

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

5/2026

5. Jahrgang

S. 280–345

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Prozedurales Medizinstrafrecht Von Prof. Dr. Yu Amada, Tokio	280
Äußerungsdelikte in sozialen Medien – ein Forschungsbericht Von Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Prof. Dr. Frank Schuster, Würzburg	288
Die nicht einvernehmlich hergestellten sexualisierten Deepfakes Zur Reichweite der Rechtslage de lege lata und zu den aktuellen Reformbestrebungen Von Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, stud. iur. Anton Jansen, Tübingen	300
Der neue § 308 Abs. 3 StGB – eine erste Sichtung Von Dr. Philipp Alexander Burek, Bochum	311
Keine „Gehilfenbanden“ ... nicht einmal im Betäubungsmittelstrafrecht? Besprechung von BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25 Von Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Saarbrücken	318

Europäisches Strafrecht

In the Name of Trust – Der Vertrauensgrundsatz im Lichte von EncroChat und ANOM Von Prof. Dr. Laura Neumann, Wiss. Mitarbeiter Laurin Krumwiede, Mannheim	325
--	-----

BUCHREZENSIONEN

Völkerstrafrecht

Kai Ambos, Staatsräson nach Gaza, Das deutsch-israelische Verhältnis und das Völkerrecht, 2026 (Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. [Cambridge], Hamburg)	341
--	-----

Der vorliegende Beitrag unternimmt eine Analyse der Gründe, Funktionen und Grenzen der Prozeduralisierung im Medizinstrafrecht. Der Kern der Prozeduralisierung besteht in der Schaffung einer theoretischen Grundlage für das Phänomen, gemäß dem rechtsgutsverletzende bzw. -tangierende Handlungen straffrei sind, sofern spezifische Verfahrensnormen eingehalten werden. In Situationen, in denen es an materiell-rechtlichen Vorschriften mangelt oder in denen die Entscheidungsfindung komplex und übermäßig spezialisiert ist, dient die Einhaltung von Verfahren dazu, die materielle Bewertung der betreffenden Handlung zu ergänzen oder sogar zu ersetzen. Die Anerkennung dieser Ersetzungsfunktion ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass die betroffenen Akteure die vorgeschriebenen Verfahren eingehalten haben. Auch wenn es zu Verfahrensverstößen kommt, führt dies nicht unmittelbar zur materiellen Rechtswidrigkeit.

I. Einleitung

In diesem Beitrag wird ein neues Rechtsphänomen analysiert: die sog. „Prozeduralisierung“. Im Folgenden werden zunächst die grundlegenden Konturen dieses Phänomens ermittelt und aufgezeigt, wann und unter welchen Umständen es zur Debatte steht (II.). Anschließend wird anhand einer Untersuchung der derzeit vorherrschenden Lehren der aktuelle Stand der Debatte um die Prozeduralisierung dargestellt (III.). Auf dieser Grundlage werden die Gründe für den prozeduralistischen Ansatz als Denkmodell dargelegt. Abschließend wird der Versuch unternommen, sowohl die Funktionen als auch die Grenzen der Prozeduralisierung abzuleiten (IV.).

Es sei zunächst darauf hingewiesen, dass vor diesem Unterfangen die Klärung des Begriffs „Prozeduralisierung“ erforderlich ist. Wie später erläutert wird, wurde er in der Vergangenheit interdisziplinär verwendet. Vor diesem Hintergrund kann bereits die Definition des Begriffs selbst zu einem Streitpunkt werden. In der gegenwärtigen Diskussion findet die Definition der Prozeduralisierung als „die von der Einhaltung spezifischer Verfahrensnormen abhängende Straflöslichkeit rechtsgutsverletzender bzw. -tangierender Handlungen“¹ jedoch breite Zustimmung. In der vorliegenden Untersuchung wird diese Definition zugrunde gelegt.

* Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am 26.11.2025 während eines Forschungsaufenthalts als Gastprofessor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg gehalten hat (der ursprüngliche Vortragstitel lautete „Prozeduralisierung im [Medizin-]Strafrecht“). Ein besonderer Dank gebührt Prof. Dr. Henning Rosenau, der dem Verf. diese wertvolle Gelegenheit gewährt hat. Des Weiteren bedankt sich der Verf. bei Dr. Kim Philip Linoh, M.mel. (Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rosenau) für die Korrektur der Grammatikfehler in diesem Beitrag.

** Der Verf. ist außerordentlicher Professor für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Aoyama-Gaku'in-Universität (AGU) in Tokio.

II. Problemübersicht

1. Gegenwärtige Diskussionslage

a) Materielles und Prozedurales

Gegenwärtig erfährt die Theorie der Prozeduralisierung im Strafrecht eine signifikant erhöhte Aufmerksamkeit.² Der Fokus der Untersuchung liegt auf der Fragestellung, ob die Einhaltung vorgegebener Verfahren tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung hat.³ Die gängige Antwort auf diese Frage lautet, dass eine derartige Wirkung nicht existiert. Diese Ansicht fußt auf der Prämisse, dass „Materie und Verfahren“ nicht miteinander in Verbindung stehen. Folglich hat die Einhaltung eines vorgeschriebenen Verfahrens keinen Einfluss auf die materiell-rechtliche Beurteilung.⁴ Dieser traditionellen Antwort liegt eine Zweiteilung zugrunde, die eine klare Trennung zwischen „Materiellem und Prozeduralem“ ermöglicht. In jüngster Zeit wurden jedoch Zweifel daran geäußert, ob diese Zweiteilung ausreicht, um spezifischen problematischen Situationen gerecht zu werden.

Ein Beispiel für ein Szenario, in dem derartige Fragen als reale Probleme manifest werden, sind Behandlungsabbrüche. Das japanische Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Soziales hat bspw. die „Richtlinien zum Entscheidungsprozess für die medizinische Versorgung und Pflege in der letzten Lebensphase“⁵ („Prozessrichtlinien“) formuliert. In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob Ärzte, die die Behandlung gemäß den in diesen Richtlinien festgelegten außerstrafrechtlichen Normen abbrechen, einer Straftat gemäß § 199 jStGB (Tötung)⁶ schuldig gesprochen werden könnten.⁷ Derzeit

¹ Saliger, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 599 (601 f.). So auch Sternberg-Lieben, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 537 (549); Francuski, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 150 f.

² Vgl. Lenz, ZStW 106 (1994), 676 (680); Krüger, JZ 2023, 46 (47). Siehe auch Amada, in: Duttge/Steuer/Tadaki (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung in der medizinischen Versorgung am Lebensende, 2022, S. 57 (61).

³ Z.B. Schweiger, Prozedurales Strafrecht, 2018, S. 208 ff.

⁴ Jansen, Forschung an Einwilligungsunfähigen, 2015, S. 282, 288.

⁵ <https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197701.pdf> (23.9.2026).

Vgl. Koike, in: Schwarzenegger/Ida (Hrsg.), Autonomie am Lebensende – Kultur und Recht, 2018, S. 75 (86); Nakamichi, medstra 2019, 27 (29 f.); Tadaki, in: Baur u.a. (Hrsg.), Entwicklung im Medizinrecht – Vom klassischen Arztrecht zu One Health, Festschrift für Brigitte Tag, 2024, S. 411 (420 ff.).

⁶ § 199 jStGB lautet: „Wer einen Menschen tötet, wird mit dem Tode oder mit zeitlich unbegrenzter Haft oder mit Haft von mindestens fünf Jahren bestraft.“ Siehe zur deutschen Übersetzung des jStGB Yamanaka, Das japanische StGB, 2021. Die vorliegende Übersetzung von Yamanaka bezieht sich allerdings auf das jStGB in der vor der Änderung durch

wird in der japanischen Literatur die Auffassung vertreten, dass die medizinische Fachkraft keine strafrechtliche Verantwortung trägt, sofern der Behandlungsabbruch unter Einhaltung der vorgeschriebenen Verfahren gemäß den Prozessrichtlinien erfolgt. Aus dogmatischer Perspektive ist der Behandlungsabbruch gemäß § 35 jStGB⁸ als eine rechtmäßige Handlung im Rahmen der beruflichen Pflichten zu betrachten.⁹

Die Beibehaltung der Vorstellung einer strikten zweigeteilten Unterscheidung von „Materie und Verfahren“ wirft jedoch Fragen hinsichtlich der Reaktion der herrschenden Meinung auf, die in der vorliegenden Untersuchung aufgegriffen werden: Inwiefern ist es für die Entscheidung, ob ein Tötungsdelikt vorliegt, von Relevanz, dass medizinisches Fachpersonal gemäß den außerstrafrechtlich vorgeschriebenen Verfahren gehandelt hat. Es stellt sich somit die Frage, ob und inwiefern die Befolgung eines spezifischen Verfahrens die materiell-rechtliche Würdigung des Behandlungsabbruchs beeinflusst.

b) Neue Herausforderungen

Im deutschen Strafrecht wurden häufig Problemstellungen aufgeworfen, die ähnlich zu den bereits genannten Fragen sind. Bemerkenswerterweise hat die Prozeduralisierungstheorie den Versuch unternommen, diese Fragen zu klären, indem sie ein grundlegendes Verständnis des Zwecks und der Rolle des (Straf-)Rechts zugrunde gelegt hat. Die charakteristischen Anwendungsbereiche der Prozeduralisierungstheorie sind demnach der medizinische Bereich, einschließlich der Sterbehilfe und des Schwangerschaftsabbruchs,¹⁰ der wirtschaftliche

Bereich, einschließlich Korruption,¹¹ Untreue¹² und Criminal Compliance¹³ sowie der Umweltbereich, in dem Fragen der Verwaltungssakzessorität¹⁴ besonders akut werden. Die in diesen Bereichen tätigen Akteure sehen sich oft mit einer schwierigen Situation konfrontiert, in der sie die Grenze zwischen (straf-)rechtlich zulässigem und unzulässigem Verhalten nicht im Voraus bestimmen können. Es wurde das Argument vorgebracht, dass die Verhaltenssteuerung durch das Strafrecht dysfunktional geworden sei, weil es in diesem Bereich keine klaren Verhaltensstandards vorgeben könne.

In solchen Fällen kann das Konzept „Prozeduralisierung“ als Argument herangezogen werden, um die Strafbarkeit der infrage stehenden Handlung auszuschließen. Dies erfolgt, indem von den beteiligten Akteuren die Einhaltung bestimmter vorgeschriebener Verfahren verlangt wird, wodurch die Handlung dann als legitimiert erachtet wird.¹⁵ In der Literatur existieren eine Reihe von Überlegungen, die dieser Theorie einen hohen Stellenwert beimessen. Insofern wird die Prozeduralisierung mitunter als „Wegweiser“¹⁶ zur Überwindung der Dysfunktionalität des Strafrechts oder gar als „Paradigmenwechsel“¹⁷ in der Strafrechtswissenschaft betrachtet.

Die überwiegende Ansicht der Literatur stellt allerdings die Legitimität der Prozeduralisierung selbst häufig infrage. Ein wesentlicher Kritikpunkt ist, dass der Gedanke, Verfahren zu berücksichtigen, als „ein Fremdkörper“¹⁸ in der Strafrechtswissenschaft angesehen wird. Dies würde den traditionellen Ansatz des Strafrechts grundlegend untergraben. Darüber hinaus sei die Behauptung, der Prozeduralismus stelle einen „Paradigmenwechsel“ dar, reine Illusion. Es ist festzustellen, dass die Befürworter der Prozeduralisierung den

„das Gesetz zur teilweisen Überarbeitung des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze“ (Gesetz Nr. 67 v. 17.6.2022) geltenden Fassung. Das genannte Gesetz wurde 2022 erlassen und ist am 1.6.2025 in Kraft getreten.

⁷ Näher *Tadaki*, in: Hilgendorf/Ida/Sato (Hrsg.), *Strafrecht zwischen Ost und West*, 2019, S. 105 (115 f.).

⁸ Dies sieht § 35 jStGB (Berechtigte Handlung) vor: „Eine Handlung, die aufgrund eines Gesetzes oder einer Verordnung oder in Ausübung eines berechtigten Geschäfts ausgeführt wird, ist nicht strafbar.“ Zu § 35 jStGB vgl. *Amada*, in: Rose-nau/Schön (Hrsg.), *Japanisches Recht im Vergleich*, 2014, S. 85 (95 ff.); *Endo*, *ZfISW* 6/2024, 394 (397 f.). *Miyazawa*, *ZStW* 88 (1976), 813 (829 f.), führt Folgendes aus: „In § 35 [jStGB] findet sich eine Sonderbestimmung über einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund, die, soviel ich weiß, keine vergleichbare Bestimmung in ausländischen Strafgesetzbüchern findet“.

⁹ *Higuchi*, *Zoku Iryō-to-Hō wo Kangaeru* [Ein neuer Denk-ansatz für Medizin und Recht], 2008, S. 79 (89) – in japanischer Sprache; *Tachi*, *Keiji-hō Journal* [Journal für Strafrecht], Nr. 67 (2021), 24 (30 f.) – in japanischer Sprache. Siehe auch *Nakamichi*, *medstra* 2019, 27 (31); *Tadaki*, in: Wu/Ida/Esser/Sinn (Hrsg.), *Universelles und Kulturbedingtes im Strafrecht*, 2020, S. 127 (135).

¹⁰ Vgl. §§ 218a Abs. 1, 219 StGB. Exemplarisch *Borrmann*, *Akzessorität des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-)Regelungen die Patientenverfügung betreffend* (§§ 1901a ff. BGB), 2016, S. 187 ff.; *Ströhlein*, *Prozedurale*

Lebensschutzkonzepte des Medizinstrafrechts, 2021, S. 32 ff., 177 ff.

¹¹ Vgl. §§ 299 ff., 331 ff. StGB. Siehe *Francuski* (Fn. 1), S. 464 ff.

¹² Vgl. § 266 StGB. Näher *Schweiger* (Fn. 3), S. 45 ff., 289 ff.; *Leite*, GA 2018, 580 (582 ff.); *Saliger*, in: *Nietsch* (Hrsg.), *Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen*, 2019, S. 85 (109 f.); *Waldvogel*, *Untreue und Transparenz*, 2020, S. 125 ff.

¹³ *Z.B. Waldvogel* (Fn. 12), S. 226 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: *Albrecht/Steinberg* (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrechts*, 2023, S. 227 (253 ff.). Vgl. auch *Saliger*, *RW* 2013, 263 (272).

¹⁴ Vgl. z.B. §§ 324a, 325 Abs. 1, 327 Abs. 1, 328 Abs. 1 StGB. Ausführlich *Borrmann* (Fn. 10), S. 199 ff.; *Schweiger* (Fn. 3), S. 283 ff.

¹⁵ *Saliger*, in: *Bernat/Kröll* (Hrsg.), *Recht und Ethik der Arzneimittelforschung*, 2003, S. 124 (125 f.).

¹⁶ *Schweiger* (Fn. 3), S. 25.

¹⁷ *Eicker*, *Die Prozeduralisierung des Strafrechts*, 2010, S. 60 ff., passim.

¹⁸ *Stratenwerth*, in: *Herzog/Neumann* (Fn. 1), S. 639 (646); vgl. auch *Arzt*, in: *Amelung u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2003, S. 583 (591); *ders.*, in: *Dammann/Grunsky/Freifffer* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, 2011, S. 609 (619 m. Fn. 28, 622).

vorgebrachten Kritikpunkten und Zweifeln mit der Argumentation entgegentreten wollten, dass diese auf „Missverständnis[sen]“ beruhe.¹⁹ In der Konsequenz ist die Debatte um die Prozeduralisierung in eine Sackgasse geraten.

2. Zielsetzung

Unter der Prämisse, dass das Konzept der „Prozeduralisierung“ tatsächlich dazu in der Lage ist, die „Dysfunktion des Strafrechts bei der Verhaltenssteuerung“ einzudämmen, erscheint es als eine sehr attraktive Option. In der traditionellen Strafrechtswissenschaft ist die Prozeduralisierung allerdings nach wie vor weitgehend unbekannt. Zunächst ist zu klären, aus welchem Grund die prozeduralistische Vorgehensweise implementiert werden sollte. Um dies zu gewährleisten, ist es unerlässlich, den Entwicklungsprozess dieser Theorie nachzuvollziehen. Darüber hinaus bedarf es der Klärung, welche Funktionen die prozeduralisierte Denkweise aufweist und wo ihre Grenzen liegen.²⁰

III. Entwicklung der Prozeduralisierungstheorie

1. Trends in der Verrechtlichung

Die Prozeduralisierung stellt ein Phänomen dar, welches seit den 1980er Jahren im Kontext der Verrechtlichung in der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie erörtert wird.²¹ Der Terminus „Verrechtlichung“ beschreibt eine Entwicklung, die durch eine Zunahme der Rolle des Rechts in der modernen Gesellschaft und im modernen Staat gekennzeichnet ist. Dies geht mit einer Ausweitung der gesellschaftlichen Bereiche einher, die rechtlichen Regelungen unterliegen, was wiederum verschiedene Probleme sowohl für das Recht als auch für die Gesellschaft mit sich bringt.²² In der heutigen Gesellschaft, in der die Werte der beteiligten Akteure eine zunehmende Vielfalt und Komplexität aufweisen, gestaltet sich die eindeutige Entscheidung zwischen „Recht und Unrecht“ zunehmend als Herausforderung.²³ Aufgrund dieser Erkenntnis wird die Auffassung vertreten, dass komplexe Rechts-

fragen nicht durch eindeutig festgelegte materielle-rechtliche Normen, sondern durch Konsensbildung im Rahmen eines „Diskurses“²⁴ in einem Forum, das allen beteiligten Akteuren offensteht, gelöst werden sollten.²⁵

Seit ihrer Entstehung wird die Prozeduralisierungstheorie wiederkehrend kritisiert, weil sie das Potenzial und Risiko birgt, die Zwecke und die Rolle des Rechts grundlegend zu verändern.²⁶ In den letzten Jahren konnte sie jedoch einerseits eine allmählich wachsende Akzeptanz verzeichnen, die über die Fachgebiete der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie hinausgeht.²⁷ Andererseits wurde die Tendenz zur Prozeduralisierung in der Strafrechtswissenschaft zunächst lediglich beobachtet.²⁸ Die Diskussionen zweier Autoren fungierten als Motor für eine zunehmende Dynamik, die darauf abzielte, eine theoretische Grundlage für die Prozeduralisierung zu schaffen und weiterzuentwickeln. Die Ansichten der beiden Protagonisten der Prozeduralisierung im Strafrecht, *Hassemer* und *Saliger*, werden im Folgenden näher untersucht.

2. Hassemers Theorie der „prozeduralen Rechtfertigung“

Zunächst soll also eine Analyse des Konzepts von *Winfried Hassemer* vorgenommen werden. Die Suche nach den Ursprüngen des Begriffs „Prozeduralisierung“ in strafrechtlichen Lehrbüchern²⁹ und StGB-Kommentaren³⁰ führt unweigerlich zur Beschäftigung mit der Auffassung *Hassemers*. Im Jahr 1994 veröffentlichte *Hassemer* einen Beitrag mit dem Titel „Prozedurale Rechtfertigungen“ in der Festschrift für *Mahrenholz*.³¹ Ein bemerkenswertes Urteil, an dem *Mahrenholz* beteiligt war, ist das Zweite Schwangerschaftsabbruchsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1993.³² Dieses Urteil inspirierte *Hassemer* zu seinem Konzept der prozeduralen Rechtfertigung. Im Folgenden soll das von *Has-*

¹⁹ *Saliger*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, S. 434 (450).

²⁰ Der vorliegende Beitrag fußt auf *Amada*, *Keihō Za'sshi* [Journal of Criminal Law] 2/63 (2024), 161, und wurde erweitert und überarbeitet. Ausführlich *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review] 3–4/39 (2020), 155; *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review] 1–2/40 (2020), 67; *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review] 3–4/40 (2021), 303; *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review], 1–4/43 (2024), 73 – alle Beiträge in japanischer Sprache.

²¹ Z.B. *Francuski* (Fn. 1), S. 77 ff., 120 ff.; *Ströhlein* (Fn. 10), S. 103 ff., 111 ff. Vgl. auch *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 23 ff.; *Sheplyakova*, in: *Sheplyakova* (Hrsg.), *Prozeduralisierung des Rechts*, 2018, S. 1 (18 f.).

²² Instruktiv *Eder*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 155 (156 ff.). Siehe auch *Hassemer*, *ZRP* 1992, 378 (379 ff.).

²³ *Schweiger* (Fn. 3), S. 66 ff., 80 f.

²⁴ *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 138: die Handlungsnormen sind gültig, „denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten“.

²⁵ *Saliger*, in: *Schulz* (Hrsg.), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung* (ARSP-Beiheft 75), 2000, S. 101 (119 f., 127).

²⁶ Statt vieler *Hassemer*, *ZRP* 1992, 378 (380). Vgl. auch *Eser*, in: *Albrecht/Denninger/Grimm* (Hrsg.), *Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag* (KritV-Sonderheft), 2000, S. 43 (43); *ders.*, in: *Frisch* (Hrsg.), *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, 2006, S. 9 (27).

²⁷ Zu den Entwicklungslinien vgl. *Saliger* (Fn. 25), S. 107 ff.; *Schweiger* (Fn. 3), S. 132 ff.

²⁸ *Bahnbrechend Amelung/Brauer*, *JR* 1985, 474 (476).

²⁹ Vorreiterhaft *Wessels/Beulke*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Aufl. 2011, Rn. 9 mit Fn. 7.

³⁰ Z.B. *Sternberg-Lieben*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 8.

³¹ *Hassemer*, in: *Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon* (Hrsg.), *Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit*, Festschrift für Ernst Gottfried *Mahrenholz*, 1994, S. 731; auch in: *ders.*, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, S. 109.

³² BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/92 = BVerfGE 88, 203.

semer entwickelte Konzept der prozeduralen Rechtfertigung aus drei Perspektiven betrachtet werden: seinem zugrunde liegenden Problemhorizont, seinen Anwendungsbedingungen und seinen dogmatischen Konsequenzen.

a) Problemhorizont

Zunächst lohnt es sich, das ursprüngliche Leitbild der prozeduralen Rechtfertigungen, welches im historischen Kontext des Schwangerschaftsabbruchs entwickelt wurde, nachzuvollziehen. *Hassemer* stellt die Frage, auf welcher normativen Grundlage Schwangerschaftsabbrüche straffrei sind, die im Rahmen der Schwangerenkonfliktberatung vorgenommen werden.³³ Er gelangt zu dem Schluss, dass sich die in der Lehre vertretenen Ansätze zu dieser Frage in zwei Hauptkategorien unterteilen lassen: Gemäß dem ersten möglichen Ansatz wird die Prämisse aufgestellt, dass die Schwangerenberatung die Verwirklichung des Straftatbestandes gemäß § 218 Abs. 1 StGB ausschließt. Der zweite Ansatz geht von der Prämisse aus, dass die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ausgeschlossen wird. *Hassemer* selbst befürwortet den Rechtfertigungsansatz. Darüber hinaus vertritt er die Auffassung, dass dieser zweite Ansatz exakt die Erscheinungsform der prozeduralen Rechtfertigung darstelle.³⁴

b) Anwendungsbedingungen

Zweitens sollen die Anwendungsbedingungen der prozeduralen Rechtfertigung näher erläutert werden. *Hassemer* stellt die Hypothese auf, dass das Konzept der „Prozeduralisierung“ auch auf andere Problemfelder als Schwangerschaftsabbrüche anwendbar sein könnte.³⁵ Basierend auf der zuvor eingenommenen Position unternimmt er den Versuch, die Bedingungen zu ergründen, unter denen das Konstrukt der prozeduralen Rechtfertigung zum Tragen kommt. Abschließend gelangt er zu dem Schluss, dass dies nur dann tragfähig ist, wenn eine Konstellation vorliegt, die mit „spezifischem Nichtwissen“ verknüpft ist. Der Terminus „spezifisches Nichtwissen“ beschreibt „Konstellationen mit Entscheidungsnotwendigkeit ohne konstitutives Entscheidungswissen“,³⁶ in denen der Zugang zu den für die jeweilige Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen nicht gegeben ist.³⁷

In Bezug auf die Beziehung zwischen diesem „spezifischen Nichtwissen“ und dem Verfahren argumentiert *Hassemer* im Kern wie folgt: Ohne den Zugang zu den für die Entschei-

nungsfindung relevanten Informationen ist es unmöglich, „Wahrheit und Gerechtigkeit“³⁸ zu erreichen. Es lässt sich jedoch die Hypothese aufstellen, dass zumindest eine Annäherung an Wahrheit und Gerechtigkeit möglich ist. Damit stellt sich die Folgefrage, auf welchem Wege eine solche Annäherung möglich ist. Statt einen direkten Zugang zu wählen, wird ein alternativer Zugang respektive ein „Umweg“³⁹ in Kauf genommen. Dies ist als konstitutives Element eines jeden Verfahrens zu betrachten.

c) Dogmatische Konsequenzen

Als dritter Aspekt lässt sich ableiten, dass *Hassemers* Konzept des „spezifischen Nichtwissens“ eine Vielzahl von Aspekten des Rechts betrifft. Daraus gelangt er zu dem Schluss, dass sämtliche Regelungen im Recht prozeduraler Natur sind. Infolgedessen reguliert der Gesetzgeber nicht die substantielle Rechtfertigung selbst, sondern das Verfahren, mit dem diese erreicht wird. Folglich müssen nach *Hassemers* Verständnis alle Ergebnisse akzeptiert werden, die durch ein angemessenes Verfahren erzeugt wurden.⁴⁰

3. Saligers „prozedurale Legalisierungsidee“

Saliger übernahm *Hassemers* radikales Konzept der „Prozeduralisierung“, entwickelte es weiter und brach gleichzeitig mit ihm. *Hassemer* fokussiert sich auf Schwangerschaftsabbrüche, während *Saliger* das Kemptener Urteil aus dem Jahr 1994⁴¹ zum Behandlungsabbruch als Ausgangspunkt nimmt.⁴² In diesem Kontext liegt sein Fokus insb. auf der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten. Das Kemptener Urteil stellt im Kern Folgendes fest: Bei der Beurteilung der Rechtfertigung für den Behandlungsabbruch sei der mutmaßliche Wille des Patienten einer der entscheidenden Faktoren. Dieser muss durch eine „sorgfältige Abwägung aller Umstände“ festgestellt werden. Es ist von wesentlicher Bedeutung, den mutmaßlichen Willen des Patienten erst nach Durchführung des entsprechenden Verfahrens festzustellen und zu bestimmen. Für die Einholung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (heute: Betreuungsgericht) sind folgende Schritte unerlässlich: Zunächst ist eine Bestätigung der Wünsche der „Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person“ erforderlich. Zudem ist eine Anhörung durch das Vormundschaftsgericht (Betreuungsgericht) durchzuführen, basierend auf deren Ergebnis wird dann über die die Genehmigung entschieden.

Saliger befürwortet die Idee der „prozedurale[n] Legalisierung“, die von den oben genannten Urteilen inspiriert ist.⁴³ Im weiteren Verlauf wird auf diese Idee detaillierter eingegangen, dabei aber ausschließlich die wichtigsten Argumente

³³ *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 733 ff.

³⁴ Vgl. *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 735 f.

³⁵ Z.B. *Hassemer*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 29 (41 f.); *ders.*, in: Jahn u.a. (Hrsg.), Wirtschaft – Moral – Strafrecht, Gedächtnisschrift für Klaus Lüderssen aus Anlass seines 90. Geburtstages, 2022, S. 271.

³⁶ *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 750.

³⁷ Anregend *Hassemer*, in: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, 2006, S. 9 (19 f.); *ders.*, Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 153; vgl. auch *dens.* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747.

³⁸ *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 749.

³⁹ *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 749.

⁴⁰ Vgl. *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747, 749 f.

⁴¹ BGH, Urt. v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257 (263).

⁴² *Saliger*, KritV 1998, 118 (145 ff.). Vgl. auch *dens.* (Fn. 25), S. 138 ff.

⁴³ *Saliger*, KritV 1998, 118 (145). So auch *ders.*, JuS 1999, 16 (20); *ders.* (Fn. 15), S. 157 ff.

beleuchtet. An dieser Stelle sollen lediglich zwei charakteristische Punkte hervorgehoben werden:⁴⁴ Zunächst gelangt *Saliger* zu der oben dargestellten Definition der Prozeduralisierung: „[D]ie von der Einhaltung spezifischer Verfahren abhängende Straffreiheit entsprechender rechtsgutsverletzender bzw. -tangierender Handlungen.“⁴⁵ *Saligers* Idee der prozeduralen Legalisierung zeichnet sich dadurch aus, dass sie die Einhaltung von Verfahren unmittelbar mit der rechtlichen Wirkung der Straffreiheit verknüpft.⁴⁶ Des Weiteren könnte die von *Saliger* formulierte Idee der prozeduralen Legalisierung nicht nur auf der Ebene der Rechtfertigung, sondern auch auf der Ebene des zugrunde liegenden Tatbestandes im Straftatsystem Anwendung finden. Er lehnt den von *Hassemer* verwendeten Begriff der prozeduralen „Rechtfertigung“ ab und plädiert dafür, den Fokus der Diskussion auf die prozedurale „Legalisierung“ zu legen.⁴⁷

IV. Theoretische Grundlagen und dogmatische Konsequenzen

Nach diesem Überblick soll nun die eigene Sichtweise zu den theoretischen Grundlagen der Prozeduralisierung dargelegt werden, d.h. zu ihrer Begründung, Funktionen und ihren Grenzen (1.), bevor die dogmatischen Konsequenzen vorgestellt werden (2.).

1. Theoretische Grundlagen

a) Gründe

Der Fokus der Untersuchung, die die *Gründe* für die Prozeduralisierung beleuchtet, orientiert sich an der von *Hassemer* formulierten Aussage: In hochspezialisierten und komplexen Bereichen existiert eine Konstellation, die als „spezifisches Nichtwissen“⁴⁸ bezeichnet wird. In derartigen Konstellationen sind die Beteiligten mitunter gezwungen, komplexe Entscheidungen zu treffen. Im Nachhinein kann sich herausstellen, dass die getroffene Entscheidung fehlerhaft war. In diesem Kontext erscheint es jedoch nicht angemessen, die Beteiligten allein aufgrund der Tatsache zu bestrafen, dass sich ex post herausgestellt hat, dass das betreffende Rechtsgut gefährdet oder verletzt wurde. Es ist daher unerlässlich, dass die Entscheidung auch aus materieller Sicht als sachgerecht angesehen wird, sofern die Beteiligten die rechtlich vorgezeichneten Verfahren einhalten.⁴⁹

Die von *Hassemer* dargelegten Aspekte enthalten lehrreiche Elemente für die Weiterentwicklung des Konzepts der „Prozeduralisierung“. Es bestehen jedoch Zweifel an der Effektivität der von *Hassemer* vorgeschlagenen Bedingungen für die Prozeduralisierung. Die Prämisse, dass im Kern „alle

gesetzlichen Regelungen einen prozeduralen Charakter haben“, wie von *Hassemer* festgestellt,⁵⁰ muss kritisch betrachtet werden. Denn folgte man seiner Aussage, hätte dies zur Konsequenz, dass die Spezifität der Prozeduralisierung verloren ginge und deren Konturen unscharf würden.

aa) Anwendungsbedingungen

Es bedarf somit der Konkretisierung des Konzepts der „Prozeduralisierung“ sowie der Bestimmung seines Anwendungsbereichs. In diesem Zusammenhang erregt *Saligers* Konzeption besondere Aufmerksamkeit: *Saliger* postuliert, dass das Konzept der „Prozeduralisierung“ dann Anwendung findet, wenn drei Ursachen identifiziert werden können:⁵¹ ein normatives Regelungsdefizit, ein kognitives Defizit und ein Zeitfaktor (zusammen mit den damit einhergehenden „Ungewissenheiten“).⁵² Nach dem eigenem Verständnis gründet sich *Saligers* Kontextualisierung auf ein im Kern ähnliches Grundkonzept wie das, was von *Hassemer* als „spezifisches Nichtwissen“ bezeichnet wurde. Demgegenüber lässt sich bei *Saliger* eine Eingrenzung und Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Prozeduralisierung beobachten. Im Folgenden sollen die Grundlagen zu den erwähnten drei Ursachen, bei denen das Konzept „Prozeduralisierung“ medizinstrafrechtlich Anwendung findet, näher beleuchtet werden.

(1) Materielles Regelungsdefizit

Zunächst muss festgestellt werden, dass es in einer bestimmten Konstellation an materiellen Regelungen fehlt (materielles Regelungsdefizit).⁵³ Diese Konstellation ist von enormer Bedeutung für die Prozeduralisierungsidee. Der vorliegende Mangel zeigt sich in der Abwesenheit materiell-rechtlicher Regeln sowie klarer, darauf basierender Verhaltensregeln auf Ebene staatlich gesetzten Rechts. Zudem besteht ein Defizit an strafrechtlichen Normen für die zu treffende Entscheidungsfindung, sodass eine Erörterung bzw. ein Rekurs auf außerstrafrechtliche Normen folglich unerlässlich ist. Die vorliegende Konstellation kann deshalb auf einem fundamentalen Problem basieren, bei dem keine konsensuale Feststellung von „Recht oder Unrecht“⁵⁴ erzielt werden kann. Dies resultiert in einer Vielzahl von moralischen und ethischen Fragen.⁵⁵

Ein konkretes Beispiel für diese Konstellation ist der Behandlungsabbruch: In solchen Fällen wäre es denkbar, dass zwar auf nationaler Gesetzesebene kein breiter Konsens besteht, aber auf der Ebene autonomer Fachkräfte ein sozusagen

⁴⁴ Lehrreich *Schweiger* (Fn. 3), S. 159 ff.; *dies.*, in: Eidam/Gaede (Hrsg.), Symposium zu Ehren des 60. Geburtstages von Frank Saliger, 2025, S. 57 (59 ff.).

⁴⁵ Siehe oben Fn. 1.

⁴⁶ Vgl. *Saliger* (Fn. 15), S. 166.

⁴⁷ *Saliger* (Fn. 1), S. 611; vgl. auch *dens.* (Fn. 19), S. 446.

⁴⁸ Siehe oben III. 2. b).

⁴⁹ *Hassemer* (Fn. 37 – prozessuales Denken), S. 17, 19 f.; vgl. auch *ders.* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747 ff.

⁵⁰ Bereits oben III. 2. c).

⁵¹ Vgl. *Saliger* (Fn. 25), S. 104 f.; *ders.* (Fn. 15), S. 127 f.

⁵² *Schweiger* (Fn. 3), S. 80 f.

⁵³ *Saliger* (Fn. 19), S. 440.

⁵⁴ Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 60 f., 166.

⁵⁵ *Ida*, in: Hochmayr/Hinterhofer (Hrsg.), Festschrift für Kurt Schmoller, 2024, S. 471 (473). Näher *ders.*, in: Yamaguchi u.a. (Hrsg.), Festschrift für Norio Takahashi zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 2022, S. 489 (494 f.) – in japanischer Sprache.

gen „kleinerer Konsens“ erzielt werden kann.⁵⁶ In einer derartigen Konstellation ist es nicht zwingend erforderlich, dass das (Straf-)Recht unmittelbar in den Bereich autonomer Akteure, also in den autonomen Lebensbereich, eingreift. Ein unmittelbares Eingreifen in den autonomen Bereich könnte sich nämlich nachteilig auswirken, u.a. durch die Reduzierung der Effektivität oder Akzeptanz der vorliegenden Regelungen. Daher empfiehlt sich eine indirekte Steuerung⁵⁷ durch die Erarbeitung von Verfahren zur Konsensbildung.

(2) *Phänomene der Hochspezialisierung und der Komplexität*
Zweitens lässt sich die besondere Sachlage der zu treffenden Entscheidung als ein entscheidender Faktor identifizieren, der diese als hochspezialisiert und komplex erscheinen lässt (Spezialisierung und Komplexität betreffende Phänomene).⁵⁸ Die vorliegende Konstellation der Entscheidungsfindung ist dann ebenfalls durch eine hohe Spezialisierung und Komplexität gekennzeichnet. Dies resultiert in einer erschwerten Einschätzung ihrer Rechtmäßigkeit. Für diese Sachlage lassen sich zahlreiche Belege finden, insb. in diversen Teilen des Gesundheitswesens und der Wirtschaft. In diesen Kontexten ist es daher vorhersehbar, dass selbst unter Spezialisten differierende Ansichten hinsichtlich der Vernünftigkeit der Beurteilung existieren.⁵⁹ Deshalb ist die Gewährleistung der substanziellen Vernünftigkeit der zu treffenden Entscheidungen nur durch ein geeignetes und gerechtes Verfahren möglich.⁶⁰

(3) Schwierigkeiten bei der vorausschauenden Entscheidungsfindung

Drittens existieren Umstände, die eine vorausschauende Entscheidungsfindung erheblich erschweren (Schwierigkeiten bei der vorausschauenden Entscheidungsfindung).⁶¹ Dies ist von Relevanz für Konstellationen, in denen für die Entscheidung eine Frist gilt nach deren Verstreichen der Schutz der entsprechenden Rechte und Interessen unmöglich wäre. Es sei bspw. angenommen, dass eine Bank nach Durchführung ihrer internen Untersuchungs- und Überprüfungsverfahren den Beschluss gefasst hat, einem bestimmten Unternehmen einen Kredit zu gewähren. In der Folge verfiel das Unternehmen in Konkurs, wodurch der Bank ein Vermögensschaden entstand. Es stellt sich die Frage, ob es problematisch ist, die Entschei-

dungsträger wegen Untreue⁶² strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, weil rein aus ex-post-Sicht die Kreditentscheidung als fehlerhaft eingestuft wurde.⁶³ Um das Risiko strafrechtlicher Verantwortung zu minimieren, bedarf es einer Rahmenbedingung, die die mit vorausschauenden Entscheidungen verbundenen Risiken aus ex-ante-Perspektive reduziert.⁶⁴

bb) Zu erwartende Kritik und Gegenargumente

Die drei zuvor genannten Konstellationen konstituieren die Bedingungen für die Anwendung der Prozeduralisierungsidee. Es sei jedoch angemerkt, dass dagegen eine Reihe von Kritikpunkten vorgebracht werden könnten. Selbst wenn die genannten Bedingungen erfüllt sind, könnte argumentiert werden, dass das, was im Rahmen der Prozeduralisierung zu diskutieren versucht wird, letztlich nichts anderes als ein sog. „erlaubtes Risiko“ ist.⁶⁵ Dennoch wird die Prozeduralisierungsidee maßgeblich durch die Prämisse begründet, dass materielle Regelungen gegenüber autonomen Entscheidungsträgern aufgrund der in Rede stehenden fundamentalen Konflikte nicht getroffen werden können. Dies trifft nicht zwangsläufig auf den Fall der sog. „erlaubten Risiken“ zu. Darüber hinaus herrschen unter den Vertretern der Prozeduralisierung unterschiedliche Ansichten bezüglich der Art und Weise, wie das sog. „Diskurs“-Verfahren zu behandeln ist.⁶⁶ In Bezug auf den Diskurs manifestieren sich diese Meinungsverschiedenheiten im Kontext des Falles von „erlaubten Risiken“ in der Regel ebenfalls nicht. Es könnte jedoch wiederum argumentiert werden, dass sich der Anwendungsbereich der Prozeduralisierung mit dem des „erlaubten Risikos“ überschneidet. Es sei darauf hingewiesen, dass sich die Prozeduralisierung und das erlaubte Risiko sowohl in ihrer ursprünglichen historischen Entwicklung als auch in den typischen Anwendungsbereichen unterscheiden. Wegen dieser Unterschiede erscheint es nicht überzeugend, das Konzept „Prozeduralisierung“ auf das Problemfeld des „erlaubten Risikos“ zu reduzieren.

b) Funktionen

Basierend auf den vorstehenden Überlegungen kann man zwei Funktionen der Prozeduralisierung ableiten.⁶⁷

aa) Ergänzungsfunktion

Die erste Funktion besteht in der Ergänzung des materiellen Rechts: Gemäß des Konzepts der „Prozeduralisierung“ soll

⁵⁶ Instrukтив *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, S. 116 ff., 161; *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, S. 13 f.

⁵⁷ Siehe z.B. *Teubner/Willke*, ZfRSoz 6 (1984), 4 (23 ff., 26).

⁵⁸ *Saliger* (Fn. 19), S. 440.

⁵⁹ Vgl. *Ströhlein* (Fn. 10), S. 210 ff. [Präimplantationsdiagnostik – PID], 245 ff. [Behandlungsabbruch]. Ausführlich zur Prozeduralisierungstendenz der PID siehe *Amada*, in: *Tadaki/Saeki/Kitagawa* (Hrsg.), Festschrift für Katsunori Kai zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 2024, S. 31 (42) – in japanischer Sprache.

⁶⁰ Siehe *Saliger* (Fn. 15), S. 169, der sich auf „die Rechtsgutsnähe bzw. [die] Größe des Schutzgehalts einer prozeduralen Norm“ fokussiert. So auch *Schweiger* (Fn. 3), S. 226.

⁶¹ *Saliger* (Fn. 19), S. 441.

⁶² Vgl. § 266 dStGB, § 247 jStGB.

⁶³ Vgl. z.B. *Kudlich*, in: *Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich* (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 63 (66, 74).

⁶⁴ *Popp*, ZStW 118 (2006), 639 (667); *Saliger*, JuS 1999, 16 (21); *ders.* (Fn. 25), S. 143.

⁶⁵ Umfassend *Francuski* (Fn. 1), S. 264 f.

⁶⁶ Näher *Saliger* (Fn. 25), S. 119 f.; *Eicker* (Fn. 17), S. 134 ff.; *Ströhlein* (Fn. 10), S. 105 ff., 108 f.

⁶⁷ Inspirierend *Saliger* (Fn. 19), S. 441. So auch *Schweiger* (Fn. 3), S. 177.

gerade ebenjenes Konzept die Rationalität der voraussichtlichen Entscheidungen der zur Entscheidung berufenen Akteure sowie die substantielle Richtigkeit dieser Entscheidungen sicherstellen,⁶⁸ wobei es den Inhalt materieller Regelungen ergänzt. Dies wird im Folgenden als „Ergänzungsfunktion“ des materiellen Rechts bezeichnet.

bb) Ersetzungsfunktion

Die zweite Funktion ist noch drastischer und fungiert als Ersetzungsfunktion für das materielle Recht: Wie bereits erwähnt, konstituiert das materielle Regelungsdefizit eine der Bedingungen für die Anwendung der Prozeduralisierung.⁶⁹ In derartigen Konstellation, in denen materielle Regelungen nicht zur Verfügung stehen, soll eine von den Beteiligten erzielte prozedurale Lösung als die bestmögliche Annäherung an die materielle Wahrheit und Gerechtigkeit betrachtet werden, wodurch die Rechtmäßigkeit der betreffenden Entscheidung gewährleistet wird.⁷⁰ Unter dieser Prämisse kann das Konzept der „Prozeduralisierung“ nicht nur als eine Ergänzung zum materiellen Recht verstanden werden, sondern darüber hinaus als ein Konzept, bei dem die prozedurale Richtigkeit die materielle Einschätzung überlagert. In diesem Fall zeigt sich, dass durch die Prozeduralisierung das „Prozedurale“ das „Materielle“ ersetzt. Diese Funktion wird im Folgenden als „Ersetzungsfunktion“ des materiellen Rechts bezeichnet.

c) Grenzen

Darüber hinaus ist es von signifikanter Bedeutung, bei der Analyse der Funktion der Prozeduralisierung zwischen folgenden Fällen zu differenzieren: einerseits solche, in denen die vorgeschriebenen Verfahren durch die betroffenen Entscheidungsträger *eingehalten* werden, andererseits jedoch auch solche, bei denen sie nicht eingehalten werden oder gegen diese *verstoßen* wird.⁷¹

Diese These lässt sich anhand der Regelungen im deutschen und japanischen Transplantationsgesetz (TPG) veranschaulichen: Sowohl das dTPG als auch das jTPG⁷² legen Verfahren für die Entnahme von Organen zur Transplantation von hirntoten Spendern fest und sehen gleichzeitig verschiedene Straf- und Bußgeldvorschriften für Verstöße gegen solche Verfahren vor.⁷³ Gemäß dem dTPG sowie dem jTPG

werden demnach Verstöße gegen Organentnahmeverfahren als solche nicht explizit als Tötung⁷⁴ oder als Störung der Totenruhe⁷⁵ klassifiziert. Vielmehr sehen die TPG Deutschlands und Japans spezifische Straf- und Bußgeldvorschriften für Verfahrensverstöße vor, die sich in ihrer Natur und Implikationen explizit von den in Rede stehenden materiellen Verstößen unterscheiden.⁷⁶

Die Rechtslage bezüglich Organtransplantationen scheint in Bezug auf die Grenzen der Prozeduralisierung von bemerkenswerter Bedeutung. Denn hier haben die Nichteinhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens oder ein Verfahrensverstoß als solche keine unmittelbaren Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Beurteilung.⁷⁷ Dies impliziert, dass die materielle Rechtswidrigkeit der infrage stehenden Handlung, die sich von der Verfahrensrechtswidrigkeit unterscheidet, einer eigenen Prüfung unterzogen werden muss.⁷⁸ Aus der Perspektive der Funktionen der Prozeduralisierung⁷⁹ selbst könnte man, auch wenn vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten oder missachtet werden, eine Funktion anerkennen, die das materielle Recht ergänzt. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Ausdehnung auf eine Funktion, die das materielle Recht selbst ersetzt bzw. überlagert, nicht vorstellbar ist.

2. Konsequenzen

Unter der Prämisse der *Einhaltung* der Verfahrensvorschriften können Handlungen, die gemäß den durch außerstrafrechtliche Normen festgelegten Verfahren vorgenommen werden, als sorgfältig durchgeführte Maßnahmen angesehen werden, die deshalb zu den rechtlich zulässigen Handlungen gerechnet werden. Handlungen, die auf der Grundlage solcher gerechter Verfahren vorgenommen werden, können demnach als medizinisch indiziert, lege artis durchgeführt und aufgrund der Patienteneinwilligung gerechtfertigt werden.⁸⁰ Nach dem Konzept der „Prozeduralisierung“ erfolgt demnach die Ersetzung des materiellen Rechts durch das Prozedurale. Insofern hat die Befolgung von Verfahren einen wesentlichen Einfluss auf das materiell-rechtliche Ergebnis, also auf die

tet das jTPG unter bestimmten Verfahren die Entnahme und Transplantation von Organen aus dem „Körper einer hirntoten Person“. Vgl. *Yamanaka*, Einführung in das japanische Strafrecht, 2018, S. 302.

⁷⁴ Vgl. §§ 211 ff. dStGB, §§ 199 ff. jStGB.

⁷⁵ Vgl. § 168 Abs. 1 dStGB, § 190 jStGB. § 190 jStGB (Beschädigung eines Leichnams usw.) lautet: „Wer den Leichnam, Gebeine oder Haarreste eines Verstorbenen oder Sachen, die mit in den Sarg gelegt wurden, beschädigt wegwirft oder an sich nimmt, wird mit Haft bis zu drei Jahren bestraft.“

⁷⁶ Siehe *Saliger* (Fn. 15), S. 149 f.; ausführlicher *Borrmann* (Fn. 10), S. 192 ff.

⁷⁷ *Jansen* (Fn. 4), S. 284 f.

⁷⁸ *Ida* (Fn. 55 – FS Takahashi), S. 502 f. (in japanischer Sprache); *ders.* (Fn. 55 – FS Schmoller), S. 477.

⁷⁹ Siehe oben IV. 1. b).

⁸⁰ Statt vieler *Amada* (Fn. 8), S. 87, 97; *Sato*, in: Hilgendorf/*Ida/Sato* (Fn. 7), S. 131 (135 f.).

⁶⁸ Vgl. *Hassemer* (Fn. 37 – Prozessuales Denken), S. 26 f.

⁶⁹ Siehe oben IV. 1. a) aa) (1).

⁷⁰ Vgl. *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747 ff.; so auch *Ida* (Fn. 55 – FS Schmoller), S. 474.

⁷¹ *Jansen* (Fn. 4), S. 280 ff.

⁷² *Shimada*, *ZJapanR* 33 (2012), 77 (81 f.).

⁷³ Vgl. §§ 3 ff., 8 Abs. 3 S. 2 dTPG i.V.m. §§ 19, 20 dTPG und § 6 Abs. 5 und 6 jTPG i.V.m. § 21 jTPG. § 6 Abs. 1 jTPG besagt: „Ein Arzt darf in den folgenden Fällen Organe aus einer Leiche (einschließlich des Körpers einer hirntoten Person [...]) zur Verwendung in einer Transplantationsoperation entnehmen.“ Das in § 6 Abs. 1 jTPG erwähnte Begriffsverständnis des „Körpers einer hirntoten Person“ wird in § 6 Abs. 2 jTPG definiert als „der Körper einer Person, bei der ein irreversibler Ausfall aller Hirnfunktionen, einschließlich derjenigen des Hirnstamms, festgestellt wurde“. Somit gestat-

Frage, ob eine Handlung als Straftat zu klassifizieren ist.⁸¹ Richtlinien und ähnliche nichtstrafrechtliche Normen sollten als Referenzmaterialien herangezogen werden, um Standardverfahren auf der Grundlage zeitgemäßer medizinischer Standards zu verstehen.⁸²

Demgegenüber kann bei *Verfahrensverstößen* allein die Tatsache eines solchen Verstoßes nicht unmittelbar eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen.⁸³ In der vorliegenden Konstellation ist eine erneute, eigene Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit der betreffenden Handlung unerlässlich. Die vorliegende Prüfung wird in Übereinstimmung mit der Auslegung von Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit durchgeführt.⁸⁴ Die Rechtfertigung für Behandlungsabbrüche ist demnach im „Materiellen“ zu suchen, insbesondere in der (mutmaßlichen) Einwilligung des Patienten.⁸⁵ Es besteht die Möglichkeit, einen Verfahrensverstoß lediglich als Indiz⁸⁶ für das Vorliegen einer materiellen Pflichtverletzung zu werten. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass die Ersetzungsfunktion von materiellem Recht durch Prozedurales *nicht* in jedem Fall anerkannt wird.

V. Fazit

- Das Konzept „Prozeduralisierung“ findet Anwendung in den folgenden Konstellationen: Vorliegen eines materiellen Regelungsdefizits, Phänomene der Hochspezialisierung sowie der Komplexität oder Schwierigkeiten bei der vorausschauenden Entscheidungsfindung.
- Im Falle einer der genannten Konstellationen kann das Konzept „Prozeduralisierung“ die materiell-rechtliche Bewertung durch das Verfahren ergänzen oder ersetzen.

- Im Rahmen der Analyse der Funktion der Prozeduralisierung ist es von entscheidender Bedeutung, zwischen zwei Fällen zu unterscheiden: dem Einhalten des vorgeschriebenen Verfahrens durch die betroffenen Entscheidungsträger sowie dem Verstoß gegen dieses Verfahren.
- Die Ersetzungsfunktion des materiellen Rechts kann demnach nur unter der Prämisse anerkannt werden, dass die betroffenen Akteure das vorgegebene Verfahren eingehalten haben.
- Demgegenüber kann die Ersetzungsfunktion des materiellen Rechts nicht anerkannt werden, wenn allein ein Verfahrensverstoß vorliegt. Ein Verstoß gegen ein vorgeschriebenes Verfahren führt nämlich nicht per se zur unmittelbaren materiellen Rechtswidrigkeit.

⁸¹ Tatsui, in: Kai (Hrsg.), Shūmatsuki-Iryō to Iji-hō [Terminalmedizin und Medizinrecht], 2013, S. 215 (228) – in japanischer Sprache; vgl. auch Ida, in: Schwarzenegger/Ida (Fn. 5), S. 59 (72).

⁸² Endo, ZfIStw 6/2024, 394 (395). Ausführlicher ders., in: Saeki/Osawa/Takayama/Hashizume (Hrsg.), Festschrift für Atsushi Yamaguchi zum 70. Geburtstag, 2023, S. 77 (104 f.) – in japanischer Sprache.

⁸³ Rosenau, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, Vor §§ 211 ff. Rn. 73.

⁸⁴ Ida (Fn. 55 – FS Takahashi), S. 502 (in japanischer Sprache); ders. (Fn. 55 – FS Schmoller), S. 477.

⁸⁵ Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vorbem. zu §§ 211–217 Rn. 133. So auch Yamamoto, Daitō Hōgaku [Journal of Law and Politics – Daitō-Bunka Universität], 2/33 (2024), 1 (20) – in japanischer Sprache; Amada, Hikaku-Hō Za'sshi [Comparative Law Review – Chuō Universität], 1/58 (2024), 109; ders., Hikaku-Hō Za'sshi [Comparative Law Review – Chuō Universität] 3/58 (2024), 217; ders., Hikaku-Hō Za'sshi [Comparative Law Review – Chuō Universität] 4/58 (2025), 91 (144 f.) – jeweils in japanischer Sprache.

⁸⁶ Saliger (Fn. 12), S. 109; siehe auch Francuski (Fn. 1), S. 271; Amada, in: Yamaguchi u.a. (Fn. 55), S. 417 (432) – in japanischer Sprache.

Äußerungsdelikte in sozialen Medien – ein Forschungsbericht*

Von Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Prof. Dr. Frank Schuster, Würzburg**

Der Beitrag untersucht im Rahmen eines laufenden DFG-Drittmittelprojekts, wie strafrechtlich relevante Äußerungen im virtuellen Raum verfolgt werden und welche praktischen und rechtlichen Probleme sich dabei stellen. Grundlage sind erste Ergebnisse aus leitfadengestützten, teilstrukturierten Interviews mit Vertretern¹ von Polizei und Staatsanwaltschaft. Im Mittelpunkt stehen die Auslösung von Ermittlungsverfahren durch Anzeigen und Meldestrukturen, die Identifizierung der hinter den Äußerungen stehenden Personen, die Zusammenarbeit mit Diensteanbietern sowie die rechtlichen Besonderheiten digitaler Äußerungsdelikte als grundrechtsgebundene Kontextdelikte. Der Beitrag zeigt zudem aktuelle rechtspolitische Spannungen zwischen effektiver Strafverfolgung, teilweiser Privatisierung der Rechtsdurchsetzung und der Verhältnismäßigkeit staatlicher Reaktionen auf. Er versteht sich als Zwischenbericht mit ersten empirischen und rechtspolitischen Befunden und zeigt weiteren Forschungsbedarf auf.

I. Einleitung

Soziale Medien prägen die private Kommunikation in erheblichem Maße. Hierzu zählen zum einen Plattformen wie Facebook, YouTube, Instagram, TikTok oder X, auf denen Fotos, Videos oder Texte veröffentlicht, geteilt und kommentiert werden können, zum anderen Messenger-Dienste wie WhatsApp, Telegram oder Facebook Messenger, die den unmittelbaren Austausch von Nachrichten und Dateien ermöglichen. Für die Kommunikation mit entfernt lebenden Personen ist dies ein großer Gewinn.² Social-Media-Plattformen ermöglichen es ferner, eigene Meinungen kundzutun, Hobbys, Kunstwerke etc. darzustellen und zu verbreiten. Ursprünglich

war dabei vor allem eine „Demokratisierung“ der Informationsbeschaffung zu beobachten, da Nachrichten (im Sinne eines partizipativen Bürgerjournalismus) privat verbreitet und empfangen werden können.³ Deshalb sind soziale Medien in Diktaturen gefürchtet; Internetshutdowns sind dort keine Seltenheit.⁴ Zugleich eröffnen soziale Medien Unternehmen, politischen Parteien und sonstigen Interessengruppen einen unmittelbaren Zugang zu einem breiten Publikum, ohne dass sie sich allzu kritischen Nachfragen von journalistischen Vermittlungsinstanzen stellen müssen.

Neben diese überwiegend positiven, teils aber auch ambivalenten Aspekte treten missbräuchliche Nutzungsformen, die nicht selten strafrechtliche Relevanz gewinnen: Die durch soziale Medien eröffnete Möglichkeit, als Privatperson Inhalte mit geringem Aufwand zu verbreiten, hat Phänomene wie Hate Speech bzw. digitalen Hass und die Verbreitung von Fake News erheblich begünstigt.⁵ In der Psychologie wird dieses Phänomen teilweise mit dem so genannten Online-Enthemmungseffekt erklärt, also einem Verlust an Selbstbeherrschung in der digitalen Kommunikation.⁶ Im Internet fehlen häufig die für Empathie und soziale Rücksichtnahme wichtigen Signale unmittelbarer Interaktion wie Augenkontakt, Mimik und Gestik. Zugleich erschweren Schriftform und asynchrone Kommunikation das Erkennen von Ironie, Zwischentönen und situativen Kontexten. Dies begünstigt aggressive Kommunikationsformen bis hin zu Beleidigungen, Bedrohungen und massenhaften Anfeindungen in Gestalt sogenannter „Shitstorms“. Betroffen sind Politiker, Journalisten, Prominente, Profisportler (diese oft aus rassistischen Motiven), aber auch ganz gewöhnliche Bürger. Hinzu treten täuschende Missbrauchsformen wie die Anlage von Fake-Profilen mit falschen Bildern oder persönlichen Angaben.

II. Einschlägige Straftaten und kriminalstatistische Bedeutung

Für die Verfolgung digitaler Äußerungsdelikte stehen verschiedene Straftatbestände zur Verfügung, die in den vergangenen Jahren zudem mehrfach gesetzgeberisch fortentwickelt wurden. Ihre wachsende praktische Bedeutung belegt auch die Polizeiliche Kriminalstatistik:⁷ Für das Jahr 2025 weist sie 27.285 (2020: 14.450) Verfahren wegen Beleidigungsdelikten (§§ 185–187, 189 StGB) aus, die unter Verwendung des Tatmittels Internet begangen wurden, darunter 3.858 Fälle

* Es handelt sich bei diesem Beitrag um einen Forschungsbericht im Rahmen des Forschungsprojekts „Soziale Medien und Strafrecht – Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld“ (SMuS), das mit Mitteln der Deutschen Forschungsgemeinschaft gefördert wird.

** Tobias Reinbacher ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Frank Schuster ist Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Entsprechend den Redaktionsrichtlinien der ZfStW wird das generische Maskulinum verwendet. Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

² Etwa Ledbetter u.a., Communication Research 38 (2011), 27; Calaboïça u.a., Aggression and Violent Behaviour, 72 (2023), 101855; Taddicken/Schmidt, in: Taddicken/Schmidt (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Aufl. 2022, S. V, 3–22; Dogruel, Das Geschäftsmodell von Social-Media-Unternehmen, bpb v. 1.3.2024, abrufbar unter <https://www.bpb.de/themen/medien-journalismus/soziale-medien/545978/das-geschaeftsmodell-von-social-media-unternehmen/> (5.8.2026).

³ Imhof, in: Imhof u.a. (Hrsg.), Demokratisierung durch Social Media?, Mediensymposium, 2015, S. 15 f.; Nolte, ZUM 2017, 552 (553); Reinbacher, JZ 2020, 558.

⁴ Suler, Cyberpsychology & behavior 7 (2004), 321; Joinson, in: Gackebach (Hrsg.), Psychology and the Internet, 2007, S. 63 ff.; Peschka u.a., Computers in Human Behavior Reports 18 (2025), 100624.

⁵ Vgl. dazu bereits Hoven/Witting, NJW 2021, 2397.

⁶ Suler, Cyberpsychology & behavior 7 (2004), 321.

⁷ BKA, PKS 2025 v. 11.2.2026, Grundtabelle „Tatmittel Internet und/oder IT-Geräte“.

(2020: 2.256) auf sexueller Grundlage. 3.691 (2020: 132) Beleidigungen, üble Nachreden und Verleumdungen waren gegen Personen des politischen Lebens gerichtet (§ 188 StGB). Solche Angriffe können sich gerade im politischen Meinungskampf empfindlich auf die demokratische Meinungs- und Willensbildung auswirken und im Extremfall dazu führen, dass Betroffene sich aus öffentlichen Debatten oder sogar aus politischer Betätigung insgesamt zurückziehen (sog. silencing effect).⁸ Die Vorschrift wurde vom Gesetzgeber mehrfach angepasst,⁹ sie bleibt aber rechtspolitisch umstritten.¹⁰ Die 97. Justizministerkonferenz fordert eine Reform und will sie auf Kommunalpolitiker beschränken.¹¹ Hinzu kommen 17.888 Fälle (2020: 5.127) der Bedrohung (§ 241 StGB) im Internet, 3.216 Fälle (2020: 2.035) der Volksverhetzung (§ 130 StGB)¹², 1.871 Fälle (2020: 40) der Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB), 1.874 Fälle (2020: 386) der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB), 748 (2020: 356) Fälle der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB) sowie 262 Fälle des Verbreitens personenbezogener Daten (§ 126a

⁸ Dazu *Elena Kountidou* auf unserer Projekttagung „Soziale Medien und Strafrecht – Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld“ am 27./28.6.2025 in Würzburg (Tagungsbericht bei *Preuß, KriPoZ* 2025, 243 [245 f.]) bezugnehmend auf die Studie von *Das NETTZ, Gesellschaft für Medienpädagogik und Kommunikationskultur, HateAid und Neue deutsche Medienmacher*innen* als Teil des Kompetenznetzwerks gegen Hass im Netz (Hrsg.), *Lauter Hass – leiser Rückzug, Wie Hass im Netz den demokratischen Diskurs bedroht, Ergebnisse einer repräsentativen Befragung*, 2024; ferner *Bredler/Markard*, *JZ* 2021, 864 (865, 867 f.); *Institut für Demokratie und Zivilgesellschaft* (Hrsg.), *#Hass im Netz: Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie, Forschungsbericht*, 2019, S. 28; *Hoven/Witting*, *NJW* 2021, 2397; *Reinbacher*, *ZJS* 2022, 802 (808).

⁹ Durch Gesetz v. 30.11.2020, BGBl. I 2020, S. 2600; Gesetz v. 30.3.2021, BGBl. I 2021, S. 441.

¹⁰ Kritisch etwa *Caspar*, *NJW* 2025, 2077 (2081); *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 188 Rn. 1 m.w.N.; dagegen *Regge/Pegel*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 188 Rn. 3; für eine restriktive Auslegung *Krause*, *StV* 2026, 449 (mit anschaulichen Rechtsprechungsbeispielen auf S. 452 f.).

¹¹ *Beschl. II.14 v. 11./12.6.2026*. Geltend gemacht wird insbesondere das besondere Schutzbedürfnis der Machtkritik und der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit. Für „Spitzenpolitiker“ solle künftig wieder der allgemeine, für jedermann greifende Schutz durch § 185 StGB einschließlich des absoluten Strafantragserfordernisses gelten.

¹² Dies ergibt sich nicht aus der PKS, sondern aus den Daten des Kriminalpolizeilichen Meldedienstes in Fällen Politisch motivierter Kriminalität (KPM-D-PMK), wobei als Untertatmittel „Hassposting“ im Obertatmittel „Informationstechnik“ angenommen wurde.

StGB¹³). Bereits diese Zahlen vermitteln einen ersten Eindruck von der Breite und strafrechtlichen Relevanz der im Internet begangenen Äußerungsdelikte. Natürlich wird von der PKS nur die Anzahl der polizeilichen Ermittlungsverfahren aufgeführt; bei der Staatsanwaltschaft angezeigte, nur zivilrechtlich oder gar nicht verfolgte Taten werden nicht erfasst. Darüber hinaus ist von einem erheblichen Dunkelfeld auszugehen: In einer Studie von *Bannenberg/Pfeiffer/Erb* aus dem Jahr 2021 gaben etwa 74,2 % der befragten hessischen Bürgermeister an, bereits im Internet beleidigt worden zu sein.¹⁴ Auch bevölkerungsrepräsentative Untersuchungen, etwa der Forschungsgruppe g/d/p, deuten auf eine erhebliche Verbreitung von Äußerungsdelikten hin.¹⁵

III. Ablauf der Ermittlungen

1. Gewinnung des Anfangsverdachts und beteiligte Stellen

a) Strafbare Postings gelangen auf unterschiedlichen Wegen zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden: Durch Strafanzeige und Strafantrag bei Staatsanwaltschaft (in diesem Fall in jüngerer Zeit oft durch Rechtsanwaltskanzleien) und Polizei (in diesem Fall häufig als digitaler Strafantrag über Online-Wachen), durch Hinweise von Diensteanbietern sowie über Meldestellen privater oder staatlicher Institutionen. Staatliche „Online-Streifen“ spielen demgegenüber nur eine untergeordnete Rolle und bleiben eher eine punktuelle, anlassbezogene Ausnahme, etwa an bundesweiten Aktionstagen oder zu bestimmten Themenbereichen.¹⁶

b) Nach den Angaben unserer Interviewpartner bildeten Meldungen an Meldestellen bisher sogar in 80–95 % der Fälle den Ausgangspunkt strafrechtlicher Ermittlungen. Zu nen-

¹³ Eingeführt durch Gesetz v. 14.9.2021, BGBl. I 2021, S. 4250.

¹⁴ *Bannenberg/Pfeiffer/Erb*, *Gewalt gegen Bürgermeisterinnen und Bürgermeister in Hessen*, 2021.

¹⁵ In einer Studie der Forschungsgruppe g/d/p in Kooperation mit der Universität Leipzig (Prof. Dr. Hoven) berichteten 10 % der befragten Internetnutzer (n = 1.069), bereits selbst Opfer digitalen Hasses geworden zu sein; eine Untersuchung des Instituts für Demokratie und Zivilgesellschaft kam zu ähnlichen Ergebnissen (8 %, bei jüngeren Menschen 17 %; n = 7.349).

¹⁶ So berichtet eine Interviewpartnerin (Interview 19, Staatsanwältin 13): „[A]lso wir hatten mal einen Fall [...], der medial großes Aufsehen erregt hatte, und da hat man [...] versucht eine Art Onlinestreife spezifisch auf diesen ganz konkreten Fall einzuführen, und hat dann versucht, da eine Vielzahl von Straftaten erstmal zu erfassen und dann natürlich auch zu verfolgen.“ Ähnlich äußert sich eine weitere Interviewpartnerin (Interview 31, Staatsanwältin 22): „Nach [...] der Ermordung von zwei Polizeibeamten [...], wurde [eine] Gruppe bei der Polizei [gegründet], die sich nur mit der Sichtung von Kommentaren [befasst hat], die sich zu dem Thema nach Presseartikeln, [in] Social Media Gruppen [...] geäußert haben.“ Ansonsten gilt die Aussage eines anderen Interviewpartners (Interview 22, Polizist 7): „[D]ie Arbeitslast ist schon durch die [...] beschriebenen Kanäle mehr als ausgeschöpft.“

nen sind insoweit etwa die Landesmedienanstalten der Bundesländer, „Respect!“, „HessenGegenHetze“ (nun: Anlauf- und Beratungsstelle bei Hass und Hetze im Netz) sowie Hassanzeigen.de. Organisatorisch sind diese Stellen unterschiedlich ausgestaltet: Teilweise sind sie staatlich angebunden, teilweise werden sie von zivilgesellschaftlichen Trägern betrieben, wie etwa „Respect!“ durch die Jugendstiftung Baden-Württemberg. Die Strafverfolgung stützt sich in diesem Bereich also in erheblichem Umfang auf vorgeschaltete Hinweis- und Meldestrukturen unter Beteiligung nichtstaatlicher Akteure. Problematisch ist dabei allerdings, dass sich einzelne besonders erfolgreiche Landesportale wie „HessenGegenHetze“ faktisch zu bundesweiten (teilweise sogar den gesamten deutschsprachigen Raum erfassenden) Meldekanälen entwickelt haben, was zu einer Neuausrichtung dieser Stelle geführt hat.¹⁷

Eine bundesweit vereinheitlichte Ausgestaltung dieser Meldestrukturen könnte zur Transparenz und Effizienz beitragen, da in der Regel von einem strafbaren Posting kein klarer Ortsbezug ausgeht. Die Zentrale Meldestelle für strafbare Inhalte im Internet (ZMI) beim BKA nimmt selbst keine Meldungen entgegen, prüft vielmehr die von den mitwirkungswilligen Kooperationspartnern angelieferten Meldungen hinsichtlich einer strafrechtlichen Relevanz sowie möglicher Gefährdungsaspekte, stellt nach Möglichkeit die konkreten Tatverdächtigen fest und übermittelt im Erfolgsfall den Sachverhalt an die örtlich zuständigen Strafverfolgungsbehörden. Dabei schränkt sie sich jedoch gemäß ihrem Auftrag (vgl. § 2 Abs. 1 BKAG)¹⁸ auf einen Katalog nicht ganz unerheblicher Äußerungsdelikte (u.a. §§ 86a, 130, 140, 188 StGB), der maßgeblich auf dem Deliktskatalog des früheren § 3a NetzDG a.F. fußt.¹⁹

c) Auch bei den Staatsanwaltschaften werden die Kompetenzen gebündelt: In Bayern besteht bei der Generalstaatsanwaltschaft München ein zentraler Hate-Speech-Beauftragter für die bayerische Justiz; zudem wurden bei allen 22 bayerischen Staatsanwaltschaften Sonderdezernate zur Bekämpfung von Hasskriminalität eingerichtet. In Hessen wurde bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main die Zentralstelle zur Bekämpfung der Internet- und Computerkriminalität (ZIT) angesiedelt, die sich neben drei weiteren Schwerpunk-

ten (Kinderpornographie, Darknet-Kriminalität und Cyberkriminalität im engeren Sinne) auch mit der Verfolgung von Hasskriminalität befasst. In Niedersachsen ist die Staatsanwaltschaft Göttingen als Zentralstelle zur Bekämpfung von Hasskriminalität im Internet (ZHIN) Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Fälle bedeutsamer Hasskriminalität. Auch in Berlin wurde eine Zentralstelle Hasskriminalität eingerichtet. In anderen Bundesländern gibt es dezentrale Lösungen, etwa in Baden-Württemberg, wo Sonderdezernate bei den einzelnen Staatsanwaltschaften angesiedelt sind. Die Zentralstellen oder Sonderdezernate werden nur in bestimmten Fällen tätig, bei denen die Äußerung bestimmte Gruppen trifft oder eine bestimmte Motivationslage zu Grunde liegt. Im Bereich Hate Speech geht es nicht um eine einfache Beleidigung einer Einzelperson durch eine andere, sondern um einen besonderen Hintergrund der Tat oder um bestimmte Opfer. Die Definitionen variieren dabei allerdings. Das bayerische Justizministerium versteht unter Hate Speech etwa „Posts und Kommentare im Internet, die abwerten, aufhetzen, beleidigen und/oder bedrohen. Hate Speech [...] tritt zum Beispiel rassistisch, gewaltverherrlichend, sexistisch, antisemitisch, homophob oder transphob auf.“²⁰

d) Weitere Akteure sind Rechtsanwaltskanzleien, die unmittelbar bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige und Strafantrag stellen und oft Personen des politischen Lebens vertreten. Dabei geht es nicht nur um die Reaktion auf bereits bekannte Rechtsverletzungen, sondern auch um die proaktive Suche nach beleidigenden oder sonst strafrechtlich relevanten Äußerungen im Netz. Rechtsanwaltskanzleien, Legal-Tech-Anbieter und Prozessfinanzierer übernehmen hier Funktionen, die über die klassische anwaltliche Einzelfallvertretung hinausgehen: Sie identifizieren massenhaft potenziell rechtswidrige Inhalte, bündeln Ansprüche, organisieren deren zivilrechtliche Durchsetzung und stoßen zugleich strafrechtliche Ermittlungen an. „Online-Streifen“ werden also weniger von staatlichen, aber zunehmend von privaten Akteuren geleistet. Die Kommerzialisierung sorgt aber auch für Kritik,²¹ insbesondere, wenn die Geschädigten keinerlei Gebührenrisiko tragen und ein privater Prozessfinanzierer dafür am Schmerzensgeld beteiligt wird.²²

Die Strafverfolgungsbehörden müssen dessen ungeachtet auf anwaltlich aufbereitete Anzeigenkomplexe reagieren, auch wenn sie auf einer proaktiven Suche beruhen (§ 152 Abs. 2 StPO). Aus ihrer Sicht macht es keinen Unterschied, auf welchem Weg der Tatbetroffene Kenntnis von der Tat erlangt hat. Die Beteiligung privater Akteure an der Aufdeckung strafrechtlich relevanter Sachverhalte ist auch kein neues

¹⁷ So berichteten mehrere Interviewpartner zu „HessenGegenHetze“, dass jedenfalls früher in erheblichem Umfang auch Sachverhalte gemeldet wurden, die nach Identifizierung der Tatverdächtigen keinen Hessenbezug mehr aufwiesen; weniger als 10 % der gemeldeten Fälle betrafen danach letztlich Tatverdächtige aus Hessen. Inzwischen wird demgegenüber ein Hessenbezug vorausgesetzt (vgl. Hessisches Ministerium des Innern, für Sicherheit und Heimatschutz [Hrsg.], Pressemitteilung v. 18.12.2025, abrufbar unter <https://innen.hessen.de/presse/landesregierung-stellt-neuausrichtung-der-meldestelle-vor> [5.8.2026]).

Es erfolgt auch eine Weiterleitung zur Online-Wache.

¹⁸ Vgl. Möllers/Heid, Wörterbuch Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2025, Stichwort: Zentralstellenfunktion des Bundeskriminalamts.

¹⁹ Schriftliche Antwort des BKA v. 30.1.2025.

²⁰ Im Internet abrufbar unter:

<https://bayern-gegen-gewalt.de/gewalt-infos-und-einblicke/formen-von-gewalt/digitale-gewalt/hatespeech> (5.8.2026).

²¹ Sehr deutlich bei Drygala, NJW 2025, 278 (283 f.); vgl. auch Caspar, NJW 2025, 2077.

²² Zu problematischen Praktiken im Urheberrecht vgl. BGH GRUR 2020, 1087 (1089).

Phänomen.²³ Im Wirtschaftsstrafrecht ist es inzwischen gängige Praxis, dass Rechtsanwaltskanzleien im Rahmen interner Untersuchungen Verdachtslagen aufklären, Beweismaterial strukturieren und ihre Erkenntnisse den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stellen.²⁴ Natürlich können im hiesigen Kontext immer wieder Konstellationen auftreten, in denen zweifelsfrei unangebrachte Äußerungen zunächst abgemahnt und angezeigt werden, von der Strafjustiz jedoch noch als von der Meinungsfreiheit gedeckt angesehen werden.²⁵ Haben weniger rechtskundige Betroffene zu diesem Zeitpunkt aus Angst vor weiteren Kosten bereits gezahlt, ist dies in erster Linie ein zivilrechtliches Problem. Aus kriminalpolitischer Sicht kann die private Vorselektion bestehende Sichtbarkeits- und Machtasymmetrien verstärken: Während Angriffe auf prominente oder gut organisierte Betroffene systematisch erfasst werden (so legitim dies im Einzelfall auch sein mag) und Ressourcen der Staatsanwaltschaften binden, bleiben andere Formen gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit (z.B. rassistische, behindertenfeindliche oder sozialdarwinistische Äußerungen) möglicherweise eher im Dunkelfeld.

Gerade bei weniger gut organisierten Betroffenengruppen kommt daher der niedrigschwelligen Meldung durch Nutzer eine besondere Bedeutung zu. Auch die Community-Manager sozialer Plattformen nehmen hier eine wichtige Rolle ein.²⁶ Sie üben eine vorgelagerte Bewertungs- und Filterfunktion aus, indem sie kontextabhängig entscheiden, ob Beiträge unverändert online bleiben, unsichtbar geschaltet, gelöscht oder bei Verdacht auf strafbare Inhalte an Meldestellen oder Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden. Weitere Unterstützung leisten gemeinnützige Organisationen wie HateAid, die allerdings auch viele Personen des politischen Lebens beraten.

2. Von der digitalen Spur zum Täter

a) Insgesamt berichten unsere Interviewpartner von vergleichsweise hohen Aufklärungsquoten von bis zu 80 %.²⁷ Manchmal ist die Zuordnung einer digitalen Spur zu einer bestimm-

ten Person vergleichsweise einfach. So berichtet ein Interviewpartner:

„Es gibt [...] die eine Gruppe, die sagt, ich stehe zu meinem Wort [...]. Bei der Facebook-Fraktion, die noch auf ihrem Profil haben [...] wohnt in [...] arbeitet bei [...] ist geboren [...] da und da [...] kommt man sehr schnell [...] mit einer Einwohnermeldeamtsanfrage [weiter], die wir direkt hier am Computer machen.“²⁸

Waren die Beschuldigten stärker auf ihre Anonymität bedacht, wird die Ermittlung des Täters zur zentralen Herausforderung. Oft führen Bestandsdatenauskünfte beim Provider zum Erfolg, etwa über eine bei der Registrierung hinterlegte Mobilfunknummer oder E-Mail-Anschrift. In anderen Fällen sind diese Namen und sonstigen Daten insbesondere bei kostenlosen Diensten nicht belastbar; sie können eben auch frei erfunden oder auf andere Weise unzutreffend sein.²⁹ Auch kann die Bearbeitung eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen (gleich unter c).

b) In vielen Fällen führen die Ermittlungsbehörden deshalb als ersten Schritt sogenannte OSINT-Recherchen durch: Gemeint ist die Informationsgewinnung aus offenen Quellen (open-source intelligence), insbesondere die Auswertung öffentlich zugänglicher Internetseiten, Social-Media-Profile und sonstiger online verfügbarer Informationen zu einer Person, einem Account oder einem bestimmten Sachverhalt. So berichtet ein Interviewpartner:

„Dazu zählt zum Beispiel auch, dass man [...] Sachen, die bei Yandex oder bei Google verfügbar sind, wie Bild-Rückwärtssuche [nutzt], [...] dass man da eben die Fotos [...] einfügt und guckt, ob beispielsweise solche Profilbilder schon auf anderen Plattformen genutzt worden sind.“³⁰

Als Ermittlungsgrundlage kommen hierfür grundsätzlich die allgemeinen Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161, 163 Abs. 1 StPO in Betracht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gilt dies auch dann, wenn sich die ermittelnde Person für den Zugang zu einem Forum oder einer Plattform registrieren muss, sofern hierfür kein besonderer Identitätsnachweis verlangt wird.³¹ Die Frage, ob in sozialen Medien auch Freundschaftsanfragen gestellt werden, beantwortet ein Interviewpartner wie folgt:

²³ Im angelsächsischen Rechtskreis haben diese eine lange Tradition, wenn man etwa an die freiberuflichen thief-takers im 18. und 19. Jahrhundert bis zur Schaffung einer staatlichen Polizei und die heute noch in den USA legalen bounty hunters (Kopfgeldjäger) denkt; vgl. *Heinze, ZIS 2019, 169* (173 f.).

²⁴ Die dazu erschienene Literatur ist umfangreich, siehe u.a. den Vortrag von *Zerbes* auf der Strafrechtslehrertagung in Zürich 2013 (*dies.*, ZStW 125 [2013], 551); umfassend das Handbuch *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis* (Hrsg.), *Internal Investigations*, 2. Aufl. 2016; vgl. auch *Schuster, ZIS 2010, 68*; *ders.*, NZWiSt 2012, 431.

²⁵ Sehr weitgehend etwa OLG Karlsruhe GRUR-RS 2026, 5933 („Adolfine die Kriegstreiberin“).

²⁶ Dazu aus mediensoziologischer Sicht *Elke Wagner* auf der Tagung „Soziale Medien und Strafrecht – Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld“ am 27./28.6.2025 in Würzburg (vgl. *Preuß, KriPoZ 2025, 243* [245]).

²⁷ Laut PKS 2025 liegen die Zahlen ähnlich hoch: bei §§ 185–187, 189 StGB bei 78,8 %, bei § 188 StGB bei 89,4 %.

²⁸ Interview 16, Staatsanwalt 10. Ein anderer Interviewpartner (Interview 3, Staatsanwalt 3) berichtet: „[W]ir haben eine sehr hohe Geständnisquote [...]. Es ist bei weitem nicht so, wie man sich das vorstellt, dass da einer sitzt und verbreitet da so Hass und Hetze und dann steht die Polizei bei ihm vor der Tür und dann sagt er: Nee das war ich nicht. Sondern die meisten sagen: Ja, das war ich schon, und ich sehe das aber von der Meinungsfreiheit gedeckt, oder sind ganz erschrocken, weil sie dachten, [...] ich darf sowas schreiben.“

²⁹ *Eckel/Rottmeier*, NSTZ 2021, 1 (7).

³⁰ Interview 6, Polizist 2.

³¹ BVerfGE 120, 274 (344 ff.).

„[D]ie klare Grenze bei OSINT wurde da gezogen, wo es zu Maßnahmen geht, die als verdeckte Maßnahmen zu werten sind, also bei vertrauensersweckenden Maßnahmen.“³²

Völkerrechtlich ist der Abruf öffentlich zugänglicher Inhalte ebenfalls unbedenklich; nach Art. 32 lit. a der Cybercrime Convention dürfen Vertragsstaaten auf öffentlich zugänglich gespeicherte Computerdaten unabhängig von deren geographischem Speicherort zugreifen.

c) Ein weiterer wichtiger Ermittlungsansatz liegt, wie bereits angedeutet, in Auskunftersuchen gegenüber Diensteanbietern.³³ Ob diese über Niederlassungen im Inland (Facebook/Meta in Hamburg) oder im europäischen Ausland (Google in Irland) verfügen, ist für die praktische Kontaktaufnahme offenbar gar nicht von entscheidender Bedeutung. Grenzüberschreitende Auskunftersuchen ohne Einschaltung des betroffenen Staates bedürfen – anders als die reinen Recherchen – als hoheitliches Handeln auf fremdem Staatsgebiet zwar an sich der Zustimmung des betroffenen Staates.³⁴ In der Praxis werden entsprechende Anfragen von Staaten angelsächsischer Rechtstradition aber – solange keine Zwangsmittel angedroht werden – geduldet.³⁵ Deshalb soll dieser Aspekt hier nicht als praktisches Haupthindernis behandelt werden. Die Anfragen erfolgen regelmäßig online über eigens für Strafverfolgungsbehörden eingerichtete Schnittstellen; insoweit hat schon Art. 10 DSA wesentliche Verbesserungen gebracht.³⁶

³² Interview 22, Polizist 7.

³³ Vgl. auch *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1 (9 f.); *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 81 (82 f.).

³⁴ *Ipsen*, Völkerrecht, 8. Aufl. 2024, § 23 Rn. 60 ff.; *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 24 ff.

³⁵ *Ambos/Gronke*, in: *Ambos/König/Rackow* (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 13; *Burchard/Vogel*, in: *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas* (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 41. EL., Stand: 2017, IRG Vor § 1 Rn. 38 f. Dies ist wohl begründet in der dortigen Ausgestaltung des Strafprozesses als Parteiverfahren, in dem vom Grundansatz her jede der gleichberechtigten Parteien Ermittlungen durchführen kann und auch das Anklageorgan nicht zwangsläufig eine staatliche Stelle sein muss (vgl. *Schuster* [Fn. 34], S. 25 f.). Sehr empfindlich reagiert demgegenüber z.B. die Schweiz, die dafür in Art. 271 schweizerisches StGB sogar eine eigene Strafbarkeit vorsieht.

³⁶ So berichtet ein Interviewpartner (Interview 7, Staatsanwalt 5): „[Früher] wurde uns [...] nie so ausdrücklich erklärt, in welchen Fällen Kooperation besteht oder nicht. Wir haben kleine Versuche gemacht, dass wir identische Anfragen einfach mehrfach gestellt haben und dadurch konnten wir eine gewisse, ich muss es leider sagen, Willkür der Plattform feststellen, indem man einfach Anfragen gestellt hat, abgelehnt, noch mal völlig inhaltsgleich gestellt, abgelehnt, nochmal gestellt akzeptiert, warum? Warum wurde es dann beim dritten Mal akzeptiert und zweimal abgelehnt? Keine Ahnung. Für uns als Praktiker ist es nur wichtig, an diese Daten zu kommen, damit wir dann unsere Arbeit, unsere Ermittlungen

Zu beachten ist, dass die Herausgabe der Daten in diesen Konstellationen bisher weitestgehend auf freiwilliger Grundlage erfolgt. Umständliche Rechtshilfeersuchen mit unsicheren Erfolgsaussichten und die Europäische Ermittlungsanordnung spielen im hiesigen Zusammenhang schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit (Nr. 25 Abs. 1 S. 3 RiVAST) kaum eine Rolle.³⁷ Verweigert ein ausländischer Anbieter die Auskunft, etwa weil er eine einfache Beleidigung nach seinem Rechtsverständnis nicht als hinreichend gewichtige Straftat einordnet, weil er bei eigenen Staatsangehörigen keine Daten herausgibt oder weil er entsprechende Anfragen generell nicht beantwortet, bestanden bisher keine unmittelbaren Durchsetzungsmöglichkeiten. Hinzu kommt, dass manche Anbieter praktisch nur schwer erreichbar sind. Umgekehrt sind auch die Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Nutzer begrenzt, zumal sie häufig weder über das Auskunftersuchen noch über die Übermittlung ihrer Daten automatisch informiert werden.

Durch die Anwendbarkeit der E-Evidence-VO (EU) 2023/1543 und das EBewMG werden ab dem 18. August 2026 aber gewisse Erleichterungen entstehen.³⁸ Jedenfalls gibt es künftig eine Rechtsgrundlage dafür, was teilweise schon Praxis ist. Eine Justizbehörde eines Mitgliedstaats kann elektronische Beweismittel unmittelbar von einem Diensteanbieter bzw. seiner benannten Niederlassung oder dessen gesetzlichem Vertreter in einem anderen EU-Mitgliedstaat herausverlangen. Nach der Richtlinie (EU) 2023/1544 müssen auch nicht-europäische Diensteanbieter, die ihre Dienste in der Union

machen können. Letztlich sind [...] diese Plattformen jetzt durch den DSA und durch die Regulierung mehr oder weniger gezwungen, einheitlich zu agieren.“

³⁷ So berichtet ein Interviewpartner (Interview 13, Staatsanwalt 7): „Den Rechtshilfeweg betreten wir eigentlich nicht – also wenn wir [...] keinen Nutzer haben, der hundertfach aufgefallen ist. Für einen Einzelfall ist Rechtshilfe nicht verhältnismäßig, das können wir nicht leisten.“ Über die Erfolgsaussichten nennt ein anderer Interviewpartner (Interview 7, Staatsanwalt 5) folgendes Beispiel: „Wir haben dieses Rechtshilfeersuchen in die USA gestellt. Die USA hat geantwortet, die Daten liegen nicht in den USA, sondern sie liegen in Irland. Nach Irland ist auch keine europäische Ermittlungsanordnung möglich, weil Irland diese nicht ratifiziert hat, also auch förmliches Rechtshilfeersuchen an Irland. All das dauert immer mindestens 6 Monate. Dann kam aus Irland die Antwort, wieso wir in Irland anfragen. Die Daten liegen in den USA.“ Immerhin berichtet ein anderer Interviewpartner (Interview 31, Staatsanwältin 22): „Ich habe [...] tatsächlich erst einmal ein Rechtshilfeersuchen in die Schweiz gestellt. Da ging es um einen E-Mail-Provider, der [...] in der Schweiz saß. Aber das war insoweit auch erfolgreich [...]. Es hat [...] zwar jetzt nicht zur Ermittlung des Beschuldigten geführt, aber wir haben Daten bekommen.“

³⁸ Dazu etwa *Esser*, in: *Sosnitza u.a.* (Hrsg.), Digitalisierung im europäischen Recht, 2022, S. 31; *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 81; *Krumwiede*, ZfStw 3/2024, 202; *Weiß*, ZRP 2025, 218; aus spanischer Sicht *de Hoyos Sancho*, in: *Eisele u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Walter Perron, 2026 (im Erscheinen).

anbieten, eine benannte Niederlassung oder einen gesetzlichen Vertreter in der EU vorhalten (Marktortprinzip). Verstöße gegen die Pflichten aus Europäischen Herausgabe- oder Sicherungsanordnungen können nach Art. 15 E-Evidence-VO mit Geldsanktionen geahndet werden. Praktisch bedeutsam ist dies vor allem für Identifizierungsdaten, die zur Zuordnung eines Accounts zu einer Person benötigt werden.³⁹ Allerdings bleiben Konflikte mit Drittstaatenrecht möglich, etwa wenn der Anbieter geltend macht, die Herausgabe verstoße gegen das Recht eines Drittstaats (Art. 17 E-Evidence-VO).

d) Herausgegeben werden können nur diejenigen Daten, die auch gespeichert und zuordenbar sind. IP-Adressen spielen aus diesem Grund bisher keine besonders große Rolle.⁴⁰ Dies verdeutlicht eine Stellungnahme des BKA:

„Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung zu Mindestspeicherfristen beim Provider sind die angefragten IP-Adressen in der Regel [...] bereits verfristet, sodass hierdurch keine weiteren Erkenntnisse erlangt werden können.“⁴¹

Dies dürfte sich jedoch durch die von der Bundesregierung geplante Einführung einer Pflicht zur Speicherung von IP-Adressen ändern.⁴² Der Ansatz wird von der Mehrheit der Interviewpartner begrüßt:

„Wenn ich mir jetzt vorstellen würde, wir hätten in der Zukunft eine Mindestspeicherung von einem Monat, dann würden die IP-Adressen [...] sofort ein relevanter Ermittlungsansatz werden, weil wir innerhalb dieser Monatsfrist dann die IP-Adressen der sozialen Netzwerke bekommen würden. In aller Regel [...] ist die IP-Adresse [...] insgesamt der valideste und effektivste Ermittlungsansatz. [...] Bei E-Mail-Adressen, die wir in aller Regel alle kostenfrei nutzen, ist genau das nicht der Fall. Es ist den E-Mail-

Dienstleistern völlig egal, wer ihre Kunden sind, Hauptsache sie nutzen den Dienst und klicken und sehen Werbung.“⁴³

Etwas skeptischer äußert sich allerdings ein anderer Interviewpartner:

„[E]ine Person, die sich komplett anonymisiert einen Account erstellt, sodass Bestandsdatenabfragen zwecklos sind, wird auch mit einer hohen Wahrscheinlichkeit die IP-Adresse verschleiert haben.“⁴⁴

Der Entwurf sieht eine dreimonatige Speicherfrist vor und deckt damit einen wesentlichen Bedarf der Ermittlungsbehörden. Die Speicherpflicht betrifft zwar alle Nutzer von Internetzugangsdiensten in Deutschland. Allerdings lassen die Daten nichts anderes als die Identifizierung des Anschlussinhabers anhand einer IP-Adresse zu. Es handelt sich gerade nicht um eine Vorratsdatenspeicherung von allen Verkehrs- und Standortdaten, wohl aber um eine Vorratsdatenspeicherung von Identifizierungsdaten.⁴⁵ Die anlasslose Speicherung von IP-Adressen ist in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt,⁴⁶ unionsrechtlich ist sie zulässig, sofern bestimmte Schutzmechanismen eingehalten werden.⁴⁷ Soll verhindert werden, dass Daten vor ihrer Herausgabe gelöscht werden, kommt künftig eine Europäische Sicherungsanordnung nach Art. 6 der E-Evidence-Verordnung in Betracht.

IV. Ausgewählte materiell-rechtliche Probleme

Wie bereits oben gezeigt (II.) existiert eine breite Palette an Strafnormen, um Äußerungsdelikte in sozialen Medien zu ahnden. In unseren Interviews zeigten sich die Vertreter der Strafverfolgungsbehörden auch überwiegend zufrieden mit den bestehenden Vorschriften, die kaum eine wesentliche Lücke ließen, jedenfalls soweit es die unmittelbaren Täter betrifft. Größere Probleme bereitet ausweislich unserer Interviews die Anwendung der Strafvorschriften im Einzelfall.

1. Bedeutung der Meinungsfreiheit

Bei den Äußerungsdelikten ist eine mögliche Strafbarkeit im Lichte der Kommunikationsgrundrechte zu beurteilen. Wenn es um die – auch strafrechtliche – Ahndung von Hate Speech oder anderer Formen des digitalen Hasses oder von Fake News geht, ist stets insbesondere die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG zu beachten.

³⁹ In diesem Fall bedarf es keiner Unterrichtung des Vollstreckungsstaats, Art. 8 Abs. 1 E-Evidence-VO.

⁴⁰ So berichtet ein Interviewpartner (Interview 8, Polizist 3): „Sehr, sehr wenige Fälle bekommen wir hier, wo der Täter anhand der IP-Adresse festgestellt wurde. Mit Abstand das häufigste sind [...] weichere Daten. Also Anfragen beim Provider, Bestandsdatenauskünfte bei Providern [...] mit diesen Daten wird hier am allermeisten gearbeitet. Sprich E-Mail-Adressen, Handynummern mit der Zweifaktor-Authentifizierung.“ Auch sagt eine weitere Interviewpartnerin (Interview 12, Staatsanwältin 6): „Habe ich bisher noch nicht gehabt, dass ich über die IP-Adresse gegangen wäre [...] weil [auch] die Speicherfristen viel zu kurz sind. [...] zwischen Tatanzeige und dem Moment, wo die Akten bei uns auf dem Tisch liegen, vergehen teilweise Monate und da sind natürlich keine IP-Adressen mehr vorhanden.“

⁴¹ Schriftliche Antwort des BKA v. 30.1.2025.

⁴² Der Gesetzesentwurf ist abrufbar im Internet unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_IP_Speicherung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (6.8.2026).

⁴³ Interview 7, Staatsanwalt 5.

⁴⁴ Interview 22, Polizist 7.

⁴⁵ RegE BR-Drs. 263/26, S. 21 f.

⁴⁶ In Irland beträgt die Speicherfrist für „user data“ z.B. grundsätzlich ein Jahr, vgl. section 3(1) Communications (Retention of Data) (Amendment) Act 2022.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 30.4.2024 – C-470/21 (La Quadrature du Net II – Hadopi) = EuGRZ 2024, 246. Zur Vereinbarkeit des deutschen Entwurfs mit den Vorgaben *Dastis*, NJOZ 2026, 385.

a) Schwierigkeiten entstehen insofern bereits bei der Auslegung der (ggf. mehrdeutigen) Äußerungen, die bereits auf dieser Ebene unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit erfolgen muss.⁴⁸ Bei den Äußerungsdelikten handelt es sich zudem um Kontextdelikte, was sowohl beweisrechtliche als auch materiell-rechtliche Probleme bereitet. Die isolierte Betrachtung eines umstrittenen Äußerungsteils wird nach der Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls in der Regel den Anforderungen an eine zuverlässige Sinnermittlung nicht gerecht.⁴⁹ Der maßgebliche Kontext lässt sich bei Äußerungen in sozialen Medien im Einzelfall aber häufig nur schwer erfassen, etwa wenn sich aus einem Screenshot nicht ohne Weiteres ergibt, worauf sich die beanstandete Äußerung bezieht. Wird nur die Äußerung selbst angezeigt, sind polizeiliche Nachermittlungen notwendig. Gerade angesichts der Vielzahl der zu bearbeitenden Fälle kann dies erhebliche praktische Schwierigkeiten verursachen.⁵⁰

b) Wenn die Auslegung ergibt, dass eine Aussage ehrverletzend ist, muss die Meinungsfreiheit auch auf einer zweiten Ebene (strafrechtsdogmatisch im Rahmen der Rechtswidrigkeit⁵¹) berücksichtigt werden. Zwar sind im Fall von Fake News erwiesene unrichtige Tatsachenbehauptungen kein schützenswertes Gut, sodass ein Eingriff von vornherein weniger schwer wiegt als im Fall nicht erwiesener unwahrer Tatsachenangaben.⁵² Zudem finden Werturteile bei Schmähkritik, Formalbeleidigung oder Angriffen auf die Menschenwürde ihre Grenze, indem sich das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen hier stets durchsetzt.⁵³ Ansonsten muss zur Beurteilung der Strafbarkeit nach der Rechtsprechung des BVerfG aber eine Abwägung mit dem Recht auf Ehre als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, erfolgen.⁵⁴ In seinem Künast-Beschluss hat das BVerfG ausgeführt, dass die Tatsache, dass eine Äußerung in sozialen Medien im Internet erfolgt, sich wegen deren Besonderheiten zulasten des Äußernden auswirken kann.⁵⁵ Daher muss auch in der Strafverfolgungspraxis zumindest im Anwendungsbereich der §§ 185 ff. StGB schon früh eine Abwägung getroffen werden, wenn es darum geht, zu beurteilen, ob eine

Äußerung strafbar sein könnte. Zu diesem Zweck werden in der Praxis Schulungen zur Aus- und Fortbildung durchgeführt und Arbeitshilfen und Musterverfügungen erstellt.⁵⁶ Auf diese Weise versuchen die Strafverfolgungsbehörden eine möglichst verlässliche Bewertungspraxis herauszubilden, die in der Mehrheit der Fälle vor Gericht Bestand hat. Es kommt allerdings auch bei den Gerichten teilweise zu überraschenden Entscheidungen in die eine oder andere Richtung, wenn entweder die Meinungsfreiheit oder das Persönlichkeitsrecht besonders (oder zu) stark gewichtet wird.⁵⁷ Dies mag für das Strafrecht problematisch sein, da für die Bürger bereits vor der Tat klar sein muss, was strafbar ist, folgt jedoch aus der Tatsache, dass es sich um einen Ausgleich von Grundrechtspositionen handelt, von denen – mit Ausnahme der Menschenwürde – keine unabwägbare ist. Gerade bei Massenanzeigen kann die im Einzelfall erforderliche Abwägung die Strafverfolgungsbehörden daher nicht nur rechtlich, sondern auch organisatorisch und praktisch erheblich belasten.⁵⁸

c) Selbst im Bereich der Volksverhetzung gem. § 130 StGB ist die tatbestandliche Bewertung mitunter von Fragen der Meinungsfreiheit überlagert. Dies gilt etwa für Fälle des Abs. 3, in denen eine Äußerung ersichtlich an eine politische Stellungnahme anknüpft, wie bei der Veröffentlichung eines an das KZ Auschwitz angelehnten Tores mit der Aufschrift „Impfen macht frei“ auf Facebook. Auch wenn dies eine völlig unangemessene Bewertung des eigenen Leids als Ungeimpfter darstellt, welche den Massenmord in der NS-Zeit relativiert, war die Strafbarkeit insoweit im Lichte des Art. 5 Abs. 1 GG zu beurteilen (aber im Ergebnis zu bejahen).⁵⁹

Im Bereich der Volksverhetzung geht es jedoch viel häufiger um unmittelbare Angriffe auf die Menschenwürde (z.B. bei Parolen wie „mit Stumpf und Stiel ausrotten!“ sowie „Raus mit diesem Gesindel!“⁶⁰), sodass zumindest in diesen Fällen kein Abwägungsproblem besteht. Bei § 130 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB stellt der Angriff auf die Menschenwürde bereits ein Tatbestandsmerkmal dar. Praktische Probleme bei der Auslegung bereiten jedoch andere Merkmale der Vorschrift, wie etwa die Frage der Eignung der Äußerung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens. Hier zeigen die Angaben in den Interviews kein einheitliches Bild. Teil-

⁴⁸ Bei Anwendung der Strafvorschriften auf die Äußerung im konkreten Fall verlangt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zunächst eine der Meinungsfreiheit gerecht werdende Ermittlung des Sinns der infrage stehenden Äußerung (vgl. nur BVerfGE 93, 266 [295 f.]). Praxisrelevant ist insbesondere die Abgrenzung, ob eine Aussage als reine Tatsachenbehauptung oder als Werturteil gemeint war; vgl. BVerfG ZUM-RD 2016, 629 (630); siehe dazu auch LG Bamberg, Urt. v. 14.1. 2026 – 11 NBs 1108 Js 11315/24 gegen AG Bamberg, MMR 2026, 226 („Ich hasse die Meinungsfreiheit“).

⁴⁹ BVerfG NJW 2024, 1868.

⁵⁰ Interview 15, Staatsanwalt 9.

⁵¹ Vgl. Reinbacher, ZJS 2022, 802 (804 f.).

⁵² BVerfGE 90, 241 (253).

⁵³ BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); vgl. dazu Reinbacher, ZJS 2022, 802 (805 ff.).

⁵⁴ BVerfGE 93, 266 (294); BVerfG NJW 2020, 2622 (2625).

⁵⁵ BVerfG NJW 2020, 2622; NJW 2022, 680; vgl. dazu Reinbacher, ZJS 2022, 802 (808 f.).

⁵⁶ Interview 7, Staatsanwalt 5; Interview 13, Staatsanwalt 7.

⁵⁷ Aufsehen erregend waren in diesem Zusammenhang etwa die Entscheidungen des LG Berlin, das im Fall der Politikerin Renate Künast auch schwerwiegende Bezeichnungen weit unter der Gürtellinie noch als zulässig erachtete; vgl. LG Berlin MMR 2019, 754; nachfolgend: KG MMR 2020, 867; LG Berlin ZUM-RD 2020, 471.

⁵⁸ Interview 15, Staatsanwalt 9.

⁵⁹ BGH NSTZ 2025, 549 m.Anm. Schwarz; vgl. dazu auch Brinken/Thore, famos 05/2025, 25; die Strafbarkeit ablehnend Zimmermann, ZfStw 1/2026, 30. Auch nach der Rspr. liegt nicht in jedem unpassenden Vergleich mit der Judenverfolgung ein klares Verharmlosen des NS-Völkermords, etwa beim „Ungeimpft“-Stern verneinend OLG Braunschweig StV 2024, 375, bejahend jedoch LG Würzburg NSTZ-RR 2022, 242.

⁶⁰ OLG Bremen StV 2025, 253 (256 f.).

weise wurde berichtet, dass diese Frage bei Äußerungen im Internet eher selten vertieft werde, vielmehr davon ausgegangen werde, dass eine Äußerung, die in sozialen Medien öffentlich getätigt wird, generell zur Friedensgefährdung geeignet ist.⁶¹ Ein anderer Staatsanwalt gab hingegen an, sich der Frage eher „mathematisch zu nähern.“⁶² Es würden zum Zwecke der Feststellung dieses Merkmals Checklisten erstellt, in denen u.a. festgehalten werde, wie viele Follower und welche Reichweite ein Beitrag hatte, um anhand gewisser Zahlen Kategorien zu entwickeln, um Verfahren vergleichen zu können.

d) Ein ähnlich problematisches Merkmal findet sich im rechtspolitisch umstrittenen⁶³ § 188 Abs. 1 S. 1 StGB, der voraussetzt, dass die Tat geeignet sein muss, das öffentliche Wirken des oder der Betroffenen erheblich zu erschweren. Da es sich dabei um eine Wertungsfrage im Einzelfall handelt, versucht die Praxis auch in dieser Hinsicht teilweise Kategorien zu entwickeln, um dieses Merkmal mit Leben zu füllen.⁶⁴ Auch diese Frage wird durch die Rechtsprechung nicht erleichtert: So hat etwa das AG Schwetzingen die Bezeichnung als „fette Assel“ als nicht geeignet angesehen, das öffentliche Wirken der betroffenen Politikerin erheblich zu erschweren, da sich der User in dem betreffenden Post in keiner Form mit den politischen Inhalten auseinandergesetzt und lediglich auf das äußere Erscheinungsbild der Geschädigten abgestellt hatte, sodass ein verständiger Dritter hieraus nicht auf eine tatsächliche Beeinträchtigung ihrer Integrität schließen werde.⁶⁵ Überzeugender erscheint es jedoch, darauf abzustellen, dass auch derartig grobe persönliche Herabsetzungen das politische Wirken der Betroffenen überlagern und von den von ihr vertretenen Sachfragen ablenken können. Auch im Übrigen zeigt die Rechtsprechung keine durchweg einheitliche Linie: Während das BayObLG eher zurückhaltend urteilt,⁶⁶ verfährt das OLG Zweibrücken punitiver.⁶⁷ In diesem Zusammenhang gab ein Interviewpartner zudem an, dass in den allermeisten Fällen Strafbefehle (dazu auch unten V.) nicht angefochten würden, was die Erstellung von Kategorien in dieser Hinsicht nahezu unmöglich mache.⁶⁸

2. Beteiligung Dritter

Eine andere Frage betrifft die Beteiligung Dritter an einem fremden Äußerungsdelikt. Zunächst gilt es hinsichtlich der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme danach zu differenzieren, ob es sich um ein höchstpersönliches Äußerungsdelikt oder um ein Verbreitungsdelikt handelt. Bei Ersteren ist nur derjenige Täter, um dessen Äußerung es sich handelt.

Hierzu gehört etwa § 185 StGB:⁶⁹ Nicht der Briefträger wird bestraft, sondern derjenige, der den beleidigenden Brief verfasst hat. Allerdings ist es möglich, sich eine fremde Äußerung zu eigen zu machen, sodass sie zu einer eigenen wird. Für den Bereich der sozialen Medien bedeutet dies, dass jedenfalls diejenige Person, die einen beleidigenden Beitrag selbst postet, Täter einer entsprechenden Beleidigung ist. Umstritten ist hingegen die Frage, ob ein „Liken“ oder ein Teilen des Ausgangsposts ein Sich-zu-eigen-Machen darstellt. Nimmt man an, dass zumindest ein Like eine solche Übernahme des Inhalts ist, weil der Likende damit seine Zustimmung zum Ausdruck bringt,⁷⁰ so ist der Like selbst eine eigenständige (neue) Beleidigung. Insofern gab ein Interviewpartner an, tatsächlich auch Likes zu verfolgen.⁷¹ Sieht man im bloßen Teilen eines fremden Beitrags hingegen nur eine Teilnahme, so kommt es entscheidend auf die Frage an, ob nach Vollendung der Tat (= das Lesen und Verstehen des Beitrags⁷²) eine sukzessive Beihilfe überhaupt noch möglich ist. Dies ist aus unserer Sicht denkbar, weil die Tat so lange andauert, wie der Post willentlich online gelassen wird und das Äußerungsdelikt insofern andauernd begangen wird (durative Tatbegehung).⁷³

Anders liegt der Fall hingegen bei den Verbreitungsdelikten, da hier bereits das Verbreiten eines inkriminierten Posts zur Strafbarkeit führt. Besonders anschaulich zeigt sich dies bei der Volksverhetzung: Während Abs. 1 ein höchstpersönliches Äußerungsdelikt darstellt, handelt es sich bei Abs. 2 um ein Verbreitungsdelikt. Bereits das Teilen eines volksverhetzenden Inhalts führt also zu einer Täterschaft der den Beitrag Teilenden gem. § 130 Abs. 2 StGB. Der öffentliche Frieden kann nämlich durch die Weiterverbreitung volksverhetzender Inhalte unabhängig davon gefährdet werden, von wem sie ursprünglich verfasst wurden. Insofern kommt es in der Praxis hier nicht darauf an, wer den ursprünglichen Post erstellt hat.

Die Frage der Tatbeteiligung bei Äußerungsdelikten ist auch für eine mögliche strafrechtliche Verantwortung der Provider entscheidend, etwa wegen einer Beihilfe zur Haupttat der Sich-Äußernden durch das Nicht-Löschen eines Posts. Dabei sind bei einer Strafbarkeit neben der oben erläuterten Problematik der Beihilfe nach Vollendung der Haupttat aber

⁶¹ Interview 15, Staatsanwalt 9.

⁶² Interview 13, Staatsanwalt 7.

⁶³ Vgl. oben Fn. 10 und 11.

⁶⁴ Interview 13, Staatsanwalt 7; Interview 23, Staatsanwältin 16.

⁶⁵ AG Schwetzingen, Urt. v. 26.6.2023 – 2 Cs 806 Js 336/23 = BeckRS 2023, 15390.

⁶⁶ BayObLG, Urt. v. 6.3.2025 – 206 StRR 433/24 = BeckRS 2025, 3444; zust. *Cassiano*, ZfStw 3/2026, 164 (170).

⁶⁷ OLG Zweibrücken ZUM-RD 2025, 192.

⁶⁸ Interview 13, Staatsanwalt 7.

⁶⁹ OLG Köln NJW 1996, 2878 (2879); *Eisele/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 185 Rn. 1; *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (559).

⁷⁰ So etwa BG Zürich MMR 2018, 220 (222 f.); OLG Frankfurt a.M. MMR 2016, 489 (490); *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (560) – a.A. *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 69), § 185 Rn. 1; *Krischker*, JA 2013, 488 (490 f.).

⁷¹ Interview 6, Polizist 2.

⁷² Vgl. BGHSt 9, 17 (19); *Hilgendorf*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 185 Rn. 26.

⁷³ *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (561 f.); zustimmend *Heinrich*, Legal Culture 2025, 55 (68 ff.); ähnlich *Schünemann/Gréco*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 27 Rn. 47, die jedoch den Charakter als Dauerdelikt im Einzelfall bestimmen wollen.

noch weitere Fragen zu klären. So handelt es sich bei der Nicht-Löschung eines Posts um ein Unterlassen, sodass eine Garantenpflicht des Providers zur Entfernung erforderlich ist, was umstritten ist.⁷⁴ Insbesondere genießen Provider die Privilegien des Art. 6 Abs. 1 DSA, der einer Strafbarkeit nur dann nicht entgegensteht, wenn der Provider Kenntnis von der Tat hat und nicht umgehend tätig wird, um den Post zu entfernen. Dass diese Privilegierung keineswegs zwingend oder unveränderlich ist, zeigt etwa ein Blick auf das Urheberrecht. Hier hat der Unionsgesetzgeber eine Täterschaft von Plattformbetreibern für ein öffentliches Zugänglichmachen urheberrechtlich geschützter Werke in der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt RL (EU) 2019/790 v. 17.4.2019⁷⁵ festgelegt, indem ein Plattformbetreiber gem. Art. 17 Abs. 1 auf seiner Plattform hochgeladene urheberrechtlich geschützte Inhalte selbst öffentlich zugänglich macht, sofern er nicht besondere Pflichten erfüllt, was 2021 auch im deutschen UrhDaG umgesetzt wurde.⁷⁶ Gem. § 106 UrhG besteht insofern auch eine Strafbarkeit, da die Strafnorm akzessorisch an das Zivilrecht anknüpft.⁷⁷ Vor diesem Hintergrund haben wir in unseren Interviews danach gefragt, ob sie die geltende Rechtslage hinsichtlich der Äußerungsdelikte des Kernstrafrechts noch für überzeugend halten. Die Antworten hierauf fielen uneinheitlich aus. Während einzelne Stimmen eine stärkere strafrechtliche Verantwortlichkeit von Providern befürworteten,⁷⁸ lehnte die überwiegende Mehrheit dies ab. Zur Begründung wurden teilweise rechtliche Einwände angeführt, etwa mit Blick auf ein in den USA herrschendes anderes Verständnis von Free Speech.⁷⁹ Daneben wurde auf praktische Schwierigkeiten hingewiesen, namentlich auf die Frage, welche Person innerhalb eines Diensteanbieters überhaupt konkret strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnte.⁸⁰

3. Antragserfordernis

Eine weitere Besonderheit der Äußerungsdelikte liegt darin, dass es sich jedenfalls bei den §§ 185 ff. StGB um Antragsdelikte handelt. Insofern ist bei dem absoluten Antragsdelikt des § 185 StGB bei einer Beleidigung gem. § 194 Abs. 1 S. 1

StGB stets ein Strafantrag der Verletzten erforderlich.⁸¹ Bei Vorliegen eines Strafantrags werden die staatlichen Behörden in diesem Bereich tätig. Fehlt er, so sind ihnen im Fall des § 185 StGB die Hände gebunden.⁸² Aufgrund der dreimonatigen Antragsfrist (§ 77b StGB) ist die nachträgliche Einholung nicht immer möglich. Gewisse Erleichterungen sind aber dadurch entstanden, dass seit der Reform des § 158 StPO im Jahr 2024⁸³ der Antrag in der digitalen Welt auch elektronisch gestellt werden kann. So berichtet ein Interviewpartner:

„Wir haben da positive Erfahrungen gemacht, dadurch, dass die Stellung eines Strafantrags vereinfacht wurde. Man kann ihn inzwischen recht formlos per E-Mail stellen. Das wird dankend angenommen. Dann ist der Strafantrag auch mal innerhalb einer halben Stunde da, nicht erst innerhalb von 3 Wochen.“⁸⁴

Oft kommt die Anzeige auch von Dritten.⁸⁵ Vertreter der Strafverfolgungsbehörden gaben in den Interviews unterschiedliche Antworten auf die Frage, ob sie in einem solchen Fall proaktiv auf die Opfer zugehen und sie (ggf. erstmalig) mit der Beleidigung konfrontieren.⁸⁶

Kein Strafantrag erforderlich ist bei § 188 StGB, der unter den oben genannten Voraussetzungen Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung gegenüber Politikern unter Strafe stellt.⁸⁷ Hierbei handelt es sich gem. § 194 Abs. 1 S. 3 StGB um ein relatives Antragsdelikt, das auch ohne Strafantrag der verletzten Person verfolgt werden kann, wenn die Staatsanwaltschaft ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Vertreter der Zentralstellen zur Verfolgung von Hate Speech gaben an, von dieser Möglichkeit

⁷⁴ Ablehnend im Hinblick auf neutrale Plattformen (im Darknet) *Weber*, Die Strafbarkeit von Plattformbetreibern im Darknet, 2022, S. 268 ff.; ebenfalls eher zurückhaltend *Eisele*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 69), § 184 Rn. 90c („nicht aus Ingerenz, sondern nur in engen Grenzen aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle“); befürwortend *Kusche*, in: Hilgenhof/Lerman/Córdoba (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020, S. 529 (532 ff.).

⁷⁵ ABl. EU 2019 Nr. L 130/92.

⁷⁶ BGBl. I 2021, S. 1204.

⁷⁷ Vgl. *Reinbacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2026, UrhG § 106 Rn. 20 f.

⁷⁸ Interview 19, Staatsanwalt 13; Interview 21, Staatsanwalt 15; Interview 30, Polizist 9.

⁷⁹ Interview 12, Staatsanwalt 6.

⁸⁰ Interview 2, Staatsanwalt 2; Interview 4, Staatsanwalt 4; Interview 15, Staatsanwalt 9; Interview 25, Staatsanwalt 18; Interview 27, Staatsanwalt 20; Interview 31, Staatsanwältin 22.

⁸¹ Eine Ausnahme besteht gem. § 194 Abs. 1 S. 2 StGB: Wird die Tat in einer Versammlung oder dadurch begangen, dass ein Inhalt verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt.

⁸² So scheiterte auch im Fall AG Schwetzingen, Urt. v. 26.6.2023 – 2 Cs 806 Js 336/23 = BeckRS 2023, 15390, eine Verurteilung wegen einer Beleidigung gem. § 185 StGB am fehlenden Strafantrag der Geschädigten.

⁸³ Durch das Gesetz zur weiteren Digitalisierung der Justiz v. 12.7.2024, BGBl. I 2024, Nr. 234.

⁸⁴ Interview 22, Polizist 7.

⁸⁵ Interview 3, Staatsanwalt 3: Manchmal sei „es so, dass sich tatsächlich dieses Strafantragserfordernis als wahnsinniges Hindernis herausstellt [...]“. Wir bekommen eine Akte und in vielen Fällen, also wirklich vielen, ist es so, dass der Geschädigte davon auch noch überhaupt keine Kenntnis hat.“

⁸⁶ Dafür Interview 15, Staatsanwalt 9 – dagegen Interview 13, Staatsanwalt 7.

⁸⁷ Zur rechtspolitischen Kritik vgl. oben Fn. 10 und 11.

durchaus Gebrauch zu machen.⁸⁸ Gleiches gilt für die verhetzende Beleidigung nach dem neu geschaffenen § 192a StGB, die inhaltlich zwischen den Beleidigungsdelikten und der Volksverhetzung steht.⁸⁹ Bei § 130 StGB sind Strafanträge ebenfalls nicht erforderlich, was sich hier dadurch erklären lässt, dass mit dem öffentlichen Frieden (zuvorderst) ein Allgemeinrechtsgut geschützt ist.

Ferner haben wir in diesem Zusammenhang die Interviewpartner gefragt, ob sie insbesondere in den Fällen der Qualifikation, also etwa bei einer öffentlichen Beleidigung in sozialen Medien, eine Änderung des § 185 StGB – über § 194 Abs. 1 S. 2 StGB hinaus⁹⁰ – in ein relatives Antragsdelikt befürworten würden. Zwar wurde grundsätzlich das Problem mangelnder Ressourcen vorgebracht, gleichwohl wurde teilweise darauf verwiesen, dass bei Hasskriminalität im Internet ein öffentliches Interesse an der Verfolgung bestehe, weshalb auch der Privatklageweg regelmäßig ausscheide.⁹¹ Daher sei es „schon gut, wenn man bestimmte Beleidigungen tatsächlich auch ohne Strafantrag verfolgen könnte“, da es oftmals auf Opferseite Personen gebe, die mit dem offiziellen Behördenweg überfordert seien.⁹² Besonders heikel sei das wiederholte Einholen eines Strafantrags bei § 189 StGB, der das Verunglimpfen des Andenkens Verstorbener unter Strafe stellt.⁹³ Ein anderer Interviewpartner verwies darauf, dass angesichts des Rechtsguts der persönlichen Ehre viel für ein Strafantragsdelikt spreche, wies gleichwohl aber darauf hin, dass bei Sportlern möglicherweise eine ähnliche Lage bestehe wie bei Politikern, bei denen im Falle einer Strafbarkeit nach § 188 StGB die Möglichkeit der Strafverfolgung von Amts wegen besteht.⁹⁴ Bei Profifußballern etwa seien die nicht seltenen rassistischen Beschimpfungen „maximal öffentlich“; und auch wenn diese wohl Besseres zu tun hätten, als nach jedem Spiel Strafanträge zu stellen, so

dürfe nicht der Eindruck entstehen, solche Personen könnten ohne Konsequenzen rassistisch beleidigt werden.⁹⁵

V. Rechtsfolgen

Beleidigungsdelikte wurden in ihrer klassischen Erscheinungsform lange Zeit als Bagatelldelikte behandelt. Bei Auseinandersetzungen „am Gartenzaun“ bleibt es auch heute häufig beim Verweis auf den Privatklageweg gemäß § 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO, der von den Betroffenen wegen des Kostenrisikos und der persönlichen Konfrontation mit dem Täter in der Praxis i.d.R. nicht beschritten wird. Auf Ehrverletzungen im Internet ist dies jedoch nicht übertragbar und wird auch in der Praxis völlig anders gehandhabt: Aufgrund der potenziell massenhaften und dauerhaften Verbreitung können digitale Beleidigungen, üble Nachreden oder Verleumdungen die Betroffenen erheblich stärker treffen und zu nachhaltigen psychischen, sozialen und wirtschaftlichen Beeinträchtigungen führen. So berichtet ein Interviewpartner:

„Derjenige, der wirklich auch zur Polizei zur Anzeigenerstattung kommt oder geht, der muss gar nicht Betroffener einer vulnerablen Gruppe sein, aber der hat häufig schon ordentlich viel eingesteckt.“⁹⁶

Vertreter der Zentralstellen gaben in unseren Interviews an, dass in Fällen von Hate Speech generell nicht auf den Privatklageweg verwiesen werde, da bei Hasskriminalität immer ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bestehe (vgl. Nr. 86 Abs. 2 RiStBV).⁹⁷ Es sei schließlich auch ein Zweck der Zentralstelle, Strafverfahren zu vereinheitlichen.⁹⁸ Auch sei es den Opfern schlichtweg nicht zu erklären, warum sie sich privat um Fälle von Hasskriminalität kümmern sollten.⁹⁹

Auch Opportunitätseinstellungen nach den §§ 153 ff. StPO sind erstaunlich selten, wenn man dies mit anderen Kriminalitätsbereichen vergleicht,¹⁰⁰ wobei dies etwas von Bundes-

⁸⁸ Interview 1, Staatsanwalt 1; Interview 3, Staatsanwalt 3; Interview 21, Staatsanwalt 15.

⁸⁹ Vgl. kritisch dazu *Reinbacher*, in: Hilgendorf/Oğlakcioğlu (Hrsg.), *Verrohung der Kommunikation?*, 2025, S. 51.

⁹⁰ Dieser befreit Fälle einer qualifizierten Beleidigung vom Strafantragserfordernis, wenn der Verletzte einer Gruppe angehört, die in der NS-Zeit oder unter einer anderen Gewalt- oder Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe ein Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt und die Staatsanwaltschaft ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht.

⁹¹ Interview 15, Staatsanwalt 9; Interview 16, Staatsanwalt 10: „[E]igentlich wüsste ich nicht, dass wir hier in einen Fall auf den Privatklageweg verwiesen hätten.“

⁹² Interview 15, Staatsanwalt 9.

⁹³ Vgl. Interview 13, Staatsanwalt 7: „Da kommen 5–6 Jahre nachher immer noch Taten vor, wo man sagt, ja der hat sich für Flüchtlinge ausgesprochen [...] und dann kommen halt irgendwelche Verleumdungen, Beleidigungen. Müssen wir die Hinterbliebenen dann neu damit konfrontieren, dass es solche Äußerungen im Netz gibt? Also damit haben wir ganz, ganz große Schwierigkeiten [...] immer wieder an die Leute herantreten müssen.“

⁹⁴ Interview 13, Staatsanwalt 7.

⁹⁵ Interview 13, Staatsanwalt 7.

⁹⁶ Interview 5, Polizist 1.

⁹⁷ Interview 15, Staatsanwalt 9.

⁹⁸ Interview 15, Staatsanwalt 9.

⁹⁹ Interview 13, Staatsanwalt 7.

¹⁰⁰ So für Bayern *David Beck*, Hate-Speech-Beauftragter der bayerischen Justiz, auf der Tagung „Soziale Medien und Strafrecht – Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld“ am 27./28.6.2025 in Würzburg (zitiert nach *Preuß, KriPoZ 2025, 243* [244]); gleichermaßen äußerte sich auch ein Interviewpartner (Staatsanwalt 3, Interview v. 2.8.2024): „Wenn dann nur ganz dosiert, also zum Beispiel § 154 StPO. [Es] macht natürlich keinen Sinn, einen Hasspost zu verfolgen, wenn der [Täter] zwei Wochen vorher zu einer zweijährigen Haftstrafe wegen ähnlicher Delikte schon verurteilt [wurde]. Also das machen wir, das gibt es natürlich schon, aber sonst machen wir davon höchst ausnahmsweise Gebrauch.“ Ferner ergänzt er zu jugendlichen Straftätern: „Also was wir tatsächlich nicht mehr machen, sind [...] Diversionsverfahren nach § 45 JGG. [...] Der Richter oder die Richterin soll denen [...] auch mal Bescheid sagen, und wenn dann aber von den Jugendrichtern

land zu Bundesland variiert und auch von der Unrechtseinsicht des Beschuldigten abhängt.¹⁰¹ Gleichwohl darf der gesteigerte Erfolgsunwert massenhafter digitaler Ehrverletzungen nicht völlig über das manchmal reduzierte Handlungsunrecht des Einzelnen hinwegtäuschen. So berichtet eine Interviewpartnerin:¹⁰²

„Es sind auch manchmal Leute, die schon ein gewisses Alter erreicht haben, wo man sieht, der hat jetzt seit 50 Jahren ein komplett straffloses Vorleben, und dann hat er sich plötzlich aus irgendeinem Anlass heraus, aufgrund irgendeiner Mitteilung, die er gelesen hat [...], dazu berufen gefühlt, ins gleiche Horn zu stoßen [...]. Das ist ja oft so, dass [...] irgendwelche tatsächlichen Geschehnisse vollkommen verzerrt im Internet dargestellt werden und die Menschen das dann für bare Münze nehmen und dann [...] meinen, [der] Empörung [...] irgendwie direkt Luft machen zu müssen.“

Die besondere Schädlichkeit entsteht oft erst durch die Vielzahl gleichgerichteter Beiträge, also durch den „Shitstorm“ als kollektives Phänomen. Für die strafrechtliche Bewertung und Sanktionierung des Einzelnen kommt es aber entscheidend auf den konkreten Tatbeitrag, den Kontext und das Maß individueller krimineller Energie an. Gezielte Hetze, Cybermobbing, das Erstellen hetzerischer Memes oder Feindeslisten sowie wiederholte einschlägige Taten wiegen deutlich schwerer als spontan und affektiv abgegebene Einzelaussagen. Gerade weil digitale Kommunikation schnelle, enthemmte und vermeintlich folgenarme Reaktionen begünstigt, ist im Einzelfall Augenmaß erforderlich. Der Online-Enthemmungseffekt (oben I.) ist kein Entschuldigungsgrund, kann aber ein Gesichtspunkt schuldangemessener Differenzierung sein. Hessen erprobt aus den genannten Gründen alternative Sanktionsformen (als Auflage gem. § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StPO), namentlich psychosoziale Einzel- und Gruppensitzungen in digitaler Form als ambulante Maßnahmen für straffäl-

die Anregung kommt, nach § 47 JGG das [Verfahren] gegen eine Auflage einzustellen, dann sind wir [...] großzügiger.“

¹⁰¹ Ein Interviewpartner (Interview 17, Staatsanwalt 11) begründet die Zurückhaltung in seinem Bundesland wie folgt: „[Man] hat manchmal [auch] das Problem, [dass] die Leute auf die Beschuldigtenvernehmung überhaupt nicht reagieren, keine Reue zeigen, manchmal sogar sagen, dass sie recht haben.“ Eine Interviewpartnerin berichtet über ihr Bundesland (Interview 31, Staatsanwältin 22): „Also ich sag mal, der Großteil sind Strafbefehle oder Anklagen je nach Vorstrafen, aber es kommen [bei uns] auch § 153 StPO oder § 153a StPO in Betracht. Das hängt dann vom Einzelfall ab. Und wenn sich jetzt jemand entschuldigt und sich einsichtig zeigt, kann man das auch in diesen Fällen meiner Meinung nach [so] machen.“ Ein weiterer Interviewpartner (Interview 13, Staatsanwalt 7) berichtet: „Wir haben Fälle, wo Personen Entschuldigungsbriege schreiben, was sollen wir dann noch mehr machen? Dann sagen wir [...] das Ziel ist erreicht, dann stellen wir dann auch nach § 153 StPO ohne Auflagen ein.“

¹⁰² Interview 23, Staatsanwältin 16.

lig gewordene Personen.¹⁰³ Dennoch bleiben derzeit in allen bisher untersuchten Bundesländern vor allem Strafbefehle mit Geldstrafen,¹⁰⁴ aber auch Anklagen das Mittel der Wahl.¹⁰⁵

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die Strafverfolgung von Äußerungsdelikten im Internet wird bislang überwiegend durch Anzeigen und Meldestrukturen ausgelöst, während proaktive staatliche Ermittlungen die Ausnahme bleiben. Zugleich zeichnet sich eine teilweise Privatisierung bzw. Hybridisierung der Rechtsdurchsetzung ab: Die Ermittlung einschlägiger Inhalte geschieht zum Teil durch private Akteure, während die Identifizierung der Verantwortlichen durch die Strafverfolgungsbehörden in Zusammenarbeit mit den großen internationalen Diensteanbietern erfolgt, die wiederum bisher weitestgehend auf Freiwilligkeit basiert. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Kooperationsbereitschaft gegenüber den deutschen Strafverfolgungsbehörden und denen anderer Mitgliedstaaten der EU¹⁰⁶ vor dem Hintergrund veränderter politischer Rahmenbedingungen künftig verringert. Dem dürften zumindest in der EU wiederum die ab dem 18. August 2026 anwendbare E-Evidence-Verordnung sowie die Speicherung von IP-Adressen entgegenwirken. Die bestehenden Strafvorschriften werden von den befragten Praktikern im Grundsatz überwiegend als ausreichend angesehen. Die Schwierigkeiten liegen weniger in normativen Schutzlücken als vielmehr in der grundrechtsgebundenen Bewertung des Einzelfalls. Besonders in den Grenzbereichen der Beleidigungsdelikte zeigt sich ein Spannungsverhältnis, das inzwischen auch medial und rechtspolitisch zunehmend aufgegriffen wird. Während einige Stimmen nach effektiverer Verfolgung digitaler Ehrdelikte rufen, wird von anderen die Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Reaktionen infrage gestellt. Diese Abwägung müssen die Strafverfolgungsbehörden in all den Fällen leisten, in denen das Ergebnis nicht eindeutig vorgezeichnet ist, um zu einer angemessenen Bewertung

¹⁰³ Das Projekt nennt sich „Stop Hate“ (<https://stop-hate.de/> [7.8.2026]). Ein Interviewpartner (Interview 13, Staatsanwalt 7) berichtet dazu: „Wir wollen die Leute einfach mal rausholen, mal wieder sensibilisieren. [Ganz] viele dieser Personen reagieren völlig anders, wenn man sie im normalen Leben trifft und konfrontiert. Und das Netz enthemmt halt unglaublich.“ Einstellungen nach § 153 StPO gebe es hingegen selten, auch „weil wir das schlichtweg nicht wollen“.

¹⁰⁴ Ein Interviewpartner (Interview 25, Staatsanwalt 18) spezifiziert dies für seine Behörde wie folgt: „[Z]wischen 20 und 40 Tagessätzen [...] das ist so [...] der Strafzumessungsrahmen, in dem wir uns hier in der Regel bewegen – bei Ersttätigern“. Eine Interviewpartnerin (Interview 19, Staatsanwältin 13) bringt auch die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) verbunden mit einer Geldauflage ins Spiel. Einzelne Strafzumessungsbeispiele finden sich auch bei Krause, StV 2026, 449 (452 f.).

¹⁰⁵ Freiheitsstrafen werden am Ende selten verhängt, aber auch das kommt vor, wie etwa Staatsanwalt 5 im Interview 7 ausführt.

¹⁰⁶ Zu den Erfahrungen in Spanien vgl. *de Hoyos Sancho* (Fn. 38), im Erscheinen.

zu gelangen. Schließlich weist nicht jede digitale Entgleisung dieselbe kriminelle Energie auf. Neben den klassischen strafrechtlichen Sanktionen stellt sich auch die Frage nach anderen möglichen Reaktionen. Es besteht daher weiterhin erheblicher Forschungsbedarf, was dieser Zwischenbericht zeigen sollte.

Die nicht einvernehmlich hergestellten sexualisierten Deepfakes

Zur Reichweite der Rechtslage de lege lata und zu den aktuellen Reformbestrebungen

Von Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, stud. iur. Anton Jansen, Tübingen*

Die strafrechtliche Behandlung nicht einvernehmlich hergestellter sexualisierter Deepfakes ist Gegenstand aktueller Reformbestrebungen. Der Beitrag untersucht zunächst die Reichweite der geltenden Rechtslage und zeigt auf, dass die Herstellung entsprechender Inhalte bislang nur unzureichend strafrechtlich erfasst wird. Anschließend werden die aktuellen Gesetzesentwürfe analysiert, die das bestehende Schutzdefizit auf unterschiedliche Schutzkonzeptionen zurückführen. Dabei wird dargelegt, dass die sexuelle Selbstbestimmung zwar einen wesentlichen Anknüpfungspunkt bildet, die Besonderheiten KI-generierter Inhalte jedoch darüber hinaus die Anerkennung einer digitalen Identitätsintegrität als eigenständiges Schutzinteresse nahelegen. Auf dieser Grundlage wird die Strafbarkeit des Herstellungsakts als eigenständiger Unrechtskern hergeleitet. Abschließend wird gezeigt, dass die Anknüpfung an den Pornographiebegriff zur Erfassung sexualisierter Deepfakes ungeeignet ist und eine systematisch kohärente Neuordnung des strafrechtlichen Umgangs mit entsprechenden Darstellungen erfordert.

I. Problemaufriss

Im März 2026 berichtete das Nachrichtenmagazin Der Spiegel¹ über einen Fall, der die Herausforderungen verdeutlicht, die digitale Manipulationen an das Strafrecht stellen. Dem Bericht zufolge hatte der vormalige Ehemann von Collien Fernandes, Christian Ulmen, über Jahre hinweg unter ihrem Namen Profile in sozialen Netzwerken erstellt, über die er mit Männern kommunizierte und pornografisches Material versandte, das den Eindruck erwecken sollte, es zeige seine damalige Ehefrau. Er soll damit den Eindruck erweckt haben, Collien Fernandes führe mit den kontaktierten Männern eine sexuelle oder teilweise auch romantische, digitale Beziehung. Er selbst bestreitet diese Vorwürfe, während Fernandes dieses Verhalten als eine Form „virtueller Vergewaltigung“ bezeichnete.² Nachdem sich die spanischen Behörden für unzuständig erklärt hatten, rückt die Frage in den Mittelpunkt der öffentlichen Debatte, inwieweit diese Handlungen nach deutschem Recht strafbar wären und falls nein, wo der Gesetzgeber nachzubessern habe. Politisch wurde das Thema kurzfristig stark diskutiert: So gingen etwa am 22. März 2026 in Berlin tausende Menschen auf die Straße, um auf die Gefahren digitaler sexualisierter Gewalt aufmerksam zu machen.³

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrecht an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im achten Semester an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

¹ Eberle u.a., Der Spiegel v. 21.3.2026, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/collien-fernandes-erstattet-anzeige-gegen-ex-mann-christian-ulmen-a-6abfb991-1665-4469-9c8e-3cc5a2cb4f29>.

Alle Links wurden zuletzt abgerufen am 18.8.2026.

² Eberle u.a. (Fn. 1).

³ Deutschlandfunk v. 22.3.2026, abrufbar unter

Der Ruf nach dem Strafrecht ist im Kontext sexualisierter Übergriffe wenig neu, vorschnelle Reaktionen auf öffentliche Empörungen mit dem eigentlich vom ultima-ratio-Gedanken getragenen Strafrecht durch den Gesetzgeber schon fast zur Regel geworden.⁴ Die Debatte um den Fall Ulmen hat Anlass dazu gegeben, einen Entwurf zur Reform des § 184k StGB und zur Schaffung eines § 201b StGB vorzulegen,⁵ der das Phänomen Deepfakes umfänglich strafrechtlich erfassen soll. Der zeitliche Bezug ist zwar eindeutig, ob es sich im Fall Ulmen aber tatsächlich um Deepfakes gehandelt haben soll, wird medial uneindeutig beantwortet.

Obschon der Entwurf unstreitig auf der öffentlichen Debatte beruht, steht der Fall exemplarisch für ein Phänomen, das durch den rasanten Fortschritt künstlicher Intelligenz erheblich an Bedeutung gewonnen hat, sodass eine vorschnelle Einordnung entsprechender Gesetzesentwürfe als Symbolstrafrecht nicht angezeigt ist. Im Folgenden sollen daher Strafbarkeitslücken in Bezug auf nicht einvernehmlich hergestellte sexualisierte Deepfakes aufgezeigt und entsprechend der Bedarf nach neuen strafrechtlichen Regelungen untersucht werden sowie die bisher bestehenden Gesetzesvorschläge auf ihre Eignung zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers hin überprüft werden.

II. Untersuchungsgegenstand und -notwendigkeit

Bisher hat sich das Schrifttum überwiegend⁶ mit Deepfakes im Allgemeinen befasst. Nicht nur die aktuelle Debatte, sondern auch der strafrechtliche Umgang mit bildbasierten sexualisierten Angriffen, die keine Deepfakes darstellen (etwa sog. Revenge Porn, das Fotografieren in der Sauna oder das Fotografieren des unbedeckten Gesäßes), haben aber aufgezeigt, dass insbesondere die verschiedenen Schutzrichtungen

<https://www.deutschlandfunk.de/tausende-menschen-demonstrieren-gegen-digitale-sexuelle-gewalt-in-berlin-100.html>.

⁴ Ähnliches war zu beobachten etwa nach der sog. Kölner Silvesternacht 2016 (BT-Drs. 18/9097, S. 3 „neues und gewichtiges Phänomen“), die in der Schaffung des § 184j StGB mündete (BGBl. I 2016, S. 2460), die Entdeckung sog. kindlicher Sexpuppen bei Internethändler (BT-Drs. 19/23707, S. 42; zu den Beweggründen siehe auch BT-Pl.-Prot. 19/218, 27496 A), die zur sehr kurzfristigen Einführung des § 184l StGB führte (BGBl. I 2021, S. 1810) und die Strafbarkeit von Upskirting und Downblousing (§ 184k StGB, BGBl. I 2020, S. 2075) als Reaktion auf entsprechende Medienberichte, aber auch die Forderung nach der Erweiterung des Mordtatbestands mit Blick auf sog. Femizide, um nur einige wenige Beispiele zu nennen. (BT-Drs. 19/20668, S. 15).

⁵ BMJV, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Schutzes vor digitaler Gewalt (Bearb.-Stand: 16.4.2026).

⁶ Vgl. Härtlein, KriPoZ 2025, 387; Völzmann, ZUM 2025, 493; F. Zimmermann, ZRP 2026, 17.

(namentlich das Recht am eigenen Bild und die sexuelle Selbstbestimmung) der bestehenden Normen (etwa §§ 201a, 184, 184c StGB) häufig nicht mit dem tatsächlich betroffenen Rechtsgut harmonieren. Deswegen wird im Folgenden der Fokus auf sexualisierte Deepfakes mit erwachsenen Personen gelegt.⁷

Die Untersuchungsnotwendigkeit ergibt sich nicht nur aus der dem Fall Ulmen nachfolgenden politischen Debatte, sondern auch aus ersten empirischen Ergebnissen. Eine Studie beleuchtet, dass 98 % aller online auffindbaren Deepfake-Videos explizit pornografisch sind bzw. sexuelle Akte zum Inhalt haben.⁸ Hervorzuheben ist zudem, dass 99 % der dargestellten Personen Frauen sind.⁹ Die Herstellung ist auch für den Laien recht einfach: Moderne KI-Systeme sind mittlerweile in der Lage, nicht nur bestehende Inhalte zu analysieren oder zusammenzustellen, sondern auch eigenständig täuschend echte Bilder und Videos zu generieren. Diese sog. Deepfakes entstehen bereits durch die Einspeisung wenigen Bild- oder Videomaterials einer Person in ein entsprechendes KI-System und die Vorgabe eines sog. Prompts (also einer textlichen Anweisung an das System), wodurch bestehende audiovisuelle Inhalte so manipuliert werden können, dass die betroffene Person scheinbar Handlungen vornimmt, die tatsächlich nie stattgefunden haben.¹⁰ Die sog. KI-Verordnung definiert Deepfakes als einen durch KI erzeugter oder manipulierter Bild-, Audio- oder Videoinhalt, der existierende Personen, Objekte, Orte, Entitäten oder Ereignisse ähnelt und einer Person fälschlicherweise als authentisch oder wahrheitsgemäß erscheinen würde, Art. 3 Nr. 60 Verordnung (EU) 2024/1689.¹¹

Auf diese Weise lassen sich auch sexualisierte Darstellungen oder Nacktheit generieren, ohne dass die betroffene Person jemals an einer solchen Aufnahme beteiligt war. Dabei ermöglicht etwa jedes dritte Deepfake-Tool die Erstellung

pornografischer Inhalte,¹² viele davon sind zudem problemlos (und teilweise kostenlos) über gängige Suchmaschinen zugänglich. Diese Risiken sind schon länger bekannt: Die Innenministerkonferenz hat bereits 2024 die bisher nicht ausreichenden Regulierungsbemühungen betont¹³ und auch im Koalitionsvertrag haben sich die Regierungsparteien zum Ziel gesetzt, Strafbarkeitslücken in Bezug auf Deepfakes zu schließen.¹⁴

III. Zur Reichweite der Rechtslage de lege lata

§ 201a StGB stellt die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen unter Strafe. Schutzgut ist hier das Recht am eigenen Bild.¹⁵ Tatbestandsvoraussetzungen des § 201a Abs. 1 StGB sind unter anderem das „unbefugte Herstellen“ sowie das Vorliegen einer „Bildaufnahme“. Bereits zweifelhaft ist, ob rein künstlich erzeugtes Material überhaupt als Bildaufnahme im Sinne der Vorschrift qualifiziert werden kann.¹⁶ Unabhängig davon erfasst das Tatbestandsmerkmal des „unbefugten Herstellens“ jedenfalls nicht die Herstellung eines Deepfakes¹⁷, da hierfür gerade keine Aufnahme der betroffenen Person gefertigt wird bzw. die nachgelagerte Bearbeitung nicht von der Norm umfasst ist.¹⁸ § 201a Abs. 2 StGB erfasst zwar währenddessen auch Abbildungen von Teilen einer Person sowie Fotomontagen.¹⁹ Strafbar ist insoweit jedoch lediglich die Zugänglichmachung solcher Inhalte an Dritte.²⁰ Die bloße Herstellung eines pornografischen Deepfakes ist somit grundsätzlich nicht von § 201a StGB erfasst, weder von Abs. 1 noch von Abs. 2.²¹

Auch eine Strafbarkeit wegen Ehrdelikten nach §§ 185 ff. StGB scheidet aus, da die Kundgabe der ehrverletzenden

⁷ Weitgehende Einigkeit herrscht darüber, dass Kinder und Jugendliche bereits über §§ 184b und 184c StGB ausreichend geschützt sind. §§ 184b, 184c StGB erfassen auch fiktive oder wirklichkeitsnahe Darstellungen von Minderjährigen, d. h. solche, die für einen objektiven Betrachter den Eindruck eines realen Kindes vermitteln, vgl. *Schmidt*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 184b Rn. 3, § 184c Rn. 4; *Block*, Deepfakes und Recht, 2023, S. 25.

⁸ *Security Hero*, State of Deepfakes, 2023; dazu auch *Schmidt*, NSW 2026, 126 (134 f.) m.w.N.

⁹ *Security Hero* (Fn. 8).

¹⁰ *Ladwig*, Deepfakes: Technische Hintergründe und Trends, Bundeszentrale für politische Bildung v. 5.12.2024; vgl. auch *Block* (Fn. 7), S. 13 f.

¹¹ Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. EU 2024 Nr. L 2024/1689 v. 12.7.2024.

¹² *Security Hero* (Fn. 8).

¹³ Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder (IMK), Sammlung der zur Veröffentlichung freigegebenen Beschlüsse der 221. Sitzung v. 19.–21.6.2024 in Potsdam, TOP 31: Bekämpfung bilderbasierter Gewalt in Form von Deepfakes, S. 30, spricht explizit von bisher nicht ausreichenden Regulierungsbemühungen bzgl. der Herstellung von Deepfakes.

¹⁴ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Verantwortung für Deutschland, 5.5.2025, Z. 2880 f.

¹⁵ *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201a Rn. 7 f m. w. N.

¹⁶ *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (209).

¹⁷ *Lantwin*, MMR 2020, 78 (79); *Schmidt*, ZfStw 3/2026, 196 (198).

¹⁸ *Graf*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 201a Rn. 33.

¹⁹ *Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 201a Rn. 5.

²⁰ *Lantwin*, MMR 2020, 78 (79).

²¹ *Porsche*, Deepfakes, 2026, S. 240; *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (208).

Äußerung gegenüber einem Dritten oder der Öffentlichkeit²² bei der bloßen Herstellung eines Deepfakes, ohne dass ein Dritter hiervon Kenntnis erlangt, fehlt.²³

Der Schutz des Kunsturhebergesetzes, das wiederum dem Schutz des Rechts am eigenen Bild dient, greift auch dann, wenn nicht der „wirkliche“ Körper einer Person, sondern lediglich ihr Bildnis betroffen ist.²⁴ Gleichwohl stellt § 33 KUG in Verbindung mit §§ 22, 23 KUG lediglich das Verbreiten oder öffentliche Zurschaustellen eines Bildnisses unter Strafe.²⁵ Die bloße Herstellung eines entsprechenden Inhalts wird somit auch nicht nach § 33 KUG erfasst.

Im Ergebnis schützt das Strafrecht aktuell zwar die Verbreitung von sexualisierten Deepfakes, allerdings stets nur unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eigenen Bild. Die von Opfern häufig adressierte Verletzung ihrer sexuellen Selbstbestimmung wird dabei genauso wenig berücksichtigt wie das Herstellen des Deepfakes selbst.

IV. Optionen zur Regelung sexualisierter Deepfakes de lege ferenda

1. Unionsrechtlicher Rahmen

Die Richtlinie (EU) 2024/1385²⁶ verpflichtet die Mitgliedstaaten, die nicht einvernehmliche Erstellung und Verbreitung von Deepfakes strafrechtlich zu erfassen (Art. 5 Abs. 1 lit. b RL). Die Umsetzungsfrist läuft bis Juni 2027.²⁷ Erwägungsgrund 19 stellt klar, dass die Strafbarkeit nicht bereits bei der bloßen Herstellung ansetzen muss, sondern die spätere öffentliche Zugänglichmachung mittels Informations- und Kommunikationstechnologien voraussetzt. Damit legt die Richtlinie keine zwingende Pflicht zur Kriminalisierung eines isolierten Herstellungsvorgangs fest, eröffnet dem nationalen Gesetzgeber jedoch Gestaltungsspielräume im Rahmen der Grundrechte (Art. 5 Abs. 2 RL).²⁸ Das Unionsrecht steht mithin der Schaffung einer strafrechtlichen Regelung nicht entgegen.²⁹

2. Zu den Beweggründen einer Gesetzesänderung

a) Gesetzesentwurf des Bundesrates (BR-Drs. 21/1383)

Der Bundesratsentwurf beruht auf der Überlegung, dass Deepfakes eine qualitativ neue Gefährdungslage schaffen und

hebt dabei die technische Niederschwelligkeit, hohe Authentizität und enorme Verbreitungsgeschwindigkeit hervor.³⁰ Anschließend wird der Unrechtskern als eine spezifische Persönlichkeitsverletzung beschrieben, nämlich die künstlich erzeugte, aber scheinbar authentische Wirklichkeit, in die Betroffene ohne ihre Zustimmung hineingestellt werden.³¹ Daraus leitet der Entwurf ab, dass bestehende Normen das Phänomen nur in Teilaspekten erfassen und es nicht in seinem Unrechtskern abbilden.³² Die zentrale Strafbarkeitslücke wird damit begründet, dass es an einer strafrechtlichen Norm fehle, die gerade diese spezifische Form der digitalen Fiktionalisierung der Person als eigenständigen Angriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht erfasst.³³

b) Gesetzesentwurf Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 21/4949)

Dieser Entwurf setzt zunächst bei einer tatsächlichen Problemverschärfung an, indem er auf wachsende strafrechtliche und gesellschaftliche Gefahren unbefugter sexualbezogener Bildaufnahmen verweist und exemplarische Fallgruppen wie heimliches Filmen im öffentlichen Raum, Saunabilder oder KI-generierte sexualisierte Deepfakes nennt.³⁴ Dadurch wird ein anderer Schutzbedarf als im vorangegangenen Entwurf genannt. Nicht allein die fehlende strafrechtliche Erfassung einzelner Verhaltensweisen, sondern ein weitergehender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung bildet den Ausgangspunkt der Reformüberlegungen.³⁵ Die strafrechtliche Erfassung erfolge durch mehrere, voneinander isolierter Tatbestände, die weder konzeptionell aufeinander abgestimmt sind noch auf einen einheitlichen Schutzgedanken ausgerichtet sind.³⁶ Bereits diese Formulierung zeigt, dass der Entwurf die Lücke als strukturellen Mangel des Normengefüges versteht.

Vertieft wird diese Einschätzung durch eine detaillierte Kritik an den bestehenden Anknüpfungspunkten: Die geltenden Vorschriften seien teils auf pornographische Inhalte, teils auf bestimmte Körperzonen, teils auf höchstpersönliche Lebensbereiche oder die Erkennbarkeit der Person beschränkt.³⁷ Damit blieben zahlreiche sexualisierte Aufnahmen außerhalb des Schutzbereichs der sexuellen Selbstbestimmung, was der Entwurf nunmehr ausdrücklich korrigieren will.³⁸

c) Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Der Referentenentwurf stellt den Begriff der digitalen Gewalt in den Vordergrund und verortet die vorgeschlagenen Deep-

²² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafrecht, 31. Aufl. 2025, § 185 Rn. 3; ausführlich Erdogan, MMR 2024, 379 (381).

²³ Eisele/Duman, ZfStw 1/2025, 69 (73 f.).

²⁴ Lennarz, NJW 2023, 3543 (3544); ausführlich: Lantwin, MMR 2020, 78 (79).

²⁵ Lennarz, NJW 2023, 3543 (3544).

²⁶ Richtlinie (EU) 2024/1385 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.5.2024 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, ABl. EU 2024 Nr. L 2024/1385 v. 24.5.2024.

²⁷ Dazu Elsner/Meinen/Rückert, KriPoZ 2025, 269 (275).

²⁸ F. Zimmermann, ZRP 2026, 17 (19).

²⁹ Elsner/Meinen/Rückert, KriPoZ 2025, 269 (275); Eisele/Duman, ZfStw 1/2025, 69 (78); abweichend Härtlein, KriPoZ 2025, 387 (394).

³⁰ „[...] nie zuvor war es derart einfach, qualitativ hochwertige Fälschungen von Ton-, Bild- und Videoaufnahmen zu erstellen“ BR-Drs. 21/1383, S. 9.

³¹ BR-Drs. 21/1383, S. 13.

³² BR-Drs. 21/1383, S. 12.

³³ BR-Drs. 21/1383, S. 13 f.

³⁴ BT-Drs. 21/4949, S. 1.

³⁵ BT-Drs. 21/4949, S. 2.

³⁶ BT-Drs. 21/4949, S. 8.

³⁷ BT-Drs. 21/4949, S. 8.

³⁸ „[...] stellt den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung konsequent in den Mittelpunkt [...]“ BT-Drs. 21/4949, S. 9.

fake-Regelungen innerhalb eines umfassenden rechtsübergreifenden Schutzkonzepts.³⁹ Ausgangspunkt ist die Annahme, dass digitale Kommunikationsräume neuartige Formen der Persönlichkeits- und Rechtsgutsverletzung ermöglichen, denen das geltende Recht bislang nur unzureichend begegnet.⁴⁰ Die Regelungslücke hinsichtlich Deepfakes erscheint damit nicht isoliert als Reaktion auf ein Einzelphänomen, sondern als Bestandteil einer strafrechtlichen Effektivierung zur Schließung bestehender Strafbarkeitslücken im Phänomenbereich digitaler Gewalt.⁴¹

Im strafrechtlichen Einzelzugriff konkretisiert der Entwurf dieses Defizit insbesondere für den Bereich bilderbasierter sexualisierter Gewalt und des persönlichkeitsverletzenden Einsatzes von Deepfakes.⁴² Zwar verweist das BMJV auf eine Vielzahl bereits bestehender Vorschriften des Kern- und Nebenstrafrechts, bewertet deren Zusammenspiel jedoch als lückenhaft und unsystematisch.⁴³ Die vorhandenen Delikte erfassen lediglich einzelne Erscheinungsformen, knüpfen an unterschiedliche tatbestandliche Voraussetzungen und ließen neuartige digitale Manipulationsformen in wesentlichen Konstellationen straflos oder nur unzureichend sanktioniert.⁴⁴ Anders als der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen versteht das BMJV dieses Schutzdefizit jedoch nicht primär als Mangel im Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, sondern hauptsächlich als Anpassungsbedarf eines zersplitterten strafrechtlichen Persönlichkeits- und Bildnisschutzes.

d) Zwischenergebnis

Die Entwürfe gehen zwar übereinstimmend davon aus, dass der geltende Normbestand den strafrechtlichen Umgang insbesondere mit sexualisierten Deepfakes nicht abschließend gewährleistet. Die angenommene Regelungslücke wird jedoch unterschiedlich begründet. Die angenommene Strafnotwendigkeit stützt sich je nach Entwurf entweder auf den neuartigen Unrechtskern des Deepfakes, auf die fehlende Kohärenz bestehender Sexualdelikte oder auf die digitale Anschlussfähigkeit des geltenden Normbestands.

3. Reformbestrebungen im Einzelnen

a) Einführung eines § 201b StGB

In der vergangenen Legislaturperiode brachte der Bundesrat einen Vorschlag zur Einführung eines § 201b StGB ein.⁴⁵ Zielrichtung des Entwurfs war dabei Persönlichkeitsverletzungen durch digital manipulierte Medieninhalte, vor allem Deepfakes, unter Strafe zu stellen.⁴⁶ Gegenstand waren generelle Persönlichkeitsverletzungen, nicht nur sexualisierte Deepfakes. Es sollten also nicht nur sexualisierte Deepfakes, son-

dern digital manipulierte Medieninhalte allgemein strafrechtlich erfasst werden.⁴⁷ Tatobjekt soll ein mit computertechnischen Mitteln hergestellter oder veränderter Medieninhalt sein, der den Anschein einer wirklichkeitstreuen Darstellung der Person enthält.⁴⁸ Der Grundtatbestand des Absatzes 1 sollte dabei das unbefugte Herstellen oder Verbreiten manipulierter Medieninhalte unter Strafe stellen, die geeignet sind, einer Person einen erheblichen Nachteil zuzufügen oder sie in der öffentlichen Wahrnehmung erheblich zu beeinträchtigen.⁴⁹ Absatz 2 sah demgegenüber eine Qualifikation für Fälle vor, in denen der manipulierte Medieninhalt eine Person in sexualisierter Weise darstellt.⁵⁰ Als Strafandrohung wurde Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei, bei öffentlicher Verbreitung bis zu fünf Jahren vorgeschlagen.⁵¹

Der Entwurf stieß in der Literatur auf ein gemischtes Echo.⁵² Teilweise wurde die Schaffung eines eigenständigen Tatbestands begrüßt, weil in KI-generierten sexualisierten Deepfakes ein neuartiger Persönlichkeitseingriff gesehen wird, dessen Unrechtsgehalt gerade in der künstlichen Herstellung einer täuschend authentischen, tatsächlich aber fiktiven Intimdarstellung liegt.⁵³ Ein selbstständiger Straftatbestand, wie § 201b StGB-E, könne diesem spezifischen Manipulationsunrecht Rechnung tragen.⁵⁴ Eingewendet wurde indes, dass die weite tatbestandliche Konzeption des § 201b StGB-E die Vorschrift faktisch zu einem Auffangtatbestand für digital manipulierte Medieninhalte werden lasse.⁵⁵ Die Norm erfasse damit nicht nur spezifisch schwerwiegende Deepfake-Konstellationen, sondern drohe aufgrund ihrer offenen Formulierung einen kaum abgrenzbaren Bereich digitaler Persönlichkeitsverletzungen zu erfassen und damit nicht lediglich punktuelle Strafbarkeitslücken zu schließen, sondern die strafrechtliche Erfassung digitaler Bildbearbeitung erheblich auszuweiten.⁵⁶ Der Entwurf fiel der Diskontinuität zum Opfer.⁵⁷ In der neuen Wahlperiode wurde das Regelungsvorhaben jedoch erneut aufgegriffen und am vorherigen Gesetzesantrag in unveränderter Form festgehalten.⁵⁸

Damit blieb die bereits geäußerte Kritik jedoch unberücksichtigt und insbesondere eine vertiefte Auseinandersetzung

³⁹ BMJV (Fn. 5), S. 1.

⁴⁰ BMJV (Fn. 5), S. 1.

⁴¹ BMJV (Fn. 5), S. 1.

⁴² BMJV (Fn. 5), S. 19.

⁴³ BMJV (Fn. 5), S. 22 f.

⁴⁴ BMJV (Fn. 5), S. 23.

⁴⁵ BMJV (Fn. 5), S. 23.

⁴⁶ BR-Drs. 222/24.

⁴⁷ BR-Drs. 222/24, S. 3.

⁴⁸ BR-Drs. 222/24, S. 4 f.

⁴⁹ BR-Drs. 222/24, S. 14.

⁵⁰ BR-Drs. 222/24, S. 14.

⁵¹ BR-Drs. 222/24, S. 17 f.

⁵² BR-Drs. 222/24, S. 19.

⁵³ Härtlein, KriPoZ 2025, 387 (395); Pfeiffer, MMR 2025, 934 (939); Völzmann, ZUM 2025, 493 (500); abweichend Elsner/Meinen/Rückert, KriPoZ 2025, 269 (276); Vassilaki, CR 2024, 701 (702).

⁵⁴ Pfeiffer, MMR 2025, 934 (939).

⁵⁵ Härtlein, KriPoZ 2025, 387 (394 f.); Teichmann, KriPoZ 2025, 376 (386).

⁵⁶ Vassilaki, CR 2024, 701 (704); grundsätzliche Kritik an einem „Deepfake-Tatbestand“ Makepeace, JA 2026, 441 (445).

⁵⁷ Stellungnahme BRAK 75/2024, S. 4, Vassilaki, CR 2024, 701 (704).

⁵⁸ F. Zimmermann, ZRP 2026, 17.

⁵⁹ Diesmal initiiert von Bayern, vgl. BR-Drs 272/25.

mit alternativen Regelungsmodellen blieb aus.⁵⁹ So schlägt Blocher z.B. vor, das Unrecht der Herstellung und Verbreitung nicht in einem neuen persönlichkeitschutzbezogenen Sondertatbestand, sondern über die Anknüpfung an die §§ 267 ff. StGB zu erfassen.⁶⁰ Ausgangspunkt dieses Ansatzes ist, dass Deepfakes eine digitale Täuschung über die Echtheit und Authentizität medialer Inhalte erzeugen und damit strukturell näher an den strafrechtlichen Sanktionierungen der §§ 267 ff. StGB liegen als an klassischen⁶¹ Bildaufnahmedelikten. Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich weder für die Schaffung eines neuen Tatbestandes aus, noch hält sie die bestehenden Normen für ausreichend, sondern schlägt eine Erweiterung des § 201a StGB vor, in dessen Abs. 2 eine neue Nr. 2 eingefügt werden sollte.⁶²

b) Änderung des § 184k StGB

Der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen, der als Reaktion auf den Fall Ulmen veröffentlicht wurde, sieht eine grundlegende Neuausrichtung des § 184k StGB vor.⁶³ Ausgangspunkt ist die Annahme, dass bildbasierte Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung bislang nur unzureichend und fragmentarisch erfasst werden.⁶⁴ Ziel ist daher die Schaffung eines einheitlichen Tatbestandes, der sämtliche Formen sexualbezogener Bilddarstellungen unabhängig von ihrer technischen Entstehung erfasst.⁶⁵ Andere als sexualbezogene Abbildungen möchte der Entwurf nicht regeln, diese aber besonders umfassend. Der Entwurf hat sich nicht nur zum Ziel gesetzt, Deepfakes strafrechtlich zu begegnen, sondern die schon länger im Schrifttum aufgezeigten Widersprüchlichkeiten bei der Bewertung sexualisierter bildbasierter Angriffe einer homogenen Regelung zuzuführen. Dazu soll der § 184k StGB vollständig neu aufgestellt werden. Während der geltende § 184k StGB lediglich die Phänomene des Upskirting und Downblousing regeln will, also vor allem durch Kleidung geschützte, näher bezeichnete Körperteile („gegen Anblick geschützt“) erfasst,⁶⁶ löst der Entwurf diese enge raum- und situationsbezogene Begrenzung auf.⁶⁷ Strafbar soll künftig bereits die Herstellung oder Übertragung einer Bildauf-

nahme, die eine Person sexualbezogen abbildet, unabhängig vom konkreten räumlichen Kontext, sein.⁶⁸

Für die hiesige Betrachtung der Deepfakes besonders relevant ist der vorgeschlagene Absatz 2, der ausdrücklich auch technisch manipulierte Bildinhalte erfasst.⁶⁹ Damit werden sog. Deepfakes in den Tatbestand einbezogen, sofern durch digitale Bearbeitung der Anschein einer sexualbezogenen Darstellung einer Person erzeugt wird.⁷⁰ Die Strafandrohung soll Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei, in schweren Fällen bis zu drei Jahren sein.⁷¹ Der Entwurf nimmt damit eine bewusste Erweiterung des strafrechtlichen Bildbegriffs vor und erfasst sowohl reale als auch künstlich erzeugte Darstellungen in einem einheitlichen Schutzkonzept, unterliegt aber insoweit einem handwerklichen Fehler, als dass nach Absatz 2 straflos bliebe, wer ein Deepfake verbreite, dass er selbst nicht hergestellt hat. Es dürfte sich indes bei der Verbreitung von anderen hergestellten Deepfakes um die häufigste (und im Ergebnis auch besonders belastende) Fallgestaltung handeln, zumal die Herstellung wohl häufig mit Nachweisschwierigkeiten verbunden sein dürfte. Auch die Formulierung des besonders schweren Falls in Abs. 6 S. 2 leidet an einem handwerklichen Fehler, da in der Nummer 3 der Bezug zum Täter fehlt („3. ein Ausbildungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis besteht, in dem das Opfer untergeordnet ist“), sodass es ausreicht, wenn das Opfer irgendjemandes Auszubildender oder Arbeitnehmer ist, auch wenn der Täter nicht der Arbeitgeber ist. Diese handwerklichen Fehler werden kaum gewollt worden sein, zeigen aber doch, dass der Gesetzesentwurf aufgrund der Schnelle der Erarbeitung offensichtlich nicht in jeder Hinsicht durchdacht wurde.

Insgesamt zielt der Entwurf auf eine umfassende Konzentration bildbasierter Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung in einem einheitlichen Sexualstraftatbestand, der sich bewusst von klassischen Anknüpfungen an Raum, Identifizierbarkeit oder einzelne Persönlichkeitsrechte löst. Deepfakes, die keinen sexualbezogenen Inhalt haben, erfasst er wiederum nicht.

c) Änderung des § 184k StGB und Neueinführung eines § 201b StGB

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz⁷² verfolgt demgegenüber einen stärker differenzierten Reformansatz. Auch hier wird § 184k StGB neu gefasst,⁷³ jedoch unter der Bezeichnung „Verletzung der Intimsphäre durch Bildaufnahmen“⁷⁴ und mit einer stärker typisierten Struktur einzelner Fallgruppen. Zugleich soll ein

⁵⁹ Beukelmann, NJW-Spezial 2025, 504; aber auch grundsätzlichere Kritik vgl. F. Zimmermann, ZRP 2026, 17 (18 f.).

⁶⁰ Blocher, KIR 2025, 225 (230).

⁶¹ Blocher, KIR 2025, 225 (230).

⁶² Stellungnahme BRAK 75/2024, S. 7: „wer einen mit computertechnischen Mitteln hergestellten oder veränderten Inhalt (§ 11 Abs. 3), der den Anschein einer wirklichkeitsgetreuen Bild- oder Tonaufnahme des äußeren Erscheinungsbildes, des Verhaltens oder mündlicher Äußerungen dieser Person erweckt, einer dritten Person zugänglich macht, soweit dieser Inhalt geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden [...]“.

⁶³ BT-Drs. 21/4949, S. 2.

⁶⁴ BT-Drs. 21/4949, S. 2.

⁶⁵ BT-Drs. 21/4949, S. 2.

⁶⁶ Hoven/Friedrich/Schooltink, KriPoZ 2026, 107 (108).

⁶⁷ Zur zustimmungswürdigen Kritik bzgl. der bisherigen Begrenzung Völzmann, ZUM 2025, 493 (497).

⁶⁸ BT-Drs. 21/4949, S. 2.

⁶⁹ BT-Drs. 21/4949, S. 5.

⁷⁰ BT-Drs. 21/4949, S. 11.

⁷¹ BT-Drs. 21/4949, S. 5.

⁷² BMJV (Fn. 5).

⁷³ BMJV (Fn. 5), S. 12.

⁷⁴ Im Entwurf der Grünen wird die Überschrift „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung durch Bildaufnahmen“ genutzt, womit der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung in den Vordergrund gerückt wird, BT-Drs. 21/4949, S. 2.

neuer § 201b StGB geschaffen werden.⁷⁵ Tatobjekt sind täuschende Inhalte, die dem Ansehen der vermeintlich abgebildeten Person erheblich schädigen können.⁷⁶ Damit erfasst der vorgeschlagene § 201b StGB alle nicht sexualisierten Deepfakes, die wiederum vollständig von § 184k StGB abgedeckt sein sollen.⁷⁷ Das Strafrecht ist dabei nur ein Teil eines umfassenden Gesetzesentwurfs bildbasierte Angriffe betreffend, ein weiterer gewichtiger Teil liegt auf der Stärkung der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.⁷⁸

Im Gegensatz zum vorangegangenen Entwurf bleibt die Norm enger an der bisherigen Systematik des Sexualstrafrechts orientiert. Der vorgeschlagene § 184k Abs. 1 StGB differenziert zwischen der Abbildung sexueller Handlungen (Nr. 1), der Darstellung bestimmter nackter Körperbereiche (Nr. 2), der sexualisierten Darstellung bekleideter Körperregionen (Nr. 3) sowie technisch erzeugten oder manipulierten Inhalten (Nr. 4),⁷⁹ behält also den Regelungsgehalt hinsichtlich des Upskirting und Downblousing im Wesentlichen bei.

Auch im Bereich digitaler Inhalte zeigen sich deutliche Unterschiede in der tatbestandlichen Ausgestaltung. Während dieser Entwurf darauf abstellt, dass durch die Veränderung „der Anschein erweckt wird“, eine Person sei in sexualisierter Weise dargestellt, knüpft der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen bereits daran an, dass eine Bildaufnahme „mittels technischer Mittel derart verändert“ wird, dass die betroffene Person sexualbezogen abgebildet wird. Der Entwurf sieht als Tathandlung sowohl die Herstellung einer Bildaufnahme als auch das Zugänglichmachen an eine dritte Person an. Technologisch muss dabei die Veränderung oder Umgestaltung einer Bildaufnahme oder die Verbindung mit weiteren Inhalten mittels eines Computerprogramms erfolgen. Zurecht wird darauf hingewiesen, dass der für den Tatbestand erforderliche „Anschein“ insbesondere dann entfallen kann, wenn ein Inhalt als künstlich erzeugt gekennzeichnet ist.⁸⁰ In solchen Fällen könnte eine Strafbarkeit trotz vergleichbarer Beeinträchtigung der betroffenen Person ausscheiden, obwohl der sexualisierte Inhalt weiterhin besteht.

Hinzu tritt eine unterschiedliche technische Anknüpfung: Der hiesige Entwurf verwendet den engeren Begriff des „Computerprogramms“, während der Entwurf der Grünen allgemein von „technischen Mitteln“ spricht und damit einen weiteren Anwendungsbereich eröffnet. Beide Begriffe sind dem Strafrecht bereits bekannt (Computerprogramm u.a. in §§ 202c Abs. 1 Nr. 2, 263a Abs. 3 Nr. 1 StGB und technische Mittel zum Beispiel schon in §§ 184k Abs. 4, 202 Abs. 1 Nr. 2 StGB), sodass die Auslegung keine weiteren Schwierigkeiten bereiten sollte.

Systematisch bleibt dieser Entwurf stärker in der bestehenden Struktur des Strafrechts verankert und verteilt den Schutz vor bildbasierten und digitalen Eingriffen auf mehrere Normen. Während § 184k StGB-E weiterhin im Sexualstrafrecht angesiedelt ist, wird der Schutz vor täuschenden Inhalten durch § 201b StGB-E im Bereich des Persönlichkeitsrechtsschutzes ergänzt.

V. Kritik

Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass es ein breites politisches und gesellschaftliches Bedürfnis für eine Neuregelung sexualisierter Deepfakes gibt. Die Bestimmung der Rechtsgutsbetroffenheit bildet die notwendige Voraussetzung für jede strafrechtliche Normfindung, da das Rechtsgutsprinzip als konstitutives Element der Strafwürdigkeit fungiert. Strafrechtliche Verbote sind nur dann legitimiert, wenn sie den Schutz konkreter, rechtlich anerkannter Güter bezwecken und die in Rede stehende Handlung diese Güter tatsächlich beeinträchtigt oder gefährdet. Ohne vorherige Klärung, ob und welches Rechtsgut durch die Herstellung sexualisierter Deepfakes berührt wird, fehlt jeder materielle Maßstab für die Strafwürdigkeit des Verhaltens. Erst wenn die Rechtsgutsverletzung feststeht, kann sinnvoll geprüft werden, ob strafrechtliche Mittel als ultima ratio verhältnismäßig und geeignet sind, um den Schutz dieses Gutes zu gewährleisten.

1. Schutzgutbestimmung

Genauso wie bei der Diskussion im Rahmen der Strafbarkeit von Upskirting und Downblousing,⁸¹ bei der streitig ist, ob primär eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild und der Intimsphäre vorliegt, was eine Verortung im Bereich des § 201a StGB nahegelegt hätte,⁸² oder vielmehr eine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung, sodass die Verortung im Sexualstrafrecht begründbar war,⁸³ stellt sich diese Abgrenzungsfrage bei der Herstellung eines sexualisierten Deepfakes ebenso. Beide Entwürfe priorisieren das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung, indem sie sexualisierte Deepfakes im 13. Abschnitt regeln möchten. Die Details scheinen aber weit überwiegend ungeklärt.

a) Sexuelle Selbstbestimmung

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist eine spezifische Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁸⁴ Anders als der bild- und privatsphärenbezogene Schutz der §§ 201 ff. StGB knüpft es nicht primär an die räumliche Sphäre oder reale Bildaufnahmen an⁸⁵, sondern an den durch Art. 2 Abs. 1

⁷⁵ BMJV (Fn. 5), S. 13.

⁷⁶ BMJV (Fn. 5), S. 13.

⁷⁷ BMJV (Fn. 5), S. 23.

⁷⁸ Dazu BMJV (Fn. 5), S. 27.

⁷⁹ Ausführlicher *Hoven/Friedrich/Schooltink*, KriPoZ 2026, 107 (108 ff.); *Schmidt*, Vorschlag zur Kriminalisierung nicht einvernehmlicher sexualisierender Deepfakes als eine Form bilderbasierter Gewalt, 2026, S. 59 f.

⁸⁰ *Hoven/Friedrich/Schooltink*, KriPoZ 2026, 107 (113).

⁸¹ Vgl. *Berghäuser*, ZIS 2019, 463; *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367; *Kötz*, IP-Rechtsberater 2020, 1; *Sachen*, KriPoZ 2022, 248 (249 ff.).

⁸² Vgl. BT-Drs. 19/17795, S. 3.

⁸³ Vgl. BT-Drs. 19/15825, S. 1 f., 9.

⁸⁴ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 356.

⁸⁵ *Völzmann*, ZUM 2025, 493 (499).

GG gewährleisteten Autonomieschutz des Sexualbereichs.⁸⁶ Dieser zählt zur Privatsphäre und regelmäßig zur Intimsphäre des Menschen⁸⁷ und gewährleistet die Freiheit, über die Ausrichtung des Sexuallebens sowie den Umgang mit der eigenen Sexualität selbst zu bestimmen.⁸⁸ Strafrechtlich wird diese Schutzdimension im 13. Abschnitt des StGB verortet, der insgesamt dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dient.⁸⁹

aa) Verfügungsbefugnis

Nichtkörperliche sexualbezogene Beeinträchtigungen werden im geltenden Recht vielfach über den Schutz der Intimsphäre⁹⁰, des höchstpersönlichen Lebens- und Geheimbereichs⁹¹ erfasst. Im Vordergrund steht dabei regelmäßig die unbefugte Offenlegung, Darstellung oder Ausforschung privater Lebensinhalte.⁹² Eine solche Einordnung vermag jedoch den spezifischen Unrechtsgehalt sexualisierter Eingriffe nur unvollständig abzubilden. Betroffen ist nicht lediglich die Privatheit der dargestellten Person, sondern ihre Befugnis, selbst darüber zu disponieren, ob und in welchem Kontext sie zum Gegenstand sexueller Zuschreibungen gemacht wird.⁹³

Dementsprechend wird in der jüngeren Literatur die sexuelle Selbstbestimmung zunehmend als Verfügungsbefugnis bzw. Recht auf Zugangskontrolle verstanden.⁹⁴ Davon umfasst ist die Befugnis des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob, mit wem, in welcher Form und unter welchen Bedingungen sexuelle Interaktionen stattfinden und in welchem Umfang Einwirkungen anderer auf die eigene Sexualität zugelassen werden.⁹⁵

Ausgangspunkt dieses Verständnisses ist die Erkenntnis, dass Sexualität einen besonders sensiblen Bereich individueller Persönlichkeitsentfaltung und sozialer Identitätsbildung betrifft.⁹⁶ Eingriffe in diesen Bereich beeinträchtigen somit nicht nur die körperliche Integrität, sondern die Herrschaft des Individuums über die eigene sexuelle Darstellung und Inanspruchnahme.⁹⁷ Das Konzept der Zugangskontrolle trägt diesem Autonomiegehalt Rechnung, indem es sexuelle Selbstbestimmung als Recht beschreibt, sexuelle Zugänge zur eige-

nen Person aktiv zu eröffnen, zu begrenzen oder vollständig zu verweigern.⁹⁸ Gegenüber an Intimsphäre, Lebensbereich oder äußerlich erkennbaren körperlichen Umständen anknüpfenden Schutzkonzeptionen besitzt dieses Verständnis den Vorteil, dass die Erfassung sexualbezogener Beeinträchtigungen nicht mehr von kontingenten Faktoren wie dem Grad der Entblößung, der Kleidung der betroffenen Person oder der Privatheit des ursprünglichen Darstellungskontextes abhängt. Maßgeblich ist vielmehr allein, ob die betroffene Person gegen ihren Willen zum Gegenstand einer sexualisierten Fremdverfügung gemacht wird. Der Blick wird damit von äußerlichen Einordnungskriterien auf die autonome Entscheidungsmacht der betroffenen Person über ihre sexuelle Verfügungsbarmachung verlagert.

bb) Grenzen der Verfügungsbefugnis in Bezug auf Deepfakes

Gleichwohl stößt auch dieser Ansatz im Kontext von Deepfakes an Grenzen. Er bleibt in seinem Ausgangspunkt auf zwischenmenschliche Interaktionen und körper- bzw. handlungsbezogene Konstellationen ausgerichtet. Sein Fokus liegt damit auf realen Entscheidungssituationen im Rahmen sexueller Interaktion. Deepfakes zeichnen sich demgegenüber gerade dadurch aus, dass sie ohne reale Interaktion eine künstliche, von der betroffenen Person losgelöste Darstellung erzeugen und verbreiten. Die spezifische Unrechtsdimension besteht daher nicht nur in der sexuellen Verobjektivierung der Person, sondern in der digitalen Verselbständigung und kontextunabhängigen Reproduzierbarkeit der Darstellung.⁹⁹ Während die Verfügungsbefugnis primär die Kontrolle über konkrete sexuelle Handlungen vorsieht,¹⁰⁰ geht es bei Deepfakes um die algorithmische Erzeugung einer neuen sexuellen Realität.¹⁰¹ Diese beruht nicht auf einem bestimmbareren Inhalt, über den verfügt wird, sondern auf einem Generierungsprozess, dessen konkrete Ausgestaltung sich der vollständigen Kontrolle der betroffenen Person entzieht.

Dies lässt sich an einem einfachen Beispiel verdeutlichen: Wird ein einvernehmlich aufgenommenes Intimvideo ohne Zustimmung der betroffenen Person weiterverbreitet, liegt der Unrechtskern darin, dass über eine konkrete, reale sexuelle Darstellung entgegen der Verfügungsbefugnis verfügt wird. Beim Deepfake ist die Konstellation strukturell anders. Hier wird das Ausgangsmaterial nicht lediglich weitergegeben, sondern als Grundlage für eine KI-generierte Neuschöpfung verwendet, die durch einen Prompt gesteuert wird.¹⁰² Welche konkrete Darstellung die KI am Ende erzeugt, entzieht sich jedoch der vollständigen Kontrolle der betroffenen Person.¹⁰³ Es entsteht eine technisch generierte, eigenständige sexuelle Darstellung, deren Inhalt im Einzelnen weder vorhersehbar noch beherrschbar ist. Damit geht es nicht mehr nur um die

⁸⁶ Di Fabio, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200.

⁸⁷ BVerfGE 47, 46 (73).

⁸⁸ BVerfGE 120, 224 (238 f.).

⁸⁹ Eisele, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vorb. §§ 174 ff. Rn. 1a.

⁹⁰ Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 367 (369 f.).

⁹¹ Mengler, ZRP 2019, 224 (226).

⁹² Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 367 (373).

⁹³ Valentiner (Fn. 84), S. 368.

⁹⁴ Lorenz/Krönke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Grundgesetz, 213. Lfg., Stand: September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 310; Schmidt, Pornographie und Selbstbestimmung, 2025, S. 195; Valentiner (Fn. 84), S. 375.

⁹⁵ Valentiner (Fn. 84), S. 374.

⁹⁶ Schmidt (Fn. 94), S. 247.

⁹⁷ Schmidt, in: Burghardt/Schmidt/Steinl (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung jenseits des Körperlichen, 2024, S. 186.

⁹⁸ Völzmann, ZUM 2025, 493 (497).

⁹⁹ Schmidt (Fn. 94), S. 254 sieht die weitere Unrechtsdimension der Deepfakes nur im „[...] täuschenden, verleumderischen Aspekt [...]“.

¹⁰⁰ Schmidt (Fn. 94), S. 193 ff.; Valentiner (Fn. 84), S. 375.

¹⁰¹ Porsche (Fn. 21), S. 246.

¹⁰² Erdogan, MMR 2024, 379 (380).

¹⁰³ Erdogan, MMR 2024, 379 (380).

Verfügung über ein bestimmtes Video, sondern um die unkontrollierbare Erzeugung einer neuen sexuellen Zuschreibung.¹⁰⁴

Dies gilt in gesteigertem Maße, wenn nicht einmal intimen oder nichtöffentliches Ursprungsmaterial (z.B. Bilder auf öffentlich zugänglichen Profilen in sozialen Netzwerken), sondern um lediglich allgemein zugängliche Bilddaten der betroffenen Person in den Generierungsprozess eingespeist werden. Der Bezug zu einem konkret beherrschbaren sexualbezogenen Darstellungsgehalt tritt hier noch weiter zurück; das verwendete Material dient nur noch als Identitätsreferenz für die KI-basierte Sexualisierung.

b) Schutzgut der digitalen Identitätsintegrität

Angeichts der strukturellen Besonderheiten von Deepfakes erscheint es erwägenswert, ein Schutzgut zu formulieren, das über die klassischen Kategorien des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB) und der sexuellen Selbstbestimmung (§ 184k StGB) hinausgeht. Deepfakes können einer Person Handlungen, Eigenschaften oder Situationen zuschreiben, die nie real stattgefunden haben, und sie in eine künstlich erzeugte Realität einbetten. Anders als bei Gemälden oder mündlichen bzw. schriftlichen Beschreibungen wird hierbei jedoch ein konkretes Bild mit vermeintlicher Echtheit erzeugt.¹⁰⁵

Hinzu kommt, dass der Generierungsprozess regelmäßig nicht nur personenbezogene Merkmale der später dargestellten Person verarbeitet, sondern zugleich auf weitere Körper-, Bewegungs- oder Bilddaten zurückgreift, die ihrerseits personalen Bezug aufweisen.¹⁰⁶ Deepfakes begründen damit häufig keine isolierte Betroffenheit eines einzelnen Endopfers, sondern einer mehrschichtigen algorithmischen Inanspruchnahme verschiedener Identitätsträger. Das Schutzinteresse erschöpft sich folglich nicht im Schutz eines einzelnen veröffentlichten Bildnisses, sondern betrifft die Zuschreibungsstruktur digitaler Repräsentation innerhalb des technischen Erzeugungsprozesses.

Eine Präzisierung des Schutzinteresses in Form der Wahrung der digitalen Identitätsintegrität schützt das Interesse des Einzelnen, nicht ohne Zustimmung durch algorithmische Rekombination realer Identitätsmerkmale in eine künstliche Fremddarstellung überführt zu werden, die ihm äußerlich zugerechnet wird und sich seiner autonomen Einflussnahme entzieht. Im Zentrum steht damit nicht nur die spätere Veröffentlichung eines einzelnen Inhalts, sondern bereits die technische Verselbstständigung der digitalen Personenrepräsentation.

Dieses Schutzgut unterscheidet sich zugleich von der informationellen Selbstbestimmung sowie dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Die informationelle Selbstbestimmung gewährleistet primär die Befugnis des Einzelnen, grundsätz-

lich selbst über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten zu entscheiden.¹⁰⁷ Der Schutzgedanke ist somit die informationelle Kontrolle über personenbezogene Informationen. Die digitale Identitätsintegrität knüpft demgegenüber nicht primär an die Verarbeitung personenbezogener Daten als solche an, sondern an die künstliche Rekonstruktion einer der betroffenen Person zurechenbaren digitalen Erscheinungsform. Nicht allein die Datenverarbeitung ist gefährdend, sondern die algorithmische Erzeugung einer realitätsnahen Fremdrepräsentation, die ein tatsächlich nicht stattgefundenes Geschehen authentisch erscheinen lässt.

Auch unterscheidet sich dieses Schutzgut vom Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Dieses¹⁰⁸ schützt die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Voraussetzung freier digitaler Persönlichkeitsentfaltung und richtet sich gegen unbefugte Zugriffe auf geschützte Systeme und Datenbestände.¹⁰⁹ Die digitale Identitätsintegrität knüpft demgegenüber nicht an die Vertraulichkeit eines Datensatzes oder die Sicherheit des informationstechnischen Systems als solches an, sondern an die personale Authentizität einer aus realen Identitätsmerkmalen künstlich erzeugten digitalen Repräsentation. Geschützt wird damit nicht die Integrität des Systems oder die Vertraulichkeit der darin verarbeiteten Information, sondern die Ebene der personalen Zuschreibung selbst, also die Frage, ob und in welcher Weise Identitätsmerkmale zu einer der betroffenen Person zurechenbaren digitalen Repräsentation rekombiniert werden.

Ein solches Schutzgut wäre dogmatisch ebenfalls an das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu knüpfen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als offenes Rahmenrecht ausgestaltet, das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fortlaufend durch verschiedene Ausprägungen konkretisiert wurde, etwa durch das Recht am eigenen Bild oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹¹⁰ Die Wahrung der digitalen Identitätsintegrität kann somit als eine neue Ausprägung dieses Schutzrahmens verstanden werden, die speziell der algorithmischen Fremdzuschreibung und der digitalen Verselbstständigung Rechnung trägt.

Dieses Schutzgut richtet sich nicht nur auf die unbefugte Veröffentlichung personenbezogener Inhalte, sondern auf die algorithmische Verarbeitung und Verselbstständigung personenbezogener Merkmale, durch die einer Person Handlungen, Eigenschaften oder Situationen zugeschrieben werden, die nie real stattgefunden haben. Es geht damit um die Integrität der digitalen Identität als autonome Person, die vor Fremdzuschreibungen und der funktionalen Einbindung in generative KI-Systeme geschützt werden soll. Es greift damit präventiv in die digitale Identitätskonstruktion ein, die sich der Kontrolle der betroffenen Person entzieht. Die konkrete Ausgestaltung des Schutzguts kann flexibel an die sich entwickeln-

¹⁰⁴ Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502 (504 f.), Porsche (Fn. 21), S. 108.

¹⁰⁵ Chesney/Citron, California Law Review 107 (2019), 1753 (1785).

¹⁰⁶ Porsche (Fn. 21), S. 107 f. betont zusätzlich, richtigerweise, dass „[...] überwiegend Frauen betroffen“ sind.

¹⁰⁷ BVerfGE 65, 1 (43).

¹⁰⁸ BVerfGE 120, 274.

¹⁰⁹ Luch, MMR 2011, 75 (78).

¹¹⁰ Hofmann, in: Hofmann/Henneke (Hrsg.) Grundgesetz, 16. Aufl. 2025, Art. 2 Rn. 14.

de KI-Landschaft angepasst werden, ohne die dogmatischen Grundlagen des Persönlichkeitsrechts zu verlassen.

2. Schutzbedürftigkeit

Die Schutzbedürftigkeit der zuvor herausgearbeiteten Schutzgüter folgt daraus, dass der betroffenen Person eine realitätsnah wirkende sexualisierte Darstellung zugeschrieben wird, ohne dass eine entsprechende Situation tatsächlich stattgefunden hat.¹¹¹ Die Beeinträchtigung beruht damit nicht auf einer unmittelbaren körperlich-sozialen Interaktion, sondern auf technisch generierter Falschzuschreibung, die geeignet ist, die betroffene Person in ihrer sozialen und persönlichen Integrität nachhaltig zu beeinträchtigen.¹¹²

Die Intensität dieser Betroffenheit zeigt sich auch im Vergleich zu bereits bestehenden strafrechtlichen Wertungen. So erkennt die Rechtsordnung etwa im Rahmen des § 184k StGB bereits bei Konstellationen des sog. Upskirting eine erhebliche Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung und Intimsphäre an.¹¹³ Zwar erfolgt der Eingriff dort im Rahmen einer konkret realweltlichen Situation durch heimliche visuelle Erfassung.¹¹⁴ Entscheidend ist jedoch, dass bereits die unerwünschte sexualisierte Objektivierung sowie der Verlust der Kontrolle über intime Darstellungen als hinreichend eingriffsintensiv angesehen werden.¹¹⁵ Vergleichbare Gefährdungsmomente bestehen auch bei sexualisierten Deepfakes.¹¹⁶ Hinzu tritt jedoch die Besonderheit, dass die Darstellung vollständig datenbasiert generiert wird und sich von einer konkreten realen Situation lösen kann. Reale Bild- oder Videomomente werden dadurch in einen tatsächlich nicht stattgefundenen sexualisierten Zusammenhang überführt, wodurch sich die Intensität der Schutzgutbetroffenheit zusätzlich erhöht.

Insgesamt ergibt sich daraus eine gesteigerte Schutzbedürftigkeit der sexuellen Selbstbestimmung sowie der digitalen Identitätsintegrität im Kontext sexualisierter Deepfakes, da neben der sexualisierten Objektivierung zugleich die technische Rekonstruktion und Verselbstständigung personenbezogener Identitätsmerkmale betroffen ist.

3. Strafwürdigkeit der Herstellung als eigenständiger Unrechtskern

Auf Grundlage der zuvor festgestellten Schutzbedürftigkeit der herausgearbeiteten Schutzgüter lässt sich die Frage der Strafwürdigkeit der Herstellung knapp beantworten. Die besondere Dynamik von Deepfakes wirft die Frage auf, ob bereits der Herstellungsakt einen eigenständigen Unrechts-

gehalt begründet.¹¹⁷ Zentral ist hierbei die Einspeisung personenbezogener Merkmale in ein KI-System: Selbst ohne Veröffentlichung wird die betroffene Person funktional Teil eines algorithmischen Prozesses, über dessen konkrete Ausgestaltung sie keine Kontrolle hat. Bereits diese algorithmische Fremdzuschreibung und digitale Verselbstständigung tangiert das Schutzgut der personalen bzw. digitalen Identitätsintegrität, das zuvor entwickelt wurde.

Dieser Befund gilt zunächst nicht ausschließlich für sexualisierte Deepfakes. Auch andere persönlichkeitsverletzende Deepfakes, etwa solche mit Inhalten i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB, können erhebliche Beeinträchtigungen der digitalen Identitätsintegrität begründen. Die bloße digitale Fremdzuschreibung vermag daher für sich genommen noch nicht ohne Weiteres die besondere Strafwürdigkeit einer eigenständigen Erfassung des Herstellungsakts zu begründen. Vielmehr bedarf es eines zusätzlichen Unrechtsmoments, das die Vorverlagerung der Strafbarkeit auf die Herstellung rechtfertigt.

Ein solches liegt bei sexualisierten Deepfakes vor. Die betroffene Person wird bereits im Herstellungsakt in eine sexualisierte, algorithmisch generierte Darstellung ihrer Identität versetzt. Diese Konstellation tangiert unmittelbar das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung.¹¹⁸ Das Unrecht besteht darin, dass einer Person vermeintlich wahrheitsgemäße sexuelle Handlungen, Situationen oder Eigenschaften zugeschrieben werden, auf die sie keinerlei Einfluss hat und dadurch verobjektiviert wird.¹¹⁹ Allein dies kann bereits unabhängig von einer späteren Verbreitung sowohl psychische Belastungen als auch potenzielle soziale Stigmatisierung nach sich ziehen.¹²⁰

Entscheidend ist somit nicht allein die digitale Fremdzuschreibung, die auch bei anderen persönlichkeitsverletzenden Deepfakes vorliegen kann, sondern deren Verbindung mit einer sexuellen Zuschreibung. Gerade diese Kombination begründet den eigenständigen Unrechtsgehalt sexualisierter Deepfakes und rechtfertigt es, den Herstellungsakt nicht lediglich als Vorbereitung einer späteren Verbreitung zu erfassen.¹²¹

4. Konsequenz für die tatbestandliche Ausgestaltung

Es wird deutlich, dass sich die strafrechtliche Erfassung sexualisierter Deepfakes nicht in einer bloßen Fortschreibung bestehender Kategorien erschöpfen kann¹²², sondern eine strukturelle Neuausrichtung erfordert. Diese betrifft insbesondere die tatbestandliche Anknüpfung an klassische Begriffe wie

¹¹¹ Schmidt (Fn. 94), S. 253.

¹¹² Porsche (Fn. 21), S. 108 f., zeigt zusätzlich auf, dass nicht nur prominente Persönlichkeiten Opfer von Diskreditierung in dieser Form werden.

¹¹³ Eisele (Fn. 89), § 184k Rn. 1; BT-Drs. 19/20668, S. 15.

¹¹⁴ Berghäuser, ZIS 2019, 463 (472); Sachen, KriPoZ 2022, 248 (249).

¹¹⁵ Sachen, KriPoZ 2022, 248 (249 f.).

¹¹⁶ Porsche (Fn. 21), S. 432.

¹¹⁷ Vassilaki, CR 2024, 701 (703); befürwortend Schmidt (Fn. 96), S. 193; Porsche (Fn. 21), S. 434; Eisele/Duman, ZfISw 1/2025, 69 (81).

¹¹⁸ Vgl. auch Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502 (504); Hoven/Friedrich/Schooltink, KriPoZ 2026, 107 (112); Schmidt (Fn. 94), S. 239 f.

¹¹⁹ Schmidt (Fn. 94), S. 253.

¹²⁰ Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502 (505); Schmidt, ZfISw 3/2026, 196 (199); vgl. zu den Folgen ausführlich Henry, Image-based Sexual abuse, 2021, S. 3 ff.

¹²¹ So auch Schmidt (Fn. 79), S. 27 f.

¹²² Abweichend Makepeace, JA 2026, 441 (445).

„Pornographie“ sowie die daran anknüpfenden Abgrenzungskriterien.

Zentral ist insoweit die gemeinsame Grundentscheidung der Entwürfe, die Strafbarkeit bereits auf den Herstellungsakt zu erstrecken. Damit verschiebt sich der strafrechtliche Fokus von der nachgelagerten Verbreitung hin zur vorgelagerten Erzeugung der digitalen sexuellen Darstellung. Diese Vorverlagerung ist dogmatisch konsequent, da bereits der Herstellungsprozess die Schutzgüter der sexuellen Selbstbestimmung sowie der digitalen bzw. personalen Identitätsintegrität berührt.

Gleichwohl unterscheiden sich die Entwürfe erheblich in ihrer normativen Umsetzung. Während der Referentenentwurf stärker an bestehende dogmatische Kategorien anknüpft, vollzieht der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen eine weitergehende systematische Neujustierung, leidet dabei aber noch an handwerklichen Fehlern. Eine konzeptionelle Neufassung und Homogenisierung aller Delikte, die bildbasierte sexualisierte Angriffe zum Inhalt haben, ist zu begrüßen. Eine bloße Reaktion auf einen bekannt gewordenen Fall erfasst wieder nur ein einzelnes Phänomen und schafft damit ein weiteres Puzzleteil, das sich nicht in die bestehenden Widersprüchlichkeiten einfügt.

Die bloße Schließung von Strafbarkeitslücken darf sich nicht darin erschöpfen, weitere, spezifische Tatbestände zu schaffen¹²³, die ihrerseits den Flickenteppich des strafrechtlichen Umgangs mit Nacktaufnahmen nur ergänzen. Sollte etwa ein Gesetz voyeuristischer Handy-Aufnahmen geplant werden, das den Fall der Joggerin, deren bedecktes Gesäß beim Laufen gefilmt wurde, erfassen soll, wie zeitweise verlautbart wurde,¹²⁴ wäre es wenig konsequent, das Anfertigen von Nacktaufnahmen in der Sauna (die mangels geschütztem Raum [§ 201a StGB] oder schützender Kleidung [§ 184k StGB] nicht strafbar sind) nicht zu pönalisieren. Wenn die Strafbarkeit sexualisierter Deepfakes in den § 184k StGB aufgenommen und für die weiteren Deepfakes ein § 201b StGB geschaffen werden sollte, wie es der aktuelle Referentenentwurf vorschlägt,¹²⁵ so sollte der § 184k StGB zum Beispiel erst einmal darauf untersucht werden, inwieweit etwa Fälle des sog. Revenge Porn (also das Veröffentlichen oder Weiterverbreiten von intimen Bildern oder Videos einer Person ohne deren Einwilligung) überhaupt von Strafbarkeiten gegen das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung erfasst werden könnten, denn mangels schützender Kleidung auf den Fotos greift hier aktuell nur § 201a StGB.¹²⁶ Die fehlende Homogenität setzt sich fort: So sind Kinder und Jugendliche recht umfassend geschützt, allerdings primär unter dem Schlagwort der Pornografie (§§ 184b, 184c StGB, siehe aber auch § 201a Abs. 3 StGB, der Nacktaufnahmen von Minderjährigen außerhalb des 13. Abschnittes verortet), wobei nicht jedes Nacktbild auch pornografischen Charakter besitzt. Der

Pornographiebegriff ist weder einheitlich konturiert noch normativ neutral, sondern durch wertende und kulturell variable Kriterien geprägt.¹²⁷ Nach gefestigter Auffassung erfasst er nur solche Inhalte, die sexuelle Handlungen in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund rücken und ausschließlich oder überwiegend auf sexuelle Stimulation angelegt sind.¹²⁸ Das unaufgeforderte Zusenden eines pornografischen Inhalts schützt § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB (hierzu zählt nach überwiegender Ansicht auch das unaufgeforderte Zusenden eines Dickpics)¹²⁹, weswegen der Fall von Revenge Porn *aus Sicht des Empfängers* (!) der Nacktaufnahme bei fehlender Aufforderung tatsächlich eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung sein kann, allerdings *auf Empfänger-* und nicht auf Opferseite.

Für Deepfakes erweist sich die Anknüpfung an den Pornographiebegriff als gänzlich unzureichend.¹³⁰ Zum einen verwischt die Grenze zwischen sexuellen und pornografischen Inhalten bereits im Ausgangspunkt, da auch sexualisierte Darstellungen ohne pornografische Gesamtanmutung erfasst sein können.¹³¹ Zum anderen versagt das Kriterium der Erkennbarkeit der betroffenen Person in Konstellationen KI-generierter Inhalte, da diese gerade durch graduelle Ähnlichkeit, stilisierte Rekonstruktionen oder vollständig synthetische Generierung geprägt sein können. Demgegenüber ermöglicht das Kriterium der „sexualbezogenen Darstellung“ eine funktionale und technikoffene Bestimmung des tatbestandlichen Unrechts. Maßgeblich ist nicht mehr die Einordnung eines Inhalts in vorgeprägte Kategorien, sondern seine objektive Eignung, eine Person in einen sexualisierten Bedeutungszusammenhang zu stellen. Damit wird der Unrechtskern von Deepfakes – die digitale Zuweisung sexueller Inhalte unabhängig von realem Verhalten oder Einverständnis – normativ präziser erfasst.

Der Ansatz der Grünen ist daher nicht lediglich terminologisch, sondern strukturell bedeutsam. Er erkennt aber, dass auch nicht-sexualisierte Deepfakes einer eigenen Regelung bedürfen; dies wiederum wird vom Referentenentwurf aufgegriffen. Eine vollständige Neuordnung des strafrechtlichen Umgangs mit sexualisierten bildbasierten Angriffen wäre zu begrüßen, muss aber handwerklich gut ausgearbeitet werden und sollte daher weniger schnell und mit mehr Sorgfalt erarbeitet werden.¹³² Darin sollten Deepfakes genauso wie andere aktuelle Phänomene ihren Widerhall finden, ohne die notwendige Abstraktheit des Strafrechts zu verlieren. Eine Herausforderung, die sich der Gesetzgeber zeitnah annehmen sollte, um dem digitalen Fortschritt angemessen zu begegnen.

VI. Fazit

In der öffentlichen Debatte ist es ruhiger geworden um das Thema Deepfakes. Die Erfahrungen der letzten Monate ha-

¹²³ So auch *Sanow*, GSZ 2026, 153 (158).

¹²⁴ *F.W. Zimmermann*, Po-Fotos künftig strafbar – und zwar auch in Hose?, LTO v. 3.11.2025.

¹²⁵ *BMJV* (Fn. 5).

¹²⁶ BGH NSTZ 2025, 625, siehe dazu *Grafe/Martin*, KriPoZ 2026, 163.

¹²⁷ *Porsche* (Fn. 21), S. 245.

¹²⁸ *Eisele* (Fn. 89), § 184 Rn. 8.

¹²⁹ *Schmidt* (Fn. 7), § 184 Rn. 68.

¹³⁰ *Porsche* (Fn. 21), S. 245 f.

¹³¹ *Schmidt* (Fn. 94), S. 261 f.

¹³² Kritik zu den konkreten Ausgestaltungsvorschlägen liefert auch *Schmidt*, NSW 2026, 126 (142 ff.).

ben gezeigt, dass die schnell angestoßenen Gesetzgebungsverfahren häufig genauso schnell wieder in Vergessenheit geraten. Manchmal gelangen auf diese Weise aber auch handwerklich misslungene Normen ins Strafgesetzbuch, wie es einst mit § 184j StGB als Reaktion auf die Kölner Silvesternacht 2015/2016 geschah.¹³³ Beides ist für die Behandlung sexualisierter Deepfakes nicht zu hoffen. Erforderlich ist eine kohärente, systematisch stimmige Regelung, die sowohl sexualisierte als auch nicht-sexualisierte Deepfakes erfasst, die tatsächlichen Schutzgüter angemessen berücksichtigt und den Besonderheiten KI-generierter Inhalte gerecht wird. Gleichzeitig sollte eine Neuordnung bildbasierter sexualisierter Gewalt auch die weiteren Fallgestaltungen berücksichtigen, die durch die technischen Entwicklungen zugenommen haben. Nur durch eine homogene Regelung der gesamten bildbasierten sexualisierten Angriffe, die auch die verschiedenen betroffenen Rechtsgüter berücksichtigt, kann das Strafrecht seiner Schutzfunktion gerecht werden.

¹³³ Zur Einführung und Kritik *Wolters/Grafe*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 184j Rn. 1 f.

Ganz im Zeichen seines programmatischen Titels hat der Gesetzgeber durch das am 15.1.2026 in Kraft getretene „Gesetz zur effektiveren Ahndung und Bekämpfung von Straftaten im Zusammenhang mit explosionsgefährlichen Stoffen“ (BGBl. 2026 I Nr. 3) neben verschiedenen weiteren Änderungen auch entschlossen Hand an das Strafgesetzbuch gelegt und § 308 StGB (Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion) in Absatz 3 um einen neuen Qualifikationstatbestand ergänzt. Anlass zu dieser Ergänzung bot ausweislich der Gesetzesmaterialien die Einschätzung, dass die bisherige Gesetzesfassung das spezifische Unrecht der – leitbildhaft vor Augen stehenden – Sprengung von Geldautomaten nicht angemessen zu erfassen vermochte. Der vorliegende Beitrag nimmt die neue Fassung des § 308 Abs. 3 StGB näher in den Blick und geht dabei neben der Deutung seiner tatbestandlichen Merkmale auch der Frage nach, ob das gesetzgeberische Vorgehen möglicherweise über das verfolgte Ziel hinausgreift.

I. Einleitung

„Geldautomatensprengungen [...] bewegen sich [...] sogar nah am versuchten Mord.“¹ Diese Stellungnahme des Bundesrates mag in ihrer Zuspitzung zwar etwas forciert anmuten, verweist jedoch zugleich auf eine greifbare Wirklichkeit, die sich in den vergangenen Jahren immer wieder in eindringlichen Bildern gesprengter Geldautomaten und aufgerissener Bankfilialen in der medialen Öffentlichkeit niedergeschlagen hat² – Bilder, angesichts derer es kaum überrascht, dass der Gesetzgeber sich veranlasst sah, auch auf legislativer Ebene nachzusteuern. Ob sich ein solches gesetzgeberisches Nachsteuern, das sich in einer „immer höhere[n] Schlagzahl strafgesetzgeberischer Aktivitäten“³ niederschlägt, kriminalpolitisch nun tatsächlich als das probate Mittel erweist, darf frei-

lich bezweifelt werden⁴ – zumal das dem Gesetzgeber als Leitbild vor Augen stehende Phänomen der Geldautomatensprengungen bereits vor Inkrafttreten der neuerlichen Gesetzesänderung Anzeichen rückläufiger Entwicklung erkennen ließ.⁵ Umso mehr besteht Anlass, die Neuregelung des § 308 Abs. 3 StGB einer näheren, auch kritisch prüfenden Betrachtung zu unterziehen.

II. Ein orientierender Überblick über das Deliktsgefüge des § 308 StGB

Um den neu eingefügten Absatz 3 in seiner dogmatischen Eigenart angemessen zu erfassen, empfiehlt sich zunächst ein behutsamer Blick auf die durchaus vielschichtige Normstruktur des § 308 StGB, die sich – obschon die Vorschrift dem 28. Abschnitt des Strafgesetzbuches angehört, der die gemeingefährlichen Straftaten umfasst – nicht in die Struktur eines abstrakten Gefährdungsdelikts fügt.⁶ Vielmehr bildet Absatz 1 als zentraler Grundtatbestand ein *konkretes* Gefährdungsdelikt,⁷ wohingegen die auf ihn aufbauenden Absätze 2 und 4 als Erfolgsqualifikationen ausgestaltete Verletzungsdelikte darstellen.⁸ Absatz 5 regelt einen minder schweren Fall und die Absätze 6 und 7 stellen bestimmte Formen der fahrlässigen Begehung unter Strafe.

Da sämtliche Qualifikationen des § 308 StGB konstruktiv auf dem Grundtatbestand des Absatzes 1 aufbauen, lassen sich zwei Voraussetzungen als maßgeblich hervorheben: Zum einen muss der Täter in zurechenbarer Weise – und anders als durch das (von § 307 StGB erfasste) Freisetzen von Kernenergie – eine Explosion herbeigeführt haben; der eingeschobene Passus „namentlich durch Sprengstoff“ verdeutlicht dabei, dass es sich bei diesem Tatmittel lediglich um ein besonders häufig vorkommendes Beispiel handelt und auch andere Mittel zur Herbeiführung einer Explosion denkbar sind.⁹ Zum anderen muss durch die herbeigeführte Explosion eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert entstanden sein,¹⁰ wobei die maßgebliche Wertgrenze nach

* Der Verf. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und internationales Strafrecht von Prof. Dr. Gereon Wolters an der Ruhr-Universität Bochum. Er dankt Herrn Jan Schlüter herzlich für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

¹ BT-Drs. 21/1933, S. 26; hier etwas verkürzt.

² Weiterführende statistische Angaben zu Fallzahlen, Tatverdächtigen, Schäden und regionaler Verteilung finden sich im BKA-Bundeslagebild 2024 „Angriffe auf Geldautomaten“, abrufbar unter <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/AngriffeGeldautomaten/angriffeGeldautomatenBundeslagebild2024.html> (17.9.2026).

³ So pointiert Wolters, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10.8.2018, 2018, S. 417 (419). Vgl. zur in den letzten Jahren deutlich hervortretenden Verdichtung gesetzgeberischer Änderungen im materiellen Strafrecht nur die Neuregelungen beziehungsweise Änderungen in §§ 89a, 89c, 299a, 299b, 177, 114, 261, 238, 126a und 127 StGB.

⁴ Dazu und mit zahlreichen Nachw. Wolters (Fn. 3), S. 417.

⁵ Dies erkennt auch die Bundesregierung nicht. Siehe dazu BT-Drs. 21/1933, S. 1.

⁶ Eindringlich kritisch gegenüber dem Begriff des abstrakten Gefährdungsdeliktes Wolters, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, Vor §§ 306 ff. Rn. 16.

⁷ Statt vieler Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 308 Rn. 1.

⁸ Vgl. Bange, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2026, § 308 Rn. 2; Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 308 Rn. 2.

⁹ Wolters (Fn. 6), § 308 Rn. 5.

¹⁰ Zum Begriff der konkreten Gefahr siehe eingehend Wolters (Fn. 6), Vor §§ 306 ff. Rn. 6 ff.

der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei 1500 Euro anzusetzen ist.¹¹

Dieses Erfordernis beansprucht auch für den neu eingefügten Absatz 3 uneingeschränkte Geltung und gewinnt gerade im Hinblick auf die hier besonders interessierenden Geldautomatensprengungen besondere Kontur: Der tatbestandlich vorausgesetzte Gefährerfolg lässt sich regelmäßig nämlich bereits aus dem betroffenen Geldautomaten selbst ableiten,¹² der nicht nur in Gefahr gerät, sondern infolge der Explosion tatsächlich beeinträchtigt wird. Normstrukturell betrachtet geht es mithin *nicht* darum – so denkbar und intuitiv nicht fernliegend eine solche Konzeption auch erscheinen mag –, dass gerade durch die Sprengung des Geldautomaten eine *darüber hinausgehende* konkrete Gefahr für die tatbestandlich genannten Rechtsgüter festgestellt werden müsste. Vielmehr erschöpft sich der tatbestandliche Gefährerfolg bereits nach der herkömmlichen Anwendung der Vorschrift in der explosionsbedingten Beeinträchtigung des Automaten selbst; weitergehende konkrete Gefährdungen mögen hinzutreten, sind tatbestandlich jedoch nicht vorausgesetzt.

III. Ein näherer Blick auf den neuen Absatz 3

1. Grundstruktur und gesetzgeberische Motive

In dieses bereits konturierte Normgefüge tritt der neu eingefügte Absatz 3 als weitere, nun näher zu bestimmende Ausformung hinzu. So baut Absatz 3 erkennbar nicht nur auf dem Grundtatbestand des Absatzes 1, sondern auch auf Absatz 2 auf („in den Fällen des Absatzes 1 [...], in den Fällen des Absatzes 2 [...]“), sodass er bei Lichte besehen nicht einen, sondern gleich zwei Qualifikationstatbestände enthält.¹³ Die damit einhergehende, im Vergleich zu Absatz 1 verdoppelte und gegenüber Absatz 2 beinahe verdreifachte Mindeststrafandrohung – mithin eine empfindliche Strafschärfung – kommt zum Zuge, wenn der Täter „die Sprengstoffexplosion *zur Begehung* eines Diebstahls (§ 242), eines Bandendiebstahls (§ 244 Absatz 1 Nummer 2) oder eines schweren Bandendiebstahls (§ 244a) herbeiführt“. Da der Qualifikationstatbestand auf der äußeren Tatseite damit kein gegenüber den Absätzen 1 und 2 zusätzliches objektiv-tatbestandliches Unrechtselement erkennen lässt und die Strafschärfung vielmehr allein an die deliktische Zweckrichtung der Explosion anknüpft, wie sie in der Formulierung „zur Begehung [...] herbeiführt“ zum Ausdruck kommt, gründet der gesteigerte Unrechtsgehalt der Qualifikation nach der gesetzgeberischen Konzeption ausschließlich in einem subjektiven Moment. In

dieser Anlage erweist sich der Tatbestand als ein solcher mit überschießender Innentendenz.

Diese Ausgestaltung erschließt sich in ihrem kriminalpolitischen Hintergrund erst im Lichte der Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Einführung des neuen Absatzes 3 bewogen haben; in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung treten sie deutlich hervor.¹⁴ Danach habe sich die Zahl der Fälle, in denen explosionsgefährliche Stoffe durch das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion missbräuchlich verwendet werden, innerhalb eines Jahrzehnts mehr als verdoppelt. Auch wenn infolge verschiedener Sicherungsmaßnahmen im Jahr 2023 ein leichter Rückgang der Fallzahlen beobachtet worden sei, bewege sich vor allem die Zahl der Geldautomatensprengungen weiterhin auf einem hohen Niveau. Diese Taten seien zudem regelmäßig mit erheblichen Gefahren für Unbeteiligte und Einsatzkräfte verbunden und verursachten zugleich beträchtliche wirtschaftliche Schäden. Vor diesem Hintergrund gelangt die Bundesregierung zu der Einschätzung, dass die bisherige Ausgestaltung des § 308 StGB das spezifische Unrecht der Sprengung von Geldautomaten zur Begehung von Diebstahlstaten nicht hinreichend abbilde.¹⁵

Ausgehend von diesen kriminalpolitischen Erwägungen richtet sich der Blick nun auf die tatbestandlichen Merkmale des neu eingefügten Absatzes 3. Denn die gesetzgeberische Diagnose eines gesteigerten Gefährdungspotenzials vermag zwar den Anlass der Neuregelung zu erhellen, lässt jedoch offen, in welcher Weise sich dieses Anliegen im tatbestandlichen Zuschnitt der Norm niederschlägt.

2. Der Passus „Wer die Sprengstoffexplosion“ und die Einordnung von Gasgemischen

Schon ein erster näherer Blick auf die gesetzestechnische Ausgestaltung des Absatzes 3 mag dabei zunächst durchaus Verwunderung hervorrufen. So legt bereits der Eingangspassus „Wer die Sprengstoffexplosion“ – nicht etwa „Wer die Explosion“ oder „Wer die Tat“¹⁶ – unter besonderer Betonung seines Wortlauts die Annahme nahe, der Gesetzgeber knüpfe die Verwirklichung der neuen Qualifikation spezifisch an das Herbeiführen einer Explosion *durch Sprengstoff*.¹⁷ Dies erscheint bei näherem Hinsehen nicht ganz stimmig, baut Absatz 3 doch – wie gezeigt – auf dem Grundtatbestand des Absatzes 1 auf, der für seine Verwirklichung bereits das Herbeiführen einer Explosion *unabhängig von der Art und Weise* genügen lässt und den Einsatz von Sprengstoff lediglich beispielhaft hervorhebt. Der neu eingefügte Absatz 3

¹¹ BGH NJW 2017, 743. Damit liegt die für § 308 StGB maßgebliche Wertgrenze um das Doppelte über derjenigen der Straßenverkehrsdelikte der §§ 315b, 315c StGB.

¹² Siehe dazu auch Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl. 2026, § 308 Rn. 12a. Dies entsprach vor Einführung des Absatzes 3 der in der Rechtsprechung als selbstverständlich vorausgesetzten Handhabung. Instruktiv dazu BGH BeckRS 2024, 21763. Auch die gegenständliche Umgebung des Geldautomaten wird in aller Regel betroffen sein.

¹³ Ebenso Wolters (Fn. 12), § 308 Rn. 12a.

¹⁴ Siehe dazu und zum folgenden Text BT-Drs. 21/1933, S. 1.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 21/1933, S. 14, 21.

¹⁶ Gerade eine solche Formulierung hätte sich angeboten, da sie eine begriffliche Harmonie mit dem gesetzestechnischen Aufbau der übrigen Qualifikationen des § 308 StGB hergestellt hätte – dort ist durchgehend von der „Tat“ die Rede.

¹⁷ Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Gesetzgebungsmaterialien vornehmlich feste Explosivstoffe in den Blick nehmen (vgl. insbesondere BT-Drs. 21/1933, S. 12), deren Einordnung als „Sprengstoff“ unproblematisch ist, und so den Eindruck nahelegen, die Explosionswirkung müsse notwendig von solchen Stoffen ausgehen.

würde bei dieser wortlautnahen Lesart zwar an den Grundtatbestand des Absatzes 1 anknüpfen, setzte diese Bezugnahme jedoch nicht bruchlos fort, sondern verbande sie mit einer Beschränkung auf das Herbeiführen einer Explosion *durch Sprengstoff*. Zwar mag man dieser betont wortlautorientierten Interpretation unter systematischen Gesichtspunkten und unter Hervorhebung der amtlichen Überschrift („Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion“) entgegenhalten, dass der Gesetzgeber mit dem Passus „Wer die Sprengstoffexplosion“ eine *umfassende normative Deutung* verbunden habe und dergestalt das gesamte Delikt erfassen wollte; gleichwohl erschiene der Einwand aus dem nicht zu vernachlässigenden Wortlaut, der bekanntlich die äußeren Grenzen der Auslegung markiert, damit keineswegs als vollständig entkräftet. Und ebenso bliebe erklärungsbedürftig, weshalb der Gesetzgeber im Rahmen der sonstigen Qualifikationen des § 308 StGB durchgehend und einheitlich den Begriff der „Tat“ als rechtstechnischen Anknüpfungspunkt verwendet, hiervon jedoch ausgerechnet im neu eingefügten Absatz 3 abweicht.

Gerade im Zusammenhang mit den vom Gesetzgeber leibhaftig vor Augen gestellten Geldautomatensprengungen gewinnt diese Unstimmigkeit zusätzlich an Kontur und vermag zumindest potenziell gewisse Spannungsmomente hervorzurufen. Denn auch wenn solche Automaten in jüngerer Zeit zunehmend mit festen Explosivstoffen gesprengt werden,¹⁸ erfolgte ihre Zerstörung in der Vergangenheit nicht selten – und erfolgt teilweise bis heute – durch zur Explosion gebrachte *Gasgemische*.¹⁹ Ob derartige Gasgemische jedoch ohne Weiteres als „Sprengstoff“ im Sinne des § 308 StGB zu qualifizieren sind,²⁰ erscheint nun keineswegs selbstverständlich – nicht zuletzt auch in semantischer Hinsicht.²¹ Ein Blick in die gängige Kommentarliteratur lässt vielmehr bisweilen eine gewisse – und womöglich wohlherwogene – Vagheit erkennen und legt nahe, dass manche Autoren zur Explosion gebrachte Gasgemische gewissermaßen neben den Begriff des Sprengstoffes stellen, ohne sich zu einer ausdrücklichen begrifflichen Zuordnung zu verhalten.²² Ein solches Offen-

lassen erschien bisher durchaus nachvollziehbar, da § 308 StGB in seiner bisherigen Fassung eine solche Klärung nicht erforderte und es für die Verwirklichung des Grundtatbestandes ohne Bedeutung blieb, auf welche Weise die Explosion herbeigeführt wurde. Gerade im Lichte der zuvor skizzierten, streng am Wortlaut orientierten Lesart gewinnt diese bislang folgenlose definitorische Unschärfe nun jedoch an Gewicht: Deutete man den Qualifikationstatbestand des Absatzes 3 dahin, dass er spezifisch an den Einsatz von „Sprengstoff“ anknüpft, verlöre die exakte Einordnung solcher Gasgemische ihren bislang eher randständigen Charakter und rückte damit unmittelbar in den Bereich tatbestandlicher Relevanz auf.

Dass sich die hieraus erwachsenden Unsicherheiten gleichwohl zumindest für die Praxis in überschaubaren Grenzen halten dürften, ist einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2015 zu verdanken.²³ Nachdem sich nicht nur die Kommentarliteratur, sondern auch die höchstrichterliche Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg auffallend zurückhaltend dazu geäußert hatte,²⁴ was unter „Sprengstoff“ im Sinne des Strafgesetzbuches zu verstehen ist und ob auch entzündete Gasgemische darunterfallen können, hat der Bundesgerichtshof in jener Entscheidung erstmals ausdrücklich Stellung bezogen und in methodisch überzeugender Weise begründet, dass auch solche Gasgemische Sprengstoffe im Sinne des Strafgesetzbuches sind. Sprengstoffe sind danach alle Stoffe, die bei Entzündung eine plötzliche und gewaltsame Ausdehnung von Gasen oder Dämpfen hervorrufen und dadurch geeignet sind, eine Zerstörung zu bewirken – ohne dass es auf ihren Aggregatzustand oder die Art der Zündung ankäme.²⁵ Damit dürfte jedenfalls für die Praxis hinreichende Klarheit darüber bestehen, dass auch durch zur Explosion gebrachte Gasgemische bewirkte Geldautomatensprengungen den Tatbestand des § 308 Abs. 3 StGB erfüllen, sodass sich die bei wortlautstrenger Betrachtung nahegelegte Verengung bei näherem Hinsehen als kaum einleuchtende, für die Anwendung jedoch weitgehend folgenlose Engführung erweist.²⁶

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 21/1933, S. 12; BKA (Fn. 2), S. 5.

¹⁹ Vgl. dazu BKA (Fn. 2), S. 5.

²⁰ Es dürfte fernliegen anzunehmen, der Gesetzgeber habe gasbasierte Sprengungen bewusst vom Tatbestand ausnehmen wollen. Die Materialien enthalten keinen Anhaltspunkt für einen entsprechenden negativen Regelungswillen; sie lassen vielmehr erkennen, dass die Neuregelung phänomenbezogen auf die Bekämpfung von Geldautomatensprengungen zugeschnitten ist. Soweit die Begründung dabei vornehmlich feste Explosivstoffe vor Augen hat, dürfte sich darin weniger ein Wille zur Aussonderung gasförmig herbeigeführter Explosionen als vielmehr das kriminalpolitisch leitende Erscheinungsbild niederschlagen.

²¹ Ein weiterer Grund für diese Unklarheiten dürfte im Nebeneinander von Strafgesetzbuch und Sprengstoffgesetz liegen, wobei Letzteres eigene Begrifflichkeiten ausgebildet hat, die bisweilen – nicht immer trennscharf – in das Strafgesetzbuch hinein übertragen werden.

²² Vgl. etwa *Bange* (Fn. 8), § 308 Rn. 7; *Börner*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl.

2020, § 308 Rn. 4; *Bosch* (Fn. 7), § 308 Rn. 5 f.; *Lutz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 308 Rn. 3.

²³ BGHSt 61, 84 = NJW 2016, 1030 = NStZ 2017, 37.

²⁴ Vgl. etwa BGHSt 20, 230 = NJW 1965, 1923; BGHSt 28, 196 = NJW 1979, 663; BGH NStZ 2003, 253; BGHSt 48, 147 = NJW 2003, 1058 = NStZ 2003, 308; BGH NJW 2003, 3142 = NStZ 2003, 671 = StV 2003, 540; BGH NStZ 2004, 614; BGH NStZ 2010, 503.

²⁵ Dazu eingehend BGHSt 61, 84 = NJW 2016, 1030 = NStZ 2017, 37.

²⁶ Eine mögliche Regelungslücke deutet sich indes dort an, wo Gase nicht selbst reaktiv zur Explosion gebracht werden, sondern durch sie lediglich ein pneumatischer Überdruck erzeugt wird, der seinerseits die Explosion eines Geldautomaten herbeiführt. In solchen Konstellationen wird man das Gas – mangels eigener Reaktivität – kaum als Sprengstoff i.S.d. § 308 StGB erfassen können.

3. Die besondere Innentendenz

Sind damit die im Hinblick auf das Merkmal „Wer die Sprengstoffexplosion“ bestehenden begrifflichen Spannungen weitgehend aufgelöst, so rückt nunmehr die subjektive Seite der Vorschrift in den Blick. Als ihr zentrales Merkmal erweist sich dabei die *besondere finale Verknüpfung* zwischen der Sprengstoffexplosion und der Diebstahlstat, die in der gesetzlichen Formulierung ihren Ausdruck findet, wonach der Täter die Sprengstoffexplosion „zur Begehung eines Diebstahls (§ 242), eines Bandendiebstahls (§ 244 Absatz 1 Nummer 2) oder eines schweren Bandendiebstahls (§ 244a) herbeiführt“.²⁷ Darin spiegelt sich zugleich die gesetzgeberische Einschätzung wider, dass gerade solche zur Ermöglichung von Diebstahlstaten eingesetzten Sprengstoffexplosionen durch eine besonders hohe kriminelle Energie gekennzeichnet seien, weil in der Art ihrer Begehung unkontrollierbare Risiken bewusst in Kauf genommen würden, um sich fremde bewegliche Sachen rechtswidrig zuzueignen.²⁸

a) Die Hervorhebung der verschiedenen Diebstahlstaten

In diesem Zusammenhang fällt zunächst auf, dass der Gesetzgeber sich offenbar veranlasst sah, neben dem (einfachen) Diebstahl auch den Bandendiebstahl sowie den schweren Bandendiebstahl ausdrücklich in den Tatbestand aufzunehmen, ohne dass sich dieser Differenzierung eine eigenständige tatbestandliche Funktion beimessen ließe. Die Bezugnahme auf den Bandendiebstahl geht insbesondere nicht mit einer weiteren Erhöhung des Strafraums einher – eine solche wäre freilich ohne Weiteres denkbar –, sodass sich ihr keine zusätzliche Qualifikationsstufe innerhalb des Absatzes 3 entnehmen lässt. Für die Verwirklichung der Vorschrift genügt es vielmehr, dass die Sprengstoffexplosion zur Begehung eines Diebstahls im Sinne der §§ 242 ff. StGB herbeigeführt wird, ohne dass es darauf ankäme, welche Qualifikationsstufe dieser im Einzelnen erreicht. Die Hervorhebung einzelner Erscheinungsformen des Diebstahls vermag daher keinen zusätzlichen normativen Gehalt zu entfalten, sondern spiegelt – nicht ohne eine gewisse Unschärfe – lediglich das kriminalpolitische Leitbild organisierter Sprengstoffkriminalität wider, das dem Gesetzgeber ersichtlich vor Augen stand.²⁹

In der Sache erschöpft sich die Aufnahme des Bandendiebstahls und des schweren Bandendiebstahls in einer bloßen, letztlich redundanten Akzentuierung, die sich – in trefender Wendung – als „symbolische Hervorhebung ohne jede

praktische Relevanz“³⁰ beschreiben lässt. Zugleich mag ein leiser Eindruck der Ernüchterung zurückbleiben, wonach eine konsequentere Anknüpfung an bandenmäßige Begehungsformen nähergelegen hätte, um eben jene strukturellen Erscheinungsformen organisierter Kriminalität präziser zu erfassen, die dem Gesetzgeber nach den Gesetzgebungsmaterialien vornehmlich als kriminalpolitischer Referenzfall vor Augen standen.

b) Ausleuchtung des subjektiven Zusammenhangs

Für die praktische Rechtsanwendung von ungleich größerem Interesse als diese bloße symbolische Akzentuierung ist gewiss die Frage, wie der subjektive Zusammenhang zwischen der Sprengstoffexplosion und der Diebstahlstat im Einzelnen beschaffen sein muss. So erweist sich der neue Absatz 3 des § 308 StGB – wie bereits gezeigt – als ein Delikt mit überschießender Innentendenz und ist damit seiner Struktur nach der sachlich nicht fernliegenden besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB vergleichbar.³¹ Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, die hierzu entwickelten Grundsätze jedenfalls in ihren Grundlinien heranzuziehen. Entscheidend ist danach nicht, ob der Täter den Diebstahl bereits versucht oder gar vollendet hat, sondern von welcher Vorstellung er im Zeitpunkt des Setzens der für die Herbeiführung der Explosion ursächlichen Bedingung geleitet wurde. Durch das final-verknüpfende Merkmal „zur Begehung“ bringt der Tatbestand dabei zum Ausdruck, dass es dem Täter gerade darauf angekommen sein muss, die intendierte Diebstahlstat zu verwirklichen, sodass Absicht im technischen Sinne (*dolus directus* ersten Grades) zu fordern ist.³²

Damit ist freilich zunächst nur das abstrakte Gefüge der subjektiven Verknüpfung erfasst; wie sich der geforderte Zusammenhang im Einzelnen *inhaltlich* ausformt, bleibt damit noch offen. Insoweit lässt der Wortlaut der Vorschrift zunächst einen gewissen Deutungsspielraum erkennen. So erfasst er ohne Weiteres – anders als es das Leitbild der Geldautomatensprengungen eigentlich nahelegt – auch solche Fallgestaltungen, in denen die Sprengstoffexplosion und die intendierte Diebstahlstat *nicht* in einem unmittelbaren zeitlichen oder situativen Zusammenhang stehen: Es ließe sich etwa daran denken, dass der Täter durch die Herbeiführung einer Explosion den Gewahrsamsinhaber zum Verlassen des Ortes veranlasst, um erst zu einem späteren Zeitpunkt – etwa am folgenden Tag – von der so geschaffenen Zugriffsmöglichkeit Gebrauch zu machen.³³

Angesichts der gewichtigen Strafandrohung – und nicht zuletzt mit Blick auf das gesetzgeberische Leitbild der Geldautomatensprengung – wird man indes einen schutzzweckbezogen verengten räumlich-zeitlichen Zusammenhang zwischen der Sprengstoffexplosion und der avisierten Diebstahl-

²⁷ Der Begriff der Finalität begegnet gemeinhin im Kontext des Raubes und bezeichnet dort den subjektiven Zusammenhang zwischen dem Einsatz der qualifizierten Nötigungsmittel und der Wegnahme. Dass dieser Begriff auch im vorliegenden Zusammenhang Verwendung findet, erscheint folgerichtig, knüpft doch der zugrunde liegende Gedanke in struktureller Hinsicht an ein durchaus vergleichbares Beziehungsgefüge an. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass auch die Gesetzgebungsmaterialien eine Parallele zum Raub ziehen. Siehe dazu BT-Drs. 21/1933, S. 26.

²⁸ BT-Drs. 21/1933, S. 21.

²⁹ Siehe vor allem BT-Drs. 21/1933, S. 12.

³⁰ Wolters (Fn. 12), § 308 Rn. 12b.

³¹ Allgemein zur überschießenden Innentendenz *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 84.

³² Wolters (Fn. 12), § 308 Rn. 12b. Siehe zur Absicht im technischen Sinne ausführlich *Schuster*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 7), § 15 Rn. 66 ff.

³³ Wolters (Fn. 12), § 308 Rn. 12b.

tat verlangen müssen. Abstrahiert man von diesem gesetzgeberischen Leitbild, so zeichnet sich ein hinreichend klares Strukturmuster ab: Erfasst sind danach in erster Linie diejenigen Konstellationen, in denen die Sprengstoffexplosion nach der Tätervorstellung dazu dient, den Schutzbereich des Gewahrsams aufzuheben oder zumindest zu lockern, um hierdurch den unmittelbaren Zugriff auf die fremde Sache zu ermöglichen – etwa neben den leitbildhaften Geldautomatensprengungen auch die Sprengung anderer Automaten, das Aufsprengen von Sicherheitstüren oder das explosionsbedingte Öffnen fest verbauter Safes.³⁴ Bei näherem Hinsehen erweist sich die herbeigeführte Explosion in diesen Fällen bereits als Beginn der Wegnahmehandlung. In der Zusammenschau dieser Konstellationen zeigt sich, dass es im Kern um die besonders gefahrenträchtige, explosionsbedingte Überwindung einer physisch vermittelten Gewahrsamssicherung geht.

Da der Wortlaut der Vorschrift indes weiter gespannt ist, wird man kaum umhinkommen, auch darüber hinausgehende Fallgestaltungen als erfasst anzusehen. Für deren Einordnung bietet sich eine (erneute) Orientierung an § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB an – freilich nicht in der Lesart der herrschenden Auffassung, sondern im Anschluss an das von einer beachtenswerten Minderheitsansicht³⁵ entwickelte Verständnis, das die spezifische, *situationsbedingte* Gemeingefährlichkeit der Brandstiftungstat in den Mittelpunkt stellt und danach fragt, ob diese in den Dienst deliktischer Vorhaben gestellt wird. Diese Überlegungen dürften sich auch für die Auslegung des § 308 Abs. 3 StGB fruchtbar machen lassen. Auch hier geht es im Kern nämlich darum, die *spezifische* – konkret: aus der Sprengstoffexplosion herrührende – *Gefährlichkeit* in ihrer *funktionalen Beziehung* zu einem weiteren Delikt zu erfassen.

Entscheidend ist demnach nicht ein lediglich lose gearteter Zusammenhang zwischen Explosion und Diebstahlstat, sondern vielmehr, ob und in welcher Weise die durch die Explosion ausgelösten Gefahrenlagen in den Dienst der intendierten Diebstahlstat gestellt werden. Insoweit kann es etwa genügen, dass die durch die Explosion hervorgerufenen typischen Störungszustände, etwa Panik, Desorientierung oder eine faktische Schwächung der Gewahrsamslage, vom Täter gezielt genutzt werden, um den Zugriff auf die fremde Sache zu erleichtern; dabei bleibt vorausgesetzt, dass auch in diesen Konstellationen der tatbestandliche Gefährerfolg des Absatzes 1 verwirklicht ist. Hier geht es also im Ergebnis weniger um die Beseitigung eines physischen Zugriffshindernisses als vielmehr um die explosionsbedingte Schaffung einer aufgewählten Situation, die den Zugriff auf die fremde Sache erleichtert. Auch in solchen Fällen setzt sich die durch die Explosion begründete Gefährdungslage in der Diebstahlstat fort und lässt dergestalt die erforderliche innere Verknüpfung

der beiden Delikte hervortreten, welche der Gesetzgeber als unrechtstragend zugrunde legt.

4. Zur Reichweite des § 308 Abs. 3 StGB und seiner teleologischen Einhegung

Nun erschöpft sich der vom Wortlaut des Absatzes 3 vorgezeichnete Anwendungsbereich keineswegs in den Geldautomatensprengungen, die dem Gesetzgeber als Leitbild vor Augen standen. Auch die Sprengung anderer Automaten – etwa von Park-, Fahrkarten- oder Zigarettenautomaten³⁶ – zu Diebstahlszwecken wird vom Wortlaut der Vorschrift zweifellos getragen. Dies gewinnt umso mehr an Gewicht, als derartige Fallgestaltungen keineswegs eine Randerscheinung darstellen, sondern eine mit den Geldautomatensprengungen vergleichbare Konjunktur aufweisen – was in besonderem Maße für Sprengungen von Zigarettenautomaten gilt, die in jüngerer Zeit in bemerkenswerter Häufung auftreten.³⁷

Dass der Tatbestand in dieser Weise über den gesetzgeberisch vor Augen stehenden Leitfall hinausgreift, erklärt sich nicht allein aus der Weite seines Wortlauts, sondern bereits aus seiner normstrukturellen Anlage. Denn der neu eingefügte Absatz 3 baut – wie bereits dargelegt – auf dem Grundtatbestand des Absatzes 1 auf, für dessen Verwirklichung nach herkömmlichem Verständnis regelmäßig bereits die explosionsbedingte Beeinträchtigung des betroffenen Automaten selbst den tatbestandlich vorausgesetzten Gefährerfolg zu tragen vermag. Wo daher ein Automat von bedeutendem Wert – woran es regelmäßig nicht fehlen wird – zur Begehung einer Diebstahlstat gesprengt wird, ist der Eintritt in den Qualifikationstatbestand des Absatzes 3 strukturell in weitem Umfang bereits vorgezeichnet.

Eben diese Weite des Tatbestandes gerät jedoch in ein gewisses Spannungsverhältnis zu den kriminalpolitischen Leitvorstellungen, von denen die Neuregelung getragen ist. Denn ausweislich der Gesetzesmaterialien zielte sie darauf ab, gerade dem Umstand zu begegnen, dass die bisherige Ausgestaltung des § 308 StGB das „mit der Sprengung von Geldautomaten spezifische Unrecht zur Begehung von Diebstahlstaten mittels Sprengstoffexplosionen“³⁸ nicht hinreichend abbilde. Nicht nur diese bemerkenswert apodiktisch gefasste Wendung lässt deutlich erkennen, wie eng der gesetzgeberische Problemaufriss auf einen bestimmten, besonders gravierenden Erscheinungstypus zugeschnitten war. Auch die bezeichnende Stellungnahme des Bundesrates, der gar eine „generelle Anhebung der Mindestfreiheitsstrafe auf fünf Jahre“ befürwortete, da die Vorschrift andernfalls eine „ernsthafte Bekämpfung des Deliktsphänomens der Geldautomatensprengungen nicht befördern“ würde,³⁹ fügt sich nahtlos in ein Gesamtbild ein, das durch eine kaum zu übersehende Kon-

³⁴ Handelt es sich hingegen um einen transportablen Safe, den der Täter an sich bringt und sodann explosionsbedingt öffnet, so liegt der Tatbestand des § 308 Abs. 3 StGB jedenfalls deshalb nicht vor, weil die Diebstahlstat zu diesem Zeitpunkt bereits vollendet ist und es mithin am Merkmal „zur Begehung“ fehlt.

³⁵ Siehe zu dieser vorzugswürdigen Begrifflichkeit Horn, Jura 1984, 499 (500 f.).

³⁶ Vor diesem Hintergrund verwundert es kaum, dass auch sie in jüngerer Zeit wiederholt Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen sind. Siehe etwa BGH NJW 2017, 743; BGH NStZ-RR 2024, 202; BGH NStZ 2024, 172; BGH BeckRS 2024, 21763.

³⁷ Vgl. insoweit auch BT-Drs. 21/4163, S. 1.

³⁸ BT-Drs. 21/1933, S. 12.

³⁹ BT-Drs. 21/1933, S. 26 f.

zentration auf eben dieses Kriminalitätsphänomen geprägt ist. Angesichts dessen drängt sich die Annahme auf, dass der Gesetzgeber Konstellationen jenseits der Geldautomatensprengung kaum ernsthaft in den Blick genommen hat, zumal die Gesetzesmaterialien durchweg in nachgerade monothematischer Weise auf die Sprengung von Geldautomaten Bezug nehmen und andere Erscheinungsformen gänzlich ausblenden.

Gerade diese allzu einseitige Fokussierung lässt vermuten, dass der gesetzgeberische Problemhorizont vom spezifischen Leitbild der Geldautomatensprengung beherrscht war, während abweichende Fallgestaltungen allenfalls im Schattenwurf dieser Regelungsabsicht mitgeführt wurden. So mag dem Wortlaut nach zwar naheliegen, dass auch die Sprengung sonstiger Automaten zur Begehung von Diebstahlstaten von dem neu gefassten Tatbestand erfasst ist; in den Materialien selbst findet diese weiterreichende Erstreckung jedoch keine eigene gedankliche Würdigung. Darin spiegelt sich eine gewisse Diskrepanz zwischen dem eng konturierten Anlass der Neuregelung und ihrer erheblich darüber hinausgehenden tatbestandlichen Reichweite.

In dieser Diskrepanz dürfte nun ein nicht unbeträchtliches Spannungsmoment zu erblicken sein. Denn die mit Geldautomatensprengungen typischerweise verbundenen, geradezu beispiellosen Schadensausmaße – häufig werden Beträge im sechsstelligen Bereich erlangt,⁴⁰ hinzu treten verheerende Sachschäden, die den Wert der Beute noch übersteigen,⁴¹ und nicht selten gehen mit den Taten potenziell erhebliche Gefahren für Leib und Leben Unbeteiligter einher⁴² – unterscheiden sich in ihrem Unrechtsgehalt sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht deutlich von jenen Fällen, in denen etwa Zigarettenautomaten betroffen sind. Dort erschöpft sich das Unrecht regelmäßig in vergleichsweise geringfügigen Sachschäden, einem deutlich reduzierten Gefährdungspotenzial und Bargeldbeträgen, die nicht selten kaum über wenige Hundert Euro hinausgehen.⁴³

Im Lichte dieser Diskrepanz drängt sich die Frage auf, ob die einheitliche strafscharfende Erfassung derart *heterogener* Fallgruppen noch dem Anspruch an ein tat- und schuldangemessenes Strafmaß gerecht wird. So wird etwa die nächtliche Sprengung eines Zigarettenautomaten mittels eines sogenannten „Tschechenböllers“⁴⁴ in einem abgelegenen Industriegebiet – bei aller Strafwürdigkeit – die Unrechtsdimension der vom Gesetzgeber fest ins Auge gefassten Geldautomatensprengungen regelmäßig bei Weitem nicht erreichen – und gleichwohl werden beide Konstellationen nach dem gesetzlichen Zuschnitt des § 308 Abs. 3 StGB erfasst und unterliegen derselben erheblichen Mindeststrafandrohung von zwei Jahren Freiheitsstrafe.⁴⁵ Dass in Fällen der erstgenannten Art

sicherlich ein Rückgriff auf die Strafmilderungsmöglichkeit des Absatzes 5 naheliegen mag, bleibt unbestritten, vermag jedoch keine vollständig zufriedenstellende Lösung darzustellen, zumal auch der dadurch eröffnete Strafrahmen noch eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsieht.

Diese überschießende Reichweite beschränkt sich freilich nicht einmal auf die Sprengung anderer Automaten, obschon gerade die Sprengung von Zigarettenautomaten den praktisch besonders naheliegenden Erscheinungsfall bilden dürfte. Sie tritt auch dort deutlich hervor, wo die Explosion lediglich eine sonstige physisch vermittelte Gewahrsamssicherung beseitigt – etwa wenn ein technisch versierter Täter mit fein dosierter Sprengwirkung das Schloss einer Tür öffnet, um sich Zugang zu einem Raum und den dort befindlichen Sachen zu verschaffen. Ist die Tür selbst als fremde Sache von bedeutendem Wert anzusehen, muss sich der tatbestandliche Gefahrerfolg nicht erst aus einer weitergreifenden Gefährdung von Personen, Gebäudeteilen oder sonstigen Gegenständen ergeben; er kann vielmehr bereits in der explosionsbedingten Beschädigung eben dieser Zugangssperre liegen. Gerade darin tritt die eigentümliche Weite des Tatbestandes besonders deutlich hervor: § 308 Abs. 3 StGB reicht seinem Wortlaut nach bis in Konstellationen hinein, in denen die Explosion ihrem äußeren Gepräge nach nicht mehr als Ausdruck einer in die Breite wirkenden gemeingefährlichen Dynamik erscheint, sondern nahezu nur noch als punktuelles Mittel zur Überwindung einer Umschließung. Damit rücken Fälle in den Anwendungsbereich der Qualifikation ein, deren Unrechtsgepräge mit gemeingefährlich geprägter Sprengstoffkriminalität nur noch wenig gemein hat und deutlich näher beim Diebstahl in einem besonders schweren Fall liegt.

Begnügt man sich nicht damit, die aufgezeigten Wertungsbrüche lediglich über die Strafmilderungsmöglichkeit des § 308 Abs. 5 StGB aufzufangen, und hält man sich zugleich vor Augen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Qualifikation ersichtlich vom Leitbild besonders gravierender Geldautomatensprengungen ausgegangen ist, so wird man kaum umhinkommen, die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes in den Blick zu nehmen.⁴⁶ Diese soll im Folgenden freilich nur in ihren Grundzügen skizziert werden: Berücksichtigt man die Gesetzgebungsmaterialien, so tritt deutlich hervor, dass der Gesetzgeber mit dem Phänomen der Geldautomatensprengung vor allem solche Fälle vor Augen hatte, in denen eine gravierende, mit Gemeingefahr verbundene Sprengstoffexplosion zur Begehung einer Diebstahlstat eingesetzt wird. Vor diesem Hintergrund liegt es nicht fern, solche Konstellationen aus dem Anwendungsbereich des § 308 Abs. 3 StGB auszunehmen, in denen zwar ein Automat oder eine sonstige Gewahrsamssicherung explosionsbedingt geöffnet oder beeinträchtigt wird, eine über die Beschädigung des gesprengten Gegenstands hinausreichende

⁴⁰ Vgl. BKA (Fn. 2), S. 8.

⁴¹ Vgl. BKA (Fn. 2), S. 8.

⁴² Vgl. BKA (Fn. 2), S. 9.

⁴³ Vgl. dazu insbesondere BGH NStZ-RR 2024, 202.

⁴⁴ Diese Begrifflichkeit findet sich auch in höchstrichterlichen Entscheidungen. Vgl. etwa BGH NStZ-RR 2024, 202.

⁴⁵ Vor diesem Hintergrund dürfte es kaum zu bedauern sein, dass die vom Bundesrat geforderte „generelle Anhebung der

Mindestfreiheitsstrafe auf fünf Jahre“ (BT-Drs. 21/1933, S. 27) keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat.

⁴⁶ Zur teleologischen Reduktion aus methodischer Perspektive siehe Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 6 Rn. 123 ff.

Gefährdung von Personen oder Sachen aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zu befürchten ist.⁴⁷

Der Grund für eine solche Begrenzung liegt nicht bereits darin, dass solche Taten lediglich als weniger gewichtig erscheinen, sondern gründet tiefer in einer Verschiebung ihres eigentümlichen Unrechtscharakters. Auch in diesen Fällen mag der Grundtatbestand des § 308 Abs. 1 StGB erfüllt sein und so das Tatumrecht angemessen erfassen⁴⁸ – das Gepräge der Tat verschiebt sich insgesamt jedoch merklich: Nicht mehr die von der Explosion ausgehende, typischerweise in die Breite wirkende Gefährlichkeit bestimmt das Gepräge der Tat; vielmehr tritt die gemeingefahrtypische Dimension ihres Unrechts zurück, und die Explosion erscheint nur noch als bloßes Mittel zur Überwindung einer Umschließung. Der Unrechtscharakter solcher Taten gewinnt damit eine deutlich andere Kontur und rückt seinem Schwerpunkt nach in die Nähe des Diebstahls in einem besonders schweren Fall, so dass sich zumindest die Frage aufdrängt, ob der Anwendungsbereich des neugeschaffenen § 308 Abs. 3 StGB hier noch sachgerecht eröffnet ist. Bedenkt man schließlich, wie nachgerade verengt der gesetzgeberische Blick auf das Phänomen der Geldautomatensprengung und die mit ihr einhergehende besondere Unrechtsdimension bei der Schaffung des § 308 Abs. 3 war, so mag man durchaus geneigt sein, diese Frage zu verneinen.

IV. Fazit

So hinterlässt § 308 Abs. 3 StGB bei näherer Betrachtung insgesamt ein eher ernüchterndes Bild. Die Vorschrift steht erkennbar im Zeichen eines ernsthaften kriminalpolitischen Anliegens; ihr tatbestandlicher Zuschnitt fügt sich jedoch nicht in jeder Hinsicht harmonisch in den eigentümlichen Charakter des § 308 StGB ein. Am Ende bleibt der nicht ungetrübte Eindruck, dass der gesetzgeberische Zugriff zwar von einem nachvollziehbaren Regelungsimpuls getragen war, in seiner weiteren Ausformung jedoch nicht mit jenem Maß an Präzision und Umsicht vorgenommen worden ist, das gerade eine solche Vorschrift nahegelegt hätte.

⁴⁷ Hier liegt eine Nähe zur teleologischen Reduktion vor, die im Rahmen des § 306a Abs. 1 StGB verbreiteten Zuspruch genießt. Dazu etwa *Wolters* (Fn. 6), § 306a Rn. 21.

⁴⁸ So ließe sich unter Anwendung der Strafmilderungsmöglichkeit des Absatzes 5 auch ein auf sechs Monate herabgesetzter Strafraum in Betracht ziehen.

Der Beitrag hat einen aktuellen, für die amtliche Sammlung vorgesehenen Beschluss des 4. Strafsenats des BGH zum Gegenstand, wonach mindestens einem Beteiligten Aufgaben zufallen sollen, die sich bei wertender Betrachtung als täterschaftliches Handeln darstellen. Dabei werden im ersten Schritt die kriminalpolitischen Konsequenzen des Fehlens einer Bandenbeihilfe im Zeitalter einer kontinuierlichen Professionalisierung „Beihilfe“ anbietender Gruppierungen illustriert, um sodann die in der Entscheidung etwas vernachlässigten, aber für das Verständnis der Entscheidung relevanten Besonderheiten des Betäubungsmittelstrafrechts in den Mittelpunkt zu rücken. Abschließend wird der Versuch unternommen, die Überlegungen zum „Mitwirkungsmerkmal“ einzuordnen.

I. Die Professionalisierung der Hilfeleistung – ein dogmatisches und kriminalpolitisches Problem

Ähnlich wie in der freien Wirtschaft sind auch im Bereich der Organisierten Kriminalität zunehmende Spezialisierungs- und Externalisierungstendenzen zu beobachten, etwa in Form der Auslagerung von Transport- und Logistikleistungen, der gezielten Einbindung von IT-Spezialisten oder der Inanspruchnahme spezialisierter Dienstleister (bspw. zur Sicherung der Tatbeute oder der Herstellung gefälschter Dokumente).¹ Begünstigt wird diese Entwicklung durch das Darknet, das die anonyme Anbahnung, Vermittlung und grenzüberschreitende Inanspruchnahme derart spezialisierter Dienstleistungen erheblich erleichtert.² Angesichts solch einer Entwick-

lung, die sich als „Outsourcing der Beihilfe“ bezeichnen lässt, erstaunt es womöglich etwas, dass sich der BGH in der gegenständlichen – für die amtliche Sammlung vorgesehenen – Entscheidung das allererste Mal mit der Frage konfrontiert sieht, ob es auch eine reine „Gehilfenbande“ geben kann. Typischer ist im Kontext von Bandendelikten eher, dass Tatgerichte rechtsfehlerhaft von einer Bandenmitgliedschaft auf eine mittäterschaftliche Begehung schließen.³ Im vorliegenden Fall dagegen wurde eine bandenmäßige Begehung bejaht, obwohl ausschließlich Beihilfehandlungen festgestellt waren.

Der Senat schließt sich nach einem knappen Repetitorium zu den bisherigen Leitlinien, wie sie seit BGHSt 46, 321⁴ ständig wiederholt werden, der h.L. an. Mindestens einem Beteiligten müssen nach der Bandenabrede Aufgaben zufallen, „die sich bei wertender Betrachtung als täterschaftliches Handeln darstellen“.⁵ Es wird damit bestätigt, dass die kern- und nebenstrafrechtlichen Bandenqualifikationen in ihrer derzeitigen Ausgestaltung jedenfalls nicht diejenige Aktions- bzw. Organisationsgefahr erfassen, die auch (oder erst recht) mit einem „Outsourcing“ und einer damit verbundenen Professionalisierung der Beihilfe einhergehen kann: Soweit die Haupttat keine Bandentat darstellt und sich die Bandenabrede nicht auf die täterschaftliche Begehung bestimmter Taten bezieht, greift eine Bandenqualifikation nicht.

Nimmt jemand also eines der oben beschriebenen, „Beihilfe“-Angebote etwa im Rahmen eines geplanten Diebstahls in Anspruch, und beschränkt sich die Mitwirkung der Dienstleister auf die Überlassung der passenden Werkzeuge, Gebäudepläne und vielleicht auch eines Fahrers, macht sich der Dieb schlussendlich als Alleintäter wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 (oder ggf. wegen Wohnungseinbruchdiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) strafbar. Denn er ist weder Bandenmitglied noch stellt sich die Tat als eine Bandentat dar. Dass die „Dienstleister“ womöglich zu dritt oder mehr sind und sich zusammengetan haben, um derartige Beihilfehandlungen „künftig für eine gewisse Dauer vorzunehmen“, änderte hieran nichts; denn dies wäre schon keine tatbestandlich relevante Bandenabrede im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB, weil dies eben voraussetzt, dass man sich mit dem Willen verbind-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes.

¹ Sog. „Crime as a service“, vgl. Europol, *Decoding the EU's most threatening criminal networks*, 2024, S. 51 ff. sowie Europol, *SOCTA 2025*, S. 70 ff.; beim „Violence-as-a-Service“ lagern kriminelle Netzwerke die Vorbereitung und Durchführung von Gewalthandlungen gegen Bezahlung an Dritte aus, vgl. BKA, *Bundeslagebild Organisierte Kriminalität*, 2024, S. 35, sowie https://www.bka.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/Kurzmeldungen/250819_Violence-as-a-Service.html (1.9.2026).

Zu diesen Trends innerhalb der Organisierten Kriminalität vgl. auch *Sinn/Iden*, *SIK-Journal* 1/2023, 62 (64): beträchtlicher „Anteil lose verbundener krimineller Hilfsinfrastrukturen auf den Gebieten Brokerage, Fälschungen, Recht, IT, Geldwäsche und einer Vielzahl anderer spezialisierter Dienstleistungen“.

² Nicht zuletzt diese Entwicklung bildete den Anstoß für die Einführung des § 127 StGB, vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 11; zum Ganzen auch *Rückert/Wüst*, *KriPoZ* 2018, 247; *Mansdörfer*, in: Bolges/Hilber (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, IT-Recht*, Stand: 1.7.2025, StGB § 127 Rn. 1 ff.; zur Underground-Economy-Foren als Basis des „crime-as-a-

service“ vgl. auch *Patzak*, in: *Patzak/Fabricius, Betäubungsmittelgesetz*, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 282.

³ Ebenso wenig, wie eine Gehilfenstellung eine Bandenmitgliedschaft ausschließt (BGHSt 47, 214 m.Anm. *Kudlich*, JA 2006, 746), begründet die Mitgliedschaft als solche noch keine Mittäterschaft, vgl. BGH NSz 2025, 691; BGH, Beschl. v. 9.9.2025 – 4 StR 277/25 = BeckRS 2025, 27581.

⁴ BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266. Die Seitenzahl der amtlichen Sammlung kann man sich angesichts des ersten Leitsatzes – „Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus – gut merken.

⁵ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 12.

det, Diebstähle „zu begehen“⁶ (der *Senat* hebt hervor, dass – ausgehend von einem restriktiven Täterbegriff – damit „nur eine täterschaftliche Begehung“ gemeint sein kann⁷). Selbst wenn im konkreten Einzelfall einer der „Dienstleister“ vor Ort gewesen wäre, sich einen Anteil der Beute versprechen ließe und damit als Mittäter einzuordnen wäre, scheiterte eine bandenmäßige Begehung daran, dass die konkrete Tat nicht als Bandentat eingeordnet werden könnte (zumal man sich ja auch nicht mit dem „Besteller“ für die Zukunft zusammentut, sondern es bei einem einmaligen Auftragsverhältnis bleiben soll). Auf das spezielle – tatbezogene – Erfordernis des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ käme es erst gar nicht an. Man kann angesichts der letztlich nur „verlagerten“ Organisationsgefahr darüber streiten, ob dieses Ergebnis kriminalpolitisch angemessen ist (schließlich wird man derartige Dienstleister auch kaum als kriminelle Vereinigungen gem. § 129 StGB einordnen können). Dogmatisch handelt es sich indessen um die einzig richtige Lösung, da alles andere auf eine verselbstständigte Bandenbeihilfe contra legem hinausliefe.

Das heißt allerdings nicht, dass das Ergebnis selbsterklärend wäre, jedenfalls im Betäubungsmittelstrafrecht nicht: Der pointierte und dogmatisch überzeugende Leitsatz („Eine Bandenbeihilfe sieht das Gesetz insoweit nicht vor.“⁸) kaschiert nämlich, dass die Entscheidung – in Relation zu sonstigen Bandendelikten – eine Sonderkonstellation betrifft (man ist geneigt zu sagen: ein „Sonderstrafrecht“). Daher kommt auch kaum zum Vorschein, dass dieser Lösung eine für das Betäubungsmittelstrafrecht ganz zentrale Rechtsfigur vorangeht, namentlich die „Gesamtgeschäftslösung“ (die auch plakativer als „Kurierrechtsprechung“ bezeichnet wird).⁹ Dieser Aspekt bedarf im Folgenden schon deswegen näherer Erläuterung, weil die vom *Senat* in den Mittelpunkt gerückte Klarstellung zum Bandenverständnis dazu verleiten könnte, im Rahmen des tatgerichtlichen „Restspielraums“ (der jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht bestehen dürfte) vermehrt zu Mittäterschaft zu gelangen und auf diese Weise die auf Restriktion abzielende Gesamtgeschäftslösung nach und nach zu zersetzen. Mithin könnte man sich dazu veranlasst sehen, das Fehlen von „Gehilfenbanden“ auf der Ebene der Beteiligungsdogmatik zu „kompensieren“ (im Folgenden II.). In einem weiteren Punkt soll auf die – für den *Verf.* nicht auf Anhieb nachvollziehbare – Hervorhebung der deliktstypischen Ausgestaltung eingegangen werden, wonach der aufgestellte Leitsatz, mithin die Voraussetzung täterschaftlichen Handelns „jedemfalls bei Tatbeständen, die keine Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds erfordern“, gelte. Denn dies führt

zur Frage, ob für § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der solch eine Mitwirkung erfordert, etwas anders gilt (III.).

II. Unerlaubtes Handeltreiben als Bezugspunkt der Bandenabrede

Die die Urteilsgründe lesenden Praktizierenden müssen vielleicht schmunzeln, wenn der *Senat* – wie bereits dargelegt – zur Begründung seiner Annahme, es gäbe keine Gehilfenbanden, auf einen „restriktiven Täterbegriff“ rekurriert: Idealtypisch ist es so, dass „die Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs und des Nebenstrafrechts – ausgehend von einem restriktiven Täterbegriff – grundsätzlich nur eine täterschaftliche Begehung“¹⁰ bezeichneten. Doch passt diese Überlegung kaum auf das Betäubungsmittelstrafrecht bzw. auf dessen zentrale Tathandlung (die u.a. auch einen der Bezugspunkte der Bandenabrede bildet, §§ 30 Abs. 1 Nr. 3, 30a Abs. 1 BtMG): das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

1. Extensive Auslegung des Handeltreibens

Diese Tathandlung wird seit jeher äußerst extensiv ausgelegt.¹¹ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist unter Handeltreiben jede auf Umsatz gerichtete, eigennützige Tätigkeit zu verstehen, auch wenn diese sich nur als gelegentlich oder einmalig darstellt.¹² Damit sind alle denkbaren Verhaltensweisen erfasst, die sich auf irgendeine Weise auf Drogen beziehen, also nicht nur der „erfolgreiche Absatz“ von Rauschgift, sondern auch die absatzorientierte Beschaffung, das Lagern, der Transport von Drogen (ggf. auch nur von Streckmitteln) oder die finanzielle Abwicklung des Geschäfts.¹³ Anders als bei den Transitdelikten (Ein- und Ausfuhr), die nach ständiger Rechtsprechung erst mit der „Überschreitung einer Landesgrenze“ verwirklicht sind,¹⁴ fehlt es beim Handeltreiben an einem tatbestandlichen Fixpunkt (in Form eines Außenwelterfolgs¹⁵), der dem Begriff der „Begehung“ (als

¹⁰ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 13.

¹¹ BGH NStZ 1988, 507; BGH StV 1993, 474; BGHSt 50, 252; BGH NStZ 2006, 455. Zur historischen Entwicklung *Oğlakcioğlu* (Fn. 9), S. 433 ff.

¹² BGHSt 6, 246 = NJW 1954, 1537; BGHSt 25, 290 = NJW 1974, 959; BGHSt 29, 239 = NJW 1980, 2204; BGHSt 30, 277 = NJW 1982, 708; BGHSt 30, 359 = NJW 1982, 1337; BGHSt 31, 145 (148) = NJW 1983, 636; BGH NJW 1992, 380; NJW 1992, 382; BGH StV 1992, 517 m.Anm. *Roxin*; BGH NStZ 1994, 398; BGH NStZ-RR 1997, 85; BGH NStZ 2000, 27.

¹³ Es sei denn, die Tat ist bereits beendet, was angenommen wird, wenn der Waren- und Geldfluss zur Ruhe gekommen ist, vgl. BGH NStZ-RR 1997, 85; BGH NStZ-RR 1997, 359; BGH NStZ-RR 1998, 25; BGHSt 43, 158 = NJW 1997, 3323; BGH NStZ 1999, 467.

¹⁴ BGHSt 38, 315 = NJW 1993, 74; BGH NStZ 2000, 150; BGH StV 1992, 376 m.Anm. *Zaczyk*; BGH NJW 1990, 2072; *Patzak* (Fn. 2), § 29 Rn. 576; *Oğlakcioğlu*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 5. Aufl. 2026, BtMG § 29 Rn. 624 ff.

¹⁵ *Roxin* schlug vor, einen Umsatzerfolg vorauszusetzen, vgl. *ders.*, StV 1992, 517 (519); vgl. auch *Harzer*, StV 1996, 336

⁶ *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 35.

⁷ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 13.

⁸ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 12.

⁹ *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013, S. 588 ff.; *Skoupil*, Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, 2012, S. 228 ff.; monografisch zur Gesamtgeschäftslösung *Schnürer*, Das Gesamtgeschäft beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, 2015.

Täter) Konturen verleihen könnte. Von einem „restriktiven Täterbegriff“ kann also gerade nicht die Rede sein.

Dies erschwert bekanntermaßen nicht nur die Abgrenzung strafbarer Tatbestandsvollendung von strafloser Vorbereitung;¹⁶ vielmehr müsste solch ein Verständnis eigentlich auch zu einer Einheitstäterschaft führen,¹⁷ wie dies für Delikte mit ganz pauschaler Handlungsumschreibung typisch ist.¹⁸ Beteiligte, welche einen Teilakt des Handeltreibens „eigenhändig“ verwirklichen, müssten (unter Zugrundelegung der allgemeinen Regeln) stets als (Mit-)Täter qualifiziert werden, obwohl ihnen innerhalb des Gesamtgeschäfts womöglich nur eine untergeordnete Rolle zukommt (bspw. Kuriere, Bunkerhalter oder Abpacker).

2. Restriktion im ersten Schritt: Gesamtgeschäftslösung

Da dieses Ergebnis in Anbetracht der hohen Mindeststrafen weder praktikierbar noch gewünscht ist, hat sich in der Rechtsprechung des BGH schon sehr früh eine Kasuistik herausgebildet, die sich nicht an der tatbestandlichen Ausführungshandlung (und damit auch nicht an der „Tat“ i.S.d. Tatherrschaftslehre) orientiert, sondern die Relevanz der Tat handlung am Gesamtumsatzgeschäft misst.¹⁹ Diese Judikatur, welche die Eigenhändigkeitsformel außer Kraft setzt und sich somit als Rückkehr zu einer extrem subjektiven Theorie „in favorem“ bezeichnen lässt, mündete in die einprägsam als „Kurierrechtsprechung“ bezeichnete Entscheidung des 2. *Strafsenats*.²⁰ Demnach seien Personen, denen in der Abwicklung des „Gesamtgeschäfts“ eine eher untergeordnete Rolle zukommt (dies treffe auf Kuriere regelmäßig zu), als Gehilfen einzuordnen.²¹ Zuvor hatte der *Große Senat für Strafsachen* mit großem Begründungsaufwand klargestellt, an der extensiven Auslegung des Handeltreibens festhalten zu wollen und darauf verwiesen, dass die Anwendung der Regelungen über die Beihilfe – einschließlich der obligatorischen Strafraumen-

verschiebung – in der Praxis zu einer deutlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs dieses Merkmals (des Handeltreibens) führen werde.²² Dabei ergab sich allerdings schon aus den Schuldsprüchen, dass es sich nicht um eine „echte Rechtsfolgenlösung“ handelte, da die Beihilfe bereits in den Tenor aufgenommen wird.²³ Zudem stellte der BGH in einigen Folgeentscheidungen klar, dass er keiner „undifferenzierten Tendenz zur Beihilfe“ nach Tätigkeitsfeldern Vorschub leisten, sondern an der (im Einzelnen freilich unklaren) Gesamtbewertung festhalten will.²⁴ Die Kurierrechtsprechung kehrte also – die Notwendigkeit einer irgendwie gearteten Restriktion des Handeltreibens vor Augen – allenfalls die Vorzeichen in Richtung „Beihilfe“ um.²⁵

a) Unzuverlässiger Fallgruppenkatalog und Gesamtabwägung

Bis heute liegt ein großer Fokus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht (und nunmehr auch zum Cannabisstrafrecht, §§ 34 ff. KCanG) auf der Konkretisierung der Fallgruppen, in denen von einem „völlig untergeordneten Tatbeitrag“ auszugehen sein soll (oder ausgegangen werden kann).²⁶ Da die Bewertung eine umfassende Einzelfallabwägung darstellt, verbietet sich eine pauschale Abgrenzung nach Tätigkeitsfeldern (im gegenständlichen Fall: der kurzzeitige Transport an den Kontrollen am Flughafen vorbei²⁷). Daher ist die vielleicht vormals „abgesegnete“ Einordnung eines bestimmten Teilakts als Gehilfentätigkeit (Bunkerhaltung, Chauffeur Tätigkeit) nicht besonders verlässlich: Eine in der Rechtsprechung wahrgenommene Linie (bspw. die Einordnung eines Vermittlers als Gehilfe²⁸) kann sich später wandeln, sodass es dann auch unerheblich ist, inwiefern die Wahrnehmung zutraf. So hat der BGH in neueren Entscheidungen herausgearbeitet, dass bei der soeben genannten Vermittlung von Betäubungsmittelgeschäften –

(337); Gaede sprach sich dafür aus, zumindest eine Umsatzgefahr zu verlangen, StraFo 2003, 392 (396). Zu den Konsequenzen der Gefährdungslösung im Detail Oğlakcioğlu (Fn. 9), S. 488 f.

¹⁶ Zuf. Oğlakcioğlu, JZ 2015, 981 ff.

¹⁷ Oğlakcioğlu (Fn. 14), BtMG Vor § 29 Rn. 109; zum Begriff der Einheitstäterschaft und seiner Historie Rotsch, Einheitsstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009, S. 13 ff. und passim.

¹⁸ Ein weiteres, noch deutlicheres Beispiel wäre das „Sich-Beteiligen“ bei den Organisationsdelikten der §§ 129, 129a StGB. Der *Verf.* hat derlei Tatbestände, unter die phänotypisch vollkommen verschiedene Verhaltensweisen subsumiert werden können, als multiple Tätigkeitsdelikte bezeichnet.

¹⁹ Umfassend hierzu Oğlakcioğlu (Fn. 14), BtMG § 29 Rn. 353 ff.

²⁰ BGHSt 51, 219; im Anschluss ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH NStZ 2008, 285; BGH NStZ 2009, 392; BGH NStZ-RR 2009, 254; BGH, Beschl. v. 7.6.2017 – 4 StR 128/17 = BeckRS 2017, 115074; BGH, Beschl. v. 10.12.2024 – 3 StR 508/24 = BeckRS 2024, 41527; BGH, Beschl. v. 13.4.2021 – 4 StR 506/20 = BeckRS 2021, 12427.

²¹ BGH NStZ-RR 2014, 111 (Ls.); ähnl. bereits BGH NStZ-RR 2012, 375; BGH NStZ-RR 2015, 378.

²² BGHSt 50, 252 = NJW 2005, 3790.

²³ Auch aus der vorliegenden Entscheidung ergibt sich implizit, dass man nicht generell von einer „Mittäterschaft“ ausgeht, um sodann lediglich die obligatorische Rechtsfolge des § 27 Abs. 2 StGB für einige Mittäter anzuwenden; denn sonst könnte man auch im Hinblick auf die Bandenabrede davon ausgehen, dass sich diese auf „täterschaftliche Begehungsweisen“ bezieht, mithin „jede auf Umsatz gerichtete Tätigkeit“ für eine Täterschaft und somit auch für die Bandenabrede genügt.

²⁴ BGH NStZ-RR 2014, 111 (Ls.); ähnl. bereits BGH NStZ-RR 2012, 375; BGH NStZ-RR 2015, 378.

²⁵ Oğlakcioğlu (Fn. 14), BtMG § 29 Rn. 359.

²⁶ Daneben steht natürlich v.a. die Rechtsprechung zur nicht geringen Menge und die Konkretisierung der sonstigen Strafzumessungskriterien im Mittelpunkt, vgl. Oğlakcioğlu (Fn. 14), BtMG Vor § 29 Rn. 51 f. mit einem Überblick zu den wiederkehrenden Fragestellungen in den letzten Jahren.

²⁷ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 3.

²⁸ BGH, Beschl. v. 21.7.1999 – 2 StR 196/99 = BeckRS 1999, 30067689; BGH, Beschl. v. 27.3.2014 – 4 StR 20/14 = BeckRS 2014, 09613.

anders als bei bloßen Kuriertätigkeiten – keine bestimmte Beteiligungsform a priori naheliegt.²⁹

Bei einem kurzzeitigen Transport ohne Einfluss auf den Absatz oder auf die sonstigen Abläufe – wie im vorliegenden Fall – liegt nach bisheriger Rechtsprechung eine bloße Gehilfenstellung nahe.³⁰ Dementsprechend hält sich der *Senat* auch im vorliegenden Fall nicht mit dieser Frage auf, sondern konstatiert knapp, dass „die Strafkammer die Tatbeiträge der Angekl., die keinen weiteren Einfluss auf die Konditionen und die Durchführung des Betäubungsmittelgeschäfts hatten, ohne Rechtsfehler jeweils als Beihilfehandlungen bewertet“ hat.³¹ Generell wäre es dennoch rechtsfehlerhaft gewesen, wenn das Tatgericht bei der Würdigung pauschal auf frühere Transportkonstellationen verwiesen oder gar nur auf die „Kurierrechtsprechung“ Bezug genommen hätte, um sodann zur Gehilfenstellung zu gelangen.³²

b) Darstellungsanforderungen und Beurteilungsspielraum

Freilich ist gerade infolge dieser erhöhten Darstellungsanforderungen denkbar, dass sich tatgerichtlichen Feststellungen im Einzelfall immer wieder bestimmte Indizien entnehmen lassen, die ggf. doch eine Mittäterschaft nahelegen. Dies lässt sich schwerlich prognostizieren, da – hierauf wurde diesseits bereits vielfach hingewiesen³³ – nicht nur das Verhältnis der Abgrenzungskriterien zueinander, sondern bereits der Bezugspunkt der Abgrenzung selbst (das Gesamtgeschäft) noch weiterer Konturierung bedarf. Die Darstellung, Berücksichtigung und Gewichtung bestimmter Aspekte kann daher mitunter beliebig erscheinen, sowohl auf instanzgerichtlicher als auch auf revisionsrechtlicher Ebene. Hinzutritt schließlich, dass man bezüglich der Relevanz bestimmter Handlungen für das Gesamtgeschäft ganz grundsätzlich unterschiedlicher Auffassung sein kann: So mag die Annahme naheliegen, dass, wenn Kuriere regelmäßig lediglich als Gehilfen einzuordnen sind, dies erst recht für bloße Kurierüberwacher gelten muss.³⁴ Allerdings könnte man dieser Überlegung auch entgegenhalten, dass Überwacher per se hierarchisch über den Kurieren stehen und insofern eine wichtigere Rolle einnehmen als die Kuriere selbst.³⁵ Die Rechtsprechung zieht aber ersteren Schluss und ordnet Personen, welche die Kuriere organisie-

ren und einweisen sollen oder den Transport überwachen, wiederum regelmäßig als Gehilfen ein.³⁶

Nun wird nicht verkannt, dass mit der wertenden Gesamtbetrachtung gewisse Unschärfen notwendig verbunden und letztlich hinzunehmen sind.³⁷ Im Betäubungsmittelstrafrecht werden diese jedoch durch den Wegfall der Eigenhändigkeitsformel und den wenig konturierten Bezugspunkt des „Gesamtgeschäfts“ nochmals erheblich verstärkt. Tatgerichte stehen dabei in gewissem Grade unter Druck, da die „Würdigungsregeln“ und „Vorzeichen“ als vorgegeben gelten, obwohl sie – wie soeben dargelegt – für Missverständnisse anfällig sind. Insbesondere wird die Frage, ob den Tatgerichten hier ein „Beurteilungsspielraum“ zuzubilligen ist, von den BGH-Senaten unterschiedlich gesehen.³⁸ Dabei bleibt wiederum unklar, worauf sich dieser Beurteilungsspielraum überhaupt beziehen soll: Nicht gemeint sein kann die Würdigung der Indizien, welche für oder gegen das Vorliegen eines bestimmten „Abwägungskriteriums“ sprechen könnten; denn man wird trotz besonders starker Verschränkung von Gesamtabwägung und Beweiswürdigung in diesem Bereich – Parallelen zur Feststellung eines bedingten Vorsatzes sind unübersehbar³⁹ – nicht davon ausgehen können, dass der BGH hier eine weitere Fallgruppe des „Übergriffs“ in die tatrichterliche Beweiswürdigung formuliert wissen will.

3. Automatische Restriktion im zweiten Schritt? Keine Gehilfenbanden

Von Relevanz sind all diese Erwägungen für die vorliegende Entscheidung, weil der Feststellung einer „Gehilfenbanden-Abrede“ die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bzw. jene Gesamtwürdigung vorausgeht. Soweit die Kasuistik indiziert, dass bei bestimmten Tätigkeitsbereichen die

²⁹ BGH NStZ 2023, 45 m.Anm. *Oğlakcioğlu*; zur täterschaftlichen Vermittlung via Encro-Chat vgl. auch BGH NStZ-RR 2022, 248.

³⁰ BGH NJW 2009, 866; BGH NStZ-RR 2009, 254; BGH NStZ-RR 2010, 255; BGH NStZ 2012, 689; BGH, Beschl. v. 7.6.2017 – 4 StR 128/17 = BeckRS 2017, 115074; BGH, Beschl. v. 10.12.2024 – 3 StR 508/24 = BeckRS 2024, 41527.

³¹ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 20.

³² BGH NStZ-RR 2014, 111 (Ls.); ähnl. bereits BGH NStZ-RR 2012, 375; BGH NStZ-RR 2015, 378.

³³ *Oğlakcioğlu* (Fn. 14), BtMG § 29 Rn. 358 ff. m.w.N.

³⁴ BGH NStZ-RR 2000, 278; BGH NStZ 2007, 531; BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 3 StR 53/11 = BeckRS 2011, 11759.

³⁵ *Oğlakcioğlu* (Fn. 9), S. 595 ff.

³⁶ Exemplarisch BGH NStZ-RR 2000, 278; BGH, Beschl. v. 4.12.2019 – 4 StR 74/19 = BeckRS 2019, 44570.

³⁷ Allgemein krit. zur Gesamtabwägung, welche die Abgrenzung bereits für sich „unkalkulierbar“ macht, *Rotsch* (Fn. 17), S. 481.

³⁸ Vgl. etwa BGH NStZ 2020, 600: „In Grenzfällen hat der BGH dem Tatrichter für diese Wertung einen Beurteilungsspielraum eröffnet. Lässt das angefochtene Urteil erkennen, dass der Tatrichter die genannten Maßstäbe erkannt und vollständig gewürdigt hat, so kann das gefundene Ergebnis auch dann nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden, wenn eine andere tatrichterliche Beurteilung möglich gewesen wäre.“ Zurückhaltender BGH NStZ 2023, 48: „Gemessen daran ist – selbst falls man dem Tatgericht einen Beurteilungsspielraum einräumen wollte [...] – die Wertung des LG rechtsfehlerhaft.“ (*Hervorhebung* nur hier).

³⁹ Die Feststellung des Tötungsvorsatzes hat auf Basis einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Indizien zu erfolgen, vgl. BGH NStZ 2017, 22; BGH NStZ 2019, 608; BGH NStZ 2024, 352. Auch hier war übrigens zu beobachten, dass Instanzgerichte dazu neigten, mit einem „Rückgriff“ auf das Schlagwort „Hemmschwellentheorie“ die tatrichterliche Gesamtwürdigung abzukürzen, pointiert *Steinberg/Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 212 Rn. 42.

Vorzeichen auf „Gehilfenstellung“ stehen, wird sich an dieser Bewertung – siehe oben – auch dann nichts ändern, wenn man diese Tätigkeiten auf eine unbestimmte Zeit „zu dritt“ tätigen will. Dann spielt es auch keine Rolle mehr, dass man sich auf einen besonderen „Gehilfen-Bereich“ spezialisiert hat (Logistik, Kuriervermittlung, Routenüberwachung, IT). Infolge der Gesamtgeschäftslösung kommt es damit nicht nur häufiger vor, dass man auf Gehilfen trifft, ohne die Haupttäter zu kennen; vielmehr sind im Betäubungsmittelstrafrecht auch derartige reine „Gehilfenbanden“ häufiger vorstellbar als in anderen Gebieten, in denen womöglich die Eigenhändigkeitsformel oder ein bestimmter Unrechtskern die „Täterqualität“ zwingend vorgibt (und gerade in diesem Zusammenhang kann man sich fragen, ob die teleologische Erwägung des *Senats*, dass die Bandenqualifikationen „in erster Linie den illegalen Rauschgifthändler treffen“ sollen,⁴⁰ überzeugt, wo doch professionelle Gehilfenbanden wiederum mit ihren „Dienstleistungen“ Umsätze generieren und damit wiederum den Drogenumsatz fördern, wenn auch nur mittelbar⁴¹).

Wie eingangs erläutert, kann in solch einer Konstellation nunmehr der Drang entstehen, bestimmten Indizien bzw. Fakten erhöhtes Gewicht beizumessen, um auf diese Weise eine Mittäterschaft zu begründen. So könnte dann im Anschluss eine Bande (bspw. bestehend aus einem Mittäter und zwei Gehilfen) angenommen werden. Ob dies auch fehlerfrei gelingen kann, steht auf einem anderen Blatt geschrieben, aber jenseits dessen wäre solch ein Vorgehen bereits im Ansatz verfehlt: Es bleibt schließlich dabei, dass das Handeltreiben einer irgendwie gearteten Einschränkung bedarf, und dies wird offensichtlich auch nicht vom 4. *Strafsenat* angezweifelt, wenn er – siehe oben – die Einordnung der genannten Tätigkeiten als Beihilfe aufrechterhält. Der gerade implizit geschilderte Automatismus (keine Täterschaft, keine Bande) kehrte sich anderenfalls dahingehend um, dass man nicht nur eine bandenmäßige Begehung, sondern auch eine Mittäterschaft annehmen müsste. Dies wäre womöglich nicht nur aus dem Blickwinkel schuldangemessenen Strafens problematisch, sondern stünde in eklatantem Widerspruch zum ständig wiederholten Leitsatz, wonach die Annahme bandenmäßiger Begehung (ebenso wie die Mitgliedschaft in einer Bande) als solche noch keine Mittäterschaft begründet.⁴²

4. „Unbekannt gebliebene“ – Keine Umgehung notwendiger Feststellungen!

Die Lösung liegt an anderer Stelle: Denn soweit man zudem Ergebnis gelangt, dass die Beteiligten nur Gehilfen darstellen, ändert dies nichts daran, dass ggf. festgestellt werden könnte, dