prüfungsmatrix für die unionsrechtliche und strafprozessuale Bewertung jeder konkreten Einsatzform liefert. Je mehr dieser Faktoren in einer Konstellation kumulieren – so der Internetabgleich, der alle fünf maximiert –, desto enger wird der unionsrechtliche Korridor.

III. Der unionsrechtliche Ordnungsrahmen

1. Die KI-Verordnung als negativ und prozedural harmonisierendes Regime

Die KI-Verordnung gilt grundsätzlich auch für die Strafverfolgung. Ihre Bereichsausnahme für die nationale Sicherheit greift für die gewöhnliche polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Verfolgung von Straftaten nicht ein.²³ Zugleich ordnet die Verordnung selbst an, dass sie die Anwendung des Datenschutzrechts, insbesondere der Richtlinie (EU) 2016/680, unberührt lässt.²⁴ Für das Strafverfahren bedeutet dies, dass die KI-Verordnung keine Eingriffsermächtigung ersetzt, sondern der nationalen Gesetzgebung unionsrechtliche Schranken und Mindestanforderungen setzt.

Dogmatisch handelt es sich um ein asymmetrisches Harmonisierungsregime. Die Verordnung harmonisiert weder den Anfangsverdacht noch die strafprozessuale Beweislehre umfassend. Sie bestimmt aber, welche Systeme überhaupt eingesetzt werden dürfen, welche Systeme als Hochrisiko-Systeme gelten, welche Autorisierung für bestimmte Einsatzformen erforderlich ist und in welchen Punkten die Mitgliedstaaten nur strenger, nicht aber großzügiger sein dürfen.²⁵ In diesem Sinne prägt die KI-Verordnung ein europäisches Strafverfahrensrecht nicht als einheitliches Kodexrecht, wohl aber als System negativer Verbote und prozeduraler Bindungen.

Für die nationale Gesetzgebung folgt daraus ein doppelter Legalisierungstest. Eine biometrische Ermittlungsmaßnahme ist nur dann zulässig, wenn sie erstens auf einer hinreichend bestimmten innerstaatlichen Eingriffsnorm beruht und zweitens innerhalb des unionsrechtlich eröffneten Korridors verbleibt. Das ist mehr als ein bloßes Anwendungsvorrangproblem. Die nationale Norm selbst muss so gefasst sein, dass ihr Anwendungsbereich nicht in Konstellationen hineinreicht, die die KI-Verordnung sperrt.²⁶

¹⁸ Coombe/Roth-Isigkeit, ZfDR 2024, 391.

¹⁹ ErwG 95 VO (EU) 2024/1689; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 26 Rn. 14–15; Dengä, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), KI-VO Art. 26 Rn. 86–87.

²⁰ Art. 5 Abs. 1 lit. h sublit. ii und iii VO (EU) 2024/1689; Raue (Fn. 7), KI-VO Art. 5 Rn. 140–145, 146–149; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 5 Rn. 82–94.

²¹ Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 6 f.; Lewandowski (Fn. 7).

²² Hahn (Fn. 16), S. 30 ff., 121 ff.

²³ Art. 2 Abs. 3 VO (EU) 2024/1689; Voigt (Fn. 3), KI-VO Art. 2 Rn. 36–39; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 2 Rn. 11.

²⁴ Art. 2 Abs. 7, ErwG 95 VO (EU) 2024/1689; Voigt (Fn. 3), KI-VO Art. 2 Rn. 48.

²⁵ Art. 5 Abs. 5, 26 Abs. 7, Abs. 10, 113 lit. a VO (EU) 2024/1689; Dengä (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 107–108.

²⁶ Martini, NVwZ Extra 1–2/2022, 1 (9 f.).

2. Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO: das Verbot gescrapter Gesichtssindizes

Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO verbietet das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme und die Verwendung von KI-Systemen zur Erstellung oder Erweiterung von Gesichtserkennungsdatenbanken durch ungezieltes Auslesen von Gesichtsbildern aus dem Internet oder von Videoüberwachungsanlagen.²⁷ Erwägungsgrund 43 begründet dieses Verbot mit den massiven Gefahren für Privatheit und Datenschutz, die aus der flächendeckenden biometrischen Indexierung unbeteiligter Personen entstehen.²⁸ Auffällig und für die Strafverfolgung entscheidend ist das Fehlen jeder strafprozessualen Ausnahme. Anders als Art. 5 Abs. 1 lit. h KI-VO enthält lit. e keinen Öffnungstatbestand für schwere Straftaten, richterliche Anordnungen oder Gefahrenlagen.

Damit steht fest: Der unionsrechtliche Gesetzgeber hat die Erstellung und Erweiterung gescrapter Gesichtssindizes als solche normativ disqualifiziert. Nationale Strafverfolgungsgesetzgebung kann diese Bewertung nicht relativieren. Sie kann insbesondere nicht dadurch umgangen werden, dass sie statt von der Erstellung einer Gesichtserkennungsdatenbank neutraler von einem „Abgleich mit öffentlich zugänglichen Daten“ spricht. Wo die technische Funktionsfähigkeit der Maßnahme einen nach Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO verbotenen Index voraussetzt, ist die Maßnahme unionsrechtlich gesperst.²⁹

Das ist der dogmatische Schlüssel für die Bewertung des Internetabgleichs. Selbst wenn man begrifflich argumentierte, dass eine internetgestützte Suche nicht unter das Echtzeitverbot des Art. 5 Abs. 1 lit. h KI-VO fällt, weil Online-Räume keine öffentlich zugänglichen physischen Orte sind, bliebe lit. e als selbständige Sperre bestehen. Der Versuch, internetbasierte biometrische Suche unionsrechtlich über die Hintertür des nationalen Strafprozessrechts zu legalisieren, scheitert daher an der Datengrundlage.³⁰

Freilich muss dogmatisch sauber unterschieden werden. Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO verbietet nicht jede Nutzung eines einzelnen öffentlich zugänglichen Bildes im Ermittlungsverfahren. Erfasst ist vielmehr die systematische biometrische Datenbankbildung durch ungezieltes Scraping. Gerade für die politisch diskutierte automatisierte Gesichtssuche im offenen Internet ist aber diese Datenbankbildung funktional konstitutiv. Deshalb bleibt für eine gesetzgeberische Freigabe der internetweiten biometrischen Suche kein realistischer unionsrechtlicher Raum.³¹

²⁷ Art. 5 Abs. 1 lit. e, ErwG 43 VO (EU) 2024/1689; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 5 Rn. 45–48.

²⁸ ErwG 43 VO (EU) 2024/1689; Raue (Fn. 7), KI-VO Art. 5 Rn. 82.

²⁹ So bereits Lewandowski (Fn. 7); Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 6 f.; Wendehorst (Fn. 7), Art. 5 Rn. 139–141; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 5 Rn. 45–48.

³⁰ Bundesnetzagentur, Verbotene Praktiken, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Digitales/KI/8_VerbotenePraktiken/start.html (22.6.2026).

³¹ Martini/Kemper, CR 2023, 341.

3. Art. 5 Abs. 1 lit. h KI-VO: Echtzeitidentifizierung in öffentlich zugänglichen Räumen

Von lit. e zu trennen ist Art. 5 Abs. 1 lit. h KI-VO. Danach ist die Verwendung von Echtzeit-Fernbiometrie-Systemen in öffentlich zugänglichen Räumen zu Strafverfolgungszwecken grundsätzlich verboten.³² Ausnahmen bestehen nur in eng umgrenzten Konstellationen, etwa zur Suche nach Opfern bestimmter schwerer Delikte, zur Abwehr einer konkreten terroristischen Bedrohung oder zur Lokalisierung bestimmter Verdächtiger bei schweren Straftaten; hinzu treten eine vorgängige richterliche oder administrative Genehmigung und weitere Verhältnismäßigkeitsanforderungen.³³

Für den hier interessierenden Internetabgleich ist diese Norm jedoch nur mittelbar relevant. Gerade weil „öffentlich zugängliche Orte“ im unionsrechtlichen Begriffsverständnis physische Orte sind, taugt Art. 5 Abs. 1 lit. h KI-VO nicht als dogmatischer Anker zur Legalisierung oder Illegalisierung internetbasierter Suchvorgänge. Die unionsrechtliche Auseinandersetzung um das Internet wird von lit. e entschieden, nicht von lit. h.³⁴ Der häufig anzutreffende Verweis auf das Echtzeitverbot geht deshalb am Kern vorbei, wenn es um die nachträgliche Suche in gescraptern Web-Bildbeständen geht.

Gleichwohl ist lit. h für den deutschen Reformdiskurs wichtig, weil er zeigt, wie restriktiv die KI-Verordnung gerade bei massenüberwachungsnahen biometrischen Einsatzformen verfährt. Dies bestätigt den unionsrechtlichen Grundentscheid gegen entgrenzte biometrische Fernüberwachung und spricht systematisch dagegen, den Internetabgleich als rechtlich weniger problematisch zu behandeln, nur weil er nicht im physischen Raum stattfindet.³⁵

4. Nachträgliche Fernidentifizierung, Hochrisiko-Einstufung und Art. 26 Abs. 10 KI-VO

Biometrische Fernidentifizierungssysteme sind als Hochrisiko-KI-Systeme eingestuft.³⁶ Damit greifen die bekannten Anforderungen an Risikomanagement, Daten- und Daten-Governance, technische Dokumentation, Protokollierung, Transparenz und menschliche Aufsicht.³⁷ Für das Strafverfahren bedeutet dies nicht nur technische Compliance. Die Anforderungen schlagen auf die prozessuale Ausgestaltung durch.

³² Art. 5 Abs. 1 lit. h VO (EU) 2024/1689; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 5 Rn. 67.

³³ Art. 5 Abs. 2–4 VO (EU) 2024/1689; vgl. Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 5 Rn. 67, 78, 79; Wendehorst (Fn. 7), Art. 5 Rn. 206–216.

³⁴ Art. 3 Nr. 44 VO (EU) 2024/1689; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 46; Wendehorst (Fn. 7), Art. 3 Rn. 335–340.

³⁵ Vgl. ErwG 32, 38 und 95 VO (EU) 2024/1689; FRA (Fn. 8), S. 1; EDPB (Fn. 8), Ziff. 3.1–3.2.

³⁶ Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anh. III Nr. 1 lit. a VO (EU) 2024/1689; Klawonn, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), Art. 6 Rn. 16–18.

³⁷ Art. 9–14 VO (EU) 2024/1689; Klawonn (Fn. 36), KI-VO Art. 6 Rn. 16–18; Gerdemann, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), KI-VO Art. 9 Rn. 16–31; Kilian/Schefzig, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), KI-VO Art. 10 Rn. 16–20; Zech/Linhart, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), KI-VO Art. 13 Rn. 16–25; Buchner, in: Schefzig/Kilian (Fn. 3), KI-VO Art. 14 Rn. 33–37.

Eine Strafprozessordnung, die den Einsatz zwar erlaubt, aber keine Vorkehrungen für Protokollierung, Qualitätskontrolle und menschliche Nachprüfung trifft, bleibt rechtsstaatlich unvollständig.

Hinzu kommt Art. 26 Abs. 10 KI-VO. Die Norm regelt speziell die Verwendung von Systemen zur nachträglichen biometrischen Fernidentifizierung für Strafverfolgungszwecke. Sie verlangt grundsätzlich eine vorherige richterliche oder administrative Genehmigung, lässt nur eng begrenzte Eilkonstellationen zu, untersagt ungezielte Nutzung und bestimmt ausdrücklich, dass Entscheidungen mit nachteiliger Rechtswirkung nicht allein auf der Ausgabe des Systems beruhen dürfen.³⁸ Bereits Erwägungsgrund 95 ist für die nationale Dogmatik aufschlussreich, indem er eine zulässige nachträgliche Suche als zielgerichtet, notwendig, verhältnismäßig und auf einen geschlossenen Datensatz rechtmäßig erlangten Videomaterials bezogen beschreibt.³⁹

Gerade diese Passage verdient größere Beachtung. Sie macht deutlich, dass die KI-Verordnung für zulässige *ex-post*-Suchformen von „closed datasets“ ausgeht, nicht von offenen, durch Scraping generierten Megadatenbanken. Das unionsrechtliche Modell ist also die eng begrenzte, fallbezogene Nachsuche in rechtmäßig erhobenen Beständen, und nicht die internetweite biometrische Suchmaschine. Die deutsche Reformdebatte muss sich daran messen lassen.⁴⁰

Schließlich ist hervorzuheben, dass Art. 26 Abs. 10 KI-VO und die Hochrisiko-Regeln keine nationale Eingriffsnorm substituieren. Sie setzen deren unionsrechtlichen Rahmen. Daraus folgt zugleich eine wichtige dogmatische Konsequenz: Wo die Strafprozessordnung keine besondere Eingriffsermächtigung und keine verfahrensrechtliche Umsetzung menschlicher Kontrolle, Dokumentation und Verteidigungszugänglichkeit enthält, wird der unionsrechtliche Rahmen nicht bloß „ergänzt“, sondern praktisch unterlaufen.⁴¹

Wie weit das Verbot ausschließlich systembasierter Entscheidungen nach Art. 26 Abs. 10 UAbs. 3 S. 2 KI-VO reicht, ist im Schrifttum noch nicht abschließend geklärt. Der Wortlaut „ausschließlich auf der Grundlage“/„based solely on“ ist parallel zu Art. 11 II-RL und Art. 22 DSGVO auszulegen. Eine Entscheidung erfolgt jedenfalls dann ausschließlich automatisiert, wenn ein Mensch das Ergebnis nur „abnickt“ und ohne inhaltliche Prüfung formal bestätigt. Dasselbe gilt, wenn sich die menschliche Beteiligung auf das Herausfiltern offensichtlich unplausibler Vorschläge beschränkt. Im grundrechtssensiblen Bereich der Strafverfolgung ist daher eine echte inhaltliche Kontrolle durch mehr als eine fachlich qualifizierte Person zu fordern, die zudem die rechtliche Kompetenz zur abweichenden Entscheidung besitzt.⁴² Übertragen auf die biometrische Fernidentifizierung bedeutet

dies: Die Verifikation muss durch geschulte Lichtbildsachverständige erfolgen, die Funktionsweise, Fehlerraten und systematische Verzerrungen des konkret verwendeten Systems verstehen. Eine bloß stichprobenartige oder rein formale Bestätigung genügt nicht. Damit erweist sich das oft beschworene „human in the loop“ als unzureichend, soweit es nicht durch verfahrensrechtliche Qualifikations-, Dokumentations- und Unabhängigkeitsanforderungen unterfüttert wird.

IV. Richtlinie (EU) 2016/680, BDSG und Grundrechte

1. Gesetzlichkeit und Bestimmtheit nach Art. 8 RL (EU) 2016/680

Neben der KI-Verordnung prägt die Richtlinie (EU) 2016/680 das unionsrechtliche Strafverfahrensrecht. Art. 8 der Richtlinie erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten durch zuständige Behörden nur, wenn sie für die Wahrnehmung einer entsprechenden Aufgabe erforderlich ist und auf Unionsrecht oder mitgliedstaatlichem Recht beruht; dieses Recht muss jedenfalls Verarbeitungszwecke, Datenkategorien und Zielsetzungen hinreichend bestimmen.⁴³ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Anforderungen in den §§ 45 ff. BDSG umgesetzt.⁴⁴

Für die Diskussion um biometrische Fernidentifizierung ist das von erheblicher Tragweite. Das unionsrechtliche Gesetzlichkeitsgebot bestätigt und verstärkt den innerstaatlichen Bestimmtheits- und Wesentlichkeitsgedanken. Eine bloße Rückgriffsermächtigung auf die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO genügt deshalb nicht nur verfassungsrechtlich kaum, sondern steht auch unter unionsrechtlichem Druck. Je sensibler die Datenkategorie und je höher die Eingriffsintensität, desto genauer muss die gesetzliche Grundlage die zulässigen Zwecke, Datensätze, Zugangsvoraussetzungen und Sicherungen konturieren.⁴⁵

Damit gewinnt die Frage nach der bereichsspezifischen Eingriffsnorm eine unionsrechtliche Zusatzdimension. Sie ist nicht nur Ausdruck nationaler Verfassungsdogmatik, sondern unionsrechtliche Pflicht. Gerade darin zeigt sich die Vorprägung nationaler Strafverfahrensautonomie: Der nationale Gesetzgeber bleibt frei in der konkreten Ausgestaltung, aber nicht frei darin, überhaupt mit einer offenen Generalermächtigung zu operieren.⁴⁶

2. Strikte Erforderlichkeit biometrischer Verarbeitung: Art. 10 RL (EU) 2016/680 und § 48 BDSG

Biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer Person gehören zu den besonders sensiblen Datenkategorien. Art. 10 RL (EU) 2016/680 erlaubt ihre Verarbeitung nur, wenn sie strikt erforderlich ist, angemessenen Garantien unterliegt und durch Gesetz zugelassen oder ausnahmsweise aus ande-

³⁸ Art. 26 Abs. 1–6, Abs. 10 VO (EU) 2024/1689; Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 26 Rn. 14–15; Denga (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 77, 88–106.

³⁹ Hilgendorf/Härtlein (Fn. 3), Art. 26 Rn. 15.

⁴⁰ Vgl. Eisenberger/Binder, in: Martini/Wendehorst (Fn. 7), Art. 26 Rn. 68–77.

⁴¹ Eisenberger/Binder (Fn. 40), Art. 26 Rn. 68–77.

⁴² Hahn (Fn. 16), S. 184–187.

⁴³ Art. 8 Abs. 1–2 RL (EU) 2016/680.

⁴⁴ Vgl. Wolff/v. Ungern-Sternberg, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, Stand: 1.11.2025, BDSG § 45 Rn. 4; Braun (Fn. 5), BDSG § 45 Rn. 1–4.

⁴⁵ DSK (Fn. 12); Martini, NVwZ Extra 1–2/2022, 1 (10 f.).

⁴⁶ Coombe/Roth-Isigkeit, ZfDR 2024, 391 (401 ff.).

ren in der Norm genannten Gründen gerechtfertigt ist.⁴⁷ § 48 BDSG konkretisiert dies innerstaatlich und verlangt geeignete Garantien zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person.⁴⁸

Die Verwendung der „strikten Erforderlichkeit“ ist für die biometrische Fernidentifizierung von größerer dogmatischer Schärfe als die gewöhnliche Verhältnismäßigkeitsformel. Sie verlangt nicht nur eine abstrakt nützliche Technik, sondern eine auf den konkreten Ermittlungszweck bezogene Unverzichtbarkeit oder jedenfalls eine sehr enge funktionale Notwendigkeit. Daraus folgen mehrere Konsequenzen, und zwar, dass die Datengrundlage begrenzt, der Suchraum fallbezogen, die Maßnahme subsidiär und die Speicher- sowie Zugriffsgestaltung besonders abgesichert sein muss.⁴⁹ Ein offener, anlasslos erweiterbarer Internetindex ist mit diesem Maßstab ersichtlich unvereinbar.

Besonders instruktiv ist in diesem Zusammenhang ein verbreitetes Fehlgargument. Weil Bilder im Internet öffentlich zugänglich seien, dürften sie auch biometrisch ausgewertet werden. Art. 10 RL (EU) 2016/680 widerlegt diese Verkürzung. Selbst dort, wo Daten von der betroffenen Person öffentlich gemacht wurden, folgt hieraus kein Freibrief für massenhafte biometrische Indexierung und algorithmische Identifizierung. Die Kategorie der „manifestly public data“ relativiert weder die strikte Erforderlichkeit noch das spezielle unionsrechtliche Verbot des Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO.⁵⁰

3. Der biometrische Treffer als automatisierte Bewertung: Art. 7 und 11 RL (EU) 2016/680, § 54 BDSG

Eine weitere unionsrechtliche Leitnorm ist Art. 11 RL (EU) 2016/680. Danach sind Entscheidungen, die ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung beruhen und für die betroffene Person eine nachteilige Rechtswirkung oder eine ähnlich erhebliche Beeinträchtigung entfalten, grundsätzlich verboten; dies gilt erst recht, wenn sensible Datenkategorien betroffen sind.⁵¹ Art. 26 Abs. 10 KI-VO übernimmt denselben Gedan-

ken ausdrücklich für nachträgliche biometrische Fernidentifizierung.⁵²

Dogmatisch bedeutsam ist zudem Art. 7 RL (EU) 2016/680. Die Richtlinie verlangt, dass personenbezogene Daten, die auf Tatsachen beruhen, von solchen unterschieden werden, die auf persönlichen Einschätzungen beruhen.⁵³ Überträgt man diese Unterscheidung auf biometrische Treffer, spricht viel dafür, den algorithmischen Ähnlichkeitsscore nicht als Tatsache, sondern als technische Bewertung eines Wahrscheinlichkeitsverhältnisses einzuordnen. Selbst wenn man dies nicht strikt kategorisch versteht, folgt jedenfalls, dass der biometrische Treffer dogmatisch nicht als selbsttragender Identitätsbeweis behandelt werden kann. Er ist Ermittlungsansatz, nicht Tatbestandssubstitut.⁵⁴

Diese Erkenntnis hat unmittelbare strafprozessuale Folgen. Ein Treffer darf weder ohne qualifizierte menschliche Verifikation den Tatverdacht tragen noch allein die Grundlage für weitere belastende Maßnahmen bilden. Wo das Gesetz dies nicht ausdrücklich klarstellt, droht ein struktureller Verstoß gegen Art. 11 RL (EU) 2016/680, § 54 BDSG und Art. 26 Abs. 10 KI-VO. Die unionsrechtliche Dogmatik verlangt also nicht nur eine menschliche „Endabnahme“, sondern eine echte inhaltliche Nachprüfung, die den algorithmischen Vorschlag materiell verantwortet.⁵⁵

4. GRCh, EMRK und GG

Die unionsrechtliche Vorprägung erschöpft sich nicht in Sekundärrecht. Nationale Regelungen über biometrische Fernidentifizierung bewegen sich zugleich im Anwendungsbereich der Grundrechtecharta. Maßgeblich sind insbesondere Art. 7 GRCh (Achtung des Privatlebens),⁵⁶ Art. 8 GRCh (Schutz personenbezogener Daten),⁵⁷ Art. 21 GRCh (Diskriminierungsverbot)⁵⁸ und Art. 47 GRCh⁵⁹ (wirksamer Rechtsschutz und faires Verfahren).⁶⁰ Ergänzend sichern Art. 6 und Art. 8 EMRK Verfahrensfairness und Privatheit. Gerade im

⁴⁷ Art. 10 RL (EU) 2016/680; *Braun* (Fn. 5), BDSG § 48 Rn. 4–7; *Schwichtenberg* (Fn. 5), BDSG § 48 Rn. 2–7; *Frenzel* (Fn. 5), BDSG § 48 Rn. 3–4; *Teichmann*, NJOZ 2026, 705 (707 Rn. 22).

⁴⁸ *Frenzel* (Fn. 5), BDSG § 48 Rn. 5–9; *Thiel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Nomos Kommentar, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, BDSG § 48 Rn. 8–21; *Kampert*, in: Sydow/Marsch (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Handkommentar, 3. Aufl. 2022, BDSG § 48 Rn. 19–22.

⁴⁹ Vgl. EDPB (Fn. 8), Ziff. 3.1.3.4; FRA (Fn. 8), S. 23.

⁵⁰ Art. 10 lit. c RL (EU) 2016/680; vgl. EuGH, Urt. v. 4.7.2023 – C-252/21, Rn. 89 ff.; EuGH, Urt. v. 21.12.2023 – C-667/21, Rn. 38 ff.

⁵¹ Art. 11 RL (EU) 2016/680; *Mundil*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Fn. 44), BDSG § 54 Rn. 1–6; *Frenzel* (Fn. 5), BDSG § 54 Rn. 1–9; *Richter*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Fn. 48), BDSG § 54 Rn. 1–2; *Teichmann*, NJOZ 2026, 705 (707 Rn. 24).

⁵² Art. 26 Abs. 5, Abs. 10 VO (EU) 2024/1689; *Denga* (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 103–105.

⁵³ Art. 7 RL (EU) 2016/680.

⁵⁴ Vgl. AG Reutlingen, Beschl. v. 24.4.2025 – 5 Ds 29 Js 1276/25; BGH, Urt. v. 1.2.2017 = NStZ-RR 2017, 183 (184); vgl. auch EDPB (Fn. 8), Ziff. 3.1.2, 5.3.

⁵⁵ Vgl. *Buchner* (Fn. 37), KI-VO Art. 14 Rn. 33–37; *Hilgendorf/Härtlein* (Fn. 3), Art. 14 Rn. 2–14; *Denga* (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 77; *Schwichtenberg* (Fn. 5), BDSG § 54 Rn. 4–5; *Frenzel* (Fn. 5), BDSG § 54 Rn. 1–9.

⁵⁶ *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV AEUV, Kommentar, 7. Aufl. 2023, GR-Charta Art. 7 Rn. 1–3.

⁵⁷ *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 2–3.

⁵⁸ *Gerlach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 8. Aufl. 2025, GRCh Art. 21 Rn. 9–11.

⁵⁹ *Kubiciel/Großmann*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 6. Aufl. 2024, Art. 47 Rn. 1.

⁶⁰ Vgl. FRA (Fn. 8), S. 24; EDPB (Fn. 8), Ziff. 3.1.3.4, 3.2.4.1.

Bereich biometrischer Identifikations- und Speicherregime hat der EGMR immer wieder betont, dass anlasslose oder unverhältnismäßige staatliche Erfassung besonders sensibler personenbezogener Daten strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliegt.⁶¹ Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EGMR im Fall Glukhin gegen Russland. Der Gerichtshof hat erstmals zu Gesichtserkennung in der Strafverfolgung ausdrücklich Stellung genommen und auch die nachträgliche Identifizierung als „particularly intrusive“ eingestuft. Er verlangt ein hohes Maß an Rechtfertigung, eine detaillierte Regelung des Anwendungsbereichs und der Anwendung der Maßnahme sowie wirksame Schutzvorkehrungen; eine allgemein gefasste Rechtsgrundlage genügt nicht. Hervorgehoben wird zudem der „chilling effect“ auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit, gerade wenn Gesichtserkennung im Versammlungskontext eingesetzt wird.⁶² Daraus folgt für jede künftige deutsche Eingriffsnorm zwingend eine Verschärfung der Bestimmtheitsanforderungen, insbesondere bei der Auswertung von Versammlungs-Bildmaterial. Die Vorgaben der KI-Verordnung sind insoweit als unionsrechtliche Mindestanforderungen, nicht als konventionsrechtliche Höchstgrenze zu lesen.

National bleibt die hessenDATA-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Leitentscheidung. Das Gericht hat die automatisierte Datenanalyse als eigenständigen Eingriff qualifiziert, weil sie aus verstreuten Einzelinformationen neues, verdichtetes Wissen erzeugt und damit die Eingriffsqualität gegenüber der bloßen Datenhaltung erheblich steigert.⁶³ Diese Argumentation gilt für biometrische Fernidentifizierung in verschärfter Form. Gesichtserkennung ist nicht nur Datenanalyse, sondern die algorithmische Zuordnung eines unverwechselbaren körperlichen Merkmals zu einer konkreten Person. Sie berührt daher die informationelle Selbstbestimmung besonders intensiv und kann bei systematischem Einsatz erhebliche Einschüchterungseffekte entfalten.⁶⁴

Die unionsrechtliche und die verfassungsrechtliche Perspektive laufen damit nicht auseinander, sondern verstärken einander. Gerade die Kombination aus KI-Verordnung, RL (EU) 2016/680 und hessenDATA zwingt zu einer bereichsspezifischen, hinreichend bestimmten und eng begrenzten Rechtsgrundlage. Eine offene Ermächtigung, deren Konturen erst im Vollzug sichtbar werden, ist weder unions- noch verfassungsrechtlich tragfähig.⁶⁵

⁶¹ EGMR, Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 = NJOZ 2010, 696 (700); EGMR, Urt. v. 13.2.2020 – 45245/15 = NJOZ 2022, 476 (479 f.).

⁶² EGMR, Urt. v. 4.7.2023 – 11519/20, Rn. 83, 86–89; *Hahn* (Fn. 16), S. 205–208; *Palmiotto/González*, Computer Law & Security Review 50 (2023), 105857.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = NJW 2023, 1196 (1197 ff.).

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15 = NJW 2019, 827 (828 ff. Rn. 34 ff.); FRA (Fn. 8), S. 27.

⁶⁵ DSK (Fn. 12).

V. Der deutsche Reformdiskurs als Fallstudie europäischen Strafverfahrensrechts

1. Keine tragfähige Rechtsgrundlage im geltenden Strafverfahrensrecht

Nach geltendem Recht fehlt es an einer spezialgesetzlichen strafprozessualen Eingriffsnorm für KI-gestützte biometrische Fernidentifizierung. Ein Rückgriff auf §§ 161, 163 StPO scheitert an der spezifischen Eingriffsqualität der Maßnahme. Wer biometrische Identifizierung aus Bildmaterial automatisiert betreibt, greift nicht lediglich in ein unspezifisches Datenermittlungsfeld ein, sondern nutzt eine Technik, die hochsensible Daten verarbeitet, neue Zuordnungswahrscheinlichkeiten erzeugt und potentiell große Personengruppen betrifft.⁶⁶ Diese Bewertung steht im Einklang mit dem Hauptergebnis der einschlägigen Monographie *Hahns*, die nach umfassender verfassungs-, unions- und strafprozessrechtlicher Prüfung zu dem Befund gelangt, dass derzeit keine taugliche strafprozessuale Rechtsgrundlage für den Einsatz automatisierter Gesichtserkennung zur Identifizierung unbekannter Verdächtiger existiert.⁶⁷ Insbesondere § 98c StPO – die in Praxis und Teilen der Literatur herangezogene Vorschrift – erweist sich als ungeeignet. *Hahn* beschreibt die Norm zutreffend als „materiell weitgehend und formell vollständig voraussetzungslos“: Sie verlangt weder eine Katalogtat noch einen gesteigerten Tatverdacht, sieht keine schriftliche oder richterliche Anordnung vor, kennt keine Subsidiaritätsklausel und keine Benachrichtigungspflicht; auch ist sie nicht in den Verfahrensregelungen des § 101 StPO verankert.⁶⁸ Vor allem aber genügt § 98c StPO nicht den Anforderungen der Bestimmtheit und Normenklarheit. Sein Zweck („zur Aufklärung einer Straftat“) ist mit Blick auf die Eingriffsintensität automatisierter Gesichtserkennung zu unbestimmt; das technische Eingriffsinstrument ist nicht spezifiziert; die zum Abgleich zugelassenen Datenbanken sind nicht hinreichend begrenzt; die Verarbeitung höchstpersönlicher biometrischer Merkmale tritt aus der Norm nicht hervor.⁶⁹ Diese Defizite addieren sich nicht nur zu einem einfachgesetzlichen Mangel, sondern führen unmittelbar in den unionsrechtlichen Spezifitätskonflikt mit Art. 8 RL (EU) 2016/680 und Art. 26 Abs. 10 KI-VO.

Nicht überzeugender ist die Konstruktion einer Normenkumulation aus §§ 98a, 98c, 100h oder 163f StPO. Sie zerlegt eine einheitliche technische Gesamtmaßnahme künstlich in Teilschritte, um das Fehlen einer eigens auf biometrische Fernidentifizierung zugeschnittenen Ermächtigung zu kaschieren. Methodisch trägt dies schon deshalb nicht, weil die Verknüpfung von automatisierter Bilderfassung, Merkmalsextraktion, datenbankgestütztem Vergleich und algorithmischer Priorisierung eine neue Eingriffsqualität erzeugt, die keine der Ein-

⁶⁶ *Martini*, NVwZ Extra 1–2/2022, 1 (10 f.); DSK (Fn. 12); *Teichmann*, NStZ 2026, 457 (462).

⁶⁷ *Hahn* (Fn. 16), S. 234, 322 Ziff. 7.

⁶⁸ *Hahn* (Fn. 16), S. 215–218; *Körffler*, Datenschutz-Nachrichten 4 (2014), 146 (148); vgl. *Singelstein*, NStZ 2012, 593 (606).

⁶⁹ *Hahn* (Fn. 16), S. 219 ff., 228.

zelbefugnisse für sich genommen abbildet.⁷⁰ Hinzu kommt, dass auch die regelmäßig hilfsweise herangezogenen §§ 98a, 98b, 81b Abs. 1 Alt. 1, 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 163b Abs. 1 S. 1 sowie 161, 163 StPO und § 48 BDSG keine tragfähige Eingriffsgrundlage bilden, weil keine dieser Normen die spezifische Verbindung von Bildverarbeitung, Merkmalsextraktion, datenbankgestütztem biometrischem Abgleich und algorithmischer Priorisierung tatbestandlich erfasst.⁷¹

Dieser Befund lässt sich unionsrechtlich zuspitzen. Art. 8 RL (EU) 2016/680 verlangt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage gerade für Zweck, Datenart und Zielrichtung der Verarbeitung. Die KI-Verordnung knüpft zudem spezifische Anforderungen an genau bezeichnete Systemkategorien. Eine generalisierende oder additiv konstruierte Ermächtigungsgrundlage läuft deshalb nicht nur in das nationale Wesentlichkeitsproblem, sondern zugleich in ein unionsrechtliches Spezifizitätsdefizit.⁷²

2. Der gescheiterte § 98d StPO-E

Der Entwurf eines § 98d StPO sollte den nachträglichen Abgleich von Bild- und Stimmerkmalen mit öffentlich zugänglichen Daten aus dem Internet mittels automatisierter Datenverarbeitung ermöglichen. Positiv hervorzuheben waren der Versuch einer besonderen Eingriffsnorm, das Verbot des Echtzeitabgleichs und die Beschränkung auf schwere Katalogtaten.⁷³ Gleichwohl blieb der Entwurf im unionsrechtlich entscheidenden Punkt defizitär.

Sein Hauptmangel lag in der Ausblendung der technischen Vorfrage. Der Entwurf tat so, als ließe sich ein biometrischer Abgleich mit „öffentlich zugänglichen Daten aus dem Internet“ normieren, ohne sich zur erforderlichen Datenbankarchitektur zu verhalten. Genau darin liegt aber die unionsrechtliche Scheidelinie, denn soweit die Suchfunktion nur über einen gescrapten Gesichtsindeks realisiert werden kann, stößt sie an Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO. Ein strafprozessuales Gesetz, das diese Vorfrage offenlässt, ist nicht nur technisch unpräzise, sondern normativ unvollziehbar.⁷⁴

Hinzu trat, dass der Entwurf die aus Art. 10 und 11 RL (EU) 2016/680 sowie § 48 und § 54 BDSG folgenden Sicherungen nur unzureichend verarbeitete. Es fehlten spezifische Regelungen zur manuellen Verifikation, zu Dokumentation und Nachvollziehbarkeit, zu systematischen Fehlerrisiken und zum Diskriminierungsschutz. Ebenso wenig adressierte der Entwurf die für das Strafverfahren zentrale Frage, welche

technischen Angaben zur eingesetzten Software aktenkundig zu machen und der Verteidigung zugänglich zu halten sind.⁷⁵

Der gescheiterte § 98d StPO-E zeigt damit exemplarisch, worin der methodische Fehler des bisherigen Reformdiskurses liegt, da er die KI-Verordnung und die RL (EU) 2016/680 als nachgelagerte Vollzugsprobleme behandelt, obwohl sie den legislativen Ausgangspunkt bilden müssten. Nicht der Vollzug hat zu prüfen, ob eine normierte Befugnis mit Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO kollidiert; der Gesetzgeber selbst muss den Konflikt auflösen, indem er verbotene Konstellationen gar nicht erst erfasst.⁷⁶

Der Befund gilt der Sache nach fort. Zwar hat die Bundesregierung mit dem Regierungsentwurf vom 29.4.2026 einen zweiten Anlauf für einen § 98d StPO-E unternommen, der den automatisierten Abgleich mit im Internet öffentlich zugänglichen biometrischen Daten bei Straftaten von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung unter Subsidiaritäts-, Protokollierungs- und Benachrichtigungsvorgaben zulassen will. Die Entwurfsbegründung schließt den Aufbau einer dauerhaften behördlichen Gesichtsdatenbank ausdrücklich aus.⁷⁷ Die unionsrechtliche Kernfrage bleibt damit unbeantwortet: Wo die Suchfunktion technisch einen durch ungezieltes Scraping erzeugten – gegebenenfalls beim privaten Anbieter vorgehaltenen – Gesichtsindeks voraussetzt, führt die Verlagerung der Indexbildung auf die Anbieterseite nicht aus Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO heraus.

3. Der Koalitionsvertrag 2025 und das unionsrechtliche Dilemma des Internetabgleichs

Der Koalitionsvertrag von 2025 belegt, dass der politische Regelungsdruck fortbesteht. Dogmatisch lässt sich die Formel der „retrograden biometrischen Fernidentifizierung“ aber nur auf zwei unterschiedliche Weisen lesen – mit gegensätzlicher Rechtsfolge. Gemeint sein kann erstens die nachträgliche Suche in einem geschlossenen, rechtmäßig erhobenen Referenzbestand. Diese Konstellation ist unionsrechtlich nicht schlechthin ausgeschlossen, verlangt jedoch eine enge spezialgesetzliche Ausgestaltung. Gemeint sein kann zweitens die internetweite biometrische Suche in öffentlich zugänglichen Bildbeständen. Diese Konstellation stößt an das unionsrechtliche Verbot gescraper Gesichtsindeks.⁷⁸

Gerade hierin liegt das Dilemma, denn je attraktiver die Maßnahme kriminalpolitisch erscheint, desto näher rückt sie an die unionsrechtlich verbotene offene Datenbasis. Ein Gesetz, das wirklich wirksam internetweit suchen will, gerät in Konflikt mit Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO. Ein Gesetz, das nur innerhalb geschlossener, rechtmäßig erhobener Bestände sucht, ist unionsrechtlich eher denkbar, liefert aber gerade nicht die vielbeschworene „Suche im Internet“. Die politi-

⁷⁰ Martini, NVwZ Extra 1–2/2022, 1 (10 f.); Singelstein, NSStZ 2012, 593 (595 ff.).

⁷¹ Hahn (Fn. 16), S. 230 ff.; Gerhold, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.7.2026, § 98c Rn. 1.

⁷² Art. 8 RL (EU) 2016/680; Art. 6 Abs. 2 VO (EU) 2024/1689; Klawonn (Fn. 36), KI-VO Art. 6 Rn. 16–18; Denga (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 77; Teichmann, NSStZ 2026, 457 (459).

⁷³ BT-Drs. 20/12806, S. 14–15.

⁷⁴ Lewandowski (Fn. 7); Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 6 f.

⁷⁵ Vgl. DSK (Fn. 12); Rückert, StV 2025, 350.

⁷⁶ Lewandowski (Fn. 7).

⁷⁷ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung – digitale Ermittlungsmaßnahmen v. 29.4.2026, S. 15 (zuvor Referentenentwurf des BMJV v. 12.3.2026, S. 13).

⁷⁸ Bundesregierung (Fn. 1); Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 6 f.

sche Redeweise verdeckt diese Alternative, die dogmatische Analyse muss sie offenlegen.

Damit wird der deutsche Reformdiskurs zu einer instruktiven Fallstudie europäischen Strafverfahrensrechts. Europäisierung bedeutet hier nicht Vollvereinheitlichung, sondern die Errichtung eines normativen Korridors, und zwar nationale Gestaltung innerhalb unionsrechtlich gezogener Grenzen. Der deutsche Gesetzgeber kann sich innerhalb dieses Korridors bewegen, nicht aber aus ihm ausbrechen.

VI. Beweisverwertung und Verteidigung

1. Der Beschluss des AG Reutlingen

Besondere Aufmerksamkeit verdient der Beschluss des AG Reutlingen vom 24.4.2025. Das Gericht ordnete wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Beordnung eines Pflichtverteidigers an, weil der Tatverdacht maßgeblich auf einer video- und softwaregestützten Gesichtserkennung beruhte, während nähere Angaben zu Algorithmus, Referenzdaten und Qualitätskriterien fehlten.⁷⁹ Das Gericht hob hervor, dass die Verwertbarkeit des Treffers und sein Beweiswert ungeklärt seien; ein bloßes Etikett als „Ermittlungsunterstützung“ genüge nicht, wenn auf dem Treffer faktisch der Tatverdacht ruhe.⁸⁰

Die Bedeutung der Entscheidung liegt nicht darin, dass sie bereits eine ausdifferenzierte Dogmatik der KI-Beweisführung entwickelt hätte. Ihr Wert liegt vielmehr in der prozessualen Sensibilisierung. Das Gericht erkennt, dass technische Intransparenz nicht nur ein Problem materieller Richtigkeit, sondern ein Strukturproblem des fairen Verfahrens ist. Wo Anklage und gerichtliche Überzeugungsbildung wesentlich auf einem algorithmischen Prozess beruhen, dessen Funktionsbedingungen nicht offenliegen, ist wirksame Verteidigung gefährdet.⁸¹

2. Der biometrische Treffer als Ermittlungsansatz, nicht als selbsttragender Beweis

Aus dogmatischer Sicht liegt es nahe, den biometrischen Treffer zunächst nur als Ermittlungsansatz zu behandeln. Dies entspricht sowohl Art. 11 RL (EU) 2016/680 und Art. 26 Abs. 10 KI-VO als auch dem deutschen Grundsatz freier,

aber rational kontrollierter Beweiswürdigung. Ein Systemoutput, dessen Zustandekommen das Gericht nicht nachvollziehen kann, eignet sich nicht als selbsttragende Basis richterlicher Überzeugungsbildung.⁸²

Daraus folgt allerdings nicht notwendig ein ausnahmsloses Beweisverwertungsverbot. Die deutsche Dogmatik kennt bekanntlich keine generelle fruit-of-the-poisonous-tree-Lehre. Sie arbeitet mit Abwägungen, die auf Schutzzweck, Gewicht des Verstoßes und Bedeutung der betroffenen Verfahrensgarantien abstellen.⁸³ Gerade deshalb ist im Bereich biometrischer Fernidentifizierung zwischen Verwertbarkeit und Beweisgewicht zu differenzieren. Ein rechtswidrig gewonnener oder methodisch intransparenter Treffer kann entweder unverwertbar sein oder – was praktisch nicht minder relevant ist – evidenziell so geschwächt werden, dass er einen Tatverdacht oder gar eine Verurteilung nicht tragen kann. Die strafprozessuale Behandlung biometrischer Treffer muss zudem dem empirisch belegten „automation bias“ Rechnung tragen, also der menschlichen Tendenz, automatisierten Vorschlägen unkritisch zu folgen. Die in den USA dokumentierten Fälle der Festnahme Unbeteiligter nach Gesichtserkennungs-Treffern – Williams, Oliver, Parks, Sawyer, Reid, Woodruff – lassen sich nach eingehender Aufarbeitung gerade nicht allein auf technisches Versagen zurückführen, sondern beruhen wesentlich auf menschlichen Folgefehlern wie ungeprüft übernommene Treffer, vorschnelle Wahllichtbildvorlagen oder mangelnde Schulung der ermittelnden Beamten.⁸⁴ Diese Erfahrung muss in der deutschen Dogmatik nicht erst nachvollzogen werden; sie zwingt vielmehr bereits jetzt dazu, an den biometrischen Treffer einen verschärften Maßstab anzulegen und ihn ohne nachweisbar qualifizierte, dokumentierte und unabhängige menschliche Verifikation strafprozessual nicht durchschlagen zu lassen.

Für beides spricht viel, wenn zwei Bedingungen kumulieren: erstens das Fehlen einer tragfähigen Rechtsgrundlage oder der Rückgriff auf unionsrechtlich gesperrte Datengrundlagen, zweitens die fehlende Nachvollziehbarkeit des konkreten Systemeinsatzes. Wer nicht offenlegen kann, mit welcher Softwareversion, welchem Schwellwert, welchem Referenzbestand und welchen Qualitätsparametern gearbeitet wurde, verschiebt das Risiko technischer Unsicherheit einseitig auf den Beschuldigten. Das ist mit einem rechtsstaatlichen Strafverfahren kaum vereinbar.⁸⁵

⁷⁹ AG Reutlingen, Beschl. v. 24.4.2025 – 5 Ds 29 Js 1276/25; *Kämpfer/Travers*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 140 Rn. 35–36; *Krawczyk*, in: Graf (Fn. 71), § 140 Rn. 27, 31–35; BRAK, Gesichtserkennungssoftware im Strafprozess – nur mit Anwalt v. 11.12.2025, abrufbar unter <https://www.brak.de/newsroom/news/gesichtserkennungssoftware-im-strafprozess-nur-mit-anwalt/> (22.6.2026); *Rückert*, StV 2025, 350.

⁸⁰ AG Reutlingen, Beschl. v. 24.4.2025 – 5 Ds 29 Js 1276/25; OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.5.2001 – 3 Ss 13/2001 = NStZ 2001, 603.

⁸¹ Vgl. *Murmann*, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 1, 2025, § 261 Rn. 87–91; *Bartel*, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 261 Rn. 5–8, 139.

⁸² Art. 11 RL (EU) 2016/680; Art. 26 Abs. 5, Abs. 10 VO (EU) 2024/1689; *Murmann* (Fn. 81), § 261 Rn. 217–218; *Bartel* (Fn. 81), § 261 Rn. 5, 67–70; *Tiemann*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 261 Rn. 5–10.

⁸³ BGH, Urt. v. 7.3.2006 – 1 StR 316/05 Rn. 12, 24–26; *Bartel* (Fn. 81), § 261 Rn. 139, 143; *Bock*, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Fn. 81), § 244 Rn. 318–321; *Murmann* (Fn. 81), § 261 Rn. 62.

⁸⁴ *Hahn* (Fn. 16), S. 250 ff., 262 ff., 273 ff.; vgl. *Albright/Garrett*, Boston University Law Review 102 (2022), 511.

⁸⁵ Vgl. AG Reutlingen, Beschl. v. 24.4.2025 – 5 Ds 29 Js 1276/25; *Momsen*, in: Chibanguza/Kuß/Steege (Hrsg.), Künstliche Intelligenz, 2. Aufl. 2025, G. Rn. 49–54; *Hilgendorf*/

3. Verteidigungsrechte im technisch intransparenten Verfahren

Die eigentliche verfahrensdogmatische Herausforderung liegt in den Verteidigungsrechten. Art. 47 GRCh, Art. 6 EMRK und das aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Gebot fairer Verfahrensgestaltung verlangen, dass der Beschuldigte die ihn belastende Identifizierung wirksam angreifen kann.⁸⁶ Dies setzt jedenfalls voraus, dass wesentliche technische Informationen aktenkundig werden wie Systembezeichnung und -version, Herkunft und rechtliche Qualität des Referenzbestands, Eingabe- und Ausgabeparameter, Dokumentation der menschlichen Nachprüfung, bekannte Fehlerraten und etwaige Bias-Tests.⁸⁷

Die Einwendung, Herstellergeheimnisse stünden einer weitergehenden Offenlegung entgegen, greift im Strafverfahren nur eingeschränkt. Wo der Staat eine bestimmte Technologie als tragendes Mittel der Identifizierung einsetzt, trägt er auch die Verantwortung für deren justizielle Prüfbarkeit. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen können besondere Sicherungsmechanismen rechtfertigen; sie dürfen aber nicht dazu führen, dass die Verteidigung gerade den belastungs-tragenden technischen Kern nicht angreifen kann. Im Zweifel muss der Staat das Risiko fehlender Transparenz tragen, nicht der Beschuldigte.⁸⁸

Damit verschiebt sich auch die Perspektive auf die Gesetzgebung. Eine zukünftige Eingriffsnorm darf sich nicht in materiellen Einsatzvoraussetzungen erschöpfen. Sie muss auch verteidigungsfunktionale Transparenznormen enthalten. Sonst bleibt die Maßnahme zwar vielleicht verwaltungsrechtlich kontrollierbar, strafprozessual aber defizitär. Das europäische Strafverfahrensrecht verlangt hier nicht weniger, sondern mehr Normklarheit.

VII. Eckpunkte einer unions- und verfassungskonformen Neuregelung

1. Regelungsfähige und regelungsunfähige Konstellationen

Aus dem Vorstehenden folgt zunächst eine negative Leitentscheidung. Ein Gesetz, das die automatisierte biometrische Suche in offen zugänglichen Internetbildern oder in auf ungezieltem Scraping beruhenden Gesichtsindizes zulassen will, ist unionsrechtlich nicht tragfähig. Eine solche Konstellation ist nicht nur regelungsbedürftig, sondern regelungs-unfähig.⁸⁹

Roth-Isigkeit, Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, 2. Aufl. 2025, § 6 Rn. 3; *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 5), DS-GVO Art. 6 Rn. 172e; *Martini/Kemper*, CR 2023, 341; *Rückert*, StV 2025, 350.

⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = NJW 2023, 1196 (1199).

⁸⁷ *Schwichtenberg* (Fn. 5), BDSG § 48 Rn. 5–6; *Frenzel* (Fn. 5), BDSG § 48 Rn. 5–9; *Thiel* (Fn. 48), BDSG § 48 Rn. 8–21; AG Reutlingen, Beschl. v. 24.4.2025 – 5 Ds 29 Js 1276/25.

⁸⁸ Vgl. *Rückert*, StV 2025, 350; *Martini/Kemper*, CR 2023, 341.

⁸⁹ Art. 5 Abs. 1 lit. e VO (EU) 2024/1689; *Hilgendorf/Härtlein* (Fn. 3), Art. 5 Rn. 45–48.

Regelungsfähig bleiben demgegenüber nur eng begrenzte Formen der nachträglichen biometrischen Suche: erstens der Abgleich mit geschlossenen, rechtmäßig erhobenen polizeilichen Referenzdatenbeständen; zweitens eine fallbezogene Nachsuche in rechtmäßig gesichertem Videomaterial, das räumlich, zeitlich und sachlich begrenzt ist.⁹⁰ Beide Konstellationen bedürfen jedoch einer spezifischen normativen Einhegung. Weder der Bestand „rechtmäßig erhoben“ noch die Verwendung der Formulierung „geschlossener Datensatz“ dürfen der Verwaltung zur freien Ausfüllung überlassen bleiben.

2. Mindestinhalt einer spezialgesetzlichen Eingriffsnorm

Eine unions- und verfassungskonforme Neuregelung sollte mindestens sieben Elemente enthalten.

Erstens bedarf es einer präzisen Bestimmung der zulässigen Datengrundlagen. Die Norm muss positiv definieren, welche Referenzbestände verwendet werden dürfen, und negativ klarstellen, dass jede Nutzung von durch ungezieltes Auslesen des Internets oder von Videoüberwachungsanlagen erzeugten Gesichtsindizes ausgeschlossen ist.⁹¹

Zweitens ist eine qualifizierte Eingriffsschwelle erforderlich. Der Einsatz sollte auf besonders schwere Straftaten beschränkt werden und voraussetzen, dass konkrete Tatsachen sowohl für die Begehung einer Katalogtat als auch für den Bezug der gesuchten Person zum Ausgangsbild sprechen. Eine biometrische Suche „ins Blaue hinein“ wäre weder mit Art. 26 Abs. 10 KI-VO noch mit hessenDATA vereinbar.⁹²

Drittens braucht es eine echte Subsidiaritätsklausel. Die Maßnahme darf nur zulässig sein, wenn andere Ermittlungsmaßnahmen wesentlich weniger Erfolg versprechen oder unverhältnismäßig aufwendiger wären.⁹³

Viertens ist ein Richtervorbehalt als Regelfall unverzichtbar; Eilkompetenzen der Staatsanwaltschaft dürfen nur eng begrenzt und an eine kurzfristige richterliche Bestätigung geknüpft werden. Art. 26 Abs. 10 KI-VO gibt hierfür mit dem 48-Stunden-Modell bereits einen unionsrechtlichen Referenzrahmen vor.⁹⁴

Fünftens muss die Norm die qualifizierte menschliche Verifikation ausdrücklich anordnen. Ergebnisse dürfen weder als Beweismittel noch als Grundlage weiterer belastender Maßnahmen verwendet werden, solange sie nicht von einer fachkundigen Person überprüft und dokumentiert wurden. Diese Anforderung folgt nicht nur aus dem Fair-Trial-Gedan-

⁹⁰ ErwG 95, Art. 26 Abs. 10 VO (EU) 2024/1689; *Denga* (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 78–85.

⁹¹ Art. 5 Abs. 1 lit. e, ErwG 43 VO (EU) 2024/1689; *Hilgendorf/Härtlein* (Fn. 3), Art. 5 Rn. 45–48.

⁹² Art. 26 Abs. 10 VO (EU) 2024/1689; *Denga* (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 88–90; BVerfG, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = NJW 2023, 1196 (1199 Rn. 52, 1202 ff. Rn. 71 ff.).

⁹³ *Denga* (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 90.

⁹⁴ Art. 26 Abs. 1–3, Abs. 10 VO (EU) 2024/1689; *Denga* (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 88.

ken, sondern unmittelbar aus Art. 11 RL (EU) 2016/680, § 54 BDSG und Art. 26 Abs. 10 KI-VO.⁹⁵

Sechstens bedarf es technischer und prozessualer Transparenzpflichten wie Protokollierung jedes Einsatzes, Dokumentation von Softwareversion, Parametern, Referenzbestand und Verifikationsschritten, regelmäßige Tests auf Genauigkeit und diskriminierende Fehlerraten, Benachrichtigungspflichten und parlamentarische Berichtspflichten.⁹⁶

Siebtens müssen verteidigungsrelevante Offenlegungsrechte normiert werden. Eine Strafprozessordnung, die biometrische Fernidentifizierung zulässt, ohne den Zugang der Verteidigung zu den belastungswesentlichen technischen Informationen sicherzustellen, bleibt unvollständig. Das ist kein Annexproblem, sondern integraler Bestandteil einer rechtsstaatlichen Eingriffsermächtigung.⁹⁷

3. Formulierungsvorschlag

Vor diesem Hintergrund könnte eine Neuregelung in der StPO – in bewusstem Gegenentwurf zum Regierungsentwurf v. 29.4.2026 (oben V. 2.) – in konzentrierter Form wie folgt aussehen:

§ 98d StPO-E – Nachträgliche biometrische Fernidentifizierung

(1) Zur Aufklärung einer in § 100b Abs. 2 bezeichneten besonders schweren Straftat darf das Gericht die nachträgliche biometrische Fernidentifizierung einer Person anordnen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht einer solchen Tat begründen, das zu vergleichende Bildmaterial einen Bezug zur Tat aufweist und andere Ermittlungsmaßnahmen wesentlich weniger Erfolg versprechen oder aussichtslos wären.

(2) Die Maßnahme ist nur zulässig durch den automatisierten Abgleich mit einem geschlossenen, rechtmäßig erhobenen Referenzdatenbestand polizeilicher Informationssysteme oder mit einem räumlich, zeitlich und sachlich abgegrenzten Bestand rechtmäßig gesicherten Videomaterials.

(3) Unzulässig ist jeder Abgleich mit Datenbanken, die durch ungezieltes Auslesen von Gesichtsbildern aus dem Internet oder von Videoüberwachungsanlagen erstellt oder erweitert wurden.

(4) Bei Gefahr im Verzug kann die Staatsanwaltschaft die Maßnahme vorläufig anordnen; die richterliche Bestätigung ist binnen 48 Stunden einzuholen.

(5) Ergebnisse des automatisierten Abgleichs dürfen nur nach fachkundiger menschlicher Verifikation und deren Dokumentation verwendet werden; eine nachteilige Entscheidung darf nicht ausschließlich auf der Ausgabe des Systems beruhen.

⁹⁵ Art. 11 RL (EU) 2016/680; Art. 26 Abs. 5 und 10 VO (EU) 2024/1689; *Denga* (Fn. 19), KI-VO Art. 26 Rn. 103–105.

⁹⁶ Art. 9–14 VO (EU) 2024/1689; *FRA* (Fn. 8), S. 33–34; *Rückert*, StV 2025, 350.

⁹⁷ AG Reutlingen, Beschl. v. 24.4.2025 – 5 Ds 29 Js 1276/25; *Gaede*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, EMRK Art. 6 Rn. 129–131.

(6) Die Akte muss jedenfalls Angaben zur eingesetzten Software, zur Version, zu den wesentlichen Parametern, zur Herkunft des Referenzbestands, zu den Verifikationsschritten sowie zu den Ergebnissen regelmäßiger Qualitäts- und Bias-Prüfungen enthalten. Der Verteidigung ist Zugang zu diesen belastungswesentlichen Angaben zu gewähren, soweit nicht überwiegende Geheimhaltungsgründe im Einzelfall besondere Sicherungen erfordern.

(7) Betroffene sind nachträglich zu benachrichtigen, sobald dies den Untersuchungszweck nicht gefährdet. Der Einsatz der Vorschrift ist jährlich in anonymisierter Form zu dokumentieren und dem Bundestag zu berichten.

Ferner bedarf es einer eigenständigen Versammlungsklausel. Wird Bildmaterial ausgewertet, das im Zusammenhang mit einer Versammlung gefertigt wurde, muss der Einsatz biometrischer Fernidentifizierung auf Straftaten von – auch im Einzelfall – erheblicher Bedeutung beschränkt werden. Andernfalls droht ein konventions- und unionsrechtlich relevanter Einschüchterungseffekt auf die Versammlungs- und Meinungsfreiheit, den der EGMR im Fall *Glukhin* ausdrücklich problematisiert hat.⁹⁸

Hahn hat einen eigenen, konzentrierten Formulierungsvorschlag in Gestalt eines § 163h StPO vorgelegt, der die Maßnahme dogmatisch im Bereich der Eingriffe der Polizei (§§ 161 ff. StPO) verortet, eine geschlossene Datenbankarchitektur voraussetzt, qualifizierte Lichtbildsachverständige und einen unabhängigen Vier-Augen-Vergleich verlangt, einen Richtervorbehalt mit Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft vorsieht und eine Zertifizierungspflicht der eingesetzten Systeme aus Anhang III KI-VO ableitet.⁹⁹ *Hahn* legt den Akzent auf die kriminologisch dokumentierte Fehleranfälligkeit und die innerorganisatorische Qualitätskontrolle. Der hier vorgeschlagene Entwurf akzentuiert demgegenüber die unionsrechtliche Korridor-Funktion und die strafverfahrensrechtliche Verteidigungsdimension. Beide Stoßrichtungen sind miteinander vereinbar. Eine künftige gesetzgeberische Lösung wird beide aufnehmen müssen.

Der Entwurf ist bewusst zweistufig angelegt. Abs. 2 definiert den einzig regelungsfähigen positiven Anwendungsbereich; Abs. 3 zieht die unionsrechtlich gebotene rote Linie. Gerade dieses Zusammenspiel fehlt den bisherigen deutschen Vorhaben. Ohne den negativen Halbsatz gegen gescrapte Gesichtssindizes würde die Norm in unionsrechtlich verbotene Konstellationen hineinlaufen; ohne den positiven Halbsatz zu geschlossenen, rechtmäßig erhobenen Beständen bliebe ihr Anwendungsbereich unbestimmt.¹⁰⁰

Der Vorschlag ist bewusst restriktiv. Er versteht die KI-VO nicht als Lizenz, sondern als Limit. Das ist kriminalpolitisch möglicherweise enttäuschender als die Rede von der „Suche im Internet“. Rechtsstaatlich und unionsrechtlich ist gerade diese Enttäuschung jedoch der Preis normativer Ehrlichkeit.

⁹⁸ EGMR, Urt. v. 4.7.2023 – 11519/20, Rn. 88; *Hahn* (Fn. 16), S. 142 ff., 311 f., 322.

⁹⁹ *Hahn* (Fn. 16), S. 314.

¹⁰⁰ *Lewandowski* (Fn. 7).

VIII. Schluss

Die Debatte über retrograde biometrische Fernidentifizierung ist ein Lehrstück dafür, wie europäisches Strafverfahrensrecht heute entsteht, und zwar nicht als einheitliche europäische Strafprozessordnung, sondern als Verdichtung unionsrechtlicher Verbote, Datenschutzstandards und Grundrechtsgarantien, innerhalb deren der nationale Gesetzgeber nur noch begrenzt frei gestaltet. Die KI-Verordnung zieht mit Art. 5 Abs. 1 lit. e und h absolute oder nahezu absolute Sperren ein; die RL (EU) 2016/680 fordert Gesetzlichkeit, strikte Erforderlichkeit und das Verbot ausschließlich automatisierter belastender Entscheidungen; GG, GRCh und EMRK verlangen eine bereichsspezifische, verhältnismäßige und verteidigungszugängliche Ausgestaltung.

Für den deutschen Reformdiskurs folgt daraus eine klare Unterscheidung. Nachträgliche biometrische Suche in geschlossenen, rechtmäßig erhobenen Beständen kann, unter engen Voraussetzungen, regelbar sein. Die internetweite biometrische Suche in gescrapten Bildbeständen ist es nicht. Wer beides unter dem Begriff der „retrograden Fernidentifizierung“ zusammenzieht, verwischt die unionsrechtlich entscheidende Linie.

Gerade darin liegt die europäische Pointe. Die Frage lautet nicht mehr nur, ob Gesichtserkennung im Strafverfahren nützlich ist. Sie lautet, welche Formen biometrischer Identifizierung das europäische Recht überhaupt noch als rechtsstaatlich verantwortbare Strafverfolgung akzeptiert. Die Antwort ist wesentlich restriktiver, als es der deutsche politische Diskurs bislang erkennen lässt.

Nach dem Willen des Gesetzgebers bereitet die Staatsanwaltschaft den Boden für den richterlichen Überzeugungsbildungsprozess. Ihre Ermittlungen werden – zumindest in der Theorie¹ – beherrscht von dem in § 160 Abs. 2 StPO niedergelegten Grundsatz umfassender und ergebnisoffener Ermittlungen.² Die Einflussnahmemöglichkeiten der Betroffenen sind begrenzt. Allerdings gibt es seit einiger Zeit Bestrebungen Beteiligter, die Redaktionshoheit über das Ermittlungsergebnis zu gewinnen. Darum bemühen sich „Internal Investigators“, die von finanzstarken Unternehmen beauftragt werden, parallel zur Staatsanwaltschaft, oder bestenfalls statt derer, Sachverhalte aufzuklären und für die Strafverfolgung aufzubereiten. Der Beitrag zeigt die insoweit fehlenden gesetzlichen Grundlagen, die sich daraus ergebenden Möglichkeiten der Manipulation der Ermittlungen und die daraus resultierenden Gefahren für den Erkenntnisprozess im Strafverfahren auf.

According to the will of the legislature, the public prosecutor's office prepares the ground for the judicial persuasion process. Their investigations are – at least in theory – governed by the principle of comprehensive and open-ended investigations laid down in § 160 para. 2 of the Code of Criminal Procedure. The possibilities of influence of those affected are limited. However, for some time now, there have been efforts by those involved to gain editorial sovereignty over the results of the investigation. This is why “internal investigators”, who are commissioned by financially strong companies, try to clarify facts and prepare them for prosecution in parallel with the public prosecutor's office, or at best instead of them. The article shows the lack of legal basis in this respect, the resulting possibilities of manipulation of the investigation and the resulting dangers for the discovery process in criminal proceedings.

I. Die Ausgangssituation

Das Phänomen tritt vor allem in Compliance-Fällen auf. Wer damit schon einmal zu tun hatte, der weiß: Regelverletzungen beschränken sich selten auf individuelles Fehlverhalten, das einige Zeit unentdeckt bleibt, mit seiner Aufdeckung endet und mit geringfügigen Eingriffen dauerhaft eliminiert werden kann. Ob es Preisabsprachen, Bestechung oder manipulierte Diesel-Motoren sind: Gewöhnlich schleichen sich Muster ein, die geduldet oder gar vorgegeben und nach und nach normal werden. Im Unternehmen entwickelt sich eine Kultur, inner-

halb derer sich alle daran gewöhnen, über Grenzen zu gehen oder diesbezügliches Verhalten der Kollegen zumindest zu dulden. Irgendwann ist es profaner Teil eines Alltags, den niemand mehr hinterfragt. Das funktioniert nach einem immer gleichen Muster:³

- **Institutionalisierung:** Eine ursprünglich korrupte Entscheidung wird in Strukturen und Prozesse eingebettet und so zur Routine gemacht.
- **Rationalisierung:** Es entwickelt sich eine eigennützige Ideologie, um Fehlverhalten zu rechtfertigen oder sogar aufzuwerten.
- **Sozialisierung:** Naiven Neuzugängen wird beigebracht, dass das gestattet, wenn nicht sogar als erstrebenswert zu betrachten ist.

Nach und nach wird das Verrückte normal und das Normale verrückt. Daraus entwickelt sich eine Routine, die sich von innen nicht mehr ändern lässt. Wer einmal weggesehen hat, sitzt – ob gewollt oder ungewollt – mit in einem Boot, aus dem es kein Entkommen gibt.

1. Es erleichtert das Verständnis für die Ursachen derartiger Verhaltensmuster, sich die Wirkmächtigkeit institutionalisierter Irrationalität auf Individuen zu vergegenwärtigen. Insoweit gilt, dass Mehrheitsmeinungen und Autoritäten großen Einfluss nehmen auf individuelles Verhalten. Sie verändern das Gefühl von Normalität und damit auch das eigene Verhalten.⁴ Die Anpassung der Bevölkerung in autoritären Regimen ist ein Beispiel. Es erklärt den geringen Widerstand gegen die Nazis und den Alltag in Konzentrationslagern ebenso wie die Leichtigkeit, mit der das „Project 2025“ in den USA aktuell Realität wird. Die gesellschaftliche Akzeptanz von Homosexualität ist ein anderes. Was vor 40 Jahren noch scheinrational begründet und bestätigt vom Bundesverfassungsgericht⁵ strafbar war,⁶ kann heute Steuervorteile bringen.

³ Anand/Ashforth/Joshi, Academy of Management Executive 18 (2004), 39.

⁴ Wilhelm, HRRS 2014, 279.

⁵ Vgl. BVerfG, Ur. v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52, insbesondere die dort wiedergegebenen Ausführungen der angehörten Sachverständigen.

⁶ § 175 StGB in der bis zum 11.6.1994 geltenden Fassung. Der einvernehmliche Geschlechtsverkehr unter erwachsenen Blutsverwandten ist heute noch strafbar, was ebenfalls scheinrational begründet wird. Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, wonach die Betroffenen nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt würden, weil das strafrechtliche Inzestverbot mit dem Beischlaf nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand habe und die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell verkürze (Rn. 40). Das BVerfG respektiert in der Entscheidung auch die Vermeidung schwer-

* Der Autor ist seit 1991 Rechtsanwalt in Dresden/Radebeul und Honorarprofessor an der TU Chemnitz.

¹ Zweifelnd an der Umsetzbarkeit dieses Anspruchs in die Realität z.B. Erb, in: Becker u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 5/2, 27. Aufl. 2018, § 160 Rn. 51.

² Kuhlmann, DRiZ 1976, 11 (13); Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 69. Aufl. 2026, § 160 Rn. 14.

Ein berühmt gewordenes Experiment verdeutlicht, wie das funktioniert:⁷ Versuchsgruppen von jeweils neun Personen wurde eine Leinwand präsentiert, auf die nacheinander 18 Aufgaben projiziert wurden. Die Probanden sollten Fragen zur Übereinstimmung offensichtlich unterschiedlich langer Linien beantworten. Acht von neun Personen wurden instruiert, bei sechs der 18 Aufgaben eine falsche Antwort zu geben. Der neunte Proband erfuhr sie vor seiner eigenen Antwort. Ergebnis war, dass sich 76 % der nicht eingeweihten Probanden dahin bringen ließen, zumindest eine der ganz offensichtlich falschen Antworten mitzutragen.

Das lag gewiss nicht daran, dass die Testpersonen die Linien als gleich lang beurteilten. Sie waren es offensichtlich nicht. Die Testpersonen gaben schlicht angepasste Antworten. Manche werden keine Lust gehabt haben, der Mehrheit zu widersprechen, andere wollten sich womöglich nicht zu Außenseitern machen und wieder andere erhofften sich vielleicht eine Belohnung für die „richtige“ Antwort. Letztlich sind die Motive egal. Wichtig ist die Erkenntnis, dass Irrationalität zur Norm werden kann, wenn sie als normal empfunden wird.

2. Das Prinzip lässt sich problemlos in den Alltag von Unternehmen übertragen. Eine Blaupause liefert der Cum-/Ex-Skandal. Das waren nicht nur eine Handvoll konspirativ agierender Aktienhändler. Die komplizierten Käufe und Verkäufe bedurften der Mitwirkung zahlreicher Personen. Die Aktienpakete mussten aufwändig durch die Systeme der Börse und der Banken geschleust werden. Der Umfang erforderte die Beteiligung von Handels-, Rechts- und Steuerabteilung und die Einbeziehung des Vorstandes. Cum/Ex war Alltag für tausende Mitarbeiter und die meisten von ihnen werden nicht einmal etwas davon gehabt haben. Es wird bisweilen als „gigantische Industrie“ bezeichnet.⁸ Allein die Staatsanwaltschaft Köln ermittelt gegen 1.800 Personen.⁹ Das spiegelt ein oftmals anzutreffendes Muster. Die schwarzen Kassen bei Siemens waren fester Bestandteil der Unternehmenskultur und bei VW wussten vermutlich nicht nur ein paar Ingenieure, dass die Software die Abgaswerte manipulierte.¹⁰ Es war zum Alltag geworden.

3. Am verständlichsten werden die Mechanismen bei einer Betrachtung der eigenen Lebenswirklichkeit, also der Justiz. Denn der Dreiklang von Institutionalisierung, Rationalisierung und Sozialisierung wirkt auch dort. Die soeben erwähnte früher behauptete Strafwürdigkeit von Homosexua-

lität wurde auch scheinwissenschaftlich begründet¹¹ bzw. als normal empfunden, als das Gesetz war. Ähnlich war das mit den Rassengesetzen der Nazis.¹²

Dabei muss es nicht einmal um weltanschauliche Fragen oder Geld gehen. In der Justiz geht es vor allem um Ressourcenschonung. Der Deal ist ein Beispiel. § 257c StPO war die Reaktion auf eine illegale Praxis,¹³ in der die Verfahrensbeteiligten Ergebnisse auskungelten.¹⁴ Als das ruchbar wurde, war es längst institutionalisiert.¹⁵ Der BGH schuf Regeln, die der Praxis ein legal anmutendes Gewand gaben.¹⁶ Kurz darauf begründete der Gesetzgeber § 257c StPO damit, dass die Justiz das Gesetz zur Ressourcenschonung fordere.¹⁷ Ergebnis ist ein Instrument, das diesem Ziel dient – zum Nutzen der Justiz und auf Kosten der Betroffenen. Seine Nutzung liegt im alleinigen Ermessen des Gerichts. Einen Anspruch auf eine Verständigung gibt es nicht.¹⁸ Die Realität sieht deshalb so aus, dass das Schicksal eines Angeklagten davon abhängt, ob das Gericht zu einem Deal bereit ist oder – was nicht selten vorkommt – das grundsätzlich ablehnt. Wenn diese Hürde überwunden ist, kommt es darauf an, ob es um eine leicht beweisbare Straftat geht oder eine längere Beweisaufnahme droht. Ersterenfalls ist selbst ein noch so sehr von Reue getragenes Geständnis wenig wert. Wer hingegen – und sei es allein aus verfahrenstaktischen Gründen – ein zahlreiche Hauptverhandlungstage einsparendes – womöglich sogar falsches – Geständnis ablegt, der wird belohnt.

Die Justiz erkämpfte sich diese Arbeiterleichterung auf gleiche Weise wie sich illegale Verhaltensmuster in Unternehmen einschleichen. Die gesetzwidrige Praxis wurde implementiert und normal. Die Zeitersparnis bildet die scheinrationale Rechtfertigung. Wir alle haben uns an das Gesetz gewöhnt und finden es normal. In Wirklichkeit verstößt es gegen elementare Grundsätze des Strafprozessrechts.¹⁹

¹¹ Vgl. die in BVerfG, Urt. v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52 wiedergegebenen Ausführungen der angehörten Sachverständigen.

¹² Z.B. Deisz, Das Recht der Rasse, Kommentar zur Rassengesetzgebung, 1938.

¹³ Schünemann, ZRP 2009, 104 (107).

¹⁴ Deal (Weider), StV 1982, 545; Altenhain, in: Altenhain/Dietmeier/May (Hrsg.), Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013.

¹⁵ Einen Überblick über die Entwicklung gibt Moldenhauer/Wenske, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 257c Rn. 1 ff.

¹⁶ BGHSt 43, 195.

¹⁷ BT-Drs. 16/12310, S. 7: „Aufseiten der Justiz wird eher das Bestreben im Vordergrund stehen, die knappen Ressourcen durch ein ‚abgesprochenes‘ und damit möglichst rasches Verfahren zu schonen. Angeklagter und Verteidigung werden sich durch ihre Mitwirkung an einer Verständigung, deren bedeutendster Teil ein Geständnis ist, ein für den Angeklagten möglichst günstiges Ergebnis des Strafverfahrens erhoffen.“ Das BVerfG segnete das ab, BVerfGE 133, 168.

¹⁸ Moldenhauer/Wenske (Fn. 15), § 257b Rn. 8d.

¹⁹ Weitere Beispiele sind das Rekonstruktionsverbot (vgl. Wilhelm, ZStW 2005 [117], 143), die Regeln zur nachträglichen

wiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen als Strafgrund (Rn. 41).

⁷ Asch, in: Guetzkow (Hrsg.), Groups, leadership and men, 1951, S. 177.

⁸ Laut Angaben von Kai-Uwe Steck gegenüber dem Spiegel: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/cum-ex-skandal-kai-uwe-steck-ueber-seine-rolle-und-die-gefahren-als-kronzeuge-a-6d589d19-72f8-47d0-8290-c31dc569fc7c> (16.6.2026).

Vgl. auch Brorhilker, Cum/Ex, Milliarden und Moral, 2025, S. 140 ff.

⁹ Brorhilker (Fn. 8), S. 140 ff.

¹⁰ https://lobbypedia.de/wiki/Chronik_des_VW-Abgasskandals (16.6.2026).

II. Die Motive des Auftraggebers bei internen Ermittlungen

Interne Ermittlungen sparen der Justiz ebenfalls Ressourcen. Sie kommen ins Spiel, wenn sich in Unternehmen Verhaltensmuster entwickelt haben, die gegen den Einfluss von Rechtsabteilung, Innenrevision und Aufsichtsgremien immun sind, zum Alltag gehören und öffentliche Aufmerksamkeit erzeugen. Den Auftraggebern geht es dabei nicht um Strafverfolgung. Aus Unternehmenssicht sind Strafverfahren eine Katastrophe. Das Ziel ist, die Staatsanwaltschaft fernzuhalten, bereits entstandenen Schaden zu begrenzen sowie negative Berichterstattung, Ansehensverluste in der Öffentlichkeit und Umsatzeinbußen zu vermeiden. Die ungefilterte Wahrheit kann dabei leicht in den Ruin führen.²⁰ Erwägungen wie die Vermeidung von Kollateralschäden für die Unternehmensziele sind deshalb Selbstverständlichkeiten im Rahmen des Abwägungsprozesses zum Umgang mit dem Verdacht gesetzwidriger Verhaltensmuster.

Zur Schadensbegrenzung gehört es deshalb, Mitarbeiter auch dann zu schützen, wenn sie mitgewirkt haben. Denn wenn es zu viele Beteiligte gibt, liegt konsequente Aufklärung nicht im Interesse des Personalmanagements. Würden alle Beteiligten entlassen, gäbe es nicht nur den Skandal, sondern auch ein Personalproblem. Derartige Zielkonflikte sind keine Ausnahmen, sondern die Regel: Schwarze Kassen bleiben nicht unbemerkt. Spesenabrechnungen gehen zwischen Einkaufsvorgang, Abrechnung, Rechnungsprüfung und Auszahlung durch viele Hände. Nachhaltige Aufklärung kann leicht einen Flächenbrand auslösen, der die halbe Belegschaft erfasst. Daran kann ein Unternehmen nicht interessiert sein.

Beim Führungspersonal kommt hinzu, dass dessen Demontage das Skandal- und damit Schadenspotential erhöhen kann. Denn die Feststellung von Führungsversagen deutet auf eine tiefgreifende Verankerung gesetzwidrigen Verhaltens hin und erschüttert das Vertrauen nachhaltiger als individuelles Fehlverhalten einzelner Mitarbeiter. Das paart sich mit persönlichen Interessen der Auftraggeber. Ausnahmslos jede Untersuchung führt zu der Frage, wie es so weit kommen konnte. Es ist selten, dass ungenügende Organisation und Überwachung nicht zu den Ursachen gehören. Organmitglieder kann das den Job kosten und ein Verfahren wegen Verletzung des § 130 Abs. 1 OWiG einbringen.²¹ Es ist deshalb ein nahe-

chen Gesamtstrafenbildung (vgl. *Wilhelm*, ZIS 2007, 82; *ders.*, NSTZ 2008, 425) und § 173 Abs. 2 S. 2 StGB (dazu *T. Fischer/Anstötz*, in: *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl., 2026, § 173 Rn. 2).

²⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 91. Das Gericht weist zutreffend darauf hin, dass „insbesondere große Unternehmen [...] ein vielfältiges Interesse daran haben [können], bestimmte Unterlagen dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen“; vgl. auch *Schmitt*, in *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 2), § 97 Rn. 10b, sowie LG Mannheim, Beschl. v. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12 u.a. (juris), Rn. 73–86, zu § 160a StPO.

²¹ Vgl. auch *Paul*, Sanktionierung von Unternehmen zwischen Verbandsgeldbuße im Ordnungswidrigkeitenrecht und Verbandssanktionengesetz, 2021.

liegendes Ziel, die Ursache weit weg von der Unternehmensleitung zu verorten. Bestenfalls findet sich ein Mitarbeiter, der sorgsam ausgewählt und überwacht wurde, seine Stellung jedoch missbrauchte, um unvorhersehbares Fehlverhalten an den Tag zu legen.²² Die nächste Verteidigungslinie ist die Abteilung, die sich unvorhersehbar verselbstständigt hat, usw. Die Hierarchieebenen werden zu Schutzschildern, wobei die jeweils untere Ebene zum Schutzschild der nächsten Stufe wird.

Für den Auftraggeber – und Rechnungsempfänger – interner Ermittlungen ist die Wahrheit danach weder Selbstzweck noch Instrument zur Durchsetzung gesetzlicher Regeln. Sie dient dazu, den Korridor für eine die Unternehmensinteressen – und sich selbst – bedienende Strategie festzulegen.²³

III. Das Angebot

Dieses Interesse trifft auf ein reichhaltiges Angebot von Dienstleistern. Das gibt es in Deutschland im heute zu erlebenden Ausmaß noch nicht lange. Es hat seinen Ursprung in den USA.

1. Das Phänomen ist Teil unserer Rechtswirklichkeit, seit Siemens aufgrund weltweiter Korruptionsfälle ins Visier der US-Börsenaufsicht (SEC²⁴) geriet.²⁵ Siemens wurde beschuldigt, in großem Stil Aufträge mit Bestechung zu akquirieren.²⁶ Die SEC konnte Siemens als an der New Yorker Börse gelistetes Unternehmen zwingen, die Vorgänge durch eine das Vertrauen der Behörde genießende Anwaltskanzlei auf-

²² Die Ausgangslage ist der bei der Produkt- oder Produzentenhaftung insgesamt nicht unähnlich. Die meisten Fehlerquellen (Konstruktions-, Planungs-, Fabrikations-, Instruktions- oder Überwachungsfehler) deuten zumeist auf Fehlverhalten des Führungspersonals hin (vgl. *Wagner*, in: *Säcker u.a.* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 9 Aufl. 2024, § 823 Rn. 1089 ff.). Eine Ausnahme bildet allein der unvorhersehbare und deshalb unvermeidbare „Ausreißer“ (*Förster*, in: *Hau/Poseck* [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar, BGB, Stand: 1.5.2026, § 823 Rn. 713). Übertragen auf das Themenfeld Compliance ist das der unvorhersehbar und unentdeckt bestechende Mitarbeiter.

²³ Der ehemalige Abteilungspräsident beim BKA, *Johann Kubica*, brachte das in einem Vortrag auf den Punkt, als er sagte, es ginge darum, „sich mit internen Untersuchungen zunächst selbst einen Gesamtüberblick zu verschaffen, um dann die Sache möglichst klein zu halten und nichts nach außen dringen zu lassen.“

(https://www.transparency.de/fileadmin/Redaktion/Aktuelles/Veranstaltungen/Praesentationen/15-11-18-Vortrag-Kubica-LKA_Interne_Untersuchungen.pdf [17.7.2026]).

²⁴ SEC = Securities and Exchange Commission.

²⁵ <https://www.usa.gov/agencies/securities-and-exchange-commission> (18.6.2026).

²⁶ Vgl. *Jahn*, StV 2009, 41; *Knierim*, StV 2009, 324; *Wehnert*, in: *Jung/Luxenburger/Wahle* (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 729; *Wastl/Litzka/Pusch*, NSTZ 2009, 68; *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703.

zuklären.²⁷ Das diene dem Ziel umfassender Aufklärung bei gleichzeitiger Schonung eigener Ressourcen und wurde abgesichert durch unmittelbare Berichtspflichten.²⁸ Die Schonung der eigenen Ressourcen überlagerte das Interesse an absoluter Sicherheit an der Integrität der Aufklärung.²⁹

Siemens wurde auf Anfälligkeit für Gesetzwidrigkeiten untersucht und es wurden Mechanismen zur Vermeidung implementiert.³⁰ Ergebnis war eine Einigung auf eine Strafe von 800 Millionen US-\$.³¹ Eine weitere Milliarde soll Siemens laut Presseberichten für die internen Ermittlungen bezahlt haben.³² Ähnlich lief es bei VW. Das Unternehmen wurde vom Department of Justice (DOJ) beauftragt, sich von Jones Day durchleuchten zu lassen. Laut Handelsblatt wandte VW insgesamt ca. 2 Milliarden € für Berater auf.³³

2. Die Anbieter in Deutschland eifern dem US-amerikanischen Vorbild nach. Sie sind darum bemüht, als besonders vertrauenswürdige und der Wahrheit verpflichtete Organe der Rechtspflege wahrgenommen zu werden. Sie labeln ihre Tätigkeit als ergebnisoffene Ermittlungsmaßnahmen.³⁴ Ihr Mantra lautet: „Aufklären, Abstellen, Ahnden/Sanktionieren.“³⁵ Sie behaupten, je unabhängiger interne Ermittlungen durchgeführt würden, desto näher an der Wahrheit bewegten sich ihre Ergebnisse.³⁶ Das wird begleitet von Vernetzung und Lobbyismus.³⁷ Die Protagonisten lehren an Universitäten, treten gemeinsam mit Vertretern der Strafverfolgungsbehörden bei Fortbildungsveranstaltungen, Symposien und

Kolloquien auf³⁸ und betätigen sich als Mitherausgeber bedeutender Kommentare.³⁹

Die Darstellungen führen allerdings in die Irre. Insbesondere lässt sich das US-amerikanische Modell nicht ins deutsche Recht übertragen. Im US-amerikanischen Recht wird der Konflikt zwischen Unternehmensinteresse und verfolgungsorientierter Aufklärung auf eine Art und Weise gelöst, die unserer Rechtskultur fremd ist. Behörden, die Aufsichts- und Anklagebefugnis auf sich vereinen und private Ermittlungen auf Kosten der Beschuldigten anordnen können, gibt es in Deutschland nicht.⁴⁰ Unternehmen können nicht gezwungen werden, Anwaltskanzleien zu beauftragen, die ihnen berichten. In Deutschland liegt die Aufsicht über die Einhaltung der Regeln bei den Aufsichtsbehörden, z.B. der BaFin. Ermittlungen beim Verdacht von Straftaten führt die Staatsanwaltschaft. Die Behörden sind eingegliedert in die strenge bundesdeutsche Ordnung hoheitlicher Eingriffsverwaltung.⁴¹

a) Die Konsequenzen dieses Unterschieds wurden im Fall VW offenbar. Die von Jones Day durchgeführte interne Ermittlung hatte in einem öffentlich gewordenen „Statement of Facts“ massive Verdachtsmomente offenbart.⁴² Die StA München I nahm das zum Anlass, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, um in den Besitz der Ermittlungsergebnisse zu gelangen.

VW wandte sich an das BVerfG, um die Maßnahme für rechtswidrig erklären zu lassen und eine Verwertung der beschlagnahmten Unterlagen zu verhindern.⁴³ Dabei zeigten sich die unterschiedlichen Rechtslagen in beiden Ländern in aller Deutlichkeit. Gegenüber den US-Behörden ergab sich eine vollumfängliche Offenbarungspflicht, weil es sich faktisch um eine externe Ermittlung im Auftrag des DOJ auf Kosten von VW gehandelt hatte. In England diene das VW dazu, die sich daraus ergebende Integrität der Ermittlungen hervorzuheben.⁴⁴ In Deutschland sollten die Behörden dage-

²⁷ Vgl. zu den rechtlichen Grundlagen in den USA Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223.

²⁸ Näheres bei Wastl, *Europäisierte Finanz- und Kapitalmärkte: Horrorszenario oder Trutzburg?*, 2008, S. 13 ff.

²⁹ Vgl. dazu auch Wastl/Litzka/Pusch, NSTz 2009, 68; Jahn, StV 2009, 41.

³⁰ Vgl. dazu Momsen, ZIS 2011, 508 (509).

³¹ <https://www.compliancedigital.de/ce/sec-und-siemens-strafzahlungen-in-hoehe-von-800-millionen-dollar/detail.html> (18.6.2026).

³² *Sorge*, manager magazin v. 13.6.2008, abrufbar unter <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/a-559264.html> (18.6.2026).

³³ *Bender/Iwersen/Votsmeier*, Handelsblatt v. 30.7.2021, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/juristische-he-aufarbeitung-vw-zahlt-wohl-zwei-milliarden-euro-nur-fuer-anwaelte-welche-kanzleien-am-dieselskandal-verdienen/27465386.html> (18.6.2026).

³⁴ *Nestler*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), *Internal Investigations*, 2. Aufl. 2016, Einführung Rn. 28.

³⁵ *Veit*, *Compliance und interne Ermittlungen*, 3. Aufl. 2025, Rn. 262.

³⁶ *Knierim*, StV 2009, 324.

³⁷ *Momsen*, ZIS 2011, 508; vgl. auch *Theile*, StV 2011, 381. *Bittmann/Molkenbur*, wistra 2009, 373; *Dann/Engelhoven*, *Richtiges Verhalten in der Compliance-Krise*, 2023; *Eufinger*, DB 2016, 471; *Gastell*, NJW 2008, 2945.

³⁸ https://www.beck-seminare.de/25-nstz-jahrestagung-2026/product/37154347?gad_source=1&gad_campaignid=17358229144&gclid=EAIaIQobChMI9vyA7q-LkwMVjcl5BB3OezAfEAAAYASAAEgLYr_D_BwE (18.6.2026).

³⁹ *Knauer* ist Mitherausgeber des Münchner Kommentars zur Strafprozessordnung und Co-Schriftleiter der NSTz.

⁴⁰ *Lösche/Wasser*, Bundeszentrale für politische Bildung v. 6.10.2008, abrufbar unter <https://www.bpb.de/themen/nordamerika/usa/10652/besonderheiten-des-rechtssystems/> (18.6.2026).

⁴¹ *V. Fischer*, *The SEC and BaFin – US and German capital market supervision in comparison*, 2008.

⁴² *United States of America v. Volkswagen AG*, No. 1 6-CR-20394, 2011, PG ID 1432 ff., Entscheidung abrufbar unter <https://corporate-prosecution-registry.com/media/agreement/volkswagen-ag.pdf> (18.6.2026).

⁴³ BVerfG, *Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1405/17*; dazu EGMR, *Entsch. v. 21.11.2024 – 1022/18, 1125/19*.

⁴⁴ *Volkswagen Group United Kingdom Limited v. 24.3.2017*, abrufbar unter

gen keinen Zugriff auf die Ergebnisse bekommen. Vor dem BVerfG berief sich VW auf die sich aus den §§ 97 und 160a StPO ergebenden Beschlagnahmeprivilegien. Das scheiterte zwar daran, dass VW zum Zeitpunkt der Maßnahme nicht Beschuldigter eines Verfahrens war und deshalb nach Ansicht des BVerfG nicht in den Schutzbereich der §§ 97 und 160a StPO fiel.⁴⁵ Wäre es anders gewesen, hätte die Staatsanwaltschaft nicht auf die Unterlagen zugreifen können.⁴⁶ Was in den USA mit dem Ziel behördlicher Verwertung ermittelt wird, kann den Behörden in Deutschland in Abhängigkeit vom Beschuldigtenstatus verschwiegen werden.

b) Natürlich gibt es in den USA auch Untersuchungen, bei denen die beauftragten Kanzleien nicht den Behörden berichten. Das sind Fälle, in denen nicht eine mit entsprechenden Befugnissen ausgestattete (Aufsichts-)Behörde ermittelt, sondern die Staatsanwaltschaft. Der dafür betriebene Aufwand ergibt sich daraus, dass das Verfahren adversatorischer Natur ist.⁴⁷ Die US-Staatsanwaltschaft ist zwar auch der Wahrheit verpflichtet.⁴⁸ Es existieren jedoch weder Amtsaufklärungspflicht noch Legalitätsprinzip. Die Wahrheitspflicht entspricht am ehesten noch der im deutschen Zivilprozess (§ 138 Abs. 1 ZPO) und ist etwas gänzlich anderes als die von § 160 Abs. 2 StPO gemeinte Pflicht zur ergebnisoffenen Suche nach der Wahrheit.⁴⁹ Das folgt der Theorie des US-amerikanischen Strafprozesses, in dem Wahrheitsfindung in einem „dialektischen, von den gegensätzlichen Eigeninteressen der Parteien vorangetriebenen Verfahren“ erfolgen soll.⁵⁰ Eigene Ermittlungen beschuldigter Unternehmen oder ihrer Vertreter sind deshalb nicht nur üblich, sondern integraler Bestandteil des Verfahrens.

c) Die fundamentalen Unterschiede in den Rechtsordnungen und die sich daraus ergebenden Konflikte sind so offensichtlich, dass der Gesetzgeber sie nicht übersah, als er 2020 ein Verbandssanktionengesetz (VerSanG) verabschieden wollte und sich bemühte, dabei auch interne Ermittlungen gesetzlich zu regeln.⁵¹ § 17 VerSanG-E sah Strafmilderungen vor,

wenn die Ermittlung unbeeinflusst von Verteidigungsinteressen geführt und – vor allem – die StA uneingeschränkt unterrichtet wird (§ 17 Abs. 1 Nrn. 2–4 VerSanG-E). Die Ermittler sollten getrennt von Unternehmensverteidigern tätig werden, u.a. weil nur so gewährleistet sei, dass „die Untersuchungsführer zum Kern der aufzuarbeitenden Straftat vordringen und hierbei auch eventuelle Verstrickungen der Firmenleitung ernsthaft in den Blick nehmen“.⁵²

Die Regelung hätte es wesentlich erschwert, verantwortliches Führungspersonal im übergeordneten Firmeninteresse zu schützen und Mitarbeiter unterer Hierarchieebenen die alleinige Verantwortung zuzuschieben. Sie hätte in etwa den behördlich erzwungenen Ermittlungen in den USA entsprochen, stieß jedoch auf Widerstand, insbesondere von Anwälten,⁵³ die selbst interne Ermittlungen durchführen.⁵⁴ Den Unternehmen sei nicht zuzumuten, eine nicht ihr Vertrauen genießende Kanzlei zu beauftragen. Der Berichterstatter der BRAK ging in einem Beitrag in der NSTZ besonders hart mit dem Entwurf ins Gericht und bezeichnete die „Unterstellung, Strafverteidigung würde in einem Gegensatz zur Wahrheit, Unabhängigkeit und Glaubhaftigkeit stehen und ohne die Trennung liege stets ein Konfliktpotenzial vor“, als „empörend“. Anwälte seien als unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 43a Abs. 1 und 3 BRAO) ohnehin der Wahrheit verpflichtet, § 258 StGB schütze die Ermittlungen vor Beweisverfälschungen und Interessenkollisionen seien mit § 43 Abs. 4 BRAO und § 356 StGB hinreichend adressiert.⁵⁵ Rechtsanwälte wüssten schon, wie sie mit Interessenkonflikten umzugehen hätten.⁵⁶ Der DAV pflichtete dem bei.⁵⁷ Der Familienunternehmer e.V. legte einen von wem auch immer finanzierten eigenen Entwurf vor,⁵⁸ dem die Branche zustimmte.⁵⁹

Was sich anhört wie eine Warnung vor der Aushöhlung von Bürgerrechten, ist in Wirklichkeit Lobbyismus in eigener Sache. Die Kritik ignoriert den ebenso offensichtlichen wie unauflösbaren Widerspruch zwischen der Stellung als Anwalt des Vertrauens und interessenneutralen Ermittlungen. Sie

<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-committees/transport/4e-written-evidence-letter-from-paul-willis-vw-uk.pdf> (17.6.2026).

⁴⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1405/17, Rn. 32; Klengel/Buchert, NSTZ 2016, 383 (385 f.); Schneider, NSTZ 2016, 309; Thum, HRRS 2012, 535 (537 ff.); Rieder/Menne, CCZ 2018, 203 (211); Mehle/Mehle, NJW 2011, 1639; Taschke, in: Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 751 (760); Wessing, in: Hiebl/Kassebohm/Lilie (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, 2009, S. 665 (667); Jahn/Kirsch, StV 2011, 151 (153); Jahn, ZIS 2011, 453 (454 ff.); Haeflke, CCZ 2014, 400.

⁴⁶ Vgl. Schneider, NSTZ 2016, 309.

⁴⁷ Kelker, ZStW 118 (2006), 389.

⁴⁸ Zutreffend Ransiek, ZIS 2008, 116.

⁴⁹ Instruktiv zum Unterschied der Systeme Damaška, ZStW 87 (1975), 713.

⁵⁰ Weigend, ZStW 113 (2001), 271 (272).

⁵¹ BT-Drs. 19/23568.

⁵² BT-Drs. 19/23568, S. 85. Mansdörfer, jM 2019, 123 (126).

⁵³ Darauf weist zu Recht hin Kubiciel, in: Murmann (Hrsg.), Der Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes vom 16.6.2020, 2022, S. 29 (34).

⁵⁴ Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223; Ströhmman, ZIP 2020, 105; Brouwer, AG 2019, 920; Lawall/Weitzell, NZWiSt 2020, 209; Knauer, NSTZ 2020, 441; Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215; Priewer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166;

<https://cms.law.de/deu/legal-updates/verbandssanktionengesetz-und-internal-investigations-der-rest-ist-schweigen> (17.7.2026).

⁵⁵ Knauer, NSTZ 2020, 441. Andere Teile des Entwurfs betitelte er als „völlig inkonsistent“ und warf ihm „abstruse Ergebnisse“ vor.

⁵⁶ Knauer, NSTZ 2020, 441; so auch v. Galen, LTO v. 21.9.2019.

⁵⁷ DAV NZG 2020, 298.

⁵⁸ Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019.

⁵⁹ Knauer, NSTZ 2020, 441.

unterstellt eine Ermittlungstätigkeit, die es in der Realität nicht gibt. Sachverhaltsermittlung ist ein dynamischer Prozess, in dem Hypothesen entwickelt und verworfen oder weiterverfolgt werden. Sie ist gerade keine interessenbefreite Datenanalyse. Der Konflikt fängt damit an, dass bereits die Wahrnehmung der Anknüpfungstatsachen nicht interessenneutral ist.⁶⁰ Die Ergebnisse hängen deshalb wesentlich davon ab, aus welcher Perspektive und mit welchen Interessen ein Geschehen analysiert wird, weil das die Gewichtung und Interpretation unmittelbar beeinflusst. Anwälte des Vertrauens sind dabei ihren Mandanten verpflichtet, denn das ist die Grundlage für das ihnen entgegengebrachte Vertrauen. Sie stehen außerdem im Wettbewerb und sind darauf angewiesen, Aufträge zu akquirieren. Es ist deshalb essenziell, dass mit der Beauftragung die Erwartung eines Ergebnisses verknüpft wird, das den Interessen des Auftraggebers dient. Der Fokus liegt mithin auf den Mandanten günstigen Arbeitshypothesen, um die bestmögliche als Grundlage einer Verteidigungsstrategie nutzbar zu machen. Am Ende steht eine zwar faktenbasierte, aber interessengeprägte Überzeugung.⁶¹ Das ist etwas völlig anderes als ein Überzeugungsbildungsprozess unter dem Regime des § 160 StPO. Die Behauptung, Sachverhaltsermittlungen durch Anwälte des Vertrauens würden zu keinen anderen Ergebnissen führen, weil auch sie an die Wahrheit gebunden seien, könnte nicht abwegiger sein.⁶²

Das macht nicht nur den Zielkonflikt bei der Sachverhaltsermittlung unübersehbar. Dessen Ignoranz macht zugleich deutlich, dass der Kampf gegen die Entkoppelung interner Ermittlungen von den Unternehmensinteressen die Unternehmen und deren Verantwortliche schützen soll. Das unterminiert zugleich die Waffengleichheit mit in der Hierarchie unten angesiedelten Mitarbeitern. Denn das vermeintliche Unternehmensinteresse wird – erforderlichenfalls zu deren Lasten – von einer Armada von Anwälten verfolgt, die von der Staatsanwaltschaft als Verbündete begriffen werden. Widerstand wird zu einer ebenso anspruchsvollen wie kostspieligen Angelegenheit. Das dient nicht zuletzt auch den Partikularinteressen der Autoren, die das jeweils beste aus den beiden Welten diesseits und jenseits des Atlantiks erreichen wollen. Das offenbart sachfremde Motive und Lobbyismus. Es ist bedrückend, dass die BRAK sich dafür instrumentalisieren lässt und die NSTZ als Lautsprecher dient. Es erinnert an Bemühungen der Cum-/Ex-Protagonisten. Die waren auch bestrebt, ihr Treiben pseudowissenschaftlich abzusichern. Sie beeinflussten die Gesetzgebung,⁶³ sorgten

für die Veröffentlichung unterstützender Aufsätze und betätigten sich als Herausgeber eines Kommentars, erschienen 2010 bei C.H. Beck.⁶⁴ Gegen einige Kommentatoren wird heute ermittelt.⁶⁵

Der Erfolg lässt sich gleichwohl nicht leugnen. Das VerSanG wurde vor den Wahlen 2021 nicht mehr verabschiedet. Danach erschien es auf keiner Tagesordnung mehr und die offensichtlichen Konflikte werden nicht mehr diskutiert. In den einschlägigen Monographien,⁶⁶ Lehrbüchern⁶⁷ und Aufsätzen⁶⁸ spielen die Auswirkungen von betriebswirtschaftlichen und/oder Eigeninteressen auf die Integrität der Ermittlungen keine Rolle.⁶⁹ Dort geht es um *nemo tenetur*,⁷⁰ den Schutz interner Ermittlungen vor dem Zugriff der Staatsanwaltschaft⁷¹ und Fragen des Datenschutzes.⁷² Tugendhaftes und interessenbefreites Streben nach der Wahrheit wird als selbstverständlich vorausgesetzt – ganz so, als ginge es um eine Paralleljustiz mit internen Ermittlern als interessenbefreite Inquisitoren.⁷³

3. Das ist die Basis für ein überaus einträgliches Geschäftsmodell. Den Anbietern ist es gelungen, es auf dem Rechtsberatungsmarkt zu etablieren. Das Angebot richtet sich an Kunden, für die Ressourcenknappheit keine Rolle spielt. Laut Presseberichten sollen die Ermittlungen zum Diesel-Skandal bei Continental mehr als 150 Mio. Euro gekostet haben.⁷⁴ Die HVB (Cum/Ex) soll mehr als 100 Mio. Euro aufgewandt

<https://www.abgeordnetenwatch.de/recherchen/lobbyismus/wie-sich-die-bankenlobby-ein-gesetz-zum-grossangelegten-steuerraub-schrieb> (17.6.2026).

⁶⁴ Berger/Steck/Lübbelhusen (Hrsg.), Investmentgesetz, Investmentsteuergesetz, Kommentar, 2010; vgl. zur Lobbyarbeit bei Cum-/Ex auch Seer/Krumm, DStR 2013, 1757.

⁶⁵ Vgl. Brorhilker (Fn. 8), S. 90 ff.

⁶⁶ Baranowski, Die Kodifikation von Internal Investigations, 2021; Küster, Der Rechtliche Rahmen für unternehmensinterne Ermittlungen, 2019; Nienaber, Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen, 2019.

⁶⁷ Veit (Fn. 35), Rn. 262.

⁶⁸ Momsen, ZIS 2011, 508; vgl. auch Theile, StV 2011, 381; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373; Eufinger, DB 2016, 471; Gastell, NJW 2008, 2945.

⁶⁹ Siehe die in Fn. 66 Genannten sowie Veit (Fn. 35); vgl. aber auch Wastl, ZRP 2011, 57 sowie ders./Litzka/Pusch, NSTZ 2009, 68.

⁷⁰ BGHSt 42, 139 (147); Wastl (Fn. 28), S. 13 ff.

⁷¹ Nienaber (Fn. 66).

⁷² Veit (Fn. 35), Rn. 125 ff.

⁷³ Vgl. auch Knierim/Tsambikakis/Klug (Fn. 69), Kap. 7 Rn. 10 ff.; Kocak, Selbstbelastungspflichten bei Mitarbeiterbefragungen, 2017, S. 25 ff.; Nienaber (Fn. 66), S. 137 ff.; Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 2 B. Rn. 25; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373 (374); Henssler, NZA-Beilage 2018, 31 (36); Süße, ZIS 2018, 350 (350).

⁷⁴ Koch, Aktien.news v. 22.8.2024, abrufbar unter <https://www.aktien.news/continental-kaempft-mit-hohen-kosten-der-diesel-aufarbeitung> (18.6.2026).

⁶⁰ Grundlegend Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 3. Aufl. 2012, S. 100, 247 ff.; vgl. auch Taleb, Der Schwarze Schwan, 2008, S. 87 ff.

⁶¹ Vgl. dazu auch Wilhelm, HRRS 2014, 279.

⁶² Es kommt dabei nicht einmal darauf an, ob das vom Gesetzgeber in § 160 StPO vorausgesetzte Ideal überhaupt erreichbar ist. Vgl. dazu auch Kölbl/Ibold, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 160 Rn. 78.

⁶³ Jörges, Abgeordnetenwatch v. 13.1.2020, abrufbar unter

haben, bei einem Schaden von 150 Millionen €. ⁷⁵ Es gibt auch Fälle, in denen der Aufwand den mutmaßlichen Schaden nahezu erreicht oder sogar übersteigt. Der RBB wandte in seinem Verschwendungsskandal bei einem angenommenen Schaden von 1,78 Mio. € einen Betrag von 1,63 Mio. € auf, ⁷⁶ die Fraunhofer Gesellschaft kostete die Untersuchung eines angeblichen Schadens von 2,5 Mio. € mehr als 4 Mio. €. ⁷⁷

Dieser Aufwand dient nicht der zweckbefreiten Suche nach der Wahrheit. Ihr Ziel ist es, durch proaktive Ermittlungen das Narrativ zu kontrollieren. Sie wollen Strafverfahren und öffentliches Interesse vermeiden, nicht fördern. Es geht darum, „durch eigene Erkenntnisse die ‚Deutungshoheit‘ zu behalten, den Behördenvertretern auf ‚Augenhöhe‘ zu begegnen und hierdurch eine effektive Unternehmensverteidigung vorzubereiten“. ⁷⁸ Das liegt zwar alles im legitimen Unternehmensinteresse, an dem interne Ermittler ihre Tätigkeit ausrichten haben. Es hat nur nichts mit interessenneutraler Wahrheitsermittlung zu tun, als die es verkauft wird.

IV. Alltag in den Staatsanwaltschaften

Es gibt zwar keine öffentliche Berichterstattung über die alltägliche Zusammenarbeit. Wer daran mitgewirkt hat oder davon betroffen war, der weiß indes, wie das läuft: ⁷⁹ Interne Ermittler suchen den Kontakt zur Staatsanwaltschaft, um öffentlichkeitswirksame Durchsuchungen oder andere Zwangsmaßnahmen zu verhindern. Dazu versichern sie volle Kooperationsbereitschaft, laufende Unterweisungen über den Ermitt-

lungsfortschritt und die Mitteilung strafrechtlich relevanter Sachverhalte. Sie richten Datenräume ein, zu denen sie der Staatsanwaltschaft Zugang gewähren und versprechen regelmäßigen Austausch. Eine Kontrolle darüber, in welche Richtung ermittelt wird und ob tatsächlich alle Ermittlungsergebnisse hochgeladen werden, hat die Staatsanwaltschaft nicht. Notfalls wird ihr der Zugriff verweigert, wenn dem Mandanten schädliche Ergebnisse drohen. Das Verhalten von VW liefert dafür den Beweis.

Staatsanwälte lassen sich darauf ein und ermitteln mit gebremstem Schaum, weil es die Schonung eigener Ressourcen ermöglicht. Voraussetzung ist das Vertrauen darin, dass die Anbieter das größte Problem der Justiz bedienen, die – gefühlt seit ihrer erstmaligen historischen Erwähnung – über ihre Belastung klagt, ⁸⁰ vor allem ihre unzureichende personelle Ausstattung. ⁸¹

Die nachstehenden Beispiele verdeutlichen, wohin das im Alltag führt. Dazu ist der nochmalige Hinweis angezeigt, dass keine wissenschaftliche Befassung mit der Realität der internen Ermittlungen vorliegt, also so etwas wie die berühmten Studien von *Altenhain* zum Deal. ⁸² Ich gebe meine persönlichen Erfahrungen als Strafverteidiger und Betroffener wieder.

1. In einem Fall in Frankfurt am Main wurde eine förmliche Outsourcing-Vereinbarung getroffen. Es ging um einen Insiderhandel. ⁸³ Ein Spekulant hatte Wissen aus einem Beratungsunternehmen in London verwertet ⁸⁴ und damit 28 Mio. € verdient. ⁸⁵ 2023 erwirkte die StA Frankfurt am Main in London einen Durchsuchungsbeschluss. Deren Vollzug verlangte allerdings mehr, als in England zu erscheinen. Erforderlich waren die Sichtung, Ordnung und Auswertung gigantischer Datenmengen. Das überforderte die StA, weshalb das eine von dem Beratungsunternehmen beauftragte Kanzlei erledigte. Dazu wurde ein Vertrag geschlossen, in dem es hieß: ⁸⁶

⁷⁵ *Reiche*, manager magazin v. 1.3.2016, abrufbar unter <https://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/hyb-ex-vorstaende-sollen-fuer-schaden-aus-aktiendeals-haften-a-1080030.html> (18.6.2026).

⁷⁶ rbb v. 12.7.2023, abrufbar unter <https://www.rbb-online.de/unternehmen/presse/presseinformationen/gremien/2023/20230712-rbb-compliance-untersuchung-durch-lutz-Abel-wird-beendet.html> (18.6.2026);

Lüdeke, Focus Online v. 20.1.2025, abrufbar unter https://www.focus.de/kultur/rbb-skandal-im-kampf-um-ihr-riesengehalt-verzichtet-schlesinger-keine-miene_id_260638583.html (18.6.2026).

⁷⁷ *Forschung und Lehre* v. 29.8.2025, abrufbar unter <https://www.forschung-und-lehre.de/management/fraunhofer-wegen-kosten-fuer-aufklaerung-in-der-kritik-7260> (18.6.2026);

Iwersen/Votsmeier, Handelsblatt v. 26.8.2025, abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/technik/forschung-innovation/fraunhofer-anwaltshonorare-sind-viel-hoer-als-der-schaden-01/100149500.html?mls-token=f437e12a6f3ccce9c6de9289eeefb8e6b8c8a36a8c72a02150e06cd5e9ab956fdc712b0006fefaf8937f3ce34c025ce40100149500&utm_medium=in&utm_source=app&utm_campaign=verschenken (18.6.2026).

⁷⁸ <https://cms.law/de/deu/legal-updates/Interne-Untersuchungen-begleitend-zu-behoerdlichen-Ermittlungsverfahren> (17.7.2026).

⁷⁹ Die nachstehenden Ausführungen schildern den Ablauf im Verfahren StA München I, Az. 406 Js 157669/23.

⁸⁰ Tagesschau v. 31.8.2025, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/justiz-ueberlastung-100.html#:~:text=Die%20Ermittlungsbeh%C3%B6rden%20und%20Strafgerichte%20in,5%2C5%20Millionen%20neue%20F%C3%A4lle> (18.6.2026).

⁸¹ Vgl. statt aller *Brorhiller* (Fn. 8), S. 177, sowie *Günther*, *Justitia*, Bühnenstück an der Bürger:Bühne am Staatsschauspiel Dresden, 3. Akt, Wahrheit, Monolog von Tscheska.

⁸² *Altenhain* (Fn. 14); *ders./Jahn/Kinzig* *Die Praxis der Verständigung im Strafprozess*, 2020.

⁸³ *Teutsch*, Frankfurter Rundschau v. 7.2.2024, abrufbar unter <https://www.fr.de/frankfurt/landgericht-frankfurt-millionengewinne-als-nervenkitzel-92819794.html> (18.6.2026).

⁸⁴ *Slodczyk*, manager magazin v. 31.1.2024, abrufbar unter <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/perella-weinberg-firmenbeteiligung-gegen-lukrative-informationen-a-804c3383-272c-4cbf-89fe-7ba2559245ff> (18.6.2026).

⁸⁵ LG Frankfurt a.M., 5/12 KLS 7500 Js 255002/21 (10/23).

⁸⁶ Datenlieferungsvereinbarung im Verfahren LG Frankfurt a.M., 5/12 KLS 7500 Js 255002/21 (10/23).

„Diese Vereinbarung wird auf der Grundlage des Englischen Durchsuchungsbeschlusses (Anlage 2) getroffen, der am 25. Januar 2023 im Londoner Büro von [...] vollstreckt wurde, wobei die Durchsuchung auf der Grundlage pausiert wurde, dass [...] angemessene Schritte unternimmt, potenziell relevante Daten und Dokumente mit dem Ziel zu sichern, dass [...] Daten und Dokumente, die in den Anwendungsbereich des Englischen Durchsuchungsbeschlusses fallen, direkt an die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main übermittelt.“

Die Nutzung von Insiderinformationen war offensichtlich und die Quelle war es auch. Unklar war, ob es strukturelle Defizite und weitere Beteiligte gab. Das hätte Teile der Verantwortung verlagert. Die Existenz des Beratungsunternehmens hing davon ab, dass das Leak ein Einzelfall war. Nicht ausschließbar kam es als Einziehungsbeteiligte in Betracht. Die Auswertung blieb ergebnislos. Die StA nahm das hin. Überprüfen konnte sie es ohnehin nicht.⁸⁷

2. Ein Verfahren bei der Staatsanwaltschaft München I betraf ein in wesentlichen Teilen mit Steuergeldern finanziertes Unternehmen. Vor allem ging es um angeblich nicht betrieblich veranlasste Aufwendungen des Vorstandes. Unabhängig davon hatte es einen mit mir geschlossenen Vertrag zum Gegenstand.⁸⁸ Die an interne Ermittler gewöhnte Staatsanwaltschaft München I nahm die Schonung ihrer Ressourcen gern in Anspruch. Finanziert wurde das mit Fördermitteln. Der die StA finanzierende Steuerzahler bezahlte die privaten Ermittler.

In dem mich betreffenden Komplex verzichteten die internen Ermittler darauf, mich zu befragen. Die Staatsanwaltschaft ermittelte gar nichts. Als ich das der Akte nach neun Monaten entnehmen konnte, entschloss ich mich mit meiner Verteidigerin, dem Staatsanwalt den Sachverhalt zu erklären. Das dauerte drei Stunden und führte zur Einstellung des Verfahrens, noch bevor die internen Ermittler ihren Bericht abgegeben hatten. Eine dagegen eingelegte und aufwändig begründete Beschwerde wies die Generalstaatsanwaltschaft zurück.⁸⁹

Bei dem mich nicht betreffenden Teil geht es um vermeintlich überhöhte Hotel-, Bewirtungs-, Kfz- und Repräsentationsaufwendungen. Dazu lag bereits ein Bericht des Bundesrechnungshofs vor.⁹⁰ Die beanstandeten Ausgaben waren über viele Tische gegangen und nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofs zu einem verfestigten Verhaltensmuster innerhalb der Organisation geworden. Beauftragte wurden

die internen Ermittler von der Rechtsvorständin, die zugleich Chief Compliance Officer (CCO) war. Sie führte die Verhandlungen, unterzeichnete die Verträge und die Vollmachten. Allerdings war sie auch zuständig gewesen für die Überwachung und Freizeichnung zahlreicher der beanstandeten Ausgaben. Doch das kümmerte niemanden, am allerwenigsten die internen Ermittler. Sie ist noch heute im Amt. Eine Strafanzeige wegen ihrer unterbliebenen Verfolgung bei der Staatsanwaltschaft München I blieb – mangels Anfangsverdachts – folgenlos.⁹¹

3. In einem Verfahren in Wuppertal ging es um Untreuehandlungen des Kämmerers. Dieser hatte unter Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorgaben Schulden aufgenommen, um ein für die Stadt vermeintlich profitables Geschäft zu finanzieren. Der Schaden betrug 700.000 €, als ein neugewählter Beigeordneter für Recht sich nicht anpassen wollte. Er beanstandete das Geschäft. Der Vorgang landete bei der Staatsanwaltschaft, die großes Vertrauen in die anwaltlich beratene Stadtverwaltung hatte, auf eigene Ermittlungen verzichtete und sich auf Berichte der Verwaltung verließ. Der Umstand, dass zahlreiche Mitarbeiter in dem Geschäftsmodell des Kämmerers mitgewirkt hatten, hielt sie nicht davon ab. Im Vertrauen auf die Berichte stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein.⁹² Dem Beigeordneten, den der Stadtrat inzwischen abgewählt und der eine eigene Strafanzeige erstattet hatte, schickte sie einen Strafbefehl wegen übler Nachrede.⁹³ Es dauerte mehrere Instanzen, bis sich dieses Opfer „interner Ermittlungen“ von dem Makel befreien konnte.⁹⁴ Der Kämmerer wurde CDU-Vorsitzender und der Mitarbeiter in der Verwaltung, der den Beigeordneten sensibilisiert hatte, sitzt heute in einem Keller. Dort sortiert er Akten. Er war vormals Leiter des Rechtsamtes.

V. Auswirkungen und Ausblick

Es bedarf keiner langwierigen Ausführungen, um die Gesetzeswidrigkeit des Outsourcings von Ermittlungen an Interessenvertreter von Verfahrensbeteiligten zu erfassen. Bereits die bloße Tatsache, dass sie Teil unseres Alltags sind, gleicht einer Realsatire. Profiteure sind die beteiligten Kanzleien, die Unternehmen und ihre Repräsentanten. Für die als entbehrlich oder nicht länger tragbar identifizierten und/oder in der Hierarchie untenstehenden Mitarbeiter hat das schlimme Folgen. Sie werden auf dem Altar des Unternehmensinteresses geopfert.

1. Für die Unternehmen und deren Repräsentanten gibt es auf den ersten Blick nur Vorteile. Die Hemmschwelle für „Internal Investigators“, Organisations- und Überwachungs-

⁸⁷ *Slodczyk*, manager magazin v. 27.4.2024, abrufbar unter <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/mehr-als-drei-jahre-haft-fuer-ehemaligen-kommunikationsberater-a-e7aaa020-ed97-4b83-9c71-77a29fb62d8b> (18.6.2026).

⁸⁸ Ausführlich dazu „Skatbruder“, abrufbar unter <https://www.endrikwilhelm.de/> (18.6.2026).

⁸⁹ GenStA München, Vfg. v. 31.7.2025 – 410 Zs 1582125 i.

⁹⁰ Bundesrechnungshof, Bericht v. 3.2.2023, abrufbar unter https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/fraunhofer-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (18.6.2026).

⁹¹ StA München I, Vfg. v. 10.6.2024 – 406 Js 145800/24.

⁹² StA München, Vfg. v. 15.2.2025 – 406 Js 157669/23.

⁹³ *Meves*, Der Neue Kämmerer v. 3.11.2020, abrufbar unter <https://www.derneuekaemmerer.de/recht/haftung/wuppertal-paschalis-wegen-uebler-nachrede-vor-gericht-13201/> (18.6.2026).

⁹⁴ *Seitz*, wuppertaler rundschau v. 6.9.2022, abrufbar unter https://www.wuppertaler-rundschau.de/lokales/wuppertaler-landgericht-freispruch-fuer-ex-rechtsdezernent_aid-76335627 (18.6.2026).

verschulden aufzudecken, ist hoch. Kein Anwalt will seinem Auftraggeber sagen, dass er die Hauptursache des Problems ist, auch wenn das in den meisten Fällen schon zu Beginn sichtbar ist. Es gehört zur Aufgabe, dieses Ergebnis zu verhindern und determiniert die Vorgehensweise. Mit dieser Zielsetzung werden die Erkenntnisquellen selektiert, interpretiert und gewichtet. Zeugen werden vom Unternehmen finanzierte Beistände zur Seite gestellt, die aus dem Dunstkreis der Auftragnehmer stammen. Abgesichert wird das entstehende Narrativ mit spezialisierten Kommunikationsberatern.

Selbstverständlich schützt das die Unternehmen und deren Führungspersonal. Opfer der Phalanx aus Unternehmen, Rechtsdienstleistern und Staatsanwaltschaften sind diejenigen, auf die der Großteil der Verantwortung abgeladen wird. Oft genug sind es untergeordnete Mitarbeiter. Sie sehen sich einer Koalition mit unerschöpflichen Ressourcen gegenüber, während sie selbst weder die Befähigung noch die finanziellen Mittel haben, um sich auf Augenhöhe zu verteidigen. Ich musste selbst erleben, mit welchem Aufwand unter Erfolgsdruck stehende interne Ermittler unbeirrbar noch so abwegige Arbeitshypothesen verfolgen. Das ignoriert nicht nur die Rechte der Betroffenen, sondern verkehrt die Realität. Denn die Hauptursache für nahezu jedes tiefer sitzende Compliance-Problem sind Kultur und Leitung in einem Unternehmen. Sie sind in den allermeisten Fällen Ergebnisse jahrelanger und vermeidbarer Verfestigung. Die Unternehmensleitungen schaffen den Rahmen, wirken entweder mit oder ignorieren Hinweise.⁹⁵ Bereits zu Beginn interner Ermittlungen steht in den allermeisten Fällen fest, dass der Auftraggeber zu den Hauptverantwortlichen gehört. Natürlich sagt ihnen das keiner.

2. Das sich daraus ergebende Interesse am Ergebnis erklärt zugleich, dass die Verantwortlichen unbegrenzte Ressourcen zur Verfügung stellen. Die Entstehung der immensen Kosten bleibt in den Details zwar meist im Dunkeln. Bisweilen ergeben sich jedoch Einblicke, die aufzeigen, wie die beauftragten Rechtsdienstleister die komplexe Interessenlage zu ihrem Vorteil nutzen:⁹⁶

- In einem Fall erfolgte die Vernehmung eines Zeugen durch fünf Berufsträger. Sie dauerte 14 Stunden. Das verursachte einen Aufwand von 70 Stunden. Hinzu kamen Unterrichtungen und Befassungen nicht anwesender Berufsträger, Vor- und Nachbereitung, koordinierende Gespräche, Reisezeiten etc. Das wird sich aufaddiert haben zu 100 Stunden. Bei einem durchschnittlichen Stundenhonorar von 300 € bis 500 € kostete die Vernehmung zwischen 30.000 € und 50.000 €.⁹⁷
- In demselben Fall legten die internen Ermittler besonderes Augenmerk auf die Feststellung entstandener Schä-

den, trotz strafrechtlicher Verjährung. Sie fanden heraus, dass vor zehn Jahren ein Schaden von 98.696,99 € entstanden sei. Sie rechneten dafür ein Honorar in Höhe von 1.778.000 € ab.

- In einigen Bewirtschaftungsrechnungen waren in dem Fall nicht erstattungsfähige Vorsteuern enthalten. Weder das Finanzamt noch die StA hatten sich dafür interessiert. Die internen Ermittler schlussfolgerten, dass das Finanzamt theoretisch 29.011,74 € zurückfordern könne. Das offenbarten sie dem Finanzamt und verhandelten einen Vergleich, der die Zahlung von 7.764,28 € vorsah. Das Unternehmen bezahlte ihnen dafür ein Honorar von 190.850,28 € – finanziert aus Steuergeldern.

Die fehlende Veranlassung zu diesen Ausgaben ist offensichtlich. Die Staatsanwaltschaft hätte kostenlos ermittelt. Die strukturellen Interessenkonflikte der um ihren eigenen Schutz bemühten Auftraggeber führten jedoch dazu, den „Aufklären“ freie Hand bei der Wahl von Mitteln und Aufwand zu belassen.⁹⁸ Für die darin liegende Verschwendung interessieren sich Staatsanwaltschaften nicht einmal dann, wenn es sich um Steuergelder handelt.⁹⁹ Und die Opfer dieser Ermittlungen bekommen ihren Aufwand nicht einmal erstattet, während es umgekehrt einen Erstattungsanspruch gibt, wenn von dem Verdacht etwas übrigbleibt.¹⁰⁰

3. Das setzt das gesetzgeberische Unterlassen fort, das schon das VerSanG scheitern ließ. Angesichts des Problembewusstseins bei dessen Planung fragt sich, warum das so ist. Erfolgreicher Lobbyismus ist sicherlich eine Ursache, sie ist aber nicht monokausal.

Abgesehen davon, dass die Strafverfolgungsbehörden beim Ressourcenmanagement eher „low hanging fruits“ wie Leistungerschleichung, Ladendiebstahl, Sozialbetrug, Drogenkleinkriminalität oder Verstöße gegen § 266 StGB priorisieren, scheint das Interesse an einem „besonderen Unternehmensschutz“ in den Willensbildungsprozessen der zur Strafverfolgung berufenen Organe großen Einfluss zu haben. Unternehmen werden als staatstragend wahrgenommen und ihr volkswirtschaftlicher Beitrag ist im Zweifel wichtiger als nachhaltige Aufklärung gesetzwidriger Verhaltensmuster oder der Schutz einfacher Mitarbeiter. Offenbar gibt es eine Angst vor volkswirtschaftlichen Kollateralschäden durch konsequente Verfolgung gesetzwidrigen Verhaltens. Die drohenden Belastungen für die Unternehmen waren jedenfalls eine wesentliche Ursache für die Aufgabe des VerSanG.¹⁰¹

Eine weitere Ursache ist die Tatsache, dass die beschriebene Praxis schlicht etabliert ist. Der Dreiklang von Implementierung, Rationalisierung und Sozialisierung wirkt – siehe oben – auch in der Justiz. Die Kontrolleure von heute

⁹⁵ Vgl. zu VW lobbypedia, abrufbar unter https://lobbypedia.de/wiki/Chronik_des_VW-Abgasskandals (18.6.2026).

⁹⁶ Schreiben der internen Ermittler an die D&O-Versicherung im Verfahren StA München I – 406 Js 157669/23.

⁹⁷ StA München I, 406 Js 157669/23, Bd. BB II-I, Blatt 25 ff. und 59 ff.

⁹⁸ Gerechtfertigt wird das bisweilen mit der pathetischen Begründung, Gerechtigkeit könne nicht zu teuer sein. Sie gilt allerdings nur, wenn es darum geht, selbst veranlasste Ausgaben zu rechtfertigen.

⁹⁹ StA München I, 399 Js 139421/25 sowie GenStA München, 410 Zs 1423/25 (Beschwerdeverfahren).

¹⁰⁰ BAG, Urt. v. 29.4.2021 – 8 AZR 276/20.

¹⁰¹ BR-Pl.-Prot. 993, S. 321 ff.

sind die Verursacher von gestern. Und wenn staatliche Institutionen eingebunden sind, lassen sich auch die unverständlichsten Auswüchse nicht mehr normalisieren. Die träge Aufarbeitung bei Cum/Ex liegt auch daran, dass zahlreiche Finanzbeamte beteiligt waren, Banken in Deutschland – siehe Subprime-Krise¹⁰² – unter besonderem Schutz stehen, staatliche Landesbanken damit Geld verdienen und die Politiker in deren Aufsichtsräten kein Interesse an Skandalen haben.

Im gesellschaftlichen Interesse liegt das alles nicht. Für den Rechtsstaat ist nachhaltige Beseitigung gesetzwidriger Zustände buchstäblich überlebenswichtig. Nicht einmal den Aktionären nutzt es, wenn Compliance-Probleme nur an der Oberfläche behandelt werden und die wahren Ursachen im Unternehmen fortwirken. Mittel- und langfristig führt das nur in die nächste Katastrophe. Und der Schaden für den Steuerzahler besteht bei steuerfinanzierten Einrichtungen nicht nur in der Bezahlung absurder Anwaltskosten, sondern darüber hinaus in einer faktischen Übertragung von Hoheitsrechten. Denn bei Lichte betrachtet führen interne Ermittlungen zur Unterwanderung der Justiz. In den USA, mit deren Imitation wir nicht nur in diesem Bereich überfordert sind, ist Oligarchie bereits Realität.¹⁰³

Es muss deshalb auch bezweifelt werden, ob es Sinn ergibt, dagegen zu opponieren. Erneut gilt: Je normaler etwas scheint, desto schwerer ist die Einsicht, dass es keine rationale Basis hat. Das trifft auch auf „Internal Investigators“ zu, die zur Normalität geworden sind. Das kann unmöglich falsch gewesen sein. Der frühere BGH-Richter *Ralf Eschelbach* lehrte uns das schon 2008, als er – wenn auch in anderem Zusammenhang – sagte:¹⁰⁴ „Die Justiz [...] kratzt und beißt“, wenn ihr – zu Recht – grobe Fehler vorgeworfen werden.“ In der Politik gilt das erst recht.

¹⁰² *Gammel*, SZ v. 12.9.2018, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/finanzkrise-kosten-deutschland-1.4126273> (18.6.2026);

Danach kostete die Finanzkrise 2008 den deutschen Steuerzahler ca. 60 Milliarden €.

¹⁰³ Vgl. zu den Auswirkungen auf die Souveränität der deutschen Justiz *Wastl* (Fn. 28), S. 13 ff.

¹⁰⁴ *Eschelbach*, HRRS 2008, 190 (198).

Jurisdiktionsgewalt der Spruchgerichte zur Aburteilung und Bestrafung des Organisationsverbrechens in der britischen Besatzungszone

Von Dr. Mehmet Arslan, LL.M., Köln*

Das Statut des Internationalen Militärgerichtshofs (IMG) in Nürnberg sah in Art. 9 die Jurisdiktion vor, sog. NS-Organisationen als verbrecherisch im Sinne des IMG-Statuts zu erklären. Nach Art. 10 IMG-Statut waren die Besatzungsmächte befugt, Personen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer vom IMG als verbrecherisch eingestuften Organisation vor Gericht zu stellen. In der britischen Besatzungszone wurden die sogenannten Spruchgerichte gegründet, die mit deutschen Richtern und Staatsanwälten besetzt waren und über Organisationsverbrechen urteilten. Die Rechtsgrundlage dieses Verbrechens, das Wesen der Jurisdiktionsgewalt der Spruchgerichte sowie deren Vereinbarkeit mit dem nullum-crimen-Grundsatz stellten die deutschen Juristen in der Nachkriegszeit jedoch vor schwierige dogmatische Fragen, deren Antworten auch für das heutige Verständnis des Völkerstrafrechts aufschlussreich sind.

I. Einführung

Als der Zweite Weltkrieg im Mai 1945 endete, bestritt wohl niemand ernsthaft, dass während des Krieges und auch schon im Vorfeld, also bereits nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten in Deutschland am 30. Januar 1933, schwere Verbrechen begangen wurden. Umstritten war allerdings, um welche Verbrechen es sich handelte und woraus sich dies ergab, wer über die Täter richten sollte, was die Verbrechen im Einzelnen und wer die Täter waren.

Über ähnliche Fragen hat man bereits vor Kriegsende immer wieder diskutiert. Im Oktober 1943 bekundeten die drei alliierten Großmächte (UdSSR, Großbritannien und die USA) in einer Erklärung ihren Willen, Kriegsverbrecher zur Rechenschaft zu ziehen.¹ Dies fand nach Kriegsende am 8. August 1945 seinen Niederschlag im Vier-Mächte-Abkommen, das die Einrichtung eines Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg vorsah. Dem Abkommen war auch ein Statut für den Gerichtshof beigefügt, das unter anderem bestimmte Verbrechen enthielt.²

Die juristische Aufarbeitung des Kriegsgeschehens und des NS-Regimes ging jedoch über die Prozesse, die in Nürnberg gegen die NS-Täter geführt wurden (sog. Nürnberger Prozesse), hinaus. In ihrem Schatten standen die Prozesse vor den sogenannten Spruchgerichten in der britischen Besatzungs-

zone.³ Die von diesen Gerichten ausgeübte Jurisdiktionsgewalt unterschied sich in mehrerer Hinsicht von den Nürnberger Prozessen. So war erstens ihre *ratione materiae* auf die Mitgliedschaft in einer verbrecherischen Organisation beschränkt, während in den Nürnberger Prozessen im engeren Sinne die Hauptkriegsverbrecher hauptsächlich wegen Kernverbrechen eines neuen, durch das IMG-Statut aus der Taufe gehobenen Völkerstrafrechts zur Verantwortung gezogen wurden.⁴ Die Mitgliedschaft in einer verbrecherischen Organisation konnte jedoch nicht als vergleichbar schwerwiegend angesehen werden, obwohl diese Organisationen gerade wegen ihrer Verwendung zur Begehung von Kernverbrechen als verbrecherisch einzustufen waren. Zweitens wies die Zusammensetzung der Spruchgerichte Unterschiede auf. Im Gegensatz zur Situation in Nürnberg waren die Richter in diesem Fall Deutsche. Deutsche Richter fällten Urteile über deutsche Angeklagte.⁵

Gerade der letztgenannte Unterschied warf die Frage auf, ob – und wenn ja, inwieweit – die Spruchgerichte deutsche Gerichtsbarkeit ausübten und welchen Ursprung der Strafanspruch hatte, dem die Spruchgerichte mit der Aburteilung und Bestrafung von Organisationsverbrechern Geltung verschafften. Der für die Nürnberger Prozesse häufig erhobene Vorwurf, bei der strafrechtlichen Verfolgung von NS-Tätern nach dem Zweiten Weltkrieg sei Siegerjustiz ausgeübt und der Grundsatz *nullum crimen sine lege* grob missachtet worden,⁶ musste im Hinblick auf die Prozesse vor den Spruch-

³ Menzel, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39; zur Aufarbeitung der NS-Verbrechen durch die deutsche Justiz ausführlich Broszat, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 29 (1981), 477 (487 ff.).

⁴ Für die historischen Entwicklungen vor Nürnberg siehe etwa Kreß, JZ 2006, 981.

⁵ Dies betonend Römer, Mitglieder verbrecherischer Organisationen nach 1945, 2005, S. 78; vgl. sog. hybride Formen der Strafgerichtsbarkeit, die seit der Gründung des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) als „neuartig“ angesehen werden, da sie Elemente nationaler und internationaler Prägnungen in unterschiedlicher Art und Weise sowie Intensität aufweisen, siehe Werle/Jeßberger (Fn. 2), Rn. 84 ff.; siehe auch Ambos (Fn. 2), § 6 Rn. 42 ff.; Satzger (Fn. 1), § 13 Rn. 31.

⁶ Zu dieser Frage insgesamt siehe etwa Douglas, in: Priemel/Stiller (Fn. 1), S. 719 (723 ff.); Priemel/Stiller (Fn. 1), S. 52; Kreß, JZ 2006, 981 (983 f.: die Frage sei nach wie vor offen); für eine positive Bewertung siehe Werle/Jeßberger (Fn. 2), Rn. 25 ff.; Satzger (Fn. 1), § 13 Rn. 12; siehe auch die Antwort des IMG in dem Nürnberger Urteil (abgedruckt in: Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14. November 1945 – 1. Oktober 1946, Bd. 1, 1947, S. 244 ff.), in dem der Gerichtshof das Vorbringen der Verteidiger und Angeklagten verwarf, dass der Grundsatz *nullum crimen* mit der Beschrän-

* Der Verf. war bis Mai 2025 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht von Prof. Dr. Sabine Swoboda. Seit September 2025 ist er bei einer Bank angestellt.

¹ Für mehr siehe Priemel/Stiller, in: Priemel/Stiller (Hrsg.), Die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtsschöpfung, 2013, S. 9 (28); siehe auch Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 11. Aufl. 2025, § 13 Rn. 5.

² Mehr dazu bei Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 17 ff.; Satzger (Fn. 1), § 13 Rn. 6; Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 6 Rn. 2.

gerichten neu überdacht werden. Oder: Haben auch deutsche Richter in Spruchgerichtsprozessen wegen Organisationsverbrechen gegen den altherwürdigen Grundsatz verstoßen?⁷ Mit dieser und ähnlichen Fragen befassten sich mehrere Juristen der Nachkriegszeit in Deutschland.

Dieser Beitrag hat zum Ziel, aufzuzeigen, wie man mit dem vermeintlichen Geburtsfehler des Völkerstrafrechts, der dem IMT-System oft attestiert wurde, im Zusammenhang mit den Spruchgerichtsprozessen umging. Damit soll zum einen ein Beitrag zur Geschichte der Nachkriegsjustiz in Deutschland sowie zum Völkerstrafrecht geleistet werden. Zum anderen sollen einige Grundaspekte des Organisationsverbrechens erläutert werden. Im Folgenden wird zunächst die Stellung des Organisationsverbrechens im IMG-Statut herausgearbeitet (II). Im Anschluss daran werden die Prozesse wegen Organisationsverbrechen vor den Spruchgerichten in der britischen Besatzungszone erörtert (III). Eine detaillierte Erörterung der umfangreichen Rechtsprechung der Spruchgerichte zum Organisationsverbrechen selbst bzw. zu seinen Elementen im Einzelnen kann an dieser Stelle nicht vorgenommen werden. Vielmehr sollen die Fragen der Gerichtsbarkeit, der Rechtsquelle des Organisationsverbrechens und des *nullum crimen*-Grundsatzes in den Fokus gerückt werden. Zu diesem Zweck werden die in der Literatur vertretenen unterschiedlichen Auffassungen zu diesen Fragen erläutert und bewertet. Diese Literatur besteht u.a. auch aus Beiträgen, die in der Zeitschrift „Die Spruchgerichte“ erschienen. Sie wurde bald nach der Errichtung der Spruchgerichte Anfang des Jahres 1947 vom Generalinspekteur für die Spruchgerichte in der britischen Zone herausgegeben und erschien bis zum schrittweisen Abbau der Gerichte im Jahr 1949 monatlich. Die Urteile der Gerichte, die ebenfalls in der genannten Zeitschrift erschienen, wurden im Rahmen der Untersuchung nur dann berücksichtigt, soweit sie einen Bezug zu den Fragestellungen aufwiesen.

II. Organisationsverbrechen nach dem IMG-Statut

1. Grundlagen

Neben den in Art. 6 des IMG-Statuts genannten vier Kernverbrechen,⁸ deren Begehung die Leistung eines individuellen Beitrags zu dem jeweiligen Verbrechen voraussetzte, oblag dem IMG auch die Gerichtsbarkeit über das Organisationsverbrechen. Dieses Verbrechen hat in der juristischen

Forschung bislang nicht hinreichend Beachtung gefunden.⁹ Nach Art. 9 IMG-Statut *konnte* der Gerichtshof in Verbindung mit der Verurteilung eines Angeklagten wegen eines der genannten Verbrechen eine Gruppe oder Organisation, der der Angeklagte angehörte (Mitgliedschaft), für verbrecherisch erklären.¹⁰ Dies ermöglichte es, einen Angeklagten nicht nur wegen eines der vier Einzeldelikte, sondern auch wegen des Organisationsverbrechens als solchem zu verurteilen.¹¹

Betrachtet man jedoch Art. 9 i.V.m. 10 IMG-Statut, so wird deutlich, dass es den Verfassern mit der Statuierung eines Organisationsverbrechens weniger darum ging, eine weitere Verurteilung der Hauptkriegsverbrecher neben den Kernverbrechen des IMG-Statuts zu ermöglichen. Art. 10 S. 1 IMG-Statut sah nämlich die Befugnis der Vertragsstaaten des Londoner Viermächteabkommens vor, Personen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer vom IMG für verbrecherisch erklärten Gruppe oder Organisation vor nationalen, Militär- oder Besatzungsgerichten abzuurteilen. So war die Absicht der Viermächte, dass die eigentlichen Verfolgungen wegen Organisationsverbrechen außerhalb von Nürnberg stattfinden sollten, bereits dem Statut zu entnehmen.¹² Dabei kam dem IMG jedoch eine wichtige Rolle zu. Mit der Erklärung einer NS-Organisation als verbrecherisch stellte der Gerichtshof die Weichen für die konkrete Handhabung dieses Delikts. Schließlich sah Art. 10 S. 2 IMG-Statut vor, dass der verbrecherische Charakter der Gruppe oder Organisation in späteren Verfahren als erwiesen gilt und nicht in Frage gestellt werden kann. Das galt auch für die Spruchgerichte.

Mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. Dezember 1945 machten die vier Besatzungsmächte in Deutschland von der genannten Befugnis des IMG-Statuts Gebrauch. Art. II Abs. 1 lit. b Kontrollratsgesetz Nr. 10 stellte die Zugehörigkeit zu Organisationen, die vom IMG für verbrecherisch erklärt worden waren, unter Strafe.¹³ Der Wortlaut dieser Vorschrift lautete:

„Artikel II. 1. Jeder der folgenden Tatbestände stellt ein Verbrechen dar: [...] d) Zugehörigkeit zu gewissen Kategorien von Verbrechervereinigungen oder Organisationen, deren verbrecherischer Charakter vom Internationalen Militärgerichtshof festgestellt worden ist [...]“.¹⁴

kung der Souveränität in Verbindung stehe. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass dieser Grundsatz ein Ausdruck der Gerechtigkeit ist.

⁷ Zu diesen Fragen siehe auch Römer (Fn. 5), S. 72; zur Geltung des *nullum crimen*-Grundsatzes im deutschen Recht nach dem Zweiten Weltkrieg siehe Wimmer, SJZ 1947, Sp. 123 (124 f.); zur Rückwirkungsdebatte der Nachkriegszeit siehe Lange, Deutsche Rechts-Zeitschrift 3 (1948), 155.

⁸ Diese waren Verschwörung zur Begehung eines Verbrechens gegen den Frieden, Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, siehe dazu Werle/Jeßberger (Fn. 2), Rn. 19.

⁹ Der Grund dafür mag u.a. darin liegen, dass das Organisationsverbrechen gewissermaßen akzessorisch zu den Kriegsverbrechen und den Verbrechen gegen die Menschlichkeit war. Dies ließ Zweifel an seiner Eigenständigkeit aufkommen, die jedoch unbegründet waren, siehe dazu Weber, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (35).

¹⁰ Siehe dazu auch IMG (Fn. 6), S. 189, 286; siehe auch Haensel, Das Organisationsverbrechen, Nürnberger Betrachtungen zum Kontrollratsgesetz Nr. 10, 1947, S. 48.

¹¹ Dazu siehe auch Haensel (Fn. 10), S. 49.

¹² In diese Richtung auch Jackson, SJZ 1946, Sp. 56 (59).

¹³ Zu dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 siehe auch Werle/Jeßberger (Fn. 2), Rn. 34 ff.

¹⁴ Dazu siehe Haensel, SJZ 1947, Sp. 19 (22).

Die Anklagebehörde beantragte vor dem IMG, die NSDAP, die Gestapo, den SD, die SA, die SS, die Reichsregierung, den Generalstab und das Oberkommando der Wehrmacht für verbrecherisch zu erklären.¹⁵ Als der IMG am 30. September und 1. Oktober 1946 sein Urteil fällte,¹⁶ fand es das Organisationsverbrechen auch in Art. II Abs. 1 lit. b Kontrollratsgesetz Nr. 10 mit dem obigen Wortlaut vor. Der Gerichtshof nahm auf diese Vorschrift Bezug und konkretisierte den Inhalt des Organisationsverbrechens deutlich über den im Statut befindlichen Wortlaut hinaus.¹⁷

2. Organisationsverbrechen im Nürnberger Urteil

Der Gerichtshof führte in seinem Urteil aus, dass die Theorie der Gruppenkriminalität, die diesem neuen Straftatbestand im IMG-Statut zugrunde liegt, zwar neu sei. Dennoch sei es nicht unmöglich, Verurteilungen wegen dieses Verbrechens in gerechter Weise auszusprechen.¹⁸ Dabei sei der Wortlaut des Art. 9 IMG-Statut von Bedeutung, wonach der Gerichtshof Gruppen oder Organisationen für verbrecherisch erklären kann. Daraus sei das Ermessen des Gerichtshofs abzuleiten, „ob er eine Organisation für verbrecherisch erklären will“.¹⁹ Konkret bedeutete dies Folgendes:

- Der IMG erachtete sich angesichts des Ermessensspielraums des „Ob“ auch für die Bestimmung des „Wie“ des Organisationsverbrechens – d.h. dafür, was das Organisationsverbrechen voraussetzt bzw. was seine Elemente sind – für zuständig.
- Insbesondere legte er mit der Erklärung bestimmter Gruppen oder Organisationen zu verbrecherischen Organisationen zugleich den Inhalt der strafbaren Mitgliedschaft (und damit des Organisationsverbrechens) fest, weil er die NS-Organisationen nur hinsichtlich bestimmter Täterkreise zu verbrecherischen Organisationen erklärte, während die übrigen Mitglieder als Täter des Organisationsverbrechens von vornherein ausschieden.²⁰

Der Gerichtshof stellte klar, dass sein Ermessen an anerkannte Rechtsgrundsätze gebunden ist. Einer dieser Grundsätze ist, dass strafrechtliche Schuld persönlich ist. Insofern müsse, so der Gerichtshof, sein Urteil sicherstellen, dass nicht Unschuldige bestraft werden. Insbesondere betonte er, dass es keine Massenstrafen für Organisationsverbrechen geben dürfe.²¹ Nur so könne ein gerechtes Urteil gefällt werden. Ließe man jedoch die bloße Mitgliedschaft in der als verbrecherisch erklärten Organisation für die Strafbarkeit ausreichen, so

wäre diesen Grundsätzen nicht Genüge getan. Um diese Ziele zu erreichen, schloss die Erklärung auch folgende taugliche Täter von der strafbaren Mitgliedschaft aus:

- Mitglieder, die die verbrecherischen Ziele oder Handlungen einer NS-Organisation nicht kannten, als sie dieser beitraten oder in ihr verblieben, und
- Mitglieder, die von staatlicher Seite zur Mitgliedschaft gezwungen wurden.²²

Im Ergebnis erklärte der Gerichtshof das Korps der Politischen Leiter der NSDAP, die Gestapo, den SD und die SS zu verbrecherischen Organisationen, während er dies für die SA, die Reichsregierung sowie den Generalstab und das Oberkommando der Wehrmacht ablehnte.²³

III. Organisationsverbrechen vor den Spruchgerichten in der britischen Besatzungszone

1. Errichtung der Spruchgerichte durch Verordnung Nr. 69

Die britische Militärregierung erließ am 1. November 1946 die Verordnung Nr. 69²⁴ (im Folgenden: VO Nr. 69) zur Regelung der Verfahren gegen Mitglieder verbrecherischer Organisationen in dem von ihr kontrollierten Gebiet²⁵ und berief sich dabei unter anderem auf die Befugnis der Besatzungsmächte aus Art. 10 IMG-Statut.²⁶ Zu diesem Zweck waren nach Art. I VO Nr. 69 „Deutsche Spruchgerichte erster Instanz“ (sog. Spruchgerichte) zu bilden, die zuständig waren, über die Angehörigen der verbrecherischen Organisationen abzuurteilen.²⁷ Nach Art. II VO Nr. 69 war als Revisionsgericht ein deutsches Zonengericht zweiter Instanz (Oberster Spruchgerichtshof: ObSpG) zu errichten, welches später in Hamm gegründet wurde. Für andere Verbrechen waren die Spruchgerichte nicht zuständig.²⁸ Als Strafen sah Art. V VO Nr. 69 Gefängnis von bis zu zehn Jahren, Vermögensentzug und Geldstrafen vor.

Im Anhang I der VO Nr. 69 waren die NS-Organisationen bestimmte Mitglieder mit ihren jeweiligen Kreisen aufgeführt, die vom IMG für verbrecherisch erklärt worden waren. Ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Nürnberger Urteil stellte der Anhang klar, dass eine Strafbarkeit wegen des

¹⁵ IMG (Fn. 6), S. 288; zur Anklage des US-amerikanischen Chefklägers Jackson siehe *Jackson*, SJZ 1946, Sp. 56.

¹⁶ Zu dem Nürnberger Urteil siehe auch *Werle/Jeffberger* (Fn. 2), Rn. 22 ff.; *Satzger* (Fn. 1), § 13 Rn. 9 ff.

¹⁷ Siehe dazu IMG (Fn. 6), S. 286 ff.

¹⁸ Vgl. *Werle/Jeffberger* (Fn. 2), Rn. 20 (Das Organisationsverbrechen des IMG-Statuts war „mit Blick auf den Schuldgrundsatz fragwürdig [...]“).

¹⁹ IMG (Fn. 6), S. 286.

²⁰ IMG (Fn. 6), S. 287.

²¹ IMG (Fn. 6), S. 286.

²² IMG (Fn. 6), S. 287; ähnlich bereits der US-amerikanische Chefkläger, *Jackson*, SJZ 1946, Sp. 56 (59); siehe auch *Haensel*, SJZ 1947, Sp. 19 (23 ff.).

²³ IMG (Fn. 6), S. 289 ff.

²⁴ Brit. ABl. 1947, S. 405, abrufbar unter <https://portal.dnb.de/bookviewer/view/1026627540#page/405/mode/1up> (6.6.2026).

²⁵ Die meisten von ihnen waren Mitglieder der NS-Organisation, die bereits in der britischen Zone interniert waren; dazu siehe *Holtz*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 83; siehe auch *Broszat*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 29 (1981), 477 (516 f.).

²⁶ Dazu siehe auch *Römer* (Fn. 5), S. 15 ff.

²⁷ Dafür wurden in Stade, Benefeld, Recklinghausen, Hiddesen, Bergedorf und Bielefeld Spruchgerichte gegründet, für mehr siehe *Holtz*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 83 (87 f.).

²⁸ *Römer* (Fn. 5), S. 11.

Organisationsverbrechens für die tauglichen Mitglieder nur dann in Betracht kommt, wenn sie in Kenntnis der Tatsache, dass ihre Organisation zur Begehung von Verbrechen im Sinne des Art. 6 IMG-Statut benutzt wurde, Mitglied einer für verbrecherisch erklärten NS-Organisation geworden oder in ihr geblieben sind. Von der Strafbarkeit ausgeschlossen waren – ebenfalls im Einklang mit dem Nürnberger Urteil – jene Mitglieder, die vom Staat zur Mitgliedschaft gezwungen wurden oder vor dem Kriegsbeginn (1. September 1939) aus ihrer Organisation ausschieden.

Zur Errichtung der Spruchgerichte kam es durch die Verordnung des Zentraljustizamts für die britische Zone vom 17. Februar 1947. In ihrer knapp zweijährigen Haupttätigkeitszeit von 1947 bis 1949 wurden rund 27.369 Personen als Mitglieder in einer der als verbrecherisch eingestuften NS-Organisationen ermittelt. In den Prozessen entwickelten die Spruchgerichte eine bemerkenswerte Rechtsprechung.²⁹ Auf die Einzelheiten dieser Rechtsprechung, die hinsichtlich eines Organisationsverbrechens im völkerstrafrechtlichen Sinn ohne Zweifel äußerst aufschlussreich ist, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Hier soll der Fokus auf die Erörterung einiger Probleme durch deutsche Nachkriegsjuristen gelegt werden, die die Grundlagen der Prozesse vor den Spruchgerichten betrafen.

2. Problemlage

Das Organisationsverbrechen und die zur Aburteilung und Bestrafung der Angehörigen bestimmter NS-Organisationen errichteten Spruchgerichte warfen mindestens drei grundlegende Fragen auf:

Die erste Frage betraf die Rechtsgrundlage für dieses Verbrechen. Es stellte sich die Frage, ob die Rechtsquellen dieses Verbrechens im Besatzungsrecht (Verbrechen aus dem Besatzungsrecht), im internationalen Recht (Völkerrechtsverbrechen) oder sogar im deutschen Recht (innerstaatliches Verbrechen) zu verorten sind. Die zweite Frage war, worauf die Jurisdiktionsgewalt der Spruchgerichte beruhte. Die Spruchgerichte sollten nach Art. I VO Nr. 69 deutsch sein, und deutsche Richter sollten sie besetzen. Welche Jurisdiktionsgewalt übten aber diese Gerichte aus? Waren sie nun in Wirklichkeit britische, internationale oder deutsche Gerichte?³⁰ Bei der dritten Frage ging es um einen wichtigen Streitpunkt bezüglich der Nachkriegsjustiz in Deutschland, nämlich die Beachtung des nullum-crimen-Grundsatzes. Die Klärung der Frage, ob auch die Spruchgerichte – also die deutschen Richter – diesen Grundsatz verletzten, war auch deshalb dringlich, weil ein Teil des Personals der neu eingerichteten Spruchgerichte, vor allem die Staatsanwälte, anfangs nicht ermitteln wollte: Sie sahen durch ihre Ermittlungen den nullum-crimen-Grundsatz verletzt.³¹

²⁹ Mehr dazu siehe *Holtz*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 83.

³⁰ Zur Klärung dieser Fragen eingehend *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281; *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39.

³¹ Nachweise bei *Römer* (Fn. 5), S. 22 Fn. 58; siehe auch *Broszat*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 29 (1981), 477

3. Einzelne Positionen

a) Völkerrechtstrafrecht

aa) Carl Haensel

Haensel, der sich in der Nachkriegszeit als Officialverteidiger am Nürnberger IMG einen Namen gemacht hatte, vertrat im Ergebnis eine klare Position: Bei der Errichtung der Spruchgerichte sei nicht die ordentliche deutsche Justiz tätig geworden, sondern es handele sich um „besondere [...] Gerichte“, die völkerrechtliche, überstaatliche Gerichtsbarkeit ausübten. Und der Strafanspruch ergebe sich unmittelbar aus dem Völkerstrafrecht.³²

Haensels Argumentation beruhte auf drei Säulen: Erstens betonte er, dass die Besatzungsmächte nicht nur für sich selbst, sondern auch für die Völkergemeinschaft handelten.³³ Zweitens vertrat er die Auffassung, dass der völkerrechtliche Status Deutschlands nach der Kapitulation ein solches Vorgehen zuließ.³⁴ Aus seiner Sicht war von einem Status sui generis auszugehen. Aus diesem Besatzungsstatut ergaben sich für die Alliierten Befugnisse, die bei einer normalen Besatzung nicht gegeben gewesen wären, so *Haensel*. Das Kontrollratsgesetz einschließlich des Organisationsverbrechens unterfiel dem.³⁵ Für ihn stand Art. 43 der Haager Landkriegsordnung (im Folgenden: HLKO) weder in unmittelbarer Anwendung noch als Völkergewohnheitsrecht einer Gesetzgebung entgegen,³⁶ die auf die Liquidation des NS-Regimes und einen Regimewechsel gerichtet war.³⁷ Drittens unterstrich er, dass das durch das IMG-Statut geschaffene Völkerstrafrecht über das klassische Völkerkriegsrecht hinausging. Der Charakter des neuen Völkerstrafrechts zeigte sich nach *Haensel* insbesondere beim Organisationsverbrechen. Denn mit der Schaffung eines solchen Tatbestandes, der die Mitgliedschaft in einer verbrecherischen NS-Organisation unter Strafe stellte und nach dem Organisationsverbrecher „vor ein internationales Forum“ gestellt werden sollten, sei eine bis dahin nicht gekannte Form der Verantwortlichkeit vorgesehen worden.³⁸

bb) Bewertung

Die Besatzungsmächte traten in *Haensels* Argumentationsgerüst in einer Doppelfunktion auf: Einmal handelten sie als Rechtsetzungsorgane der Völkerrechtsgemeinschaft, wenn sie mit dem IMG-Statut die Bestrafung von Organisationsverbrechern und deren Verfolgung durch bestimmte Gerichte (z.B. IMG) vorsahen. Ein anderes Mal agierten sie auf besatzungsrechtlicher Grundlage, wenn sie mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 von der im IMG-Statut vorgesehenen Befugnis Gebrauch machten oder auch in der britischen Zone die

(487: Die rückwirkende Anwendung des Besatzungsrechts sei für die deutsche Justiz eine Zumutung gewesen.).

³² *Haensel* (Fn. 10), S. 17 und 25.

³³ Mehr dazu siehe *Haensel* (Fn. 10), S. 12 ff.

³⁴ Dazu mehr *Haensel* (Fn. 10), S. 10 ff.

³⁵ *Haensel* (Fn. 10), S. 10.

³⁶ *Haensel* (Fn. 10), S. 21.

³⁷ Vgl. *Haensel* (Fn. 10), S. 13, 16 und 20.

³⁸ *Haensel* (Fn. 10), S. 17 f.

VO Nr. 69 erließen und die Einrichtung von Spruchgerichten vorsahen.

Bei näherem Hinschauen lässt sich allerdings konstatieren, dass sich *Haensel* selbst des ersten Pfeilers seiner Argumentation nicht sicher war, weil er darauf hinwies, dass sich die Besatzungsmächte „gerieren“, im Namen der Völkergemeinschaft zu handeln.³⁹ Dass die Besatzungsmächte auch ein Völkerstrafrecht schufen, war für einige deutsche Völkerrechtler nicht selbstverständlich, sondern umstritten (dazu sogleich). Der bloße Verweis auf die Haltung der Besatzungsmächte war noch kein Beweis. Auch äußerte sich *Haensel* nicht dazu, inwieweit Art. 43 HLKO einer Besatzungsmacht Eingriffe in die staatliche Souveränität gestattete. Die Grenzen des Art. 43 HLKO wurden von ihm nicht abgesteckt, als er die Befugnis zu Maßnahmen des Regimewechsels in den Anwendungsbereich des Art. 43 HLKO einbezog. Schließlich stellte sich ihm nicht die Frage, ob die deutschen Richter der Spruchgerichte gegen den Grundsatz *nullum crimen* verstießen. Für ihn war diese Frage nicht relevant, da er diese Gerichte grundsätzlich nicht als deutsche Gerichte ansah.

Einen weiteren völkerrechtlichen Weg zur Rechtfertigung des Organisationsverbrechens zeichnete der Strafrechtler *Hellmuth von Weber* nach.⁴⁰ Da er – im Gegensatz zu *Haensel* – davon ausging, dass der Kontrollrat die deutsche Staatsgewalt treuhänderisch ausübte und durch das Kontrollratsgesetz deutsches Recht schuf, ist es sachgerechter, ihn insgesamt zu jenen Juristen zu zählen, die dem Organisationsverbrechen einen deutschen Ursprung zuschrieben.⁴¹

b) Besatzungsrecht

Gegen *Haensel* wandten sich zwei Völkerrechtler, *Herman Mosler* und *Eberhard Menzel*, die eine überstaatliche Jurisdiktion der Spruchgerichte und die Verortung des Organisationsverbrechens in einem Völkerstrafrecht ablehnten.

aa) Hermann Mosler und Eberhard Menzel

Für *Mosler* hatte der Strafanspruch seinen Ursprung in der staatlichen Herrschaftsgewalt, die sich über sein Gebiet und Volk erstreckt. Entsprechend sind die staatlichen Jurisdiktionsgewalten nach dem Prinzip der Territorialität und Personalität voneinander abgegrenzt.⁴² Eine überstaatliche Gerichtsbarkeit war für ihn daher schon begrifflich nicht möglich. *Mosler* hatte keinen Zweifel daran, dass es auch keinen überstaatli-

chen Strafanspruch geben konnte.⁴³ In der Folge hätten für ihn die Spruchgerichte *entweder* die deutsche *oder* eine ausländische Strafjurisdiktionsgewalt ausüben können. *Mosler* verwies dabei auf das Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Lotus-Fall und betonte, dass nach geltendem Völkerrecht die staatliche Gerichtsbarkeit *räumlich* nicht außerhalb des eigenen Territoriums ausgeübt werden darf, es sei denn, eine Regel des völkerrechtlichen Vertrags- oder Gewohnheitsrechts erlaubte dies.⁴⁴ Eine solche Ermächtigung hätte für *Mosler* im Falle der Spruchgerichte zunächst das Kriegsvölkerrecht bieten können. Dies lag für ihn auch nahe, da es hier um die Aburteilung von Taten ging, die während einer kriegerischen Auseinandersetzung Deutschlands mit anderen Staaten begangen worden waren. In diesem Fall, so *Mosler*, stellte das Kriegsvölkerrecht einer Besatzungsmacht für bestimmte Fälle ausnahmsweise eine Gerichtsbarkeit im Ausland zur Verfügung.

Für *Mosler* enthielt Art. 43 HLKO einen solchen Fall, der nach seiner Auffassung den Besatzungsmächten die Befugnis einräumte, im Ausland – hier also in Deutschland – Gerichtsbarkeit auszuüben. Wenn also die Spruchgerichte hinsichtlich ihrer *Jurisdiktion räumlich* auf Art. 43 HLKO zurückzuführen waren, stellte sich für *Mosler* die Frage, ob der *Strafanspruch*, der durch Art. 9 IMG-Statut, Art. II Abs. 1 lit. d Kontrollratsgesetz Nr. 10, dem IMT-Urteil sowie der VO Nr. 69 gegen die Mitglieder der verbrecherischen Organisation erhoben wurde, auch *inhaltlich* auf eine entsprechende Jurisdiktionsgewalt gestützt werden konnte.⁴⁵

Nach *Mosler* haben die Spruchgerichte als Gerichte einer Besatzungsmacht im Ausland eine völkerrechtlich begründete Gerichtsbarkeit ausgeübt, wenn die Aburteilungen Kriegsverbrechen betroffen hätten. Denn nach Kriegsgewohnheitsrecht hätten sowohl der Verletzte als auch der verletzte Staat einen eigenen Anspruch auf Verfolgung von Kriegsverbrechern. Beide Strafansprüche konkurrierten aber, so *Mosler*.⁴⁶ Neben dem Kriegsrecht konnte sich ein Strafanspruch der Besatzungsmächte auch aus der für *Mosler* umstrittenen Rechtsfigur der Intervention aus Gründen der Menschlichkeit ergeben. Dies lehnte er auch ausdrücklich ab.⁴⁷

Sieht man sich mit *Mosler* das Organisationsverbrechen genauer an, so ergab sich im Lichte des oben Gesagten hinsichtlich des entsprechenden Strafanspruchs Folgendes:

Ein kriegsvölkerrechtlicher Strafanspruch der Besatzungsmächte konnte nach *Mosler* begründet werden, *soweit* das Organisationsverbrechen Kriegsverbrechen betraf, wobei auch insoweit eine *konkurrierende* Gerichtsbarkeit deutscher Gerichte bestand. Außerhalb dieses engen Bereichs hätte es nach *Mosler* keine alliierte Gerichtsbarkeit geben dürfen. Dies galt insbesondere, *soweit* sich die Organisationsverbrechen auf Handlungen der Organisationen bezogen, die – ohne Kriegsverbrechen zu sein – Verbrechen gegen die Menschlichkeit

³⁹ *Haensel* (Fn. 10), S. 14; *Haensel* stützt sich hierbei auf *Radbruch*, SJZ 1947, Sp. 132 (133), in dem dieser u.a. darauf hinweist, dass das IMG-Statut „dem Gedanken Ausdruck“ gibt, „dass Humanitätsverbrechen ohne Rücksicht auf die Nationalität der Menschen [...] die Organe der Völkerrechtsgemeinschaft zu einer Intervention berechtigen“.

⁴⁰ *Weber* hatte sich bereits vor dem Zweiten Weltkrieg in einer Abhandlung (*Internationale Strafgerichtsbarkeit*, 1934) mit dem Völkerstrafrecht befasst und war somit einer der wenigen Kenner der Materie, vgl. dazu *Kreß*, JZ 2006, 981 (982).

⁴¹ Siehe dazu unten c) bb).

⁴² *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (282).

⁴³ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (284).

⁴⁴ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (282).

⁴⁵ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (283).

⁴⁶ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (283).

⁴⁷ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (284).

darstellten. Folglich hätten die Spruchgerichte in diesen Fällen nur deutsche Gerichtsbarkeit ausüben können, wenn man ein völkerrechtliches Interventionsstrafrecht mit *Mosler* ablehnte. Soweit man das Organisationsdelikt als eigenständiges, von Kriegsverbrechen oder auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit losgelöstes Delikt auffasste, waren die Besatzungsmächte nach *Mosler* dazu nicht befugt. Denn damit hätten sie keinen Straftatbestand eingeführt, sondern lediglich Verfolgung aus politischen Gründen betrieben, wozu nur der nationale Gesetzgeber befugt gewesen sei (vgl. Art. 43 HLKO).⁴⁸

Schließlich stellte sich für *Mosler* die Frage, ob die Spruchgerichte in den genannten Fällen, in denen er eine genuin deutsche oder eine mit der Jurisdiktion eines ausländischen Staates konkurrierende Jurisdiktion feststellte, diese auch tatsächlich ausübten. Dies bejahte er im Ergebnis. Die Spruchgerichte seien im Zuge des schrittweisen Aufbaus deutscher Staatlichkeit entstanden. Sie hätten auch Unabhängigkeit genossen und ihre Entscheidungen nicht im Auftrag der Besatzungsmächte getroffen. Daran änderte für *Mosler* auch die Tatsache nichts, dass das Organisationsverbrechen seine rechtlichen Grundlagen im IMG-Statut, im Kontrollratsgesetz Nr. 10, im IMT-Urteil und in der VO Nr. 69 hatte. Denn der Umstand, dass das anzuwendende Recht nicht deutschen Ursprungs ist, sage nicht notwendigerweise etwas über den Charakter der ausgeübten Strafgerichtsbarkeit aus.⁴⁹

Eine andere Frage war für *Mosler*, ob und inwieweit bei der Ausübung der deutschen Gerichtsbarkeit durch die Spruchgerichte ein Verstoß gegen den Grundsatz *nullum crimen* vermieden werden konnte bzw. begangen wurde. *Mosler* ließ diese Frage unbeantwortet. Dagegen stellte er unmissverständlich klar, dass sich deutsche Gerichte (auch Spruchgerichte) nicht auf den *nullum-crimen*-Grundsatz berufen können, um die Bestrafung von Organisationsverbrechern abzulehnen, soweit diese Bestrafung eine Pflicht wäre, die sich aus dem Kriegsrecht ergab.⁵⁰

An die ausführliche völkerrechtliche Beurteilung von *Mosler* knüpfte *Menzel* an und stimmte ihm in mehreren Punkten zu. Wie ersterer schloss er die Möglichkeit unmissverständlich aus, dass die Spruchgerichte im Auftrag der Völkerrechtsgemeinschaft handelten.⁵¹ Damit waren auch für ihn die Spruchgerichte entweder deutsche Gerichte oder aber Gerichte der britischen Besatzungsmacht.⁵² Ebenso wie *Mosler* sah er neben der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit das Besatzungsrecht (insbesondere mit Art. 43 HLKO), das Kriegsvölkerrecht sowie das Interventionsrecht als mögliche Rechtsquellen zur Begründung der Gerichtsbarkeit der Spruchgerichte an. Letztlich war für *Menzel* aber nicht entscheidend, auf welche Grundlage und in welchem Umfang die Jurisdiktionsgewalt der Spruchgerichte gestützt werden konnte.⁵³ Im Ergebnis stand auch für ihn fest, dass die deutschen Gerichte

die Verfolgung von Organisationsverbrechen in der britischen Zone „im Rahmen der deutschen Gerichtsbarkeit [...] als deutsche Aufgabe“ übernahmen.⁵⁴

Im Gegensatz zu *Mosler* betonte *Menzel* jedoch ausdrücklich, dass der besetzte Staat nach Art. 43 HLKO keinen unantastbaren Souveränitätsbereich mehr habe.⁵⁵ Im weiteren Verlauf seiner Erörterungen wandte sich *Menzel* im Gegensatz zu *Mosler* noch einer anderen Frage zu, nämlich jener, ob das hier in Rede stehende nichtdeutsche Recht über das Organisationsverbrechen kein Widerrecht darstelle, weil es sich in seiner „Eigenart“ in das deutsche Recht einfüge. Er bejahte dies im Ergebnis, aber nur zum Teil. Einerseits seien die Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen in der Weise, wie sie im IMG-Statut formuliert waren, zwar für das deutsche Recht neu, hätten aber nicht „in inhaltlicher Beziehung“ zueinander gestanden.⁵⁶ Andererseits sei das Organisationsverbrechen eine „in dieser Gestaltung dem deutschen Recht bisher fremde [...] Deliktsform“ gewesen. Schließlich sei trotz der inhaltlichen Ähnlichkeit das anzuwendende außerdeutsche Recht unter dem *nullum-crimen*-Grundsatz letztlich problematisch geblieben.⁵⁷

bb) Bewertung

Moslers Position war geprägt von seinem Ausgangspunkt, dass der Strafanspruch nur staatlich, nicht aber überstaatlich sein könne. Auch wenn er in diesem Zusammenhang das Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im *Lotus*-Fall zitierte, ging es in diesem Urteil nicht um die Frage des Strafanspruchs oder der Feststellung eines strafbaren Unrechts, sondern um die Frage der territorialen Grenzen der Strafgerichtsbarkeit eines Staates aufgrund eines wie auch immer begründeten Strafanspruchs. Man hat bei der Lektüre von *Mosler* den Eindruck, dass er als Völkerrechtler auch im Zusammenhang mit Strafe nicht über den Begriff der Staatlichkeit hinauskommt. Dabei blieb aber die Frage unterbelichtet, was ein strafwürdiges bzw. strafbares Unrecht ist bzw. wie ein Tatbestand zu begründen ist, dessen Erfüllung als Rechtsfolge die Strafe nach sich zieht. *Mosler* ging wohl davon aus, dass sich diese Frage überhaupt nur im Staat selbst stellt. Zwar wurde auch nach seiner Ansicht mit der Errichtung der Spruchgerichte ein Stück deutscher Staatlichkeit zurückgewonnen. Das Organisationsverbrechen trug für ihn aber wohl nicht den Stempel deutscher Staatlichkeit, was die Herkunft des in diesem Zusammenhang erhobenen Strafanspruchs in Frage stellte.

Wie *Mosler* ging es auch *Menzel* letztlich um die Begründung, dass die Spruchgerichte deutsche Gerichtsbarkeit ausübten. Was er nicht thematisierte, waren die Grenzen des Art. 43 HLKO im Hinblick auf ein rückwirkend anwendbares Organisationsdelikt. Im Gegensatz zu *Menzel* war er zwar grundsätzlich nicht gänzlich abgeneigt, das Interventionsrecht für Deutschland gelten zu lassen. Er hatte aber wohl Bedenken, dass die Besatzungsmächte mit der Berufung darauf zu

⁴⁸ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (285).

⁴⁹ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (285).

⁵⁰ *Mosler*, Die Spruchgerichte 10/1948, 281 (283).

⁵¹ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39.

⁵² *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (40).

⁵³ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (41).

⁵⁴ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (43).

⁵⁵ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (40).

⁵⁶ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (43).

⁵⁷ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (44).

weit gehen könnten. So wies er darauf hin, dass man mit dem Interventionsrecht nicht die Vertreibung aller Deutschen rechtfertigen könne.⁵⁸ Er hob jedoch hervor, dass das Interventionsrecht Strafmaßnahmen zu präventiven Zwecken gestatten würde, wenn von der Anwendbarkeit des Interventionsrechts ausgegangen würde.⁵⁹ Eine rein präventive Sanktionierung wäre daher bei einem rückwirkend anwendbaren Organisationsdelikt mit *Menzel* denkbar gewesen.

Die besatzungsrechtlichen Untersuchungen von *Mosler* und *Menzel* stellten zwar im Gegensatz zur völkerstrafrechtlichen Minderheitsposition *Haensels* fest, dass die Spruchgerichte deutsche Gerichtsbarkeit ausübten. Die wichtige Folgefrage, ob diese Gerichte unter Verletzung des nullum-crimen-Grundsatzes Prozesse wegen Organisationsdelikten geführt hätten, blieb jedoch bei *Mosler* völlig offen und wurde von *Menzel* nur angerissen. *Menzel* konnte nur feststellen, dass die Spruchgerichte bei Verurteilungen wegen Organisationsverbrechen kein Unrecht begingen. Dabei stand nicht weniger als die Legitimation der Spruchgerichtsprozesse⁶⁰ auf dem Spiel und es stand der Verdacht im Raum, dass sich deutsche Richter eines Verstoßes gegen den nullum-crimen-Grundsatz schuldig machten.

c) Deutsches Recht

Die dritte in der Literatur vertretene Position, die im Rahmen dieser Untersuchung als letzte behandelt werden soll, hatte wie *Mosler* und *Menzel* keinen Zweifel daran, dass die Spruchgerichte deutsche Gerichtsbarkeit ausübten. Sie vertrat im Ergebnis die Auffassung, dass die Spruchgerichte bei der Aburteilung und Bestrafung von Organisationsverbrechen deutsches Recht anwandten und damit nicht gegen den alt-hergebrachten Grundsatz verstießen. Zur Begründung wurde entweder darauf abgestellt, dass das Kontrollratsgesetz Nr. 10 als deutsches Recht anzusehen sei, das ausnahmsweise die Rückwirkung eines Strafgesetzes zulasse, oder darauf, dass das Organisationsverbrechen seinem Wesen nach auch im Sinne des deutschen Rechts immer strafbar gewesen sei und deshalb eine Rückwirkung gar nicht stattgefunden habe. Im Einzelnen:

aa) Kontrollratsgesetz Nr. 10 als deutsches Recht

Es wurde unter anderem von Rechtspraktikern die Auffassung vertreten, das Kontrollratsgesetz Nr. 10 sei deutsches Recht, weil es vom obersten Gesetzgeber für Deutschland erlassen worden sei.⁶¹ Auch für den Strafrechtler *Maurach* wurde dieses Gesetz „zum internen deutschen Recht“, soweit es der deutschen Gerichtsbarkeit freigegeben wurde.⁶² Schließlich war auch der Oberste Spruchgerichtshof in Hamm der Ansicht, dass es sich bei allen Strafgesetzen, die für die Aburteilung von Organisationsverbrechern geschaffen wor-

den waren, um innerdeutsche Rechtsnormen und nicht um Rechtsnormen des Völkerrechts handelte.⁶³

Diese Ansicht hatte insbesondere zur Folge, dass die Rückwirkungsdebatte entschärft werden konnte, da man sich nun darauf berufen konnte, dass die Spruchgerichte in Prozessen wegen Organisationsverbrechen deutsches Recht anwandten und nicht im Auftrag der britischen Besatzungsmacht urteilten bzw. deren Siegerjustiz fortsetzten.⁶⁴ Damit war die Problematik der Rückwirkung jedoch nicht aus der Welt geschafft. Denn das Kontrollratsgesetz Nr. 10 wurde auch als deutsches Gesetz nach dem Zeitpunkt der Begehung der Organisationsverbrechen erlassen. Die genannte Entschärfung bestand also lediglich darin, dass die Rückwirkung eines deutschen Gesetzes leichter zu rechtfertigen erschien als die Rückwirkung eines ausländischen Besatzungsgesetzes.

Auch bei der Rechtfertigung einer „deutschen Rückwirkung“ wurden unterschiedliche Strategien verfolgt. So wurde argumentiert, dass der Kontrollrat als verfassungsänderndes Organ mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 einen positivrechtlichen Ausnahmetatbestand geschaffen habe, der den auch sonst im deutschen Recht nicht absolut geltenden nullum-crimen-Grundsatz durchbreche.⁶⁵ Auch der Oberste Spruchgerichtshof argumentierte ähnlich: Dieser Grundsatz sei kein absoluter Rechtsgrundsatz und durch das Kontrollratsgesetz durchbrochen worden.⁶⁶

Diese Auffassung war für einen Teil der Literatur nicht haltbar, weil sie das strafwürdige Unrecht in einer streng gesetzessystematischen Weise begründe, die sich im Ergebnis nicht von dem unterscheide, was die Nationalsozialisten in der Zeit ihrer Herrschaft taten.⁶⁷ Der Oberste Spruchgerichtshof versuchte diesem Vorwurf jedoch mit folgender Argumentation zuvorzukommen: Zwar stellten das Kontrollratsgesetz Nr. 10 und die VO 69 Handlungen unter Strafe, die zur Zeit ihrer Begehung nach dem Recht des Begehungsortes nicht durch staatlich geschriebenes Recht strafbar waren. Aber es war, so der Gerichtshof, „jedem verständigen Deutschen sowohl der Unrechtsgehalt wie auch die Strafwürdigkeit des Organisationsverbrechens klar gewesen, auch wenn ein solches Verhalten staatlich gefördert wurde“.⁶⁸ Worin das

⁵⁸ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (40).

⁵⁹ *Menzel*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 39 (41).

⁶⁰ *Römer* (Fn. 5), S. 80.

⁶¹ *Sanders*, Die Spruchgerichte 6/1948, 164 (165); zu dieser Ansicht siehe auch *Römer* (Fn. 5), S. 72.

⁶² *Maurach*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 45.

⁶³ ObSpG Die Spruchgerichte 9/1948, 273; ähnlich auch ObSpGH Die Spruchgerichte 1/1948, 21; dazu siehe auch *Römer* (Fn. 5), S. 78 Fn. 441.

⁶⁴ *Römer* (Fn. 5), S. 72.

⁶⁵ *Kiesselbach*, MDR 1947, 2; ähnlich *Wimmer*, SJZ 1947, Sp. 123 (127 f.) im Zusammenhang mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit; kritisch dagegen *Römer* (Fn. 5), S. 81.

⁶⁶ ObSpG Die Spruchgerichte 1/1948, 31.

⁶⁷ *Sauer*, Die Spruchgerichte 2/1948, 33 (34); ähnlich auch *Römer* (Fn. 5), S. 83; im Übrigen war der Rechtspositivismus in der Nachkriegszeit in Deutschland durch *Radbruchs* Kritik erheblich in Misskredit geraten, vgl. dazu *Radbruch*, SJZ 1946, Sp. 105 (107 f.); auch *Wimmer*, SJZ 1947, Sp. 123 (127), bescheinigte dem Rechtspositivismus ein Scheitern; ähnlich *Lange*, Deutsche Rechts-Zeitschrift 3 (1948), 185 (186 f.).

⁶⁸ Nachweis bei *Römer* (Fn. 5), S. 79 Fn. 451. *Römer* selbst hält diese Rechtsprechung nicht für überzeugend, weil es bei

Unrecht und die Strafwürdigkeit des Organisationsverbrechens im Einzelnen bestanden, hat der Gerichtshof offen gelassen. Dafür sind in der Literatur insbesondere von den Strafrechtlern *Hellmuth von Weber* und *Wilhelm Sauer* unterschiedliche Begründungen angeführt worden, auf die nun einzugehen ist.

bb) Unrecht und Strafwürdigkeit des Organisationsverbrechens

Auffallend bei *Weber* war sein Bemühen, eine überstaatliche, aber nicht positivistisch-legalistische Begründung für das Organisationsverbrechen in den allgemeinen Rechtsüberzeugungen der zivilisierten Kulturvölker zu finden. Seine Argumentation lautete im Einzelnen wie folgt:

Die Forderung nach einer materiellen Grundlage für die Strafbarkeit des Organisationsverbrechens bzw. seines Unrechts führte bei *Weber* dazu, dass ihm die formellen Grundlagen des Organisationsverbrechens, die er wie *Mosler* und *Menzel* im Besatzungsrecht – konkret im IMG-Statut und im Kontrollratsgesetz Nr. 10 – verortete, nicht ausreichten. Zwar nahm er etwa im Gegensatz zu *Mosler*, aber in Übereinstimmung mit *Haensel* (und wohl auch *Menzel*) an, dass der Kontrollrat besatzungsrechtlich befugt sei, „in treuhänderischer Ausübung der obersten deutschen Regierungsgewalt die Rechtsbeziehungen der Deutschen untereinander und zum deutschen Staat“ zu regeln und in concreto mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 „die Liquidation der Vergangenheit“ einzuleiten. Dennoch sah er den Ursprung des Organisationsverbrechens im IMG-Statut, das dieses Verbrechen „nicht geschaffen, vielmehr vorausgesetzt“ habe.⁶⁹

Das Organisationsverbrechen gehörte nach *Weber* offenbar nicht zum klassischen Völkerrecht, das die Beziehungen der Staaten untereinander regelt. Für *Weber* blieb vom Völkerrecht somit lediglich der Bereich der allgemeinen Rechtsüberzeugungen übrig.⁷⁰

Die Suche nach der Strafbarkeit des Organisationsverbrechens im *ius gentium* bereitete *Weber* aber auch Probleme. So stellte sich gerade unter Heranziehung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zivilisierter Nationen die Frage, ob sich hieraus eine Strafbarkeit des Organisationsverbrechens ableiten ließ. Dazu war es nach *Weber* zunächst erforderlich, die Strafgesetze der zivilisierten Nationen als Erkenntnisquelle für einen ihnen immanenten möglichen Rechtsgrundsatz zu betrachten, in dem die Strafbarkeit des Organisationsverbrechens festgelegt ist.⁷¹ Es musste also zunächst der Nachweis erbracht werden, dass es einen entsprechenden Straftatbestand gab, der allgemein und bei allen Völkern galt und nicht willkürlich auf einen Einzelfall zugeschnitten war. Das Organisationsverbrechen ging nach *Weber* nicht aus einem Einzelfallgesetz hervor, weil man sich vorstellen konnte, diesen Straftatbestand nicht nur auf die Zugehörigkeit zu NS-

Organisationen anzuwenden, sondern auf alle Personen, die Statusverbrechen begangen hatten.⁷² Außerdem musste nach *Weber* die Strafwürdigkeit des Organisationsverbrechens ohne staatliches Gesetz nach den Rechtsgrundsätzen zivilisierter Kulturvölker geboten sein, d.h. eine Strafflosigkeit wäre „unerträglich“ gewesen.⁷³

Der Blick in die Rechtsordnungen der zivilisierten Kulturvölker ergab für *Weber* im Ergebnis, dass zwar im angelsächsischen Rechtskreis ein gewisses conspiracy-Delikt und im kontinentaleuropäischen Rechtskreis ein conspiratio-Delikt bekannt sind. In diesen Rechtsordnungen fand *Weber* jedoch keine Definition eines allgemeinen Organisationsverbrechens. Nur mit Einschränkungen hinsichtlich der Art der Organisation und der Schwere der von ihr bezweckten Verbrechen könnte ein Organisationsverbrechen im *ius gentium* erkannt werden. Ein solches, so *Weber*, habe der Kontrollrat als Gesetzgeber mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 in eigener Verantwortung erkannt. An diese Entscheidung sei der deutsche Spruchrichter gebunden.⁷⁴

Auch wenn nach *Weber* die Entscheidung des Kontrollrats als Gesetzgeber, ein strafwürdiges Unrecht für das Organisationsverbrechen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der zivilisierten Kulturvölker gefunden zu haben, hinzunehmen war, blieb das Problem der Vereinbarkeit eines entsprechenden Strafgesetzes mit dem *nullum-crimen*-Grundsatz bestehen. Man hätte sogar unter Berufung auf die Rechtsüberzeugungen zivilisierter Kulturvölker argumentieren können, dass nur das staatliche Gesetz die einzige Rechtsquelle für die Bestrafung eines Verhaltens sein könne. Man hätte sich auf den Standpunkt stellen können, dass nur die *volonté générale* des Staatsvolkes Recht schaffen kann.⁷⁵ Damit hätte man aber die mögliche Ableitung des Organisationsverbrechens aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der zivilisierten Kulturvölker aufgegeben. In einem weiteren Schritt ließe sich, so *Weber*, sogar behaupten, dass der *nullum-crimen*-Grundsatz die notwendige Konsequenz der besagten Rechtsüberzeugung sei, da die Strafbarkeit eines Verhaltens durch ein staatliches Gesetz festgelegt werden müsse.⁷⁶

Zu einem anderen Ergebnis konnte man nach *Weber* kommen, wenn man den *nullum-crimen*-Grundsatz aus dem Rahmen einer auf die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt durch Gesetze gerichteten Rechtsbegründung herauslöste.⁷⁷ Dies konnte dadurch geschehen, dass diesem Grundsatz ein materieller Wert zugeschrieben wird: Er sollte Rechtssicherheit garantieren und vor Willkür schützen.⁷⁸ Nach *Weber* wäre es damit auch möglich gewesen, diesen Grundsatz einzuschränken, wenn eine „Rechtsnot“ vorliegt und die strikte Beachtung dieses Grundsatzes mit dem Verständnis der

⁷² *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (33 f.).

⁷³ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (35).

⁷⁴ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (35).

⁷⁵ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (32).

⁷⁶ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (32). Mit diesem Problem sei auch das Nürnberger Urteil behaftet gewesen.

⁷⁷ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (33).

⁷⁸ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (32 f.); ähnlich auch *Wimmer*, SJZ 1947, Sp. 123 (126).

dem Organisationsdelikt nicht um die Beteiligung an klassischen Verbrechen wie Mord oder Körperverletzung gehe, deren Unrecht jedem ins Auge springe.

⁶⁹ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (32).

⁷⁰ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (32 f.).

⁷¹ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (33).

Gerechtigkeit kollidiert, das die Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze verlangt, aus denen wiederum ein strafwürdiges Unrecht abgeleitet werden kann.⁷⁹ Dem Einwand der Willkür durch die Anwendung eines rückwirkenden Gesetzes konnte nur der Nachweis der Strafbarkeit in der beschriebenen Weise entgegengesetzt werden, den der Kontrollrat in eigener Verantwortung erbracht wissen wollte.⁸⁰ Damit hatte für *Weber* nicht nur das Organisationsverbrechen, sondern auch die Rückwirkung des Kontrollratsgesetzes im deutschen Recht eine positivrechtliche sowie materielle Begründung.

Anders als *Weber* leitete *Sauer* die materielle Rechtfertigung nicht aus dem Völkerrecht – konkret den allgemeinen Rechtsgrundsätzen – sondern unmittelbar aus dem deutschen Recht ab. Das materielle Unrecht des Organisationsdeliktes bestand für ihn darin, dass das tatbestandsmäßige Verhalten des Täters geeignet war, die verbrecherischen Zwecke der Organisation zu fördern.⁸¹ Es sei stets ein Grundsatz der deutschen Strafrechtswissenschaft gewesen, das Verbrechen nicht mit der Ungesetzlichkeit im formellen Sinne gleichzusetzen, sondern es als rechtswidrige schuldhaft Handlung zu begreifen, wobei deren Unrecht hier materiell als Verstoß gegen die Rechtsidee verstanden wurde. Konkret bestand für *Sauer* das materielle Unrecht eines Verbrechens in der Sozial-schädlichkeit bzw. Gefährlichkeit, die im Organisationsverbrechen „nach den soziaethischen Wertanschauungen aller Kulturvölker [...] sittlich empfindender Menschen“ erkennbar war.⁸² Insofern war nach *Sauer* ein rückwirkendes Gesetz unbedenklich, wenn die nachträglich für strafbar erklärte Tat diesen Makel trug. Das Organisationsverbrechen war für ihn auch ohne Gesetz materiell strafwürdiges Unrecht von sol-

cher Qualität. Schließlich habe nicht das Gesetz, sondern das Recht nachträglich gewirkt. Für *Sauer* war das Gesetz letztlich nur ein „Hilfsmittel“, um einen Fall „nach der Rechtsidee, nach Gerechtigkeit und Gemeinwohl unter Wahrung der Rechtssicherheit“ zu entscheiden.⁸³

cc) Bewertung

Weber und *Sauer* verfolgten zwei unterschiedliche Ansätze, um nicht nur rechtspositivistisch, sondern auch materiell das Unrecht und die Strafbarkeit des Organisationsverbrechens zu begründen, wobei *Weber* an die allgemeinen Rechtsgrundsätze der zivilisierten Kulturvölker anknüpfte, während *Sauer* der von ihm vertretenen deutschen Strafrechtsdogmatik treu blieb. Beide konnten zwar einen Weg aufzeigen, auf dem die deutschen Spruchgerichte den nullum-crimen-Grundsatz doch nicht verletzen. Der Preis, den man mit *Sauer* zahlt, war allerdings die Verwischung der Trennung von Moral und Recht und folglich hoch. Dazu wären wohl die meisten Strafrechtler in Deutschland nicht bereit gewesen. *Webers* Versuch, den Unrechtscharakter des Organisationsverbrechens innerhalb der allgemeinen Rechtsüberzeugungen sog. zivilisierter Nationen zu begründen, war insofern zutreffend, als die spätere geschichtliche Entwicklung des Völkerstrafrechts dazu führte,⁸⁴ im Völkerstrafrecht ein nur eingeschränktes Gesetzlichkeitsprinzip und folglich den nullum-crimen-Grundsatz in einem relativierten Umfang anzuerkennen⁸⁵ sowie eine Reihe von Verbrechen (wie Genozid oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit⁸⁶) zum ius cogens bzw. zum Völkergewohnheitsrecht zu zählen. Ob das Organisationsverbrechen dazu gehört, kann man mit *Weber* freilich bezweifeln. Deshalb kann man mit diesem Teil der Literatur und dem Obersten Gerichtshof davon ausgehen, dass das Kontrollratsgesetz

⁷⁹ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (33); vgl. *Lange*, Deutsche Rechts-Zeitschrift 3 (1948), 155 (160: „Die Durchbrechung des Rückwirkungsverbots ist nur dann geboten und gerechtfertigt, wenn durch das Unterbleiben der Sühne für flagrante Unmenschlichkeit ein unerträglicher evidenter Widerspruch zur Rechtsidee entstände.“); vgl. *Radbruch*, SJZ 1946, Sp. 105 (107), wonach „der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit [...] dahin zu lösen sein [dürfte], dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“ (sog. *Radbruch’sche Formel*); zum Verhältnis von Recht und Moral siehe etwa im Allgemeinen *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 60 ff.; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 82 ff.; *Geismann*, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 (2006), 3; *Lindner*, JA 2016, 8; im Strafrecht *Kühl*, Freiheitliche Rechtsphilosophie, 2008, S. 182 ff.; im Völkerstrafrecht *Gierhake*, ZIS 2008, 357.

⁸⁰ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (32).

⁸¹ *Sauer*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 36 (38).

⁸² *Sauer*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 36 (38 f.); ähnlich im Zusammenhang mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit bereits *Wimmer*, SJZ 1947, Sp. 123 (127 f.).

⁸³ *Sauer*, Die Spruchgerichte 2/1948, 33 (34).

⁸⁴ *Weber*, Die Spruchgerichte 2–3/1949, 31 (33), bezog sich ausdrücklich auf zwei damals zur Diskussion stehenden Entwürfen für eine Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen. Die Entwürfe enthielten im entsprechenden Artikel zum Gesetzlichkeitsprinzip jeweils die Bestimmung, dass jener Artikel eine Verurteilung und Bestrafung eines jeden Menschen wegen Handlungen, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Nationen anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar waren, nicht hindere. Letztlich wurde die Erklärung jedoch mit dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 S. 1 angenommen: „Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.“ Die Bezugnahme auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die von den zivilisierten Völkern anerkannt werden, erfolgte später in Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention (dazu siehe *Kreß*, JZ 2006, 981 [1983]). Art. 15 Abs. 2 UN-Zivilpakt verweist dagegen auf die von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze. Damit entfiel auf UN-Ebene der Begriff der zivilisierten Kulturnationen, der für *Weber* noch als Maßstab diente.

⁸⁵ Dazu siehe etwa *Satzger* (Fn. 1), § 12 Rn. 6.

⁸⁶ *Werle/Jeßberger* (Fn. 2), Rn. 864 sowie 965.

als positivistische Durchbrechung des nullum-crimen-Grundsatzes hinzunehmen war. Die Auffassung, dass es sich hier um deutsches Recht handelte, verkannte dagegen den besatzungsrechtlichen Status Deutschlands, wie ihn *Haensel*, *Mosler* und *Menzel* zutreffend dargestellt hatten.

IV. Fazit und Ausblick

Das Organisationsverbrechen hatte seinen Ursprung in Art. 9 IMG-Statut und erfuhr durch das Nürnberger Urteil seine erste Konkretisierung. Die eigentlichen Prozesse wegen dieses Verbrechens fanden jedoch vor den Spruchgerichten in der britischen Zone statt. In der Nachkriegszeit beschäftigten sich deutsche Juristen in diesem Zusammenhang u.a. mit drei grundlegenden Fragen: Welche Gerichtsbarkeit übten diese Gerichte aus? Wie war der Strafanspruch bzw. die Strafbarkeit des Organisationsverbrechens zu begründen? Und: Verstießen die Spruchgerichte dabei nicht gegen den nullum-crimen-Grundsatz?

Überwiegend ging man (mit Ausnahme von *Haensel*) davon aus, dass die Spruchgerichte deutsche Gerichtsbarkeit ausübten. *Haensel* ließ außer Acht, dass die Spruchgerichte mit deutschen Staatsanwälten und Richtern besetzt waren. Er stand jedoch wohl noch unter dem Eindruck des insgesamt völkerstrafrechtlichen Charakters der Nachkriegsjustiz in Deutschland. Gleichwohl stand ihm das heutige Konzept der sog. hybriden Strafgerichtsbarkeit als Kategorie, innerhalb derer er diesem Umstand die gebührende Bedeutung hätte beimessen können, nicht zur Verfügung⁸⁷. *Mosler* dachte vorwiegend noch in den Denkmustern der Vorkriegszeit, in denen die uneingeschränkte Staatssouveränität ein wesentliches Element des Völkerrechts war. Deshalb konnte er in den Spruchgerichten nur die Wiedererlangung der deutschen Staatlichkeit erkennen. *Menzel* gelang es, die besatzungsrechtliche Analyse weiterzuführen und den Schluss zu ziehen, dass die Spruchgerichte mit den Verurteilungen wegen des Organisationsverbrechens kein Unrecht begingen.

Ein Teil der Lehre und des Obersten Gerichtshofs ging eher pragmatisch davon aus, dass es sich beim Kontrollratsgesetz Nr. 10 um deutsches Recht handelte und eine Ausnahme vom nullum-crimen-Grundsatz gemacht wurde. Für die Rechtsdogmatiker, die sich mit positivrechtlichen Begründungen nicht zufriedengaben, stellte sich die Aufgabe, nach Begründungsmodellen für das im Organisationsverbrechen zum Ausdruck kommende strafbare Unrecht zu suchen und damit den von *Mosler* intensiv bearbeiteten Boden zu verlassen, dass ein Strafanspruch nur staatlich sein kann.

Das Problem des Organisationsverbrechens bestand darin, dass es wegen der vergleichsweise geringen Schwere des Unrechts nicht ohne Weiteres als ein aus den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen der Völkergemeinschaft ableitbares Verbrechen angesehen werden konnte. Man war zurückhaltend, aus dem Besatzungsrecht im Lichte des Art. 43 HLKO eine Befugnis der Besatzungsmacht abzuleiten, das alte NS-Regime durch rückwirkende Strafgesetze zu liquidieren. *Menzel* deutete dies an, vertrat es aber im Ergebnis nicht. *Mosler* hingegen war strikt dagegen. Dennoch waren im

Prinzip zahlreiche Juristen der Ansicht, dass es sich dabei um die Liquidierung des alten Regimes handelte.

Für *Weber* handelte der Kontrollrat zwar als Gesetzgeber für Deutschland (und er behauptete sogar, dass der Rat deutsche Regierungsgewalt ausübe), aber er forderte eine materielle Begründung, die er im Völkerrecht und nicht im deutschen Recht suchte. Im Ergebnis stellte er nur fest, dass der Kontrollrat in eigener Verantwortung ein völkerrechtlich begründbares Organisationsverbrechen erkannt habe. Er selbst konnte das nicht. Es war allein *Sauer*, der darauf hinwies, dass das deutsche Recht in der Lage sei, die Verbrechen des alten NS-Regimes als solche anzuerkennen. Dazu gehörte für ihn auch das Organisationsverbrechen. Seine Auffassung hatte jedoch einen Haken: Er moralisierte das Strafrecht stark.⁸⁸

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass keine der drei Ansichten (Völkerstrafrecht, Besatzungsrecht und deutsches Recht), die sich mit der Begründung der von den Spruchgerichten ausgeübten Gerichtsbarkeit und der von ihnen abgeurteilten Organisationsverbrechen befassten, zu dem Ergebnis kam, dass die mit deutschen Richtern besetzten Spruchgerichte gegen den nullum-crimen-Grundsatz verstoßen hätten. Entweder äußerten sie sich zu dieser Frage nicht bzw. ließen sie offen (*Haensel*, *Mosler*, *Menzel*) oder sie versuchten dezidiert nachzuweisen, dass dieser Grundsatz in den Prozessen vor den Spruchgerichten nicht verletzt wurde (z.B. *Weber*, *Sauer* und der Oberste Spruchgerichtshof).

Es war wohl den Umständen der Nachkriegszeit in Deutschland geschuldet, dass die Wiedererlangung der deutschen Gerichtsbarkeit die deutschen Juristen veranlasste, die Verfahren vor den Spruchgerichten nicht mit dem Vorwurf eines Verstoßes gegen das nullum-crimen-Prinzip zu belasten oder sogar von anfänglichen Bedenken zu befreien. Aus Sicht des Völkerstrafrechts war es positiv, dass durch die Besetzung der Spruchgerichte mit einheimischen Richtern und Staatsanwälten das Völkerstrafrecht in ein besseres Licht gerückt wurde als in Nürnberg.

Das Organisationsverbrechen selbst scheint in der späteren Entwicklung des Völkerstrafrechts kaum Zuspruch gefunden zu haben. Immerhin ist es im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) nicht als Verbrechen geregelt. Bei näherer Betrachtung sind auffällig benachbarte Rechtsfiguren – wenn auch nicht in Deliktsform so doch als Beteiligungsform – im Völkerstrafrecht durchaus vorhanden. So hat der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien die Figur des „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) entwickelt. Insbesondere in ihrer Ausprägung als JCE III weist diese beachtliche Nähe zu einem völkerrechtlichen Organisationsverbrechen auf.⁸⁹ Auch wenn das IStGH-Statut keinen Platz für JCE bieten soll,⁹⁰ lassen sich in der Rechtsprechung des IStGH

⁸⁸ In der Nachkriegszeit stand auch die Ethisierung des Strafrechts unter Verdacht, kritisch dazu *Wimmer*, SJZ 1947, Sp. 123 (126 ff.).

⁸⁹ Dazu insgesamt siehe *Werle/Jeßberger* (Fn. 2), Rn. 599.

⁹⁰ IStGH (Verfahrenskammer II), Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1619; *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 58; weitere Nachweise bei *Werle/Jeßberger* (Fn. 2), Rn. 598, 607 Fn. 251.

⁸⁷ Dazu siehe oben Fn. 5.

doch Tendenzen erkennen, die die Teilnahmeform des sonstigen Beitrags im Sinne des Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut⁹¹ in einer Art und Weise auslegen und anwenden, die sich unverkennbar an die Idee einer Organisationshaftung anlehnt.⁹² Auch wenn die Vorzüge einer völkerrechtlichen Organisationshaftung im Hinblick auf eine effektive Ahndung von Völkerrechtsverbrechen und Abschreckung vor kollektiver Gewaltanwendung nicht von der Hand zu weisen sind und den einschlägigen Bestrebungen internationaler Gerichte unter diesen Gesichtspunkten Verständnis entgegengebracht werden kann, so dürfen fundamentale Rechtsprinzipien wie der Schuldgrundsatz und die Rechtssicherheit nicht darunter leiden. An völkerstrafrechtlicher Relevanz hat das Organisationsverbrechen jedenfalls in der einen oder anderen Weise wohl doch nicht verloren.

Im nationalen Recht ist der Siegeszug der Organisationsdelikte nach dem Zweiten Weltkrieg deutlicher erkennbar. Dafür genügt es, einen Blick auf die historische Entwicklung der §§ 129 ff. StGB zu werfen.⁹³ Seit 2002 hat sich das deutsche Recht unter dem Einfluss international aufsehenerregender Terroranschläge auch stark internationalisiert. So weist die Existenz eines § 129b StGB, der die Strafbarkeit der Bildung einer kriminellen oder terroristischen Organisation gemäß §§ 129, 129a StGB auf Organisationen im Ausland erstreckt, in eine qualitativ völlig neue Richtung.⁹⁴ In § 129a

Abs. 1 StGB sind immerhin bereits die klassischen Völkerrechtsverbrechen (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Kriegsverbrechen) als Bezugstaten einer terroristischen Organisation genannt. Auch § 129b Abs. 1 S. 5 StGB verpflichtet das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Erteilung einer Verfolgungsermächtigung u.a. zu berücksichtigen, ob die Bestrebungen der Vereinigung gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung will der Gesetzgeber zudem durch § 129b StGB den internationalen Terrorismus bekämpfen.⁹⁵ Dennoch lehnt die h.M. es ab, Rechtsgüter der internationalen Gemeinschaft durch § 129b StGB zu schützen.⁹⁶ In der Literatur wird allerdings teilweise die Ansicht vertreten, dass Terrorismus im Ausland den inneren Frieden stören kann.⁹⁷ Damit nationalisiert man letztlich internationale Rechtsgüter⁹⁸ und tritt dafür ein, den internationalen Terrorismus mithilfe eines Organisationsdelikts zu bekämpfen, das auf den Plan eines Völkerstrafrechts in einem besetzten Deutschland trat.

⁹¹ Als Kompromisslösung beinhaltet die Bestimmung nicht den ursprünglich an dieser Stelle geplanten Verschwörungstatbestand (conspiracy), sondern eine an die Figur des Joint Criminal Enterprise erinnernde Tatbeteiligung. Sie entstammt dem Art. 2 Abs. 3 lit. c des Internationalen Übereinkommens vom 15.12.1997 zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge (BGBl. II 2002, S. 2506) und enthält damit eine Teilnahmemodalität, die im Völkergewohnheitsrecht bisher unbekannt ist, siehe dazu *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 63; *Werle/Jeffberger* (Fn. 2), Rn. 649.

⁹² Dies ist insbesondere daran festzumachen, dass der IStGH offenbar dazu übergegangen ist, nicht-verbrecherische Tätigkeiten von Mitgliedern einer Terrororganisation als sonstigen Beitrag zu einem Gruppenverbrechen im Sinne von Art. 25 Abs. 3 lit. d des IStGH-Statuts anzusehen, sofern das infrage stehende Gruppenverbrechen in engem Zusammenhang mit dem nichtkriminellen Tätigkeitsbereich steht und mithilfe sonstiger Beiträge des Täters zu den kriminellen Tätigkeiten der Gruppe aus dem genannten Bereich heraus begangen wurde, siehe dazu IStGH (Verfahrenskammer X), Urt. v. 26.6.2024 – ICC-01/1201/18-2594-Red (Prosecutor v. Al Hassan), Rn. 1711 ff.; kritisch dazu aber das Gegenvotum der Richterin Akane ebd., Rn. 53 ff.

⁹³ Siehe etwa *Eschelbach*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 129 Rn. 9 ff.

⁹⁴ Bereits zuvor wurde § 30b BtMG 1992 eingeführt, der die Anwendung des § 129 StGB im Zusammenhang mit dem unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln auf die kriminellen Vereinigungen im Ausland erstreckt. Die Vorschrift geht auf die völkerrechtliche Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 5 lit. b des UN-Suchtstoffübereinkommens 1988 (siehe dazu *Oğlak-*

cioğlu, in: Erb/Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 30b Rn. 6) und mit § 6 Nr. 5 StGB unverkennbar auf das Weltrechtprinzip basiert (*Altwater*, NStZ 2003, 179 [184 Fn. 21]).

⁹⁵ BT-Drs. 14/8893, S. 9.

⁹⁶ Siehe dazu OLG München NJW 2007, 2786 (2788); *Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 129b Rn. 2; *Schittenhelm/Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafrecht, 31. Aufl. 2025, § 129b Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafrecht, 81. Aufl. 2025, § 129b Rn. 1; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafrecht, Lehr- und Praxis-kommentar, 10. Aufl. 2025, § 129b Rn. 4.

⁹⁷ *Eschelbach* (Fn. 93), § 129b Rn. 4; in diese Richtung auch *Krauß*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 13. Aufl. 2020, § 129b Rn. 1.

⁹⁸ Eine Literaturansicht vertritt, dass § 129b StGB auch die allgemeinen Strafanwendungsrechtsbestimmungen der §§ 3 ff. StGB verdrängt und damit zumindest den innerstaatlichen Rechtsschutzbezug des § 129b StGB schwächt, siehe dazu *Eschelbach* (Fn. 93), § 129b Rn. 10 und 19; *Krauß* (Fn. 97), § 129b Rn. 36; dazu siehe auch BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 AK 52/16, Rn. 32 = BeckRS 2016, 19193; dagegen wohl die h.M. BGH, Beschl. v. 2.6.2012 – 2 BGs 152/12 (2 BJs 149/11-8), Rn. 5 = HRRS 2012 Nr. 699; *Anstötz* (Fn. 96), Rn. 10; *Schittenhelm/Weißer* (Fn. 96), Rn. 3; *Altwater*, NStZ 2003, 179; *Stein*, GA 2005, 433 (453).

Entscheidungsbesprechung

Verfassungsmäßigkeit von § 353d Nr. 2 StGB und Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK

1. § 353d Nr. 3 StGB beschränkt die Veröffentlichungsfreiheit bewusst nur sehr maßvoll. Insoweit ist sie aber auch notwendig im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK, denn das straffbewehrte Verbot schützt neben den Persönlichkeitsrechten der vom Verfahren Betroffenen vor allem die Unbefangenheit der Verfahrensbeteiligten; es dient letztlich der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege selbst.
2. Dass der von § 353d Nr. 3 StGB bewirkte Schutz lückenhaft ist und Umgehungsmöglichkeiten bestehen, führt nicht zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift – die Lückenhaftigkeit stellt sich vielmehr als Konsequenz einer möglichst weitreichenden Schonung der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und dem Bestimmtheits-erfordernis materieller Strafnormen (Art. 103 Abs. 2 GG) dar.

(Leitsätze des Verf.)

EMRK Art. 10
 GG Art. 5 Abs. 1 S. 2
 StGB § 353d Nr. 3

BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25¹

I. Sachverhalt der Entscheidung

Der Angekl. Arne Semsrott war (und ist) Chefredakteur der von ihm geleiteten Internetplattform „FragDenStaat“. Über die Plattform soll der Zugang zu amtlichen Informationen erleichtert werden. Semsrott hatte im August 2023 dort drei Gerichtsbeschlüsse des AG München aus laufenden Ermittlungsverfahren, die die Generalstaatsanwaltschaft München beantragt hatte, veröffentlicht. Diese betrafen inhaltlich Telefonüberwachungen, Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei Klimaaktivisten der „Letzten Generation“, gegen die wegen des Verdachts der Bildung einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) ermittelt wurde. In den Beschlüssen war vor allem auch der damalige Stand der Ermittlungen zusammengefasst. Die Veröffentlichung geschah mit Einverständnis der von den Maßnahmen betroffenen Beschuldigten, wobei aber u.a. deren Namen, Geburtsdaten und Kontoverbindungen geschwärzt wurden. Im Übrigen wurden die Beschlüsse vollständig und wortlautgetreu samt Aktenzeichen und Rubrum publiziert. Das AG München hatte zwar zuvor aus diesen Verfahren auch Durchsuchungs- und Telekommunikationsüberwachungsbeschlüsse in anonymisierter Form an neun Pressevertreter herausgegeben. Die von Semsrott veröffentlichten Beschlüsse, die er entweder von den Beschuldigten

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidung/en/DE/Strafsenate/5_StS/2025/5_StR_78-25.pdf?__blob=publicationFile&v=1 sowie veröffentlicht u.a. in NJW 2026, 1086, NStZ 2026, 428 und LSK 2025, 38654.

oder von journalistischen Kollegen erhalten hatte, befanden sich aber nicht unter diesen und waren zuvor auch noch nicht in öffentlicher Verhandlung erörtert worden. Das LG Berlin I hatte Semsrott wegen verbotener Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen nach § 353d Nr. 3 StGB verurteilt. Seine Revision, die vor allem die Verfassungswidrigkeit des § 353d Nr. 3 StGB rügte,² wurde mit der vorliegenden Entscheidung verworfen.

Semsrott kommt trotz – oder vielleicht auch gerade wegen – der Verwerfung seiner Revision durch den BGH seinem eigentlichen Ziel näher, den Straftatbestand des § 353d Nr. 3 StGB hinsichtlich der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 10 EMRK garantierten Pressefreiheit vor dem BVerfG und „notfalls“ dem EGMR überprüfen zu lassen.³ Dabei kann die Frage der Verfassungswidrigkeit aus zweierlei Perspektiven geltend gemacht werden. Zum einen stellt sich die Frage, ob die Strafnorm per se gegen die Pressfreiheit verstößt und daher verfassungswidrig ist. Zum anderen kann unabhängig davon die Frage gestellt werden, ob die konkreten Entscheidungen des LG und BGH Grundrechte von Semsrott verletzen. Im letztgenannten Fall würde die Verurteilung zwar auf einem Verfassungsverstoß basieren, jedoch wäre die Norm selbst nicht mit der Folge der Nichtigkeit verfassungswidrig. Neben der Frage eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG⁴ setzt sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung zunächst näher mit der Frage eines Verstoßes gegen Art. 10 EMRK auseinander.⁵ Bevor auf die Ausführungen hierzu geblickt wird, ist aber zunächst einmal auf den Straftatbestand selbst zu blicken.

II. Der Tatbestand des § 353d Nr. 3 StGB

Strafbar ist nach dem Wortlaut des § 353d Nr. 3 StGB, wer die Anklageschrift oder andere amtliche Dokumente eines Strafverfahrens, eines Bußgeldverfahrens oder eines Disziplinarverfahrens, ganz oder in wesentlichen Teilen, im Wortlaut öffentlich mitteilt, bevor sie in öffentlicher Verhandlung erörtert worden sind oder das Verfahren abgeschlossen ist. Der BGH bejaht diese Voraussetzungen in der hier zu besprechenden Entscheidung mit knappen Feststellungen.⁶ Allerdings lohnt es sich schon an dieser Stelle nochmals näher auf die Strafvorschrift zu blicken, da der Schutzzweck die Auslegung und die verfassungsrechtlichen Fragestellungen prägt.

² BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 1 m. Anm. Meister, GRUR-Prax 2026, 166.

³ Trimborn, FragDenStaat v. 26.2.2026, abrufbar unter <https://fragdenstaat.de/artikel/klagen/2026/02/verurteilt-fur-die-pressefreiheit-jetzt-gehts-nach-karlsruhe/> (21.7.2026): „Und notfalls geht es noch zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – bis es endlich heißt: Adé 353d!“ Dazu auch bereits näher Eisele, NSW 2024, 255.

⁴ Siehe unten IV.

⁵ Dazu III.

⁶ BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 7–9.

1. Schutzzweck des Tatbestandes

Man kann zunächst vor dem Hintergrund, dass das Amtsgericht andere Beschlüsse in dieser Sache an die Presse gegeben hat, die Frage stellen, weshalb die Veröffentlichung solcher Dokumente überhaupt unter Strafe gestellt ist. Als geschütztes Rechtsgut der Vorschrift wird meist die Unbefangenheit der an den Verfahren Beteiligten, insbesondere von Laienrichtern und Zeugen genannt.⁷ Es geht damit mittelbar auch um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, weil Verfahrensbeteiligte nicht vorzeitig durch öffentliche Diskussion oder gezielte Einwirkung beeinflusst werden sollen.⁸ Bei der hier in Rede stehenden Veröffentlichung im Ermittlungsverfahren geht dies mit der grundsätzlichen Nichtöffentlichkeit dieses Verfahrensabschnitts einher. Daneben sollen nach überwiegender Ansicht aber auch die von dem Verfahren Betroffenen vor öffentlicher Bloßstellung durch Bekanntmachung von Akteninhalten geschützt werden.⁹

2. Tatbestandliche Voraussetzungen

Verboten ist nur die öffentliche Mitteilung im Wortlaut vor öffentlicher Erörterung in der Verhandlung oder vor Abschluss des Verfahrens. Damit unterliegt die Vorschrift einer doppelten Beschränkung, da es sich sowohl um ein inhaltlich stark begrenztes als auch zeitlich befristetes Verbot handelt.¹⁰ Voraussetzung ist, dass der veröffentlichte Text einen wesentlichen Teil des Dokuments ausmacht bzw. der verfahrensgegenständliche Kern öffentlich mitgeteilt wird.¹¹ Eng begrenzt wird er dann aber dadurch, dass dieser Text „im Wortlaut“ mitgeteilt werden muss. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass der Inhalt des Dokuments vollständig authentisch wiedergegeben wird, zum anderen (erst recht) dadurch, dass Dokumente als vollständige Ablichtung (Kopie, Scan usw.) mitgeteilt wird.

Zunächst nimmt der BGH vorliegend zutreffend an, dass die Schwärzungen, die allein personenbezogene Daten betreffen, nicht den Tatbestand ausschließen: Denn entscheidend ist allein, dass weiterhin (ganz) wesentliche Teile ungeschwärzt bleiben.¹² Freilich hätte der BGH zumindest kurz erwägen können, ob nicht aufgrund der Schwärzung der personen-

bezogenen Daten und aufgrund des Einverständnisses der Betroffenen eine teleologische Reduktion mit Blick auf das geschützte Rechtsgut geboten gewesen wäre.¹³ Geht man nämlich davon aus, dass die Vorschrift auch die vom Verfahren Betroffenen vor vorzeitiger öffentlicher Bloßstellung schützen möchte,¹⁴ könnte man argumentieren, dass dieser Schutzzweck nicht betroffen ist.¹⁵

Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass primär Aspekte der Strafrechtspflege geschützt sind.¹⁶ Aus diesem Grund werden ganz überwiegend Einschränkungen auch bei einer Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst oder mit dessen Einwilligung abgelehnt.¹⁷

III. Zu den Ausführungen zu Art. 10 EMRK

Liegen demgemäß die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, prüft der BGH in einem nächsten Schritt, ob der Schuldanspruch in Konflikt mit Art. 10 EMRK gerät. Dabei greift der BGH als Ausgangspunkt die Ansicht auf,¹⁸ dass die inhaltlichen Gewährleistungen des Art. 10 EMRK und Art. 5 GG angesichts der jeweiligen Schranken weitgehend übereinstimmen.¹⁹ Angesichts der Frage, wie die Gewährleistungen der Konvention Eingang in die tatbestandliche Prüfung finden, soll jedoch zunächst auf Art. 10 EMRK geblickt werden.

1. Zur methodischen Einbettung

Methodisch ist zu beachten, dass der EMRK als völkerrechtlicher Vertrag, dem gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt wurde, (nur) der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zukommt.²⁰ Für die Auslegung der einzelnen Konventionsartikel ist die Rechtsprechung des EGMR maßgeblich. Eine unmittelbare Bindungswirkung entfalten die Entscheidungen des EGMR nach Art. 46 Abs. 1 EMRK nur für die am konkreten Verfahren beteiligten Staaten. Allerdings kommt der Auslegung der Konvention durch den EGMR unabhängig vom entschiedenen konkreten Fall eine normative Leitfunktion. Die nationalen Gerichte müssen demnach im Wege einer sog. „Beachtungspflicht“ eine verallgemeinerungsfähige und allgemeine Gültigkeit beanspruchende Auslegung vorrangig

⁷ Siehe etwa BT-Drs. 7/550, S. 283; BVerfGE 71, 206 (216 f., 219); BVerfG NJW 2014, 2777 (2778); OLG Hamm NJW 1977, 967; Perron/Hecker, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 353d Rn. 40.

⁸ Dazu BVerfG NJW 2014, 2777 (2778).

⁹ BT-Drs. 7/1261, S. 23; BVerfGE 71, 206 (216 f.); BVerfG NJW 2014, 2777 (2778); Kuhlen/Zimmermann, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 353d Rn. 26; damit soll auch die Unschuldsvermutung i.S.v. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 2 EMRK sowie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt sein; gegen solche Schutzzwecke aber etwa Perron/Hecker (Fn. 7), § 353d Rn. 40.

¹⁰ BVerfGE 71, 206 (214); BVerfG NJW 2014, 2777 (2779).

¹¹ Zu wörtlichen Zitaten aus bloßen Aktenteilen etwa OLG Stuttgart NJW 2004, 622.

¹² BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 9.

¹³ Zu dieser Überlegung bereits Eisele, NSW 2024, 255 (258).

¹⁴ Vgl. II. 1.

¹⁵ So Többens, GA 1983, 97 (109), (nur) für den Fall, dass lediglich der Anklagesatz ohne Aufdeckung der Identität mitgeteilt wird.

¹⁶ Vgl. II. 1.

¹⁷ BVerfG NJW 2014, 2777; AG Nürnberg MDR 1983, 424 (425); Eisele, ZRP 2014, 106 (109).

¹⁸ BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 12.

¹⁹ Eisele, NSW 2024, 255 (266); ferner Spielmann, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 10 Rn 22 ff., 32 ff.; Esser, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 12, 27. Aufl. 2024, EMRK Art. 10 Rn. 4.

²⁰ Näher BVerfGE 74, 358 (370) m.w.N.; BGHSt 45, 321 (329); Eisele, JR 2004, 12 (13).

beachten.²¹ Hinzukommt, dass im Regelfall nicht davon ausgegangen werden kann, dass der deutsche Gesetzgeber seine völkerrechtlichen Verpflichtungen durch eine konventionswidrige Auslegung verletzen möchte. Daher ist eine konventionskonforme Auslegung des in der Normenhierarchie im gleichen Rang stehenden StGB, aber sogar auch der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte erforderlich.²² Dabei fordert das BVerfG jedoch zu Recht, dass die Berücksichtigung der Konvention einer schonenden Einpassung in das nationale Recht bedarf.²³

2. Inhaltliche Betrachtung

Der EGMR spricht der Pressefreiheit im demokratischen Rechtsstaat in ständiger Rechtsprechung eine hohe Bedeutung zu („public watchdog“).²⁴ Dennoch sind gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK Einschränkungen auch über Strafgesetze zulässig, sofern diese in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Zu diesen rechtfertigenden Aspekten gehören nach Art. 10 Abs. 2 EMRK auch Aspekte der Justiz – „[...] Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung“. Zur Beurteilung von Publikationsverboten hat der EGMR in seiner Rechtsprechung verschiedene Kriterien entwickelt, wie etwa die Art und Weise der Erlangung der Information, der Inhalt der Veröffentlichung, die Beurteilung, ob es sich um einen Beitrag zu einer Diskussion von allgemeinem Interesse handelt, den Einfluss auf das jeweilige Verfahren, über das berichtet wurde, der Einfluss auf andere Verfahrensbeteiligte sowie die Verhältnismäßigkeit der Strafe. Daraus folgt aber mit Recht nicht, dass aus konventionskonformen Gründen eine solche Abwägungsprüfung unmittelbar in den Tatbestand zu implementieren wäre.²⁵ Auch ansonsten ist es im Strafrecht methodisch nicht geboten, eine Gesamtabwägung im Sinne eines sog. „offenen Tatbestandes“ zur Überprüfung einer Strafbarkeit vorzunehmen, um Kriterien, die aus der EMRK oder dem GG von der Rechtsprechung entwickelt wurden, unmittelbar zu prüfen. Vielmehr ist an diesen Kriterien regelmäßig lediglich die Strafvorschrift selbst sowie das Ergebnis einer richterlichen Verurteilung zu messen. Notwendige Korrekturen können damit aber auch durch eine (verfassungskonforme) Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale, über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie über die strafprozessualen Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO erfolgen.²⁶ Mit Recht verweist der BGH zudem darauf, dass dem nationalen Ge-

setzgeber und dem Rechtsanwender insoweit ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum bei der Umsetzung der Kriterien der Konvention zukommt.²⁷ Im Übrigen spricht vorliegend sogar viel dafür, dass der inhaltlich und zeitlich befristete Tatbestand in seiner Ausgestaltung durch den Gesetzgeber die Abwägung im Wesentlichen vorwegnimmt.²⁸ Denn die Pressefreiheit ist von vornherein nur marginal betroffen. Verbieten sind lediglich die wortgetreue Mittelung sowie die Verbreitung eines Duplikats. Hingegen ist eine vollumfängliche Berichterstattung mit geändertem Wortlaut jederzeit zulässig, so dass die Berichterstattung und die Veröffentlichung aus Verfahrensdokumenten – abgesehen von dem eng umgrenzten Ausnahmefall – grundsätzlich zulässig ist.²⁹ Notwendige Korrekturen – etwa über § 34 StGB – könnten allenfalls dann geboten sein, wenn allein die Veröffentlichung des Originals oder die exakt wortgetreue Darstellung – z.B. wenn ein Beschluss überhaupt in Rede steht – für die Presseberichterstattung und damit die öffentliche Diskussion zwingend erforderlich wären. Auf dieser Linie liegt es auch, wenn der BGH darauf hinweist, dass der EGMR eine ähnlich gelagerte Strafvorschrift in Frankreich als konventionskonform angesehen hat. Der EGMR führte in dieser Entscheidung aus: „Der Eingriff hatte daher [...] den Zweck, den Schutz ihrer Rechte durch die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Rechtspflege, um jegliche Einflussnahme von außen auf den Verlauf des Verfahrens zu vermeiden. Diese Ziele entsprechen dem Schutz „des Rufs und der Rechte anderer“ und der Gewährleistung „der Autorität und Unparteilichkeit der Rechtsprechung“.“³⁰ Folgerichtig wird auch im Schrifttum § 353d Nr. 3 StGB als vereinbar mit Art. 10 EMRK angesehen.³¹

IV. Zu den Ausführungen zu Art. 5 GG

Das BVerfG hat bereits zweimal in der Vergangenheit entschieden, dass § 353d Nr. 3 StGB mit Art. 5 GG vereinbar ist.³² Daher beschäftigt sich der BGH zunächst mit der Frage, inwieweit er an diese Entscheidungen gebunden ist.

1. Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG

Der BGH betont zunächst, dass er gemäß Art. 94 Abs. 4 GG, § 31 Abs. 1 BVerfGG an diese früheren Entscheidungen gebunden sei, wobei die Bindungswirkung auch die tragenden verfassungsrechtlichen Gründe umfasse. Aus diesem Grund komme eine Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG (konkrete Normenkontrolle) nicht in Betracht. Da die letzte Entscheidung des BVerfG³³ (im Wesentlichen) die Meinungsfreiheit und nicht die Pressefreiheit betraf, weist er sicher-

²¹ BVerfGE 111, 307 (320); 128, 326 (368); *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (590).

²² BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317); 128, 326 (367); BGHSt 45, 321 (328); *Kühl*, ZStW 100 (1988), 406 (410).

²³ BVerfGE 111, 307 (327); 148, 296 (355 f.); BVerfG NJW 2023, 2632 (2634).

²⁴ Siehe etwa EGMR NJW 2006, 1645 (1648); EGMR NJW 2017, 1533 (1534).

²⁵ BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 24; so bereits *Popp/Epple*, JR 2018, 362 (370).

²⁶ Im Einzelnen BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 21–23.

²⁷ BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 24.

²⁸ In diese Richtung auch *Popp/Epple*, JR 2018, 362 (370).

²⁹ Dies betonend *Popp/Epple*, JR 2018, 362 (370).

³⁰ EGMR, Urt. v. 1.6.2017 – 68974/11, 2395/12, 76324/13 (Giesbert u.a. v. France), Rn. 82 (Übersetzung durch Verf.).

³¹ *Esser* (Fn. 19), EMRK Art. 10 Rn. 114, 116; *Popp/Epple*, JR 2018, 362 (370).

³² BVerfGE 71, 206; BVerfG NJW 2014, 2777; ferner *Hoffmann-Riem*, JZ 1986, 494 (494 f.); *Ladiges*, JR 2015, 214 (214 f.); *Kuhlen/Zimmermann* (Fn. 9), § 353d Rn. 28.

³³ BVerfG NJW 2014, 2777.

heitshalber aber auch darauf hin, dass er § 353d Nr. 3 StGB auch inhaltlich übereinstimmend mit dem BVerfG für nicht verfassungswidrig hält.³⁴ Er geht dabei zudem davon aus, dass sich seit den früheren Entscheidungen die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen für die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht geändert hätten. Was einen Medienwandel und die schnelle technische Fortentwicklung im Internet anbelangt, die eine Verbreitung von Inhalten deutlich erleichtert, sieht der BGH angesichts der damit verbundenen Gefahren sogar eher Gründe, die für einen Schutz des Rechtsguts und damit eine Strafbarkeit sprechen.³⁵

2. Inhaltliche Betrachtung

Auch wenn der BGH weitgehend (formal) auf die früheren Entscheidungen verweist und daher in keine nähere verfassungsrechtliche Prüfung einsteigt, soll im Folgenden auf die inhaltlichen Gründe geblickt werden.³⁶ Dabei kann kurz festgestellt werden, dass das Mitteilungsverbot des § 353d Nr. 3 StGB einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG darstellt,³⁷ so dass es vornehmlich die Frage einer Rechtfertigung des Eingriffs zu thematisieren gilt. Dabei handelte es sich bei § 353d Nr. 3 StGB richtigerweise auch um ein allgemeines Gesetz i.S.d. Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG.³⁸

a) Geeignetheit der gesetzlichen Regelung

Die zentrale Frage ist, ob die Ausgestaltung der Strafvorschrift geeignet ist, den angestrebten Rechtsgüterschutz zu erreichen. Hiergegen werden folgende Argumente vorgetragen: Zunächst wird ausgeführt, dass die Schutzzwecke³⁹ durch die Möglichkeit der Abänderung des Wortlauts, d.h. durch nicht wortgetreue Mitteilung leicht umgangen werden können.⁴⁰ Schöffen und Zeugen seien zudem schon deshalb vor einer Beeinflussung nicht sicher, da – ungeachtet der Möglichkeit, sich via Presse und Internet zu informieren – die nicht-öffentliche Mitteilung direkt an die Verfahrensbeteiligten ganz straflos bleibe.⁴¹ Auch kann eine vom Wortlaut abweichende, verzerrte Berichterstattung im Einzelfall sogar zu einer stärkeren Beeinflussung führen.⁴² Ferner lässt sich

vortragen, dass der Schutz von Betroffenen als sekundäres Rechtsgut sogar beeinträchtigt wird, wenn diesen selbst verboten ist, entlastende Dokumente zu veröffentlichen.⁴³ Aus Sicht des BVerfG genügt es jedoch, wenn der Gesetzgeber sich auf *ein* legitimes Ziel berufen kann; bei der Prüfung der Geeignetheit findet gerade keine Abwägung der Zwecke statt. Auch ist es irrelevant, ob man aus kriminalpolitischen Gründen eine andere Regelung präferieren möchte.⁴⁴ Das BVerfG stellt zur Bejahung der Geeignetheit in den beiden Entscheidungen auf die Authentizität der wortgetreuen Mitteilung ab: Der wörtlichen Wiedergabe von Akten bzw. Aktenteilen komme mit Blick auf die Überzeugungs- und Beweiskraft eine besondere Bedeutung zu; es werde der Eindruck amtlicher Authentizität erweckt, der letztlich zu einer höheren Autorität des Schriftstücks führen könne.⁴⁵ Dies wird anhand des vorliegenden Falles belegt, denn das Rubrum mit in Farbe abgedrucktem Wappen des Freistaats Bayern erweckt unzweifelhaft den Eindruck amtlicher Authentizität. Ferner soll zu berücksichtigen sein, dass die Unschuldsvermutung und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht⁴⁶ durch Mitteilungen im Wortlaut möglicherweise stärker tangiert sein können, damit wird aber „jedenfalls ein[] gewisse[r] Schutz vor vorzeitiger Bloßstellung“ gewährt.⁴⁷

b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Während bei der Prüfung der Geeignetheit vorgebracht werden kann, dass die Regelung keinen hinreichend umfassenden Schutz bietet, ändert sich diese Betrachtung bei der Erforderlichkeit und auch Verhältnismäßigkeit i.e.S. Denn es wäre unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes – hier Eingriff in die Pressefreiheit – wenig plausibel, wenn ein nur begrenztes Verbot als milderes Mittel unzulässig wäre.⁴⁸

Was die Verhältnismäßigkeit i.e.S. anbelangt, lassen sich für die Unbefangenheit der Verfahrensbeteiligten und damit die Unvoreingenommenheit der Gerichte Art. 97 GG und Art. 101 GG anführen,⁴⁹ während hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten das Allgemeine Persönlichkeitsrecht i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Unschuldsvermutung i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 2 EMRK zu berücksichtigen ist. Dagegen steht im vorliegenden Fall die Pressefreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, deren Bedeutung aufgrund der Stellung als „public watchdog“⁵⁰ zu beachten ist. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass aufgrund des eng begrenzten Tatbestandes auch die Eingriffstiefe stark beschränkt ist.⁵¹ Die Information der Öffentlichkeit durch Wiedergabe des Inhalts des Dokuments in nichtwörtlicher

³⁴ BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 34 ff.

³⁵ BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 39.

³⁶ Vertiefend zur verfassungsrechtlichen Prüfung [Eisele, NSW 2024, 255](#) (258 ff.).

³⁷ BVerfGE 71, 206 (213), wo zwischen Meinungs- und Pressefreiheit nicht differenziert wird; BVerfG NJW 2014, 2777 (2778) zur Meinungsfreiheit.

³⁸ BVerfGE 71, 206 (214 f.); ferner BVerfG NJW 2014, 2777 (2278); [Eisele, NSW 2024, 255](#) (259 f.).

³⁹ Dazu oben II. 1.

⁴⁰ Dazu [Eisele, ZRP 2014, 106](#); [Kübler](#), in: Albrecht u.a. (Hrsg.), KritV-Sonderheft, Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag, 2000, S. 87 (88); [Perron/Hecker](#) (Fn. 7), § 353d Rn. 41; ferner AG Hamburg StV 1984, 207.

⁴¹ Vgl. [Muckel](#), JA 2015, 77 (79); [Waldner](#), MDR 1983, 424 (425).

⁴² Vertiefend zu diesem Aspekt [Eisele, NSW 2024, 255](#) (261 f.).

⁴³ Anders gerade für einen solchen Fall BVerfG NJW 2014, 2777.

⁴⁴ [Eisele, ZRP 2014, 106](#).

⁴⁵ BVerfGE 71, 206 (216); BVerfG NJW 2014, 2777 (2779).

⁴⁶ Siehe oben Fn. 9.

⁴⁷ BVerfGE 71, 206 (216 f.).

⁴⁸ Siehe auch BVerfGE 71, 206 (218); BVerfG NJW 2014, 2777 (2779).

⁴⁹ BVerfGE 71, 206 (219).

⁵⁰ Siehe III. 1.

⁵¹ [Eisele, NSW 2024, 255](#) (264 ff.).

Weise bleibt stets zulässig, was auch im Lichte der grundsätzlichen Nichtöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens zu sehen ist.

V. Fazit

Insgesamt nimmt der BGH damit zu Recht an, dass der Tatbestand nicht verfassungswidrig ist. Was eine Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG anbelangt, lässt sich folgerichtig ein sachlicher Grund für das Verbot nur wortgetreuer Mitteilungen in der damit verbundenen Authentizität finden.⁵² Auch dient die eng begrenzte Norm dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG. Besonders gelagerten Konstellationen lässt sich – ungeachtet der bisherigen Zurückhaltung der Rechtsprechung hierzu – über eine verfassungskonforme Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie prozessual über §§ 153 ff. StPO begegnen. Dass dies im vorliegenden Fall unterlassen wurde, ist allerdings nicht ersichtlich. Denn es handelt sich, anders als in Fällen, in denen Betroffene zur Wahrnehmung ihrer Interessen handeln, hier gerade um die typischerweise vom Tatbestand verbotene Tatkonstellation. Dies gilt umso mehr, da ein Duplikat mit Rubrum im Wortlaut publiziert wurde, so dass die Authentizität hoch und damit der Kernbereich der Strafvorschrift betroffen ist. Insofern wäre es m.E. auch verfassungsrechtlich zulässig, wenn der Gesetzgeber einen Straftatbestand schafft, der das unbefugte öffentliche „Leaken“ von Originaldokumenten bzw. deren Kopien unter Strafe stellen würde.⁵³

*Prof. Dr. Jörg Eisele, Tübingen**

⁵² BGH, Beschl. v. 31.7.2025 – 5 StR 78/25, Rn. 3; siehe ferner BVerfGE 71, 206 (221 f.); näher [Eisele, NSW 2024, 255](#) (266 f.).

⁵³ So schon [Eisele, NSW 2024, 255](#) (268).

* Prof. Dr. Jörg Eisele ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Entscheidungsbesprechung

Konkurrenzverhältnis im Steuerstrafrecht

Unrichtige Angaben in einer Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen (§ 181 Abs. 2 Nr. 1 AO) und solche in einer denselben Veranlagungszeitraum betreffenden Einkommensteuererklärung (§ 25 Abs. 1 EStG, § 56 EStDV) sind auch dann eigenständige Taten im materiellen wie im prozessualen Sinn, wenn die unrichtigen Angaben in beiden Erklärungen dieselben Besteuerungsgrundlagen betreffen und der nach § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO ergangene Grundlagenbescheid gemäß § 182 Abs. 1 Satz 1 AO Bindungswirkung für die Einkommensteuerveranlagung entfaltet. Dasselbe gilt für das Verhältnis der Taten zueinander, wenn Erklärungen pflichtwidrig nicht abgegeben worden sind.

(Amtlicher Leitsatz)

AO §§ 370 Abs. 1, 180 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a, 181 Abs. 2 Nr. 1, 182 Abs. 1 S. 1
StGB § 52 Abs. 1
StPO § 264 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 30.4.2025 – 1 StR 39/25¹ (LG Cottbus)

I. Einleitung

Mit der vorliegenden Entscheidung und der Ablehnung einer Bewertungseinheit zwischen der Abgabe einer unrichtigen oder unterlassenen Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen und zur Einkommensteuer ändert der BGH seine Rechtsprechung², nach der von einer Tat ausgegangen war.

Die Entscheidung ist auf Grundlage der Auffassung des BGH ergangen, dass die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil im Sinne des § 370 Abs. 1 AO darstellt.³ Der BGH sieht in der Feststellung unrichtiger Besteuerungsgrundlagen einen Vorteil spezifisch steuerlicher

Art. Dabei stützt sich der BGH im Wesentlichen auf die Bindungswirkung des Feststellungsbescheids.⁴

Dem steht seiner Auffassung nach auch nicht entgegen, dass der Feststellungsbescheid alleine lediglich eine Grundlage für die Berechnung der Steuerschuld im späteren Steuerungsverfahren ist und deshalb die Höhe der tatsächlichen Beeinträchtigung noch nicht konkret beziffert werden kann. Dies sei aber keine Voraussetzung für die Annahme eines Steuervorteils durch das Erwirken eines unrichtigen Feststellungsbescheids, weil dafür eine betragsmäßige Bezifferung nicht notwendig sei.

Die vorliegende Entscheidung kann als eine konsequente Fortführung dieser Ansicht gewertet werden.⁵

Die hier vorgenommene Neuorientierung liegt auch auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BGH zum Konkurrenzverhältnis von mehreren Steuererklärungen, die gleichzeitig abgegeben und übereinstimmende unrichtige Angaben enthalten. Es entsprach der gefestigten Rechtsprechung, dass unterschiedliche Steuererklärungen eine einheitliche Tat darstellen, wenn sie gleichzeitig – z.B. in einem Umschlag abgegeben wurden. Dies galt nur bis zum 22.1.2018, an dem der BGH diese Rechtsprechung zugunsten einer mehr auf das Steuerrecht bezogenen Sichtweise aufgegeben⁶ hat. Danach könne eine zeitliche Abgabe mehrerer Steuererklärungen keine Tateinheit begründen, weil der rechtsakzessorische Charakter der Steuerhinterziehung entscheidend sei. Die Tathandlung der unrichtigen Angabe steuerlich erheblicher Tatsachen könne sich stets nur auf einen bestimmten Veranlagungszeitraum und eine Steuerart beziehen. In diese Richtung geht auch der hier vorliegende Beschluss.

II. Der Sachverhalt

Der Angeklagte betrieb von 2009 bis 2017 eine SB-Autowaschanlage und seit dem Jahr 2011 darüber hinaus einen Altpapierhandel. Er trat dabei hinsichtlich beider Gewerbe als Einzelunternehmer auf, hatte jedoch im Jahr 2012 seine Aktivitäten im Altpapierhandel erweitert. Hatte er zunächst nur einen Vertragspartner das Sammeln von Altpapier auf einem in seinem Eigentum stehenden Grundstück gestattet und sich dafür entlohnen lassen, arbeitete er nach 2012 mit dem gesondert verfolgten W zusammen. Dieser belieferte Supermärkte mit Waren, nahm nach dem Entladen der Waren die Verpackungen unentgeltlich mit und ließ die Kartonagen auf seinem Gelände pressen. Ab 2012 veräußerte nicht mehr W, sondern der Angeklagte die Kartonagen. Dazu stieg der Angeklagte in die Verträge der Kunden des W als nunmehr alleiniger Verpflichteter und Berechtigter ein. Die Erlöse wurden im Innenverhältnis geteilt, wobei W seine Anteile jeweils bar bekam. Beide waren sich darüber einig, dass die Einnahmen nicht steuerlich erklärt werden sollten.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidung/en/DE/Strafsenate/1_StR/2025/1_StR_39-25.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (22.6.2026)

sowie veröffentlicht u.a. in NJW 2025, 2412, NZWiSt 2026, 113 (m.Anm. Radon), NStZ 2025, 747 und wistra 2026, 35.

² BGH, Urt. v. 24.1.2024 – 1 StR 218/23, NJW 2025, 2412; siehe auch NJW-Spezial 2025, 505 m.Anm. Beukelmann/Heim.

³ BGH, Beschl. v. 10.12.2008 – 1 StR 322/08 = BGHSt 53, 99; BGH, Beschl. v. 20.12.2016 – 1 StR 505/16 = StV 2018, 40; Ebner, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 9. Aufl. 2023, § 376 Rn. 33; Gehm, NZWiSt 2024, 271 (274); anders Beckemper, NStZ 2002, 518 (520); Blesinger, wistra 2009, 294; Sorgenfrei, wistra 2006, 370; Wulf/Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2023, AO § 370 Rn. 113.

⁴ Gehm, NZWiSt 2024, 271 (274); a.A. Claus, HRRS 2009, 102.

⁵ Zum Erfordernis, das Konkurrenzverhältnis der beiden Taten herauszuarbeiten: Rolletschke, NZWiSt 2017, 66.

⁶ BGH, Beschl. v. 22.1.2018 – 1 StR 535/17 = NStZ 2019, 154 m.Anm. Bittmann; NZWiSt 2019, 28 m.Anm. Gehm.

Für die Besteuerungszeiträume 2012–2017 gab der Angeklagte weder Steuererklärungen noch Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung hinsichtlich der gemeinsam mit W erzielten Einkünfte ab.

Das LG hat den Angeklagten wegen mehrerer Steuerhinterziehungen verurteilt.

Entscheidend sind für diese Besprechung aber nur die Verurteilungen wegen der Nichtabgabe der Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung bezüglich der gemeinsamen Einkünfte aus dem Verkauf der von W gepressten Kartonagen. Das LG hat den Angeklagten deshalb wegen fünf weiterer Fälle der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, § 53 Abs. 1 StGB, §§ 181 Abs. 2 Nr. 1 lit. b, Abs. 3 S. 1, 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO) und eines Falls der versuchten Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 AO, §§ 22, 23 Abs. 1 StGB, § 181 Abs. 2 Nr. 1 lit. b, Abs. 3 S. 1, 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO; Veranlagungszeitraum 2016) verurteilt.

III. Die Entscheidung

1. Steuerliche Einordnung

Nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO geht dem Erlass eines Steuerbescheids eine gesonderte und einheitliche Feststellung von Einkünften voraus, wenn es sich um einkommensteuerpflichtige oder körperschaftsteuerpflichtige Einkünfte und mit ihnen im Zusammenhang stehende andere Besteuerungsgrundlagen handelt, sofern an den Einkünften mehrere beteiligt sind und die Einkünfte auch diesen Personen steuerlich zuzurechnen sind. Dieses Verfahren zur gesonderten Feststellung der Besteuerungsgrundlagen dient vor allem der Vereinheitlichung, weil dadurch sichergestellt wird, dass die an einer Einkunftsquelle Beteiligten steuerlich nicht unterschiedlich behandelt werden.⁷ Gleichfalls dient sie der Erleichterung der Steuerfestsetzung.⁸

Die Erklärungspflicht ergibt sich aus § 181 AO. Nach § 181 Abs. 2 Nr. 1 lit. b AO hat bei nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen und in sonstigen Fällen jeder Feststellungsberechtigte, dem ein Anteil an den einkommensteuerpflichtigen oder körperschaftsteuerpflichtigen Einkünften zuzurechnen ist, eine Erklärung zur gesonderten Feststellung abzugeben. In casu ist von einer Mitunternehmerschaft nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG auszugehen. Damit war der Angeklagte verpflichtet, eine solche Erklärung für die Jahre 2012–2017 abzugeben. Dieser Pflicht ist er nicht nachgekommen. Im Übrigen hat der Angeklagte die Mitunternehmerschaft den Finanzbehörden gegenüber nicht offengelegt. Das hat das LG als fünf weitere Fälle der Steuerhinterziehung durch Unterlassen bzw. nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO gewertet.

Diese Wertung entspricht der oben genannten Rechtsprechung, nach der bereits im Erlass eines unrichtigen Feststellungsbescheids – oder in diesem Fall eines fehlenden Feststellungsbescheids – eine konkrete Gefährdung des staatlichen

Steueranspruchs liegt.⁹ Die Tat ist deshalb mit dem Erlass bzw. fehlenden Erlass eines Feststellungsbescheids vollendet, weil der Steuerpflichtige einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil im Sinne der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO erwirke. Die vom BGH dabei herangezogene Bindungswirkung, auf der die Annahme eines ungerechtfertigten Steuervorteils durch das Erwirken eines unrichtigen Feststellungsbescheids beruht, ergibt sich aus § 182 AO. Danach sind Feststellungsbescheide, auch wenn sie noch nicht unanfechtbar sind¹⁰, für andere Feststellungsbescheide, für Steuermessbescheide, für Steuerbescheide und für Steueranmeldungen bindend, soweit die in den Feststellungsbescheiden getroffenen Feststellungen für diese Folgebescheide von Bedeutung sind.

2. Kurswechsel des BGH

In der hier zu besprechenden Entscheidung legt der BGH diese Grundsatzentscheidung der Rechtsprechung zu Grunde, so dass die Verurteilung des LG wegen Steuerhinterziehung durch die unterlassenen Erklärungen zur gesonderten Feststellung folgerichtig erscheint. Dennoch hat der BGH in diesem konkreten Fall die Verurteilung beanstandet. Dies aber mit der Begründung, dass der notwendige Sachverhalt für diese Verurteilungen nicht von der Anklage erfasst war (§ 264 StPO).¹¹

In dieser fände sich nicht einmal ein Hinweis auf die Mitunternehmerschaft nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG. Vielmehr habe die Anklagebehörde die Einkünfte aus der Veräußerung der Kartonage dem Angeklagten alleine zugerechnet. Zwar enthalte die Anklageschrift die unterlassenen Erklärungen im Einkommensteuerfestsetzungsverfahren. Damit sind aber nach Ansicht des *Senats* die unterlassenen Erklärungen im Feststellungsverfahren nicht miterfasst. Eine Steuerhinterziehung durch eine unrichtige oder unterlassene Erklärung im Verfahren zur Feststellung der Einnahmen nach § 180 AO und eine Steuerhinterziehung durch eine unrichtige oder unterlassene Erklärung im Einkommensteuerfestsetzungsverfahren seien zwei Taten im materiell- und prozessrechtlichen Sinn.

Grundlage der Entscheidung ist eine Wertung, die mit der bisherigen¹² – und auch noch jüngst bestätigten Rechtsprechung¹³ – bricht.¹⁴ Indem der BGH eine Steuerhinterziehung durch unrichtige oder unterlassene Erklärung in einer Steuer-

⁹ BGH, Beschl. v. 10.12.2008 – 1 StR 322/08 = BGHSt 53, 99. Zusammenfassung m.w.N. bei *Madauß*, NZWiSt 2021, 335.

¹⁰ Siehe dazu *Gercke*, in: Koenig (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2024, § 182 Rn. 7.

¹¹ Zur Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift in Sachverhalten wie dem vorliegenden *Beyer*, NZWiSt 2017, 172 (174).

¹² BGH, Urt. v. 24.1.2024 – 1 StR 218/23 = NZWiSt 2024, 271 m.Anm. *Gehm*; siehe auch BGH, Beschl. v. 13.6.2023 – 1 StR 53/23 = NZWiSt 2024, 237; BGH, Beschl. v. 10.12.2008 – 1 StR 322/08 = BGHSt 53, 99; BGH, Beschl. v. 11.7.2019 – 1 StR 154/19.

¹³ BGH, Urt. v. 24.1.2024 – 1 StR 218/23 = NZWiSt 2024, 271 m.Anm. *Gehm*.

¹⁴ Siehe aber auch *Zebisch/Kubik*, ZWH 2020, 351.

⁷ BFH, Beschl. v. 11.4.2005 – GrS 2/02 = BStBl. II 2005, 679.

⁸ *Ratschow*, in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 19. Aufl. 2025, § 179 R. 2

erklärung und eine unrichtige oder unterlassene Erklärung zur Feststellung der Besteuerungsgrundlagen nicht mehr als eine Tat einordnet, sondern als zwei, nimmt er einen auffälligen Kurswechsel vor. Noch im Jahr 2024 bezeichnete der BGH die konkurrenzrechtliche Bewertung als Tatmehrheit als rechtsfehlerhaft.¹⁵ Dieses Ergebnis sei Folge der Bindungswirkung des vom zuständigen Finanzamt erlassenen Feststellungsbescheids. Die Tat sei zwar mit dem Erlass des Feststellungsbescheids vollendet, aber erst mit dem unrichtigen Einkommensteuerbescheid beendet.

Nach Ansicht des BGH in der hier besprochenen Entscheidung sind Steuerhinterziehungen durch unrichtige Angaben in einer Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen und solche in einer denselben Veranlagungszeitraum betreffenden Einkommensteuererklärungen dagegen auch dann eigenständige Taten im materiellen wie im prozessualen Sinn, wenn die unrichtigen Angaben in beiden Erklärungen dieselben Besteuerungsgrundlagen betreffen. Daran ändere auch die Bindungswirkung des Grundlagenbescheid nach dem Steuerrecht nichts. Das gleiche müsse im Übrigen auch gelten, wenn die Erklärungen nicht abgegeben worden sind. Die Bindungswirkung der Feststellungsbescheide nach § 182 Abs. 1 S. 1 AO kann nach Ansicht des *Senats* nicht dazu führen, dass unrichtige oder pflichtwidrig nicht abgegebene Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen und unrichtige Einkommensteuererklärungen als Bewertungseinheit zu einer einzigen Tat im materiell-rechtlichen Sinne verschmelzen oder eine prozessuale Tat bilden.

Dabei weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass er an seiner abweichenden Rechtsprechung¹⁶ nicht festhalte.

3. Begründungen des BGH

Der BGH stützt seine Entscheidung dabei auf vier Punkte: zum Ersten – und das scheint wohl das für ihn tragende Argument zu sein –, dass die Pflicht zu einer richtigen Erklärung auch bestehen bleibe, wenn sie in einer Erklärung unrichtig abgegeben oder unterlassen wurde (a); zum Zweiten die Erwägung, dass die Beendigung der Steuerhinterziehung zwar erst nach dem Erlass des Folgebescheids erfolge, dies aber nichts an dem Vorliegen von zwei Steuerhinterziehungen ändere (b). Drittens folge auch aus dem Einfluss auf die Berechnung der Höhe des hinterzogenen Steuervorteils durch die Zusammenschau der beiden Handlungen und Erfolge der Steuerhinterziehung nicht eine gemeinsame Betrachtung als eine Tat im materiell-rechtlichen oder prozessualen Sinne (c). Zuletzt handele es sich auch nicht um eine Doppelbestrafung, weil die geforderten Angaben in der Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung und in der Erklärung zu den Einnahmen unterschiedlich sein können (d).

¹⁵ BGH, Urt. v. 24.1.2024 – 1 StR 218/23 = NZWiSt 2024, 271 m.Anm. *Gehm*.

¹⁶ BGH, Urt. v. 24.1.2024 – 1 StR 218/23 = NZWiSt 2024, 271 m.Anm. *Gehm*; siehe auch BGH Beschl. v. 13.6.2023 – 1 StR 53/23 = NZWiSt 2024, 237; BGH, Beschl. v. 10.12.2008 – 1 StR 322/08 = BGHSt 53, 99; BGH, Beschl. v. 11.7.2019 – 1 StR 154/19.

a) Bestehenbleiben der Erklärungsspflicht

Der BGH gründet seinen Rechtsprechungswechsel darauf, dass die Pflichten zur Abgabe vollständiger und wahrheitsgemäßer Erklärungen zur Einkommensteuer und zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen trotz der genannten Bindungswirkung nach § 182 Abs. 1 S. 1 AO unabhängig voneinander bestehen.

Dies legt der *Senat* näher dar mit zwei unterschiedlichen Szenarien, nämlich zum einen die unrichtige Erklärung in der Steuererklärung ohne einen zuvor ergangenen Feststellungsbescheid¹⁷ und zum anderen bei dem Vorliegen eines Feststellungsbescheids, wenn der Steuerpflichtige bereits in der Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Feststellung unrichtige Angaben gemacht hat.

Für den ersten Fall weist der *Senat* darauf hin, dass selbst ein fehlender Feststellungsbescheid nicht dazu führt, die Erklärungs Pflichten des Steuerpflichtigen in seiner Steuererklärung einzuschränken.¹⁸

Das ergebe sich aus der fehlenden Befreiung zur Abgabe von richtigen Angaben in der Einkommensteuererklärung, selbst bei bestehendem Feststellungsbescheid. Die Pflicht zur richtigen Angabe in der Steuererklärung sei unbeeinflusst davon, ob ein Feststellungsbescheid schon erlassen wurde.

Fehle dieser aber – wie im vorliegenden Fall –, sei der Steuerpflichtige jedenfalls verpflichtet, auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis hinzuweisen. Die Finanzbehörde sei im Falle eines fehlenden Feststellungsbescheids durch Aufforderung an die erklärungs pflichtigen Gesellschafter befugt, die erforderliche gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung als Grundlage für den Steuerbescheid herbeizuführen.¹⁹ Oder sie könne den Steuerbescheid im Rahmen eines von ihm nach § 155 Abs. 2 AO auszuübenden Ermessens vorläufig auch bei Fehlen des Feststellungsbescheids erlassen.²⁰ Dies kann im Notfall auch auf Grundlage einer Schätzung nach § 162 Abs. 5 AO geschehen.²¹ Der später nachfolgende Feststellungsbescheid habe dann auch die Funktion, zu einer späteren Änderung der Festsetzung der Steuerlast zu führen.

Im zweiten Fall – wenn der Steuerpflichtige bereits eine Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Feststellung abgegeben hat – entbinde ihn das ebenfalls nicht von seiner Pflicht, entsprechende Angaben in seiner Einkommensteuererklärung zu machen. Das muss auch dann gelten, wenn der Steuerpflichtige in seiner ersten Erklärung unrichtige Anga-

¹⁷ Vgl. grundsätzlich zu dieser Konstellation FG Köln DStRE 2016, 299.

¹⁸ Das gilt sogar für die Frist. Nach FG Köln DStRE 2016, 299, begründet die gewährte Frist zur Abgabe von Feststellungserklärungen keinen Anspruch auf Verlängerung der Einkommensteuererklärungspflicht. Dies gelte selbst dann, wenn die Einkommensteuer im Wesentlichen von den festzustellenden Werten abhängt.

¹⁹ Z.B. FG Hamburg, Urt. v. 3.7.2006 – 3 K 199/04 = Beck- RS 2006, 26021966.

²⁰ Siehe zu den Voraussetzungen für diese Befugnis, insbesondere den sachlichen Grund für das Fehlen des Feststellungsbescheids, *Rüsken*, in: Klein (Fn. 8), § 155 Rn. 54 ff.

²¹ Siehe dazu *Rüsken*, in: Klein (Fn. 8), § 155 Rn. 58.

ben gemacht und sich deshalb bereits wegen Steuerhinterziehung strafbar gemacht hat.

b) Beendigung der Steuerhinterziehung

An diesem Ergebnis ändere sich auch nichts, weil erst die Berücksichtigung der unrichtig festgestellten Besteuerungsgrundlagen bei der Steuerfestsetzung in den Folgebescheiden zur Beendigung der Steuerhinterziehung führt.²² Das bewirke keinesfalls eine Verschmelzung der Verletzung der beiden Erklärungspflichten zu einer Tat. Pfeiler dieser Ansicht ist die Annahme, dass es sich hier um jeweils eigenständiges Handlungsunrecht handele. Hier beruft sich der BGH auf die Grundannahme, die unter a) dargestellt wurde. Wenn beide Erklärungspflichten unabhängig voneinander sind, ist die Schuld für eine unrichtige oder unterlassene Erklärung für den einen Bescheid nicht durch eine unrichtige oder unterlassene Erklärung für den anderen Bescheid vollumfänglich erfasst.²³

Hier weist der BGH darauf hin, dass die Erklärungen zur einheitlichen und gesonderten Feststellung eben nicht gänzlich den Angaben zur im Festsetzungsverfahren gleichen.

Zum einen seien die Einnahmen, die für den Feststellungsbescheid anzugeben sind, nicht zwingend deckungsgleich mit den Einnahmen des Steuerpflichtigen in der Einkommensteuererklärung. Zum anderen könnten in der eigenen Steuererklärung darüber hinaus weitere Einkünfte unrichtig dargestellt werden. Somit seien die Erklärungspflichten schon konstruktiv nicht deckungsgleich. Damit könne aber das Handlungsunrecht nicht als per se deckungsgleich gewertet werden.

c) Höhe des hinterzogenen Betrags

Der unrichtige Feststellungsbescheid hat unmittelbar Einfluss auf die Höhe der Steuerverkürzung in der darauf aufbauenden Festsetzung der Einkommensteuer. Das streitet aber nach dem BGH nicht dafür, von einer Bewertungseinheit auszugehen. Vielmehr verlange Art. 103 Abs. 2 GG es nicht, bei der Bestimmung des tatbestandsmäßigen Erfolges eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils die Vollendung der Tat davon abhängig zu machen, auf Basis des konkret bezifferten Steuervorteils die späteren Auswirkungen auf den Steueranspruch – konkretisiert durch den Steuerbescheid – zu berechnen. Es sei gar nicht erforderlich, den endgültigen Steuerschaden, der sich auf Grundlage des unrichtigen Feststellungsbescheids ergibt, für die Strafzumessung zu bestimmen. Damit bewegt sich der BGH auf dem Boden der bisherigen Rechtsprechung.²⁴

Letztlich lässt sich aus dieser Ansicht weder verlässlich eine Bewertungseinheit begründen noch das Gegenteil. Der BGH sichert sich damit aber ab, da dies zumindest ein starkes Indiz für die Bejahung einer Tat ist.

d) Doppelbestrafung

Zuletzt steht der Annahme zweier materiell-rechtlicher Taten und zweier prozessualer Taten nach Ansicht des BGH auch nicht die Gefahr einer Doppelbestrafung entgegen. Das gelte auch dann nicht, wenn Personenidentität für die Erklärungspflichten für den Feststellungsbescheid und dem Steuerbescheid besteht.

Bei einer reinen Wiederholung der unrichtigen Angaben in beiden Erklärungen liege bei der Einkommensteuererklärung eine mitbestrafte Nachtat vor²⁵, weil weder ein neues Rechtsgut verletzt werde noch sich der Schaden über das durch die Vortat verursachte Maß hinaus erweitere.

Anders liege der Fall hingegen, wenn der Steuerpflichtige in seiner Einkommensteuererklärung andere steuererhebliche Tatsachen unrichtig erkläre. Damit begehe er neues Unrecht. Die teilweise Überschneidung der unrichtigen Erklärungen und deshalb die teilweise Überschneidung des Handlungsunrechts könne auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden.

Ähnlich sei der Fall zu bewerten, wenn die unrichtige Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Steuererklärung nachfolgt. Hier sei aber von einer mitbestraften Vortat durch die unrichtige Einkommensteuererklärung auszugehen.²⁶ Aufgrund der Bindungswirkung des Feststellungsbescheids handele es sich hierbei nur um eine Steuerverkürzung auf Zeit.

IV. Konsequenzen der Entscheidung

Die Einordnung als eine einheitliche Tat im materiellen wie auch prozessualen Sinn hat erhebliche Auswirkungen.²⁷

1. Bestimmung des großen Ausmaßes

§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO enthält einen besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung, wenn der Täter Steuern in großem Ausmaß verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Nach der Rechtsprechung des BGH²⁸ liegt eine Steuerverkürzung im großen Ausmaß vor, wenn der Täter mehr als 50.000 Euro pro Tat hinterzieht. Das ist nach ausdrücklicher Klarstellung bei einer einheitlichen Tat die Summe der jeweiligen Verkürzungen.

Die geänderte Rechtsprechung hat deshalb zur Folge, dass eine Steuerverkürzung im großen Ausmaß seltener anzunehmen ist. Bislang mussten die Hinterziehungsbeiträge des erlangten steuerlichen Vorteils aus der Steuerhinterziehung im Feststellungsverfahren der Steuerverkürzung aus dem Einkommensteuerverfahren zusammengerechnet werden. Die Schwelle der vom BGH festgelegten 50.000 Euro war damit im Einzelfall schneller erreicht.

²² Madauß, NZWiSt 2021, 335 (336); Rolletschke, ZWH 2014, 129.

²³ Beyer, NZWiSt 2017, 172 (175).

²⁴ BGH, Beschl. v. 22.11.2012 – 1 StR 537/12 = BGHSt 58, 50.

²⁵ Siehe dazu auch Madauß, NZWiSt 2021, 335 (336).

²⁶ Siehe zur Einordnung des Feststellungsbescheids als mitbestrafte Vortat Madauß, NZWiSt 2021, 335 (336).

²⁷ Siehe zu BGH, Beschl. v. 22.1.2018 – 1 StR 535/17 = NZWiSt 2019, 28 (31 f.) m.Anm. Gehm.

²⁸ BGH, Ur. v. 27.10.2015 – 1 StR 373/15 = BGHSt 61, 28.

Nunmehr verbietet sich eine Zusammenrechnung des erlangten Steuervorteils bzw. der erlangten Steuerverkürzung, da es sich nicht mehr um eine Tat handelt.

2. Strafzumessung

Der BGH äußert sich in der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich zu der Strafzumessung, indem er ausführt, dass bei einer Wiederholung der Angaben in der Einkommensteuererklärung aus dem Feststellungsverfahren eine mitbestrafte Nachtat vorliegt, bzw. eine mitbestrafte Vortat, wenn die Erklärung zur Feststellung der gesonderten und einheitlichen Besteuerungsgrundlagen erst nach der Einkommensteuererklärung abgegeben wird. In einer nicht zu vernachlässigenden Anzahl der Fälle wird der Steuerpflichtige in der Einkommensteuererklärung aber weitere steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtig erklären und sich nach der neuen Rechtsprechung deshalb wegen einer anderen Tat strafbar machen. Die sich aus der Kehrtwende ergebenden Konsequenzen will der BGH auf der Strafzumessungsebene abfedern. Das Tatgericht wird deshalb in Zukunft genau hinschauen müssen, ob das Unrecht sich zumindest in Teilen wiederholt hat und deshalb bereits in der anderen Tat enthalten war. Im Einzelfall wird es deshalb zu zwei unterschiedlichen Einzelstrafen wegen des Erlangens eines Steuervorteils im Feststellungsverfahren und der Steuerverkürzung im Einkommensteuerungsverfahren kommen.

Genauere Angaben zur Strafzumessung finden sich in der Entscheidung aber nicht. Indem der BGH nur betont, dass der ungerechtfertigte steuerliche Vorteil aus dem Feststellungsverfahren den Taterfolg der Steuerhinterziehung begründet und für die Strafzumessung die später tatsächlich verkürzte Steuer nicht als Grundlage erforderlich sei, verbleibt er im Theoretischen. Der ungerechtfertigte Steuervorteil muss immerhin quantifiziert werden und hierzu ist die später festzusetzende Steuer ein entscheidender Faktor. Hier muss die Zukunft zeigen, wie die Praxis mit diesem Problem umgeht.

3. Verjährung

Die beiden Taten können im Einzelfall zu unterschiedlichen Zeitpunkten verjähren.

4. Abgabe der Selbstanzeige

Die Selbstanzeige nach § 371 AO setzt Vollständigkeit voraus. Es müssen deshalb nicht nur die Angaben der Feststellungserklärung, sondern auch sämtliche Einkommensteuererklärungen der Gesellschafter berichtet werden.

V. Fazit

Die neue Rechtsprechung des BGH baut konsequent auf der eingeschlagenen Linie aus früheren Entscheidungen auf, nach der das Erlangen eines Feststellungsbescheids bereits das Erlangen eines steuerlichen Vorteils darstellt. Auf Grundlage dieser Ansicht ist es dogmatisch konsequent, zwei Taten der Steuerhinterziehung anzunehmen, wenn sowohl der Feststellungsbescheid als auch der Steuerhinterziehungsbescheid auf unrichtigen Angaben beruhen. Unter der Prämisse, dass zwei unterschiedliche Erfolge vorliegen, ist es eine logische Kon-

sequenz, von zwei Taten auch dann auszugehen, wenn die unrichtigen Angaben ganz oder zumindest partiell deckungsgleich sind.

Der BGH begründet seine Entscheidung insbesondere mit dem Verhältnis der Erklärungspflichten, was dem Umstand geschuldet ist, dass er seine eigene Rechtsprechung widerlegen muss. In der Literatur ist das gleiche Ergebnis bisweilen mit weniger Begründungsaufwand darauf gestützt worden, dass die Verfahren in der AO separat geregelt sind.²⁹

Die damit einhergehende Konsequenz, dass ein wirtschaftlicher Vorgang strafrechtlich differenziert zu betrachten ist, federt der BGH mit den Erwägungen zur Strafzumessung ab, ohne am Ende das Problem der Bezifferung des ungerechtfertigten Steuervorteils abschließend zu lösen.

*Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig**

²⁹ Beyer, NZWiSt 2017, 172 (175).

* Katharina Beckemper ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Leipzig.

Entscheidungsbesprechung

Drohende Einziehung zum Militär trotz Kriegsdienstverweigerung als Auslieferungshindernis in Kriegszeiten (Ukraine)

Verweigert der Verfolgte im Auslieferungsverfahren nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957 aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe und ist nicht gewährleistet, dass er nach seiner Auslieferung nicht zum Kriegsdienst im ersuchenden Staat herangezogen wird und im Fall seiner Verweigerung keine Bestrafung zu erwarten hat, begründet dies jedenfalls dann kein Auslieferungshindernis, wenn sein um Auslieferung ersuchendes Heimatland völkerrechtswidrig mit Waffengewalt angegriffen wird und ein Recht zur Kriegsdienstverweigerung deshalb nicht gewährleistet.

(Leitsätze des Verf.)

EMRK Art. 3, 9, 15

GG Art. 4 Abs. 1, Art. 4 Abs. 3, Art. 12a, 115a

IPbPR Art. 18

IRG §§ 42, 73

KDVG § 11

BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24¹

I. Einleitung

Gegenstand der zu besprechenden Entscheidung ist die Frage, ob das Grundrecht, den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern (Art. 4 Abs. 3 GG, Art. 9 EMRK), dazu führt, dass der Grundrechtsträger nicht an ein Land ausgeliefert werden darf, in dem er damit rechnen muss, trotz seiner gewissensbedingten Verweigerung zum Kriegsdienst herangezogen zu werden. Im Jahr 1977 hatte der BGH ein entsprechendes Auslieferungshindernis bejaht und die Zulässigkeit der Auslieferung von einer Zusicherung des ersuchenden Staates abhängig gemacht, dass der Verfolgte nicht gegen seinen Willen zum Wehrdienst mit der Waffe herangezogen wird.² Mit der vorliegenden Entscheidung rückt der BGH von dieser Rechtsprechung ab, indem er ein Auslieferungshindernis jedenfalls für den Fall verneint, dass der ersuchende Staat sich gegen einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg verteidigt.

II. Sachverhalt und Verfahren

Die Entscheidung geht auf eine Vorlage des OLG Dresden zurück.³ Nach § 12 IRG darf die Auslieferung nur bewilligt werden, wenn das zuständige OLG (§§ 13, 14 IRG) sie zuvor für zulässig erklärt hat. Da die drohende Heranziehung zum Kriegsdienst nach Auffassung des OLG Dresden kein Auslieferungshindernis begründete, es sich aber durch die eingangs genannte Entscheidung des BGH daran gehindert sah, die Auslieferung zuzulassen, legte es diese Frage dem BGH nach § 42 IRG vor.

Ausgangspunkt des Verfahrens war ein ukrainisches Auslieferungsersuchen zum Zwecke der Strafverfolgung. Dem Verfolgten wurde vorgeworfen, im Jahr 2018 einen Polizisten beleidigt, bedroht, körperlich angegriffen und sich dadurch wegen Drohung und Gewalt gegen Polizeibeamte nach § 345 Abs. 2 des ukrainischen StGB strafbar gemacht zu haben. Der Verfolgte wurde im Mai 2024 in Deutschland festgenommen und wandte über seinen Beistand gegen seine Auslieferung ein, dass er den Dienst an der Waffe aus Gewissensgründen ablehne, aber gleichwohl nach Abschluss des Strafverfahrens in der Ukraine damit rechnen müsse, in die ukrainische Armee eingezogen zu werden. Seine Auslieferung verstöße daher gegen Art. 4 Abs. 3 GG.⁴

III. Inhalt der Entscheidung

Der BGH fasst zunächst die Rechtsprechung des BVerfG zusammen, wonach eine Auslieferung nur dann unzulässig ist, wenn dem Verfolgten im ersuchenden Staat eine Behandlung droht, die gegen unabdingbare Grundsätze der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung (Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 und 20 GG) oder den für die Bundesrepublik Deutschland verpflichtenden völkerrechtlichen Mindeststandard (vgl. Art. 25 GG) verstößt.⁵ Anschließend wendet sich der BGH dem konkret betroffenen Grundrecht zu und weist zunächst darauf hin, dass dieses im Verteidigungsfall verfassungsrechtliche und gesetzliche Modifikationen erfahre:⁶ Wehrpflichtige, die den Kriegsdienst verweigerten, könnten zu zivilen Diensten zum Zwecke der Verteidigung – d.h. auch bei den Streitkräften und im Bereich ihrer Versorgung – herangezogen werden (Art. 12a Abs. 3 GG); zudem schließe ein Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer die Einberufung nicht von vornherein aus (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 KDVG). Wenngleich Art. 4 Abs. 3 GG dem Schutz des freien Gewissens nach der Rechtsprechung des BVerfG gegenüber der Landesverteidigung Vorrang einräume, habe es das BVerfG offen gelassen, ob dieser Schutz in einer außerordentlichen Lage gegenüber anderen hochrangigen Verfassungswerten zurücktreten müsse.⁷ Aufgrund der vergleichbaren Gefährdungslage bei Auslieferung und Abschiebung verweist der BGH ergänzend darauf, dass das Grundrecht auf Asyl (Art. 16a Abs. 1 GG) keinen Schutz davor gewähre, im Hei-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidung/en/DE/Strafsenate/4_StS/2024/4_ARs_11-24.pdf?__blob=publicationFile&v=1

und u.a. veröffentlicht in NSTZ-RR 2025, 225.

² BGH, Beschl. v. 24.5.1977 – 4 ARs 6/77 = BGHSt 27, 191.

³ OLG Dresden, Beschl. v. 9.8.2024 – OAus 174/24 = BeckRS 2024, 20414.

⁴ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 2.

⁵ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 23 ff.

⁶ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 33 ff.

⁷ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 36 ff.

matstaat wegen Wehrdienstentziehung verfolgt zu werden, wenn der Dienst an der Waffe aus Gewissensgründen verweigert werde.⁸

Der BGH wendet sich sodann der konventionsrechtlichen Garantie in Art. 9 EMRK zu, die zwar das Recht, den Kriegsdienst aus Gewissensgründen zu verweigern, nicht ausdrücklich garantiert, aber nach der neueren Rechtsprechung des EGMR dieses Recht über die Gewissensfreiheit (Art. 9 Abs. 1 EMRK) ebenfalls gewährleistet.⁹ Eine allgemeine Wehrpflicht ohne jede Ausnahmemöglichkeit sei danach grundsätzlich nicht geeignet, den Ausgleich zwischen Gewissenskonflikt und militärischen Verpflichtungen herzustellen; eine Rechtfertigung durch zwingende und überzeugende Gründe sei aber nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 9 Abs. 2 EMRK).¹⁰ Darüber hinaus ermächtige Art. 15 EMRK die Vertragsstaaten im Notstands- bzw. Kriegsfall Maßnahmen zu ergreifen, die weitergehende Beschränkungen der garantierten Rechte vorsähen, und die Ukraine habe nach dem Beginn des russischen Angriffskriegs von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.¹¹ Derartige Einschränkungen seien auch bei der entsprechenden Gewährleistung in Art. 18 Abs. 1 IPBPR zulässig.¹²

Aus dem verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Befund, dass das Recht auf Verweigerung des Kriegsdienstes im Verteidigungsfall Einschränkungen unterworfen werden könne, zieht der BGH die Schlussfolgerung, dass die Versagung dieses Rechts in der Ukraine kein „unüberwindbares“ Auslieferungshindernis begründen könne.¹³ Im Auslieferungsverkehr seien Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen jedenfalls dann zu achten, wenn derartige Einschränkungen auch nach dem völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard und der deutschen Verfassung grundsätzlich zulässig seien und daher im Ausgangspunkt keine Divergenz zu der Rechtsordnung des ersuchenden Staates bestehe; auf Abweichungen beider Rechtsordnungen in der konkreten Ausgestaltung des grundrechtlichen Schutzes komme es für den Auslieferungsverkehr nicht an.¹⁴ Dass der ersuchende Staat das Recht auf Verweigerung des Kriegsdienstes nicht gewährleiste, weil er sich gegen einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg verteidige, begründe daher kein Auslieferungshindernis.¹⁵

IV. Kritische Würdigung

Der BGH begründet die Zulässigkeit der Auslieferung, indem er zunächst die verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Schranken des Grundrechts, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst zu verweigern, darlegt (1.) und sodann auf die-

ser Grundlage die verfassungs- und völkerrechtlichen Grenzen der Auslieferung (ordre public) bestimmt (2.).

1. Zulässigkeit von Beschränkungen des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung

a) Nach der deutschen Verfassung darf niemand gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden (Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG). Um die Zulässigkeit von Beschränkungen zu begründen, verweist der BGH zunächst darauf, dass Wehrpflichtige, die aus Gewissensgründen den Dienst an der Waffe verweigern, im Verteidigungsfall durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu zivilen Dienstleistungen für Zwecke der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung verpflichtet werden können (Art. 12a Abs. 3 S. 1 GG).¹⁶ Diese und weitere Bestimmungen (z.B. zur Heranziehung von Frauen, Art. 12a Abs. 4 GG) lassen indes das Recht, nicht zum Dienst an der Waffe gezwungen zu werden, unberührt. Dementsprechend wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass die Gewissensentscheidung des Kriegsdienstverweigerers nicht nur im Rahmen des Ersatzdienstes (Art. 12a Abs. 2 S. 3 GG), sondern auch im Rahmen der subsidiären Dienstpflicht (Art. 12a Abs. 3 GG) zu beachten ist.¹⁷ Ein Konflikt mit Art. 4 Abs. 3 GG lässt sich aber jedenfalls auch dadurch vermeiden, dass Art. 12a Abs. 3 GG nicht zum Dienst an der Waffe verpflichtet.¹⁸ Vereinzelt wird allerdings ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass die Dienstpflicht nach Art. 12a Abs. 3 GG auch den Dienst mit der Waffe einschließt.¹⁹

Nach der einfach-gesetzlichen Ausgestaltung des Ersatzdienstes sind für den Verteidigungsfall ebenfalls Einschränkungen vorgesehen (§ 11 KDVG), insbesondere kann danach ein Wehrpflichtiger einberufen werden, bevor dieser als Kriegsdienstverweigerer anerkannt worden ist (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 KDVG).²⁰ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist diese Vorschrift indes verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass der Wehrpflichtige nur zum waffenlosen Dienst herangezogen werden kann.²¹ Der BGH räumt selbst ein, dass dieses Grundrecht der Pflicht, sich an der bewaffneten Landesverteidigung und damit an der Sicherung der Existenz der Bundesrepublik Deutschland zu beteiligen, selbst in ernstesten Konfliktlagen (Verteidigungsfall) eine unüberwindliche

⁸ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 39.

⁹ Grundlegend EGMR (Große Kammer), Urt. v. 7.7.2011 – 23459/03 (Bayatyan v. Armenien) = NVwZ 2012, 1603 (1604 ff. Rn. 93 ff.).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 44.

¹¹ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 45.

¹² BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 46.

¹³ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 47.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 48 ff.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 51.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 34.

¹⁷ Guckelberger, in: Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2026, Art. 12a Rn. 32; Ipsen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Grundgesetz, 200. Lfg, Stand: September 2019, Art. 12a Rn. 262, 264; Kämmerer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 12a Rn. 39; Thiele, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 12a Rn. 34.

¹⁸ Gornig, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12a Rn. 134.

¹⁹ Schmidt-Radefeldt, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.11.2025, Art. 12a Rn. 28; Hummel, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 12a Rn. 32.

²⁰ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 35.

²¹ BVerfGE 69, 1 (55) – zu § 8 S. 2 KDVG a.F.

Schranke entgegen setzt.²² Bei der gesetzlichen Ausgestaltung dieses Grundrechts (Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG) darf der Gesetzgeber daher die Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes nicht einschränken, sondern nur die Grenzen konkretisieren, die bereits in der verfassungsrechtlichen Garantie und den dort verwendeten Begriffen angelegt sind.²³ Der Hinweis des BGH, das BVerfG habe die Zulässigkeit weitergehender Beschränkungen offen gelassen²⁴, trägt dem Kontext der zitierten Passagen kaum Rechnung: In der ersten Entscheidung stellt das BVerfG zwar fest, dass „nicht geprüft zu werden [braucht]“, ob jemand der an sich zur Kriegsdienstverweigerung berechtigt erscheint, durch überragende Treuepflichten in außerordentlicher Lage gehindert sein kann, das Grundrecht geltend zu machen²⁵, weist aber kurz zuvor darauf hin, dass Art. 4 Abs. 3 GG „jedenfalls nunmehr – d.h. nach Einführung der allgemeinen Wehrpflicht“ das Recht umfasst, den Dienst mit der Waffe schon im Frieden zu verweigern²⁶, was darauf hindeutet, dass dieses Recht auch und erst recht in Kriegszeiten gelten muss. In der zweiten Entscheidung lässt das BVerfG offen, ob die in Friedenszeiten geltenden Maßstäbe auch für den Kriegsfall gelten²⁷, legt aber zuvor dar, dass die vorläufige Aufrechterhaltung der Pflicht zum bewaffneten Dienst, bevor über eine Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer entschieden worden ist, zumutbar ist, weil das Grundrecht im Kern erhalten bleibt, das darauf gerichtet ist, nicht im Krieg zur Tötung anderer Menschen gezwungen zu werden²⁸. Der Kontext legt daher eher eine weitergehende Gewährleistung in Kriegszeiten nahe, die eine vorläufige Heranziehung zum bewaffneten Dienst im Kriegsfall ausschließt (s.o. zur verfassungskonformen Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 KDVG). Die Bezugnahme auf diese Entscheidungen lässt daher nicht die allgemeine Schlussfolgerung des BGH zu, dass es grundsätzlich nicht undenkbar sei, die kollidierenden Verfassungsgüter nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte im Verteidigungsfall den Schutz des Grundrechts nach Art. 4 Abs. 3 GG zurücktreten lasse. Dass Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG den Gesetzgeber nur zur Ausgestaltung, aber nicht zur Beschränkung des Grundrechts auf Kriegsdienstverweigerung ermächtigt, ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass eine solche Einschränkung auch nicht auf verfassungsimmanente Schranken gestützt werden kann.²⁹ Die gegenteilige Auffassung liefe darauf hinaus, das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung auf Friedenszeiten zu beschränken, im Krieg

(Verteidigungsfall) aber auszusetzen, was dem Grundrechtsträger den verfassungsrechtlichen Schutz ausgerechnet in einer Situation entzöge, in der er in Kampfhandlungen verwickelt und zum Töten anderer Menschen gezwungen würde.³⁰

b) Bei näherer Betrachtung erweist sich auch die These, dass der nach Art. 4 Abs. 3 GG garantierte Schutz der Gewissensfreiheit bei der Verweigerung des Kriegsdienstes im internationalen Vergleich bemerkenswert weit gehe³¹, als überholt. Nach der neueren, aber inzwischen gefestigten Rechtsprechung des EGMR gewährleistet auch Art. 9 EMRK das Recht, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern; der EGMR hat sich dabei auf die neuere Rechtsentwicklung auf internationaler Ebene und in den Vertragsstaaten gestützt, wonach über die Anerkennung eines Rechts auf gewissensbedingte Ablehnung des Wehrdienstes ein breiter Konsens besteht.³² Eine allgemeine Wehrpflicht, die keinerlei Ausnahmen für die gewissensbedingte Verweigerung des Kriegsdienstes vorsieht, ist nach dieser Rechtsprechung nicht geeignet, einen angemessenen Ausgleich zwischen Gewissenskonflikt und militärischen Verpflichtungen herzustellen.³³ Auf dieser Grundlage hat der EGMR Anforderungen für das Verfahren zur Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer³⁴ und die Ausgestaltung eines zivilen Ersatzdienstes³⁵ entwickelt. Es erscheint daher schwer vorstellbar, wie eine ausnahmslose Heranziehung zum Militärdienst nach Art. 9 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden könnte.³⁶

Zur Rechtfertigung einer derartigen nationalen Regelung recurriert der BGH daher ergänzend auf die Notstandsregelung (Art. 15 EMRK), die es den Vertragsstaaten erlaubt, im Fall einer Bedrohung durch Krieg von den Verpflichtungen der EMRK abzuweichen (Art. 15 Abs. 1 EMRK).³⁷ Art. 9 EMRK zählt zwar nicht zu den notstandsfesten Gewährleistungen (Art. 15 Abs. 2 EMRK), eine Abweichung ist gleichwohl nur unter den in Art. 15 Abs. 1 und 3 EMRK genannten Voraussetzungen zulässig. Die Ukraine hat zwar im Frühjahr 2022 erklärt, aufgrund des völkerrechtswidrigen russischen Angriffs von der Derogationsmöglichkeit nach Art. 15 EMRK Gebrauch zu machen und u.a. von den Verpflichtungen nach

²² BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 36; siehe insoweit BVerfGE 48, 127 (163); 69, 1 (22 f.).

²³ BVerfGE 48, 127 (163); 69, 1 (23); siehe bereits BVerfGE 12, 45 (53).

²⁴ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 38.

²⁵ BVerfGE 12, 45 (57 f.).

²⁶ BVerfGE 12, 45 (56).

²⁷ BVerfGE 28, 243 (263).

²⁸ BVerfGE 28, 243 (262).

²⁹ de Wall, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 113 Rn. 28; Mager, in: v. Münch/Kunig (Fn. 17), Art. 4 Rn. 134.

³⁰ Groh, Verfassungsblog v. 24.2.2025; siehe auch Safferling, NJW 2025, 1512.

³¹ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 37, mit Hinweis auf BVerfGE 12, 45 (54); 69, 1 (22).

³² EGMR (Große Kammer), Ur. v. 7.7.2011 – 23459/03 (Bayatyan v. Armenien) = NVwZ 2012, 1603 (1604 ff. Rn. 93 ff., 103 ff.).

³³ EGMR (Große Kammer), Ur. v. 7.7.2011 – 23459/03 (Bayatyan v. Armenien) = NVwZ 2012, 1603 (1608 Rn. 124); EGMR, Ur. v. 12.10.2017 – 75604/11 (Adyan u.a. v. Armenien), Rn. 66; EGMR, Ur. v. 7.6.2022 – 51914/19 (Teliatnikov v. Litauen), Rn. 96; EGMR, Ur. v. 12.3.2024 – 18382/15 (Kanatli v. Türkei), Rn. 61 f.

³⁴ EGMR, Ur. v. 12.6.2012 – 42.730/05 (Savda v. Türkei), Rn. 98 ff.

³⁵ EGMR, Ur. v. 12.10.2017 – 75604/11 (Adyan u.a. v. Armenien), Rn. 67 ff.

³⁶ Esser, JR 2025, 367 (373).

³⁷ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 45.

Art. 9 EMRK abzuweichen.³⁸ Diese Erklärung wurde jedoch, soweit sie sich (u.a.) auf Art. 9 EMRK bezog, im April 2024 wieder zurückgezogen.³⁹ Eine Abweichung von den Verpflichtungen aus Art. 9 EMRK kann daher bereits aus formellen Gründen nicht auf Art. 15 EMRK gestützt werden.⁴⁰ Darüber hinaus ist eine Abweichung nur zulässig, soweit die ergriffenen Maßnahmen nicht im Widerspruch zu sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der jeweiligen Vertragspartei stehen (Art. 15 Abs. 1 EMRK). Da das Recht, den Kriegsdienst aus Gewissensgründen zu verweigern, auch nach Art. 18 Abs. 1 IPbpr garantiert wird⁴¹ und dort auch im Notstandsfall nicht außer Kraft gesetzt werden darf (Art. 4 Abs. 2 IPbpr)⁴², verstieße eine solche Außerkraftsetzung gegen die völkervertraglichen Pflichten der Ukraine nach Art. 18 IPbpr und wäre daher auch nach Art. 15 EMRK unzulässig.⁴³ In der Sache spiegelt sich darin die oben aus dem Verfassungsrecht gewonnene Wertung wider, dass das Recht, den Kriegsdienst an der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern, gerade in Kriegszeiten uneingeschränkt garantiert werden muss, weil das Grundrecht anderenfalls seines Wesenskerns beraubt wird.

c) Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass sowohl Art. 4 Abs. 3 GG als auch Art. 9 EMRK das Recht garantieren, den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern, und dieses Recht auch im Verteidigungsfall besteht.

2. Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung als Auslieferungshindernis (*ordre public*)

a) Aus diesen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben lässt sich allerdings noch nicht ableiten, dass die Auslieferung des Verfolgten an die Ukraine ebenfalls gegen das Verfassungs- bzw. Völkerrecht verstieße. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG gilt im Auslieferungsverkehr ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab, d.h. eine Auslieferung ist erst dann unzulässig, wenn diese gegen den nach Art. 25 GG für die deutschen Gerichte verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und unabdingbare verfassungsrechtliche Grund-

sätze verstieße.⁴⁴ In der jüngeren Rechtsprechung werden die verfassungsrechtlichen Grenzen der Unabdingbarkeit in Anlehnung an Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 und 20 GG bestimmt.⁴⁵ Diese Einschränkung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs wird damit begründet, dass der im gegenseitigen Interesse bestehende zwischenstaatliche Auslieferungsverkehr und die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland erheblich beeinträchtigt würden, wenn man ausländische Rechtsordnungen uneingeschränkt am Maßstab der deutschen Verfassung messen wollte.⁴⁶ Anders als in einem inländischen Strafverfahren liegt es bei der Auslieferung an einen ausländischen Staat nicht in der Hand des deutschen Gesetzgebers, das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung durch die Ausgestaltung des Verfahrens in einen angemessenen Ausgleich mit den Grund- und Verfahrensrechten des Verfolgten zu bringen. Wird die Auslieferung abgelehnt, kann das Strafverfahren gegen den Verfolgten im ersuchenden Staat nicht geführt werden; diese drohende Beeinträchtigung der grenzüberschreitenden Strafrechtspflege führt zu einem „vergrößerten“ Prüfungsmaßstab.⁴⁷

b) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab widerspricht es auf den ersten Blick, dass der BGH in seiner früheren Entscheidung über Art. 4 Abs. 3 GG ein Auslieferungshindernis begründet hat, ohne darauf einzugehen, ob es sich bei diesem Grundrecht um einen „unabdingbaren“ Grundsatz der Verfassung handelt. Dies beruht auf dem Umstand, dass in dem zugrunde liegenden deutsch-jugoslawischen Auslieferungsvertrag vorgesehen war, dass der ersuchte Staat keine Personen ausliefert, deren Auslieferung er nach seiner Verfassung nicht für zulässig hält.⁴⁸ Dementsprechend setzte sich der BGH in seiner Entscheidungsbegründung allein mit der Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes nach Art. 4 Abs. 3 GG auseinander⁴⁹, ging aber mit keinem Wort auf eine Einschränkung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs ein. Dementsprechend wurde der BGH dafür kritisiert, dass er das vertragliche Auslieferungshindernis zu weit ausgelegt hat, weil dieses nach seinem Sinn und Zweck, aber auch nach seinem Kontext auf verfassungsrechtliche Garantien zu reduzieren sei, die auf die Auslieferung bezogen seien (Ausliefe-

³⁸ Verbalnote v. 28.2.2022 – JJ9325C Tr./005-287.

³⁹ Verbalnote v. 4.4.2024, JJ9614C Tr./005-325. Diese und die nachfolgenden Erklärungen sind abrufbar unter <https://www.coe.int/en-GB/web/conventions/full-list2?module=declarations-by-treaty&numSte=009&codeNature=10&codePays=U> (8.7.2026).

⁴⁰ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Amicus Curiae Brief on Alternative (non-military) Service, 18.3.2025 – CDL-AD(2025)006, S. 16; Esser, JR 2025, 367 (373).

⁴¹ Menschenrechtsausschuss (Human Rights Council), Mitteilungen v. 3.11.2006 – Nr. 1321/2004 und 1322/2004 (Yoon und Choi/Republik Korea); Mitteilungen v. 24.3.2011 – Nr. 1642-1741/2007 (Jeong u.a./Republik Korea); siehe dazu Venice Commission (Fn. 40), S. 14 f.

⁴² Siehe auch BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 46.

⁴³ Venice Commission (Fn. 40), S. 16.

⁴⁴ BVerfGE 59, 280 (282 f.); 63, 332 (337); 108, 129 (136); 140, 317 (346 f.).

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2018 – 2 BvR 107/18 = BeckRS 2018, 3246 (Rn. 23); BVerfG NJW 2024, 2307 (2308).

⁴⁶ BVerfGE 108, 129 (137); BVerfG BeckRS 2018, 3246 (Rn. 23); siehe auch Ohler, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 11, 3. Aufl. 2013, § 238 Rn. 3; Vogel/Burchard, in: Grützner u.a., Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 120. Lfg., Stand: Juli 2017, IRG Vor § 1 Rn. 150.

⁴⁷ Siehe dazu Böse, NStZ 2002, 670 f.

⁴⁸ Art. 6 Abs. 1 Vertrag v. 26.11.1970 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über die Auslieferung, BGBl. II 1974, S. 1258.

⁴⁹ BGHSt 27, 191 (193 ff.).

rungsverbot für Deutsche, Grundrecht auf Asyl).⁵⁰ Dafür spricht auch, dass in der Denkschrift zum deutsch-jugoslawischen Auslieferungsvertrag nur diese beiden Auslieferungshindernisse genannt werden.⁵¹ Da sich der Auslieferungsverkehr mit der Ukraine nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen richtet, welches die Vertragsparteien zur Auslieferung verpflichtet, ohne eine Ausnahme für verfassungsrechtliche Auslieferungshindernisse vorzusehen, verdient die neue Entscheidung des BGH Zustimmung darin, dass insoweit die allgemeinen Grenzen der Auslieferungspflicht gelten, wie sie sich aus dem verfassungsrechtlichen bzw. völkerrechtlichen ordre public ergeben.

c) Den vorstehenden Überlegungen könnte allerdings bei der Ermittlung der Grenzen des völkerrechtlichen ordre public entgegengehalten werden, dass das Gebot zur Achtung fremder Rechtsordnungen dort seine Grenze findet, wo der völkerrechtliche Mindeststandard auch für den ersuchenden Staat verbindlich ist. Auslieferungsverbote ergeben sich zunächst aus den absoluten Gewährleistungen, die keinerlei Beschränkungen zulassen: Nach Art. 3 EMRK ist die Auslieferung an einen Drittstaat unzulässig, wenn der auszuliefernde Person dort Folter, eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe droht (Soering-Doktrin⁵²). Der EGMR hat diese Rechtsprechung später auf den Auslieferungsverkehr mit Vertragsstaaten übertragen⁵³ und der Bindung des ersuchenden Staates an die Gewährleistungen der EMRK insoweit keine entscheidende Bedeutung beigemessen.⁵⁴ Der Vergleich mit dem verfassungsrechtlichen ordre public (s.o. a) macht deutlich, dass der reduzierte Prüfungsmaßstab mithin nicht nur auf die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen des ersuchenden und ersuchten Staates, sondern auch und vor allem auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat im Rahmen der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung zurückzuführen ist. Die primäre Verantwortung für den Schutz der Grund- und Verfahrensrechte der verfolgten Person liegt bei dem ersuchenden Staat, in dem das Strafverfahren geführt wird; der ersuchte Staat hat nur eine residuale Schutzfunktion für den Fall, dass der ersuchende Staat seiner Verantwortung nicht gerecht wird.⁵⁵ Diese residuale Verantwortung des ersuchten Staates beschränkt sich auf den Schutz vor besonders schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen, die bei Verstößen gegen Art. 2 und Art. 3 EMRK per se gegeben sind, bei Art. 6 EMRK aber nur in Fällen anzunehmen ist, in denen dem Angeklagten ein faires Verfahren offenkundig

verweigert wird („flagrant denial of justice“).^{56, 57} Dies ist nur bei besonders schwerwiegenden Verstößen zu bejahen, die den Kerngehalt dieses Rechts verletzen.⁵⁸ Ähnliche Einschränkungen hat der EGMR für die Gewährleistungen nach Art. 5 und 8 EMRK formuliert.⁵⁹

d) Legt man diesen Maßstab zu Grunde, so begründet ein drohender Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 GG bzw. Art. 9 EMRK nicht per se ein Auslieferungshindernis. Unzulässig ist die Auslieferung nur dann, wenn der Verstoß zugleich den Menschenwürde- bzw. Kerngehalt dieses Rechts verletzt. Das Recht, den Kriegsdienst aus Gewissensgründen zu verweigern und stattdessen einen Ersatzdienst zu leisten, wird zwar in Art. 35 Abs. 4 der ukrainischen Verfassung garantiert, ist aber seit der Ausrufung des Kriegsrechts in der Ukraine und der Mobilisierung von Männern im Alter zwischen 25 und 60 Jahren im Februar 2022 ausgesetzt (vgl. Art. 64 Abs. 2 der ukrainischen Verfassung).⁶⁰ Wehrpflichtige, die den Militärdienst verweigern, sind seitdem entweder zum Dienst gezwungen oder strafrechtlich verfolgt worden.⁶¹ Der Oberste Gerichtshof der Ukraine hat diese Verurteilungen bestätigt, ein Recht zur Verweigerung des Kriegsdienstes allerdings nicht ausgeschlossen, wenn der Wehrpflichtige nicht nur durch eigene Aussagen und solchen von nahestehenden Personen, sondern auch durch weitere Tatsachen nachweist, dass diese Entscheidung auf einer tiefen und konsistenten religiösen Überzeugung beruht.⁶² In einer weiteren Entscheidung hat der *Vereinigte Strafsenat* des Obersten Gerichtshofs darauf hingewiesen, dass die Pflicht zur Landesverteidigung im Militärdienst auch auf andere Weise als durch den Dienst mit der Waffe erfüllt werden kann (z.B. durch Versorgung von Verwundeten oder Instandsetzung von militärischen Anlagen oder Geräten); ein Recht, auch den Militärdienst ohne Waffe zu verweigern, wird im Rahmen der allgemeinen Mobilisie-

⁵⁰ T. Stein, NJW 1978, 2426 (2427 f.).

⁵¹ BT-Drs. VI/3775, S. 15.

⁵² EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 14038/88 (Soering v. Vereinigtes Königreich) = NJW 1990, 2183 (2188 Rn. 111).

⁵³ EGMR, Beschl. v. 18.4.2002 – 72032/01 (Aronica v. Deutschland); EGMR, Urt. v. 25.3.2021 – 40324/16, 12623/17 (Bivolaru und Moldovan v. Frankreich), Rn. 107.

⁵⁴ Siehe insoweit ausdrücklich zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen: EGMR (Große Kammer), Urt. v. 13.12.2016 – 41738/10 (Paposhvili v. Belgien), Rn. 193.

⁵⁵ Kahl, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 46), § 253 Rn. 50.

⁵⁶ EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 4038/88 (Soering v. Vereinigtes Königreich) = NJW 1990, 2183 (2188 Rn. 113).

⁵⁷ Böse, in: Böse/Bröcker/Schneider (Hrsg.), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, 2021, S. 395 (427 f.); F. Meyer, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 10, 5. Aufl. 2019, EMRK Art. 1 Rn. 70 f.

⁵⁸ EGMR, Urt. v. 17.1.2012 – 8139/09 (Othman [Abu Qatada] v. Vereinigtes Königreich), Rn. 259 f.

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien), Rn. 238 f., 248 f.

⁶⁰ Vgl. VG Berlin, Urt. v. 21.11.2025 – VG 39 K 236/25 A = BeckRS 2025, 42403 Rn. 22.

⁶¹ United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, *Report on the Human Rights Situation in the Ukraine, 1 December 2024 – 31 May 2025*, S. 18 f.; siehe auch die Dokumentation zahlreicher Einzelfälle durch das European Bureau for Conscientious Objection, abrufbar unter <https://ebco-beoc.org/ukraine/2024> (8.7.2026).

⁶² Resolution of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court of 8 May 2024 in case No. 344/12021/22, Pressemitteilung, abrufbar unter <https://court.gov.ua/eng/supreme/pres-centr/news/1602486/> (8.7.2026).

rung gegen den russischen Angriffskrieg indes nicht anerkannt.⁶³ Zur Zeit sind mehrere Verfassungsbeschwerden von verurteilten Kriegsdienstverweigerern beim ukrainischen Verfassungsgerichtshof anhängig.⁶⁴

Kann der Militärdienst an der Waffe aus Gewissensgründen auch im Kriegsfall verweigert werden, wird das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 3 GG und Art. 9 EMRK im Kern anerkannt. Die vom Obersten Gerichtshof formulierten Dienstleistungen kommen der in Art. 12a Abs. 3 GG vorgesehenen Dienstpflicht recht nahe (s.o. 1. a), unterscheiden sich aber darin, dass der Wehrpflichtige in militärischen Strukturen eingebunden bleibt und ihm nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, einen alternativen zivilen Dienst zu leisten.⁶⁵ Zudem fehlt eine gesetzliche Regelung zum Verfahren für die Anerkennung der gewissensbedingten Verweigerung des Dienstes mit der Waffe, so dass die Wahrnehmung dieses Grundrechts zur Zeit praktisch ausgeschlossen ist.⁶⁶ Der Kern dieses Grundrechts, der darin besteht, nicht gegen sein Gewissen zum Dienst mit der Waffe gezwungen zu werden, wird damit nicht mehr gewährleistet (s.o. 1. b).⁶⁷

e) Gegen die Annahme eines Auslieferungshindernisses könnte mit dem BGH und dem OLG Dresden indes sprechen, dass die drohende Sanktionierung der Kriegsdienstverweigerung im Herkunftsland nach h.M. kein Recht auf Asyl begründe und auch einer Abschiebung nicht per se entgegenstehe.⁶⁸ Dass die Zulässigkeit der Auslieferung und aufenthaltsbeendender Maßnahmen aufgrund der vergleichbaren Gefährdungslage nach den gleichen grundrechtlichen Maßstäben zu beurteilen ist, verdient Zustimmung und entspricht auch der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁹ und des EGMR⁷⁰. Nach der Rechtsprechung des BVerwG schließt das Grundrecht auf Asyl nicht das Recht ein, den Kriegsdienst aus Gewissensgründen zu verweigern, sondern schützt nur gegen

staatliche Maßnahmen, die sich nicht auf die Durchsetzung allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten beschränken, sondern den Betroffenen wegen seiner Religion, seiner politischen Überzeugung oder eines sonstigen asylberechtigenden Merkmals treffen sollen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AsylG; vgl. ferner § 3a Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 3 Abs. 2 Nr. 1 AsylG).⁷¹ Ebenfalls zutreffend ist, dass die allgemeine Gefahr, wegen einer Straftat verfolgt und bestraft zu werden, einer Abschiebung nicht entgegensteht (§ 60 Abs. 6 AufenthG).⁷²

Der Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ist damit jedoch nicht erschöpfend beschrieben, denn nach § 60 Abs. 5 AufenthG darf ein Ausländer nicht abgeschoben werden, soweit sich aus der EMRK ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist. Nach der Rechtsprechung des BVerwG greift dieses Abschiebungsverbot nicht nur bei drohenden Verstößen gegen Art. 3 EMRK, sondern auch dann, wenn im Einzelfall andere Menschenrechtsgarantien in ihrem Kern bedroht sind, zu denen auch der nicht beschränkbare Kernbereich der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK gehört.⁷³ Dementsprechend wurde in mehreren verwaltungsgerichtlichen Verfahren geprüft, ob die im Herkunftsstaat drohende Einberufung zum Wehrdienst und die im Fall der gewissensbedingten Verweigerung drohende Bestrafung ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG begründet, diese Frage aber regelmäßig deshalb verneint, weil nach der Überzeugung des Gerichts die Verweigerung des Kriegsdienstes nicht auf einer ernsthaften Gewissensentscheidung beruhte.⁷⁴ Vereinzelt wurde auch ein Abschiebungshindernis nach § 60 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 3 EMRK bejaht, weil dem Betroffenen eine unbegrenzte Mehrfachbestrafung wegen Verweigerung des Wehrdienstes aus Gewissensgründen drohte.⁷⁵ Überträgt man diese Rechtsprechung auf die Auslieferung, entfällt der vom BGH und vom OLG Dresden monierte Widerspruch: Wird im Auslieferungsverfahren festgestellt, dass die Entscheidung, den Kriegsdienst an der Waffe zu verweigern, auf einer ernsthaften Gewissensentscheidung beruht, so ist die Auslieferung nur zulässig, wenn der ersuchende Staat zusichert, dass der Verfolgte nach seiner Auslieferung nicht gegen seinen Willen zum Dienst mit der Waffe heran-

⁶³ Resolution of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court of 27 October 2025 in case No. 573/838/24, Pressemitteilung, abrufbar unter <https://court.gov.ua/eng/supreme/pres-centr/news/1903813/> (8.7.2026).

⁶⁴ Siehe dazu *Dmytro Vovk*, How should government deal with conscientious objectors in wartime?, econet v. 24.4. 2025, abrufbar unter <https://www.ecoi.net/en/document/2124580.html> (8.7.2026).

⁶⁵ Siehe dazu EGMR, Urt. v. 7.6.2022 – 51914/19 (Teliatnikov v. Litauen), Rn. 102 ff.

⁶⁶ Das Institute für Law and Peace (Stellungnahme v. 16.1.2026, S. 2, abrufbar unter https://wri-irg.org/sites/default/files/public_files/45-UN_OHCHR_input_for_report_on_conscientious_objection.pdf [8.7.2026]) spricht insoweit von einer Fiktion; siehe insoweit auch die Nachweise in Fn. 61.

⁶⁷ Vgl. auch Venice Commission (Fn. 40), S. 14, 18.

⁶⁸ BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 39; OLG Dresden BeckRS 2024, 20414 Rn. 32.

⁶⁹ BVerfG NJW 2024, 2307 (2309).

⁷⁰ EGMR, Urt. v. 17.1.2012 – 9146/07, 32650/01 (Harkins und Edwards v. Vereinigtes Königreich) = BeckRS 2012, 214475 Rn. 120, 128.

⁷¹ BVerwG NVwZ 1982, 41; BeckRS 2017, 114515 Rn. 10.

⁷² OLG Dresden BeckRS 2024, 20414 Rn. 32.

⁷³ BVerwG NVwZ 2000, 3102 (1303 f.).

⁷⁴ BayVGh, Urt. v. 8.4.2024 – 11 B 20.30362 (juris), Rn. 54; HessVGh, Urt. v. 5.2.2016 – 9 B 16/16 (juris), Rn. 30; VG Aachen, Urt. v. 6.3.2017 – 6 K 14/15.A (juris), Rn. 90 ff.; VG Ansbach, Urt. v. 7.2.2018 – AN 4 K 16.31101 (juris), Rn. 13, 15 f.; VG Berlin, Urt. v. 8.6.2020 – VG 32 K 272.17 A = BeckRS 2020, 17383 Rn. 63 ff., 101; VG Darmstadt, Urt. v. 3.6.2014 – 7 K 392/12.DA.A (juris), Rn. 50; VG Hamburg, Urt. v. 17.1.2012 – 15 AE 631/11 (juris), Rn. 23 ff.; VG München, Urt. v. 14.11.2012 – M 24 K 12.30090 (juris), Rn. 49; VG Stade, Urt. v. 17.1.2014 – 4 A 1710/13 (juris), S. 9 f.; siehe auch zu Art. 3, 9 EMRK BVerwG NVwZ-RR 2019, 738 (751).

⁷⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.12.2017 – OVG 10 B 10.12 = BeckRS 2017, 147558 Rn. 13 ff.

gezogen wird.⁷⁶ Da die Feststellung der Gewissensgründe es in der Regel erfordert, dass sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von dem Verfolgten verschafft, dürfte es geboten sein, in solchen Fällen eine mündliche Verhandlung anzuberaumen (§ 30 Abs. 3 IRG).⁷⁷

V. Fazit

Im Ergebnis ist daher entgegen dem BGH ein Auslieferungshindernis anzunehmen. Kritikwürdig sind dabei vor allem die Ausführungen zur verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Garantie des Grundrechts, den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern (1.). Die Frage, ob dieses Recht auch dem Auslieferungsverkehr mit anderen Staaten Grenzen setzt, ist davon strikt zu trennen (2.), letztlich aber zu bejahen. In Bezug auf den völkerrechtlichen Mindeststandard lässt sich dies aus der Rechtsprechung zur EMRK leichter begründen als für den verfassungsrechtlichen *ordre public*, denn unabdingbare Grundsätze (Art. 79 Abs. 3 GG) der Verfassung werden insoweit nur verletzt, wenn man dem Grundrecht nach Art. 4 Abs. 3 GG einen Menschenwürdegehalt zuerkennt.⁷⁸ Möglicherweise ist die Entscheidung des BGH aber Anlass, die Orientierung an Art. 79 Abs. 3 GG zur Bestimmung des verfassungsrechtlichen *ordre public* im Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr zu überdenken.⁷⁹

*Prof. Dr. Martin Böse, Bonn**

⁷⁶ Vgl. BGHSt 27, 191.

⁷⁷ Böhm, in: Grützner u.a. (Fn. 46), 37. Lfg., Stand: Dezember 2014, IRG § 30 Rn. 69; Riegel, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, IRG § 30 Rn. 35; siehe de lege ferenda für eine mündliche Verhandlung im Auslieferungsverfahren Böse/Bröcker/Schneider, JZ 2021, 81 (85). Mit der geplanten IRG-Reform soll eine Regelung eingeführt werden, wonach das Oberlandesgericht den Verfolgten auf dessen Antrag mündlich anhören muss (§ 80 Abs. 3 IRG-E). Siehe den Referentenentwurf des BMJV v. 29.9.2025, S. 66, 311 f., abrufbar unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2025_IRG_Reform.html (8.7.2026).

⁷⁸ Siehe dagegen die Stellungnahme des Generalbundesanwalts, BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24, Rn. 12.

⁷⁹ Vgl. Böse, NStZ 2002, 670 (671).

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht und Geschäftsführer des Instituts für Strafrecht an der Rheinischen Friedrichs-Wilhelm-Universität Bonn und dankt seiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Sophia Lobinger* für die kritische Durchsicht des Textes.

Entscheidungsbesprechung

Zur strafrechtlichen Aufarbeitung der Nord-Stream-Sprengungen – Deutsche Straf Gewalt, Grenzen der Funktionsträgerimmunität und Schädigungsrecht im bewaffneten Konflikt

1. Für die Sprengstoffanschläge auf die Nord-Stream-Pipelines in der Ostsee ist deutsche Straf Gewalt gegeben, weil der Taterfolg auch auf deutschem Staatsgebiet eintrat.
2. Die allgemeine Funktionsträgerimmunität erfährt eine Ausnahme bei geheimdienstlich gesteuerten Gewaltakten, durch welche die Souveränität eines tatbetroffenen anderen Staates tangiert wird.
3. Das Schädigungsrecht der Konfliktparteien im internationalen bewaffneten Konflikt erstreckt sich auch dann nicht auf Objekte, die unmittelbar zivilen Zwecken dienen, wenn der Gegner durch ihre Nutzung Finanzmittel generiert, die er für militärische Aktivitäten verwendet.
4. Das Akteneinsichtsrecht nach § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO gilt nicht, wenn sich der Beschuldigte im Ausland in Auslieferungshaft befindet.
(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3, 305 Abs. 1, 308 Abs. 1, 316b Abs. 1 Nr. 2

GVG § 20 Abs. 2

VStGB §§ 1, 11 Abs. 1 Nr. 2

ZP I Art. 52

BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25¹

I. Einführung

Wenige Ereignisse haben die europäische Sicherheits- und Energiepolitik in den vergangenen Jahren so sehr aufgeschreckt wie die Sprengung der Nord-Stream-Pipelines am 26.9.2022. Binnen Stunden waren drei der vier Rohrleitungsstränge in der Ostsee zerstört, eine Schlagader der deutschen Erdgasversorgung gekappt und eine Debatte über die Verwundbarkeit grenzüberschreitender kritischer Infrastruktur entfacht, die bis heute anhält. Mehr als drei Jahre nach der Tat hat der für Staatsschutzsachen zuständige 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 10.12.2025 höchstrichterlich Position zu einigen Rechtsfragen bezogen, die der Fall aufwirft.

Anlass ist die Haftbeschwerde eines ukrainischen Offiziers einer militärischen Spezialeinheit, der nach den Ermittlungserkenntnissen die Sabotageaktion an Bord der gecharterten Segelyacht „Andromeda“ als Koordinator vor Ort

angeführt und in fremdstaatlichem Auftrag gehandelt haben soll.² Erst knapp drei Jahre nach der Tat konnte er im Sommer 2025 auf Grundlage eines Europäischen Haftbefehls in Italien festgenommen und nach mehrmonatiger Auslieferungshaft nach Deutschland überstellt werden. Dort befindet er sich seitdem in Untersuchungshaft.

Durchaus ungewöhnlich ist der prozessuale Rahmen insoweit, als sich der Bundesgerichtshof mit einem solchen Verfahren üblicherweise erst nach Ablauf der Sechsmonatsfrist (§§ 121, 122 StPO) oder im Zuge einer Revision befasst. Die frühe Haftbeschwerde des Beschuldigten – noch vor Anklageerhebung – zwingt den Senat indes, schon jetzt zentrale Streitfragen zu erörtern: zur Reichweite deutscher Straf Gewalt bei großräumigen Infrastrukturzerstörungen, zu den Grenzen der Funktionsträgerimmunität bei verdeckten staatlichen Gewaltakten und zur Frage, ob die Tat als völkerrechtlich erlaubte Schädigungshandlung im bewaffneten Konflikt zwischen Russland und der Ukraine gerechtfertigt sein könnte. Damit werden bereits rechtliche Weichen für das weitere Verfahren gestellt; der Beschluss entfaltet eine Bedeutung, die weit über die Aufrechterhaltung des Haftbefehls hinausreicht. Inzwischen hat der Generalbundesanwalt am 30.6.2026 vor dem Staatsschutzsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg Anklage erhoben.³

Im Ergebnis verwirft der Senat die Haftbeschwerde als unbegründet und bejaht den dringenden Tatverdacht des Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion (§ 308 Abs. 1 StGB), der Zerstörung von Bauwerken (§ 305 Abs. 1 StGB) und der Störung öffentlicher Betriebe (§ 316b Abs. 1 Nr. 2 StGB). Den Tatverdacht einer verfassungsfeindlichen Sabotage (§ 88 Abs. 1 Nr. 3 StGB) sowie eines Kriegsverbrechens (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 VStGB) lässt der Senat offen. Die nachfolgende Anmerkung würdigt die tragenden Aussagen des Beschlusses und tritt ihnen im Ergebnis bei; sie konzentriert sich auf die drei materiell-rechtlichen Leitsätze zur deutschen Straf Gewalt, zur Funktionsträgerimmunität und zum Schädigungsrecht im bewaffneten Konflikt.

II. Sachverhalt

Der Beschuldigte, ein ukrainischer Staatsangehöriger und zur Tatzeit Offizier einer Spezialeinheit der ukrainischen Streitkräfte, soll mit einem gefälschten Reisepass nach Deutschland eingereist und am 8.9.2022 mit sechs weiteren Personen an Bord der gecharterten Segelyacht „Andromeda“ in die Ostsee gefahren sein. In den ausschließlichen Wirtschaftszonen Dänemarks und Schwedens nordöstlich bzw. südöstlich von Bornholm soll die Besatzung in etwa 70 bis 80 Metern Tiefe Sprengsätze an drei der vier Stränge der Pipelines „Nord-Stream 1“ und „Nord-Stream 2“ angebracht haben.⁴ Die Pipelines verlaufen von Russland durch die Ostsee bis

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidung/en/DE/Strafsenate/3_StS/2025/StB_60-25.pdf?__blob=publicationFile&v=1 sowie veröffentlicht in BeckRS 2025, 37319. Die nachfolgend angegebenen Rn. beziehen sich auf die Nummerierung im veröffentlichten Volltext.

² Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 7, 20.

³ Vgl. Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Pressemitteilung v. 2.7.2026, abrufbar unter <https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemittellungen/DE/2026/Pressemitteilung-vom-02-07-2026.html> (22.7.2026).

⁴ Dazu BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 11.

Lubmin in Mecklenburg-Vorpommern. Teile liegen im deutschen Küstenmeer und in deutschen inneren Gewässern, die Anlandestationen auf deutschem Staatsgebiet.⁵ Die Sprengsätze detonierten am 26.9.2022 und zerstörten die drei betroffenen Stränge, die bis heute nicht instandgesetzt sind; der Ausfall führte zu einer Verknappung von Erdgas, Preissteigerungen und Beeinträchtigungen der Wärme- und Stromversorgung.⁶

III. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Zentral für den vorliegenden Beschluss ist zunächst die Frage der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Zusammenhang mit den Nord-Stream-Sprengungen.

Im Grundsatz erfasst das deutsche Strafrecht nur Inlandstaten (§§ 3, 9 StGB);⁷ für Auslandstaten sieht das Strafgesetzbuch nur in den eng umrissenen Fällen der §§ 5 bis 7 StGB Ausnahmen vor – etwa bei bestimmten Delikten von universellem Schutzinteresse oder bei Taten durch oder gegen Deutsche, sofern die Tat am Tatort ebenfalls strafbar ist oder am Tatort keine Strafgewalt herrscht (etwa im sog. „Niemandland“ oder in sog. „failed states“⁸). Angesichts dieser Ausgangslage ist es alles andere als selbstverständlich, dass deutsches Strafrecht auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung findet. Die Sprengsätze wurden in den ausschließlichen Wirtschaftszonen Dänemarks und Schwedens angebracht und dort zur Detonation gebracht, also in Seegebieten jenseits deutschen Hoheitsgebiets, in denen die Souveränitätsrechte des Küstenstaates funktional begrenzt sind⁹; der Beschuldigte ist ukrainischer Staatsangehöriger; die unmittelbar betroffenen Pipelinegesellschaften haben ihren Sitz in der Schweiz¹⁰. Weder Tatort noch Personalitätsanknüpfung weisen damit unmittelbar nach Deutschland.

Gleichwohl bejaht der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts – und zwar in erster Linie über eine Inlandstat in ihrer Erfolgsortvariante gem. §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3 StGB. Nach § 9 Abs. 1 StGB ist eine Tat sowohl dort begangen, wo der Täter gehandelt hat (Var. 1), als auch dort, wo der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist (Var. 3); liegt einer der beiden Orte im Inland, gilt die Tat insgesamt als Inlandstat. Ausreichend ist nach der ganz h.M. bereits der Eintritt jedes für die Tatbestandsverwirklichung erheblichen Teilerfolgs in Deutschland; ein vollständiger Erfolgseintritt ist nicht erforderlich.¹¹ Auf die Handlungsvariante kann sich der *Senat* im vorliegenden Fall hingegen nicht

stützen, weil Tathandlung und Sprengort unstreitig im Ausland liegen.

Den Tatort im Inland begründet der *Senat* wie folgt:¹² Die beiden Pipelines „Nord-Stream 1“ und „Nord-Stream 2“ sind Bauwerke, die sich von russischem Staatsgebiet über die Ostsee bis nach Deutschland erstrecken. Teile der Bauwerke befinden sich damit auf deutschem Hoheitsgebiet – namentlich die im deutschen Küstenmeer¹³ und in deutschen inneren Gewässern¹⁴ verlaufenden Rohrleitungsstrecken sowie die Anlandestationen in Lubmin. Hieran knüpft der Bundesgerichtshof den tatbestandlichen Erfolg, den er auf das jeweilige Bauwerk in seiner Gesamtheit bezieht: Die partielle Zerstörung in der Ostsee betreffe die Pipelines „jeweils in Gänze“; auch die Bauwerksteile auf deutschem Staatsgebiet seien dadurch nutzlos und seither ohne Funktion.¹⁵ Der tatbestandliche Erfolg der Zerstörung von Bauwerken (§ 305 StGB), der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (§ 308 StGB) und der Störung öffentlicher Betriebe (§ 316b StGB) sei damit zumindest auch in Deutschland eingetreten; die Tat sei Inlandstat im Sinne der §§ 3, 9 Abs. 1 StGB.

Ergänzend stützt der *Senat* die deutsche Strafgewalt für § 308 Abs. 1 StGB – unabhängig von der Erfolgsverortung im Inland – zusätzlich auf das Weltrechtsprinzip durch Bejahung des § 6 Nr. 2 StGB¹⁶. Eine vertiefte Begründung gibt der 3. *Strafsenat* insoweit indes nicht; insbesondere befasst er sich nicht mit der Frage eines zusätzlich erforderlichen legitimierenden Anknüpfungspunktes zum Inland.¹⁷ Sofern die Tat zugleich den Tatbestand eines Kriegsverbrechens nach § 11 VStGB erfüllt, ist die deutsche Strafgewalt überdies nach § 1 S. 1 VStGB eröffnet.¹⁸

Die Konstruktion über §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3 StGB trägt im Ergebnis. Einwenden ließe sich zwar, der Erfolg trete räumlich allein dort ein, wo die Sachsubstanz physisch verletzt wird – also in den ausschließlichen Wirtschaftszonen Dänemarks und Schwedens; die deutschen Bauwerksteile sind für sich genommen physisch unbeschädigt geblieben. Ein solcher Einwand würde die Schutzdimension des § 305 StGB jedoch verkürzen.

Der Zerstörungsbegriff dieser Vorschrift setzt nach gefestigter Rechtsprechung und herrschender Lehre keine Substanzverletzung am konkreten Bauwerksteil voraus. Eine teilweise Zerstörung liegt bereits vor, wenn einzelne Zweckbestimmungen für nicht unbeträchtliche Zeit unbrauchbar gemacht werden, ein zwecknotiger Teil unbrauchbar wird oder ein wesentlicher, funktionell selbständiger Bestandteil vernichtet

⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 51.

⁶ Dazu BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 9, 41.

⁷ Überblicksartig zum Strafanwendungsrecht *Werle/Jeßberger*, in: *Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 14. Aufl. 2026, vor §§ 3 ff. Rn. 1 ff., 26 ff.

⁸ Vgl. dazu *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), § 7 Rn. 51 ff.

⁹ Vgl. Art. 55 ff. SRÜ.

¹⁰ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Rechtsfragen zur Sabotage von unterseeischen Rohrleitungen in internationalen Gewässern*, WD 2 - 3000 - 019/23, 6.3.2023, S. 6 (Nord Stream AG und Nord Stream 2 AG mit Firmensitz in Zug/Schweiz).

¹¹ *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), § 9 Rn. 3, 70.

¹² Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 51.

¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 SRÜ.

¹⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 SRÜ.

¹⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 51.

¹⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 51 a.E.

¹⁷ Zu den über den Gesetzeswortlaut hinausgehenden Anforderungen – insbesondere dem Erfordernis eines zusätzlichen legitimierenden Anknüpfungspunktes zur Strafverfolgung im Inland im Einzelfall – sowie zur gebotenen völkerrechtskonformen Reduktion des § 6 Nr. 2 StGB *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), § 6 Rn. 28, 45 ff.

¹⁸ Dazu BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 52.

wird.¹⁹ Bezieht sich das teilweise Zerstören aber auf die Funktionsunfähigkeit des Bauwerks als Ganzes, tritt der tatbestandliche Erfolg überall dort ein, wo sich Teile des funktionslos gewordenen Bauwerks befinden – und damit auch in Deutschland. Die Formulierung „jeweils in Gänze“²⁰ findet im Zerstörungsbegriff selbst eine tragfähige Grundlage. Mit dieser Auslegung vollzieht der *Senat* den entscheidenden dogmatischen Schritt von einer rein substanzbezogenen zu einer funktionsbezogenen Betrachtung.

Diese funktionale Bestimmung hat eine Tragweite über den Einzelfall hinaus: Für großräumige, mehrere Staatsgebiete durchquerende Infrastrukturen – Pipelines, Unterseekabel, Stromtrassen, Datenleitungen – verlagert eine räumlich begrenzte Einwirkung den Erfolg auf das Bauwerk als funktionale Einheit.²¹ Damit schließt der *Senat* eine Schutzlücke, die sich angesichts der zunehmenden Verwundbarkeit grenzüberschreitender kritischer Infrastruktur durchaus immer deutlicher abzeichnet. Zugleich droht keine ausufernde „Allzuständigkeit“ deutscher Strafgerichte:²² § 305 StGB ist ein Erfolgsdelikt mit präzise umrissenem Schutzgut – dem Bauwerk in seiner Funktionsfähigkeit – und der Erfolg im Inland ist nicht bloß virtuell konstruiert, sondern objektiv eingetreten; die deutschen Pipelineabschnitte und die Anlandestationen in Lubmin sind seit der Tat tatsächlich funktionslos.

IV. Durchbrechung der allgemeinen Funktionsträgerimmunität

Der Beschluss gibt dem erkennenden *Senat* darüber hinaus erneut Gelegenheit, zur Funktionsträgerimmunität Stellung zu beziehen – einer Frage, mit der sich der Bundesgerichtshof in den vergangenen Jahren wiederholt zu befassen hatte, namentlich in welchen Bereichen des Staatsschutz- und Völkerstrafrechts ausländischen Hoheitsträgern Immunität vor Strafverfolgung in Deutschland zukommt.²³ Mit dem vorlie-

genden Beschluss knüpft der *Senat* an seine gefestigte Rechtsprechung an²⁴ und nutzt die Gelegenheit zugleich, um die Fallgruppen der Durchbrechung der Funktionsträgerimmunität zu konsolidieren und zu schärfen.

Ausgangspunkt ist, dass Personen, die im Auftrag eines fremden Staates hoheitlich tätig werden, grundsätzlich die völkergewohnheitsrechtlich anerkannte (funktionelle) Immunität gegenüber der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten zukommt; entscheidend ist die funktionale Einordnung als fremdstaatliches hoheitliches Handeln. Greift die Funktionsträgerimmunität, stellt sie ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis dar;²⁵ die Strafgewalt deutscher Gerichte ist insoweit gesperrt. Im hiesigen Beschluss sieht der *Senat* dringende Gründe für die Annahme, die Sabotage-tat sei durch einen fremden Staat initiiert und gesteuert worden, sodass dem Beschuldigten im Ausgangspunkt die Funktionsträgerimmunität zukäme.²⁶

Die Funktionsträgerimmunität ist allerdings keine absolute. Völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sind verschiedene Fallgruppen, in denen sie durchbrochen wird. Im Diskurs der letzten Jahre stand vor allem die Durchbrechung bei Völkerrechtsverbrechen im Fokus, insbesondere im Zuge der wegweisenden Entscheidung des *Senats* aus dem Jahr 2021²⁷ und ihrer Fortschreibung in den nachfolgenden Beschlüssen.²⁸ Kernaussage dieser Entscheidungslinie ist, dass ausländischen Hoheitsträgern bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen keine Funktionsträgerimmunität zukommt – ohne Rücksicht auf Status und Rang des Täters.²⁹

Daneben hatte sich die Rechtsprechung immer wieder auch mit weiteren Konstellationen zu befassen, in denen sich Hoheitsträger nicht auf ihre Immunität berufen können: zum einen fremdstaatliche Spionage gegen den Gerichtsstaat, zum anderen – und für den vorliegenden Fall entscheidend – geheimdienstlich gesteuerte Gewaltakte. Auch für diese Fall-

¹⁹ Vgl. *Goeckenjan*, in: *Cirener u.a. (Hrsg.)*, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 16, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 12 m.w.N.; BGH, Urt. v. 5.4.2018 – 3 StR 13/18 = NJW 2019, 90 (91 f. Rn. 18); BGH, Beschl. v. 20.10.2011 – 4 StR 344/11, Rn. 7 = BGHSt 57, 50 (51 f.).

²⁰ So BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 51.

²¹ Vgl. *Wieck-Noodt*, in: *Erb/Schäfer (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 305 Rn. 14; *Goeckenjan* (Fn. 19), § 305 Rn. 12.

²² Kritisch zur weiten Reichweite der deutschen Strafgewalt nach § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB bei grenzüberschreitenden und Internetsachverhalten *Ambos*, in: *Erb/Schäfer (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 9 Rn. 31 ff. m.w.N.

²³ Zur grundlegenden Entscheidung BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19 = BGHSt 65, 286, und ihrer Aufnahme in der Wissenschaft etwa *Werle/Jeffberger* (Fn. 7), vor §§ 3 ff. Rn. 418 ff. m.w.N.; *Kreß*, F.A.Z. v. 6.11.2023, S. 8; zur Fortschreibung in BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22 = BGHSt 68, 225; *Ambos*, DRiZ 2024, 30; *Raube*, KriPoZ 2024, 216; *Schäfer u.a.*, in: *Limperg/Rommel/Ackermann (Hrsg.)*, Festschrift zum fünfundsiebzigjährigen Bestehen von

Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2025, S. 239 (242 f.).

²⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24 = NJW 2024, 3003 (3005 Rn. 23); BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22 = BGHSt 68, 225 (Rn. 32); BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24 = NJW 2024, 1674 (1674 Rn. 53); BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19 = BGHSt 65, 286 (Rn. 13 ff., 17).

²⁵ Zur Einordnung als prozessuales Verfolgungshindernis statt als materieller Strafausschließungsgrund *Werle/Jeffberger* (Fn. 7), vor §§ 3 ff. Rn. 380 ff.; *Schäfer u.a.* (Fn. 23), S. 242; *Ambos* (Fn. 22), vor § 3 Rn. 113 ff.

²⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 25.

²⁷ BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19 = BGHSt 65, 286.

²⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19 = BGHSt 65, 286; BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24 = NJW 2024, 1674; BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22 = BGHSt 68, 225; BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24 = NJW 2024, 3003.

²⁹ Aus der Besprechungsliteratur etwa *Ambos*, DRiZ 2024, 30; *Jeffberger/Epik*, JR 2022, 10; *Raube*, KriPoZ 2024, 216; *Werle*, JZ 2021, 732; *Werle/Sayatz*, JZ 2024, 669.

gruppen soll die Funktionsträgerimmunität kein völkerrechtlich begründetes Strafverfolgungshindernis begründen.³⁰

Der Begriff der „geheimdienstlichen Gewaltakte“ soll dabei weit zu fassen sein. Erfasst sind Angriffe auf Personen oder Sachgüter aus politischen Motiven mit Tötungs- oder Verletzungsabsicht oder zumindest entsprechender Inkaufnahme, sofern sie verdeckt durch einen staatlichen Geheimdienst oder auf staatliche Veranlassung begangen werden.³¹ Werden solche Taten einem Staat zugerechnet, sind sie zwar Amtshandlungen, die nach dem Grundsatz der Staatenimmunität der Gerichtsbarkeit anderer Staaten entzogen wären. Die – in ihrer völkergewohnheitsrechtlichen Fundierung freilich nicht unbestrittene³² – anerkannte Ausnahme bricht diese Immunität indes auf. Sie reagiert auf das berechnete Interesse der Staatengemeinschaft, sich gegen Souveränitätsverletzungen mit den Mitteln des Strafrechts zur Wehr zu setzen.³³

Entscheidend ist insoweit, dass die Funktionsträgerimmunität aus der Staatenimmunität folgt und den Schutz fremder Souveränität bezweckt. Daran fehlt es bei verdecktem Staatshandeln, das die Souveränitätsrechte eines anderen Staates seinerseits missachtet.³⁴ Wer als Hoheitsträger eines Staates die Souveränität eines anderen verdeckt verletzt, kann sich nicht auf den Souveränitätsschutz berufen, dessen Konzept er mit der Tat unterläuft.³⁵ Zum Kreis der erfassten Delikte zählen ausdrücklich auch verdeckte staatliche Sabotageakte – namentlich die Versenkung des Greenpeace-Schiffes „Rainbow Warrior“ 1985 und der „Lockerbie“-Anschlag 1988.³⁶

Dogmatisch besonders bedeutsam ist die weitere Klarstellung im Beschluss.³⁷ In früheren Entscheidungen wurde die Durchbrechung der Funktionsträgerimmunität bei geheim-

dienstlichen Gewaltakten regelmäßig mit dem Zusatz „auf fremdem Staatsgebiet“ verbunden.³⁸ Es las sich also so, als würde eine Durchbrechung der Funktionsträgerimmunität bei geheimdienstlichen Gewaltakten ein Handeln auf fremdem Staatsgebiet voraussetzen. Diese räumliche Verkürzung lag nahe, weil bislang keine Anwendungsfälle bekannt waren, in denen sich die Frage anders gestellt hätte. Der Beschuldigte leitete daraus im Rahmen seiner Haftbeschwerde ab, die Ausnahme greife bei Taten in der ausschließlichen Wirtschaftszone oder auf Hoher See nicht.³⁹ Der *Senat* weist diese Lesart zu Recht ausdrücklich zurück und rückt das eigentlich tragende Kriterium in den Vordergrund.⁴⁰ Nicht der Tatort entscheidet, sondern die durch die Tat ausgelöste Verletzung der Souveränitätsrechte eines anderen Staates.⁴¹ Diese Wertung trägt. Das Seerechtsübereinkommen anerkennt souveräne Rechte gerade auch außerhalb des Hoheitsgebiets im engeren Sinne; die Funktionsträgerimmunität kann nicht weiter reichen als der durch sie geschützte Souveränitätsanspruch. Diese Aufweichung des territorialen Bezugs ist allerdings nicht frei von Bedenken: Sie reicht weit, denn die Funktionsträgerimmunität könnte damit faktisch bei staatlich zurechenbaren Maßnahmen hybrider Kriegsführung entfallen.⁴²

Die Verletzung deutscher Souveränitätsrechte bejaht der *Senat* doppelt: Deutschland habe zum einen als „verlegender Staat“ souveräne Rechte an den im staatlichen Interesse und mit Beteiligung deutscher Energieunternehmen errichteten und betriebenen Pipelines gehabt; aus dem Seerechtsübereinkommen⁴³ folge – unabhängig von der zivilrechtlichen Eigentumssituation – ein hoheitliches Recht, Rohrleitungen auch in der ausschließlichen Wirtschaftszone und auf Hoher See zu verlegen und in deutschem Interesse zu schützen. Zum anderen sei der Taterfolg auch auf deutschem Staatsgebiet eingetreten, weil Teile der Rohrleitungen im deutschen Küstenmeer und in deutschen inneren Gewässern verlaufen und die Anlandestationen bei Lubmin in Deutschland liegen.⁴⁴

Ohne Belang sei schließlich, ob die Tat ein Kriegsverbrechen darstelle und die Funktionsträgerimmunität auch deshalb nicht greife; die Strafverfolgung sei bereits aufgrund der Ausnahme bei geheimdienstlichen Gewaltakten nicht gehindert.⁴⁵ Das ist konsequent: Die Durchbrechung der Funktionsträgerimmunität bei Völkerrechtsverbrechen einerseits und bei verdeckten geheimdienstlichen Gewaltakten andererseits beruht

³⁰ Implizit bereits BGH, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18 = BGHSt 64, 170; BGH, Urt. v. 24.6.2004 – 5 StR 306/03 = NJW 2004, 3051; BGH, Urt. v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = BGHSt 18, 87; ausdrücklich nun BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24 = NJW 2024, 3003 (3005 Rn. 23); dazu *Raube, KriPoZ 2024, 475* ff.; vgl. aus dem Schrifttum zudem *Ambos* (Fn. 22), vor § 3 Rn. 140; *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor §§ 3–7 Rn. 35; *Frister*, in: Wolter/Deiters (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK*, Bd. 9, 6. Aufl. 2024, vor §§ 18–21 GVG Rn. 20; *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), vor §§ 3 ff. Rn. 434; *Folz/Soppe*, NStZ 1996, 576 (580 f.); *Kreicker*, JR 2015, 298 (299); *ders.*, *Völkerrechtliche Exemtionen*, Bd. 1, 2007, S. 254 ff.

³¹ *Kreicker* (Fn. 30), S. 255.

³² Zweifelnd an der völkergewohnheitsrechtlichen Grundlage dieser Fallgruppe *Ambos*, JZ 2026, 562 (564 f.).

³³ *Kreicker* (Fn. 30), S. 262.

³⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 27.

³⁵ Dazu *Kreicker*, JR 2015, 298 (299); *ders.* (Fn. 30), S. 254 ff., 257 ff.; *Folz/Soppe*, NStZ 1996, 576 (580 f.); *Schäfer u.a.* (Fn. 23), S. 249.

³⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 26. Vgl. *Folz/Soppe*, NStZ 1996, 576 (579, 581); zum Rainbow-Warrior- und Lockerbie-Fall ferner *Kreicker* (Fn. 30), S. 257 ff.

³⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 27.

³⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24 = NJW 2024, 3003 (3005 Rn. 23); *Schäfer u.a.* (Fn. 23), S. 249.

³⁹ So die Argumentation der Beschwerde, dargestellt in Rn. 27 des Beschlusses.

⁴⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 27.

⁴¹ Dazu *Kreicker*, JR 2015, 298 (299).

⁴² Kritisch dazu auch *Ambos*, JZ 2026, 562 (564).

⁴³ Vgl. Art. 58 Abs. 1, 79 Abs. 1 und 5, 87 Abs. 1 S. 3 lit. c, 112 Abs. 1 SRÜ.

⁴⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 30.

⁴⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 31.

auf eigenständigen völkergewohnheitsrechtlichen Grundlagen;⁴⁶ jede Ausnahme trägt isoliert die Strafverfolgung.

Diese Klarstellung hat besondere Bedeutung vor dem Hintergrund der jüngsten Gesetzgebung. Mit dem zum 3.8. 2024 in Kraft getretenen § 20 Abs. 2 S. 2 GVG hat der Gesetzgeber geregelt, dass funktionelle Immunität die Erstreckung deutscher Gerichtsbarkeit auf Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch nicht hindert.⁴⁷ Die Norm schreibt die Senatsrechtsprechung zur Durchbrechung der Funktionsträgerimmunität bei Völkerrechtsverbrechen⁴⁸ fest, ist aber rein deklaratorisch, weil sich die Reichweite der Funktionsträgerimmunität ohnehin über Art. 25 S. 1 GG und § 20 Abs. 2 S. 1 GVG bestimmt.⁴⁹ Die Regelung ist inhaltlich richtig, wurde aber in einiger Eile durch den Rechtsausschuss kurz vor Verabschiedung eingefügt; einer ausdrücklichen Klarstellung hätte es nicht bedurft.⁵⁰ Umso wichtiger ist, dass der *Senat* hier nochmals⁵¹ verdeutlicht: § 20 Abs. 2 S. 2 GVG erlaubt keinen Umkehrschluss. Dafür fehlt schon jeder Anhaltspunkt in der Entstehungsgeschichte; weder die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses noch die kurze Aussprache lassen einen gesetzgeberischen Willen erkennen, die übrigen völkergewohnheitsrechtlichen Durchbrechungen abzuschneiden. Hinzu kommt die deklaratorische Natur der Norm – was lediglich klarstellt, kann nicht zugleich begrenzen. Die völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Durchbrechungen sind daher nicht auf Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch beschränkt; auch bei verdeckten geheimdienstlich gesteuerten Gewaltakten greift die Immunität – wie der vorliegende Fall zeigt – nicht ein. Das auch vom Bundesverfassungsgericht hervor gehobene Gebot der Differenzierung zwischen verschiedenen funktionellen Immunitäten bleibt unberührt.⁵²

V. Schädigungsrecht im bewaffneten Konflikt

Nachdem der *Senat* mit den vorstehenden Erwägungen die Vorfragen zur deutschen Strafgewalt und zur Funktionsträgerimmunität abgesteckt hat, wendet er sich einer Reihe weiterer völkerrechtlicher und völkerstrafrechtlicher Fragen

zu, die für das weitere Verfahren erhebliche Bedeutung haben. Ob der Sabotageakt den Tatverdacht eines Kriegsverbrechens des Angriffs gegen zivile Objekte (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 VStGB) begründet, lässt der *Senat* zwar offen,⁵³ widmet der Frage aber ausführliche obiter dicta.⁵⁴ Der Sabotageakt sei selbst unter der Annahme einer hoheitlichen Handlung der Ukraine im bewaffneten Konflikt mit Russland keine völkerrechtlich erlaubte Schädigungshandlung gewesen.⁵⁵

Zutreffend stellt der *Senat* zunächst klar, dass die Beteiligung an einer völkerrechtlich legalen Schädigungshandlung über Art. 25 GG bzw. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG einen innerstaatlich beachtlichen Rechtfertigungsgrund darstellt, der strafbarkeitsausschließend wirkt und kein immunitätsgleiches Verfolgungshindernis begründet.⁵⁶ Das ist dogmatisch wichtig, weil die Voraussetzungen der völkerrechtlichen Erlaubnis dadurch im Strafverfahren materiell geprüft werden müssen.

Der Rechtfertigungsgrund greift nach Ansicht des Bundesgerichtshofs aus zwei voneinander unabhängigen Gründen nicht ein, von denen jeder für sich genügt. Zum einen, weil die Täter mit hoher Wahrscheinlichkeit verdeckt im Rahmen einer Geheimdienstoperation gehandelt hätten und von Zivilpersonen nicht unterscheidbar gewesen seien. Der Kombattantenstatus, den das Kriegsvölkerrecht für jede Schädigungsbefugnis voraussetzt, habe damit nicht vorgelegen.⁵⁷

Die Argumentation ist tragfähig: Maßgeblich ist nicht die formelle Zugehörigkeit zu einer Streitkraft, sondern das äußere Erscheinungsbild mit erkennbarem Unterscheidungszeichen und offen getragenen Waffen.⁵⁸ Der Unterscheidungsgrundsatz ist eines der tragenden Prinzipien des humanitären Völkerrechts;⁵⁹ er soll sicherstellen, dass die Zivilbevölkerung vor militärischer Gewalt geschützt bleibt, indem Kombattanten erkennbar sind. Das Kombattantenprivileg kommt daher nur denjenigen zu, die sich dem Unterscheidungsgebot unterwerfen. Wer sich bewusst als Zivilist tarnt, um verdeckt eine Sabotageaktion durchzuführen, kann das Privileg nicht für sich reklamieren. Schon der U.S. Supreme Court hat 1942 in *Ex parte Quirin* deutsche Wehrmachtsangehörige, die ihre Uniformen nach der Anlandung an der US-Küste vergraben und sich in Zivilkleidung zu Sabotagezielen begeben hatten,

⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19 = BGHSt 65, 286 (Rn. 13 ff.); *Ambos* (Fn. 22), vor § 3 Rn. 114, 148; *Werle/Jeffberger* (Fn. 7), vor §§ 3 ff. Rn. 418 ff., 434.

⁴⁷ Eingeführt durch Art. 2 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 30.7.2024, BGBl. 2024 I Nr. 255.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19 = BGHSt 65, 286; Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24 = NJW 2024, 1674; BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22 = BGHSt 68, 225; BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24 = NJW 2024, 3003.

⁴⁹ So ausdrücklich *Schäfer u.a.* (Fn. 23), S. 246: Die Norm sei „deklaratorisch“, weil die Senatsrechtsprechung „allein die (begrenzte) Reichweite einer völkergewohnheitsrechtlich verankerten Immunität“ aufzeige; vgl. zudem BT-Drs. 20/11661, S. 19; ebenso *Ambos*, JZ 2026, 562 (564).

⁵⁰ Dazu *Werle/Sayatz*, JZ 2024, 669 (672).

⁵¹ Vgl. bereits BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22 = BGHSt 68, 225 (Rn. 34); ausdrücklich *Schäfer u.a.* (Fn. 23), S. 247.

⁵² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96 = BVerfGE 96, 68 (85); dazu *Schäfer u.a.* (Fn. 23), S. 247.

⁵³ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 43; näher zum Offenlassen dieser Frage *Ambos*, JZ 2026, 562 (563).

⁵⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 44–52.

⁵⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 45.

⁵⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 46; vgl. *Ambos*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 9, 4. Aufl. 2022, VStGB vor § 8 Rn. 38; BT-Drs. 14/8524, S. 12.

⁵⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 47.

⁵⁸ Vgl. insbesondere Art. 1 HLKO, Art. 44 Abs. 3 ZP I und Art. 4 Abs. A Nr. 1 und 2 GA III. Dazu etwa *Ambos* (Fn. 56), VStGB vor § 8 Rn. 37 f.; *Heintschel v. Heinegg*, in: Ipsen/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl. 2024, § 63 Rn. 5 ff.; *Frau*, in: v. Kielmansegg/Terhechte/Weingärtner (Hrsg.), Handbuch Recht der Streitkräfte, 2025, § 20 Rn. 113, 125 f.; BT-Drs. 14/8524, S. 12.

⁵⁹ Vgl. insoweit insbesondere Art. 48 ZP I.

als „unlawful combatants“ eingestuft und ihnen das Privileg versagt.⁶⁰ Die Parallele liegt auf der Hand.

Zum anderen – selbst wenn man den Kombattantenstatus annehmen wollte – verneint der 3. *Strafsenat*, dass die Pipelines legitime Angriffsziele gewesen seien.⁶¹ Unabhängig von den Eigentumsverhältnissen handele es sich um zivile Infrastruktur, die nach den Regeln des humanitären Völkerrechts vor Angriffen geschützt sei.⁶² Als militärische Ziele gelten nur Objekte, die wirksam zu militärischen Handlungen beitragen und deren Zerstörung einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt.⁶³ Die Pipelines hätten dem Erdgastransport zu zivilen Zwecken gedient; ihre Zerstörung habe keinen direkten militärischen Vorteil bewirkt.⁶⁴ Dass Russland aus dem Gasverkauf Einnahmen erzielt habe, die für militärische Aktivitäten hätten genutzt werden können, sei nur ein mittelbarer Vorteil, der nicht genüge.⁶⁵ Dies werde durch das völkergewohnheitsrechtliche Seekriegsrecht gestützt.⁶⁶

Die Ausführungen überzeugen. Es ist „mehr als zweifelhaft“⁶⁷, ob Objekte, die der Generierung von Einkommen für die Kriegsführung dienen, als militärische Ziele angegriffen werden dürfen; der Umweg über den Verkauf von Rohstoffen zur Beschaffung von Kriegsmaterial stellt keinen „wirksamen“ Beitrag zu militärischen Handlungen dar.⁶⁸ Die Kausalkette ist zu lang und zu indirekt; eine solche entfernte Kausalbeziehung könnte den Begriff des „wirksamen Beitrags“ nur um den Preis der Konturenlosigkeit erfüllen. Auch fehlt es an einem „eindeutigen“ militärischen Vorteil. Rein politische, wirtschaftliche oder finanzielle, hypothetische oder spekulative Vorteile genügen nicht.⁶⁹

Der Bundesgerichtshof positioniert sich damit bewusst gegen die – vor allem in den USA vertretene⁷⁰ – weite „war-sustaining“-Doktrin, nach der bereits Objekte, die die Kriegswirtschaft des Gegners tragen, als militärische Ziele gelten, auch wenn sie selbst keiner militärischen Nutzung dienen.

⁶⁰ U.S. Supreme Court, Urt. v. 31.7.1942 – 317 U.S. 1 (Ex parte Quirin); vgl. *Heintschel v. Heinegg* (Fn. 58), § 63 Rn. 5 Fn. 268.

⁶¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 48.

⁶² Vgl. Art. 52 Abs. 1 S. 1 ZP I.

⁶³ Vgl. Art. 37 des San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 1995; ferner *Boothby*, Lieber Institute West Point v. 25.10.2024, abrufbar unter <https://lieber.westpoint.edu/attacking-pipeline-legal-issues-consideration> (9.7.2026);

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, *Verfolgbarkeit der Anschläge auf die Nord-Stream-Pipelines vor dem IStGH*, WD 2 - 3000 - 019/25, 25.4.2025, S. 11 f.

⁶⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 48.

⁶⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 49.

⁶⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 50 mit Verweis auf Art. 37 San Remo Manual.

⁶⁷ *Dörmann*, in: Erb/Schäfer (Fn. 56), VStGB § 11 Rn. 53.

⁶⁸ *Dörmann* (Fn. 67), VStGB § 11 Rn. 50, 53 mit Fn. 108.

⁶⁹ *Dörmann* (Fn. 67), VStGB § 11 Rn. 55 f.

⁷⁰ Vgl. U.S. Department of Defense, *Law of War Manual*, 2023, § 5.6.6.2; dazu *Dörmann* (Fn. 67), VStGB § 11 Rn. 53 Fn. 108 m.w.N.; kritisch *Boothby* (Fn. 63).

Diese Lesart wird von der ganz überwiegenden Literatur abgelehnt.⁷¹ Ließe man das Kriterium zu, könnte praktisch jede wirtschaftliche Aktivität eines Konfliktgegners – Fabriken, Handelsschiffe, Bankgebäude, Energieinfrastruktur – zum militärischen Ziel erklärt werden, solange ein noch so mittelbarer Bezug zur Kriegsfinanzierung konstruierbar ist. Das humanitäre Völkerrecht verlöre damit seine zentrale Schutzfunktion.

In einer Zeit, in der die Verwundbarkeit grenzüberschreitender Infrastruktur – von Unterwasserkabeln über Energiepipelines bis zu Satellitennetzwerken – in den Fokus rückt, setzt der Bundesgerichtshof ein deutliches Signal: Zivile Infrastruktur bleibt zivil, auch wenn gegnerische Konfliktparteien aus ihrer wirtschaftlichen Nutzung Einnahmen erzielen. Das Schädigungsrecht findet seine Grenze dort, wo der Zusammenhang zwischen Objekt und Kampfhandlungen nur noch über wirtschaftliche Zwischenschritte vermittelt ist.

VI. Materielle Strafbarkeit

Die materiell-rechtlichen Erwägungen des *Senats* zu den im Haftbefehl benannten Tatbeständen folgen den etablierten Linien und sollen hier nur knapp gewürdigt werden. Den dringenden Tatverdacht wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion (§ 308 Abs. 1 StGB) in vier tateinheitlichen Fällen bejaht der *Senat* folgerichtig, weil der für § 308 Abs. 1 StGB erforderliche Gefährdungsvorsatz als Bestandteil der Zerstörungsabsicht angesehen werden kann (Rn. 32 f.).⁷² Auch der dringende Tatverdacht der Zerstörung von Bauwerken (§ 305 Abs. 1 StGB) in zwei tateinheitlichen Fällen ist überzeugend; die Anwendung auf grenzüberschreitende Infrastruktur folgt zwanglos aus dem weiten Bauwerksbegriff (Rn. 34).⁷³ Bemerkenswert ist der gleichfalls bejahte Tatverdacht der Störung öffentlicher Betriebe gem. § 316b Abs. 1 Nr. 2 StGB: Die Vorschrift schützt Anlagen der öffentlichen Versorgung mit Wasser, Licht, Wärme oder Kraft und damit zentrale Einrichtungen der Energieversorgung. Der *Senat* legt den Anlagenbegriff weit aus und erfasst auch Einrichtungen für den „überregionalen und internationalen Transport eines Energieträgers wie Gas“, die mit weiteren Anlagen die öffentliche Versorgung sicherstellen.⁷⁴ Diese Auslegung erscheint

⁷¹ Nachweise bei *Dörmann* (Fn. 67), VStGB § 11 Rn. 53 Fn. 108; *Boothby* (Fn. 63); ILA Study Group on the Conduct of Hostilities, *The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law*, 2017, S. 16; ferner *Lott*, NCLOS Blog 2023, S. 2 f., abrufbar unter <https://hdl.handle.net/10037/32451> (9.7.2026);

Wissenschaftliche Dienste (Fn. 63), S. 12; zustimmend auch *Ambos*, JZ 2026, 562 (566 f.).

⁷² Vgl. *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 308 Rn. 10; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 308 Rn. 7.

⁷³ *Goeckenjan* (Fn. 19), § 305 Rn. 8 ff.; BGH, Beschl. v. 20.10.2011 – 4 StR 344/11, Rn. 7 = BGHSt 57, 50 (51 f.).

⁷⁴ Dazu BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 35–37. Vgl. *Zieschang*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger

mit Blick auf den Schutzzweck – Sicherung lebenswichtiger Versorgungseinrichtungen – vertretbar; eine vertiefte Auseinandersetzung muss im hiesigen Rahmen unterbleiben. Hingewiesen sei lediglich darauf, dass der *Senat* selbst auf eine wohl engere Auffassung verweist, die – wenn auch zur Parallelvorschrift des § 88 Abs. 1 Nr. 3 StGB – in der Kommentierung eines Richters des eigenen 3. *Strafsenats* vertreten wird.⁷⁵

Offengelassen wird, ob darüber hinaus eine Strafbarkeit wegen verfassungsfeindlicher Sabotage (§ 88 Abs. 1 Nr. 3 StGB) in Betracht kommt.⁷⁶ Zweifel an einer hierfür erforderlichen absichtlichen Förderung der Bestrebungen Dritter im Sinne des § 92 Abs. 3 Nr. 2 StGB sind im derzeitigen Verfahrensstadium nachvollziehbar; die Zurückhaltung des *Senats* ist im Rahmen der Haftbeschwerde sachgerecht und belässt dem Ermittlungsverfahren den nötigen Raum für die Klärung der subjektiven Tatseite.⁷⁷

VII. Fazit

Der Beschluss verdient inhaltlich ausdrückliche Zustimmung. Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 3 StGB i.V.m. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB durch Konstruktion einer Inlandstat über den funktionalen Erfolgsbegriff des § 305 StGB eröffnet eine angemessene strafrechtliche Reaktion auf Angriffe auf grenzüberschreitende kritische Infrastruktur. Die Klarstellung, dass die Ausnahme von der Funktionsträgerimmunität bei verdeckten geheimdienstlichen Gewaltakten auch jenseits fremden Hoheitsgebiets greift, schließt eine Lücke und führt die Senatsrechtsprechung konsequent fort. Die obiter dicta zum Schädigungsrecht – insbesondere die Absage an die „war-sustaining“-Doktrin und die Bestätigung des Unterscheidungsgrundsatzes als Bedingung des Kombattantenprivilegs – sind als deutsches höchststrichterliches Bekenntnis zu den tragenden Prinzipien des humanitären Völkerrechts von Bedeutung weit über den Einzelfall hinaus. Der Beschluss wird auf dem weiteren Weg des Verfahrens die maßgebliche Referenzentscheidung sein.

*Prof. Dr. Nella Sayatz, Frankfurt (Oder)**

(Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 316b Rn. 19; *Wieck-Noodt* (Fn. 21), § 316b Rn. 16.

⁷⁵ Vgl. *Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 88 Rn. 11.

⁷⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.2025 – StB 60/25, Rn. 39–42.

⁷⁷ Vgl. *Anstötz* (Fn. 75); *Steinsiek*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 88 Rn. 11, 15; *Paeffgen/Kleszczewski*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 92 Rn. 10.

* Die *Verf.* ist Juniorprofessorin für Internationales sowie Europäisches Strafrecht und Strafprozessrecht an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Sie dankt Herrn Wiss. Mitarbeiter *Tobias Werner* für hilfreiche Anmerkungen und Kommentare.

B u c h r e z e n s i o n

Thomas Rotsch/Frank Saliger/Michael Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar StPO, Strafprozessordnung mit GVG, EGVG, Bd. 1 und 2, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2025, 5145 S., € 399,-.

I. Kommt ein neuer Kommentar auf den Markt, stellt sich dem potentiellen Käufer und Leser die Frage, wieso es dessen eigentlich bedarf. Denn das Spektrum an etablierten Kommentierungen ist bereits sehr groß. Es reicht, um den Überblick mit den *einbändigen* Kommentaren zu beginnen, von dem verbreiteten Standardkommentar Schmitt/Köhler mit in der 69. Auflage inzwischen 2.936 Seiten über den von Gercke, Temming und Zöller inzwischen in siebter Auflage herausgegebenen Heidelberger Kommentar mit aktuell rund 2.500 Seiten zu den sehr großen einbändigen Werken: dem von Satzger, Schluckebier und Werner in inzwischen in sechster Auflage herausgegebenen „S/S/W“ mit 2.900 Seiten, dem von Graf in fünfter Auflage 2025 herausgegebenen Kommentar StPO mit Nebengesetzen (3.102 Seiten), dem von Radtke und Hohmann inzwischen in zweiter Auflage 2025 herausgegebenen StPO-Kommentar mit einem Umfang von 3.368 Seiten und dem für August 2026 in zehnter Auflage angekündigten Karlsruher Kommentar mit rund 3.400 Seiten. Hinzu kommen mit einer Ausrichtung besonders auf Studierende der in sechster Auflage für 2026 angekündigte Studienkommentar StPO von Joecks/Jäger mit 1.014 Seiten und das von Dölling, Duttge, König und Rössner herausgegebene und für November 2026 in sechster Auflage angekündigte Werk „Gesamtes Strafrecht“ aus der Reihe Nomos-Handkommentar, das Kommentierungen zum StGB, zu den Nebengebieten und zur StPO in einem Band vereint. Auch auf dem Feld der mehrbändigen Kommentierungen ist das Angebot vielfältig. Der seit der 143. Aktualisierungslieferung nicht mehr sowohl online als auch als Loseblattwerk, sondern ausschließlich als Online-Kommentar erscheinende „KMR“, herausgegeben von Bockemühl und v. Heintschel-Heinegg, hat einen Umfang von über 7.000 Seiten. Der Münchener Kommentar zur StPO, herausgegeben von Knauer, Kudlich und Schneider, ist vierbändig gestaltet und hat in seiner aktuellen zweiten Auflage einen Umfang von rund 8.900 Seiten. In zehn Bänden erscheint aktuell die sechste Auflage des von Rudolphi begründeten und inzwischen von Wolter und Deiters herausgegebenen Systematischen Kommentars zur Strafprozessordnung mit einem Umfang von rund 11.500 Seiten. Der Großkommentar Löwe/Rosenberg besteht in seiner 27. Auflage aus fünfzehn Bänden. Flankiert wird das breite Angebot durch den Beck'schen Online-Kommentar (BeckOK). Ein Beck'scher Online-Großkommentar (BeckOGK) zur StPO wird aktuell vorbereitet.

Blickt man allein auf den Umfang des zu besprechenden neuen „NK-StPO“, so lässt sich das in einem gediegenen dunkelblauen Einband erscheinende zweibändige Werk mit seinen insgesamt 5.145 Seiten oberhalb der großen einbändigen Werke und unterhalb von „KMR“ und „MüKoStPO“ einordnen. Kommentiert werden neben der StPO auch die für das Strafverfahren relevanten Vorschriften des GVG und des

EGGVG. Die Erscheinungsform in zwei Bänden ermöglicht es, deutlich eingehender zu kommentieren, als es bei den einbändigen Kommentaren möglich ist, wobei aber der nicht unbegrenzte Raum zu einer gewissen Stringenz und Kompaktheit nötigt. Allerdings ist – sicherlich mit dem Ziel, das Gewicht der Bände zu beschränken und deren Kompaktheit zu sichern – ein Papier gewählt worden, das sich als recht dünn und empfindlich erweist. Ohne einen sehr vorsichtigen Umgang mit dem Kommentar werden sich unschöne Knicke und Eselsohren wohl kaum vermeiden lassen. Im Bibliothekseinsatz an Universitäten, in Anwaltskanzleien, in Gerichten und in Behörden dürften die Bände rasch leiden. Die gewählte Schriftgröße erweist sich als noch gerade leserfreundlich.

II. Ausweislich des Vorwortes geht es den Herausgebern darum, dass die Kommentierung als „Pendant zum NK-StGB“ „durch konzeptionelles Denken, Methodenbewusstsein und eine tiefgründige Dogmatik“ die Materie wissenschaftlich durchdringt sowie die Rechtsprechung bis in die unteren Instanzen in kritischer Auseinandersetzung aufarbeitet. Der Autorenkreis setzt sich vornehmlich aus vielen renommierten Hochschullehrern zusammen, ergänzt wird er aber auch durch einige wissenschaftlich durchweg ausgewiesene Praktiker aus Justiz (*Eschelbach, Güntge, Merz und Penkuhn*) und Strafverteidigung (*Engelhart, Knierim, Neuhaus und Tsambikakis*). Die Ankündigung aus dem Vorwort, die Kommentierungen beruhen „sämtlich auf den zum 1.2.2025 jeweils aktuellen Gesetzesfassungen“, ist bezüglich der praktisch bedeutsamen §§ 32 und 158 StPO nicht umgesetzt, weil Änderungen durch das Gesetz zur weiteren Digitalisierung der Justiz¹ unberücksichtigt geblieben sind.²

Naturgemäß kann ein *Rezensent* eines derart umfangreichen Werkes nicht für sich in Anspruch nehmen, die Kommentierung in Gänze gelesen zu haben. Ich habe den Kommentar sowohl zur Vorbereitung meiner StPO-Vorlesung als auch im dienstlichen Alltag als Generalstaatsanwalt genutzt und daneben stichprobenartig mich besonders interessierende Passagen betrachtet. Der Gesamteindruck ist vorzüglich. Der zu Beginn der einzelnen Kommentierungen angebrachten Literaturauswahl kommt zugute, dass bei einem neuen Kommentar kein unnötiger Ballast mitgeschleppt wird. Der einheitliche Aufbau der einzelnen Kommentierungen wird durch eine jeweils knappe vorangestellte Gliederung verdeutlicht mit der Folge, dass man sich sehr schnell und treffsicher zu orientieren vermag. Die Kommentierungen sind verständlich abgefasst, der allerdings in recht kleiner Schrifttype gesetzte Fußnotenapparat ist überschaubar, aber ausreichend. Dem im Vorwort skizzierten Anspruch entsprechend beschränken sich die Kommentierungen nicht darauf, Rechtsprechungsentwicklungen zu referieren, sondern nehmen dazu pointiert Stellung. Exemplarisch herausgegriffen seien die Ausführungen von *Rotsch* zu verfassungsrechtlichen Bedenken im Kontext der „beweglichen Zuständigkeit“ und zu der Frage der Mitwirkung

¹ BGBl. 2024 I Nr. 234.

² § 32 StPO enthielt zu diesem Zeitpunkt einen Absatz 1a, der in der Kommentierung nicht berücksichtigt ist. Bei § 158 StPO ist die seit dem 17.7.2024 geltende Fassung unbeachtet geblieben.

von Schöff en bei Haftentscheidungen (StPO § 1 Rn. 18 f.), von *El-Ghazi* zur Rechtsprechung betreffend die Zulässigkeit der Protokollberichtigung trotz Rügeverkümm erung (StPO § 271 Rn. 30 ff.), von *Neuhaus* zu dem von der Rechtsprechung anerkannten Beurteilungsspielraum bei der Überprüfung der tatrichterlichen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Prozessrecht und materiellen Recht (StPO § 337 Rn. 57 ff., 118 ff.: „Verzweigung des Rechtsschutzes“), die eingehende Darstellung von *Eschelbach* zu der Handhabung des Begriffs der offensichtlichen Unbegründetheit in § 349 Abs. 2 StPO (StPO § 349 Rn. 30–67) und diejenige von *Rotsch/Wagner* zu der Frage, ob § 302 Abs. 1 S. 2 StPO auch einer wirksamen Rücknahme eines Rechtsmittels nach vorangegangener Verständigung entgegensteht (StPO § 302 Rn. 52). Der Einheitlichkeit kommt es zugute, dass längere und zusammenhängende Abschnitte oft von nur einem Kommentator oder einem Kommentatoren-Duo bearbeitet werden. Besonders gut gefallen haben mir die von *Neuhaus* und *Eschelbach* verantworteten Passagen zum Revisionsrecht.

III. Folgende Wünsche für eine sicher zu erwartende zweite Auflage möchte ich anbringen: Vielleicht lässt sich, ohne den Umfang des Werkes zu sprengen, ein etwas festeres Papier auswählen. Die Kommentierung zum Verletztenbegriff beim Klageerzwingungsverfahren (StPO § 172 Rn. 14 ff.) sollte künftig einen Verweis auf die bereits 2021 in die StPO eingefügte Legaldefinition (§ 373b StPO) enthalten. In der Kommentierung zum Weisungsrecht spricht sich *Bock* aus verfassungsrechtlichen Gründen für eine Beibehaltung des externen Weisungsrechts aus (GVG § 146 Rn. 3). Wünschenswert wäre es, wenn dort künftig auch auf die seit etwa 2020 im Anschluss an das Urteil des EuGH zum Europäischen Haftbefehl³ wieder aufgeflam mte Diskussion, ob externe Weisungen zumindest in Schriftform ergehen, ausschließlich an den Generalstaatsanwalt gerichtet, mit einer Begründung versehen und in den Sachakten dokumentiert werden sollten,⁴ eingegangen würde. Schließlich sollten „Kinderkrankheiten“ wie die gelegentliche Nichtberücksichtigung der aktuellen Gesetzesfassung und die vereinzelte unzutreffende Wiedergabe des Namens des KMR-Kommentators *Kulhanek* als „Kulhany“ (StPO § 153 Rn. 135; § 153a Rn. 220, 400) abgestellt werden.

IV. Ungeachtet einzelner weniger Kritikpunkte fällt das Gesamtfazit ausgesprochen positiv aus. Der „NK-StPO“ hat als einziger zweibändiger Kommentar zur StPO ein Alleinstellungsmerkmal. Die Autoren nutzen den Vorteil gegenüber den einbändigen Werken, vertiefter in die Materie einsteigen zu können, überzeugend. Das Werk vermag inhaltlich zu überzeugen und deckt die Bedarfe von Lehre, Wissenschaft und Praxis gleichermaßen ab. Ich wage daher die Prognose, dass der „NK-StPO“ an die Erfolgsgeschichte des „NK-StGB“,

dessen siebte Auflage derzeit vorbereitet wird, als ebenbürtiges Pendant wird anknüpfen können.

*Generalstaatsanwalt Dr. Thomas Harden, Köln**

³ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 PPU.

⁴ Vgl. dazu etwa *Wallenta*, Deutsche Staatsanwaltschaften zwischen Verfassungsrecht und europäischem Leitbild, 2021, S. 50 ff., 66 f.; *Schady*, in: Anders/Graalman-Scheerer/Schady (Hrsg.), Innovative Entwicklungen in den deutschen Staatsanwaltschaften, 2021, S. 323; *Krause-Ablaß/Pradel*, ZRP 2024, 140.

* Der Verf. ist Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.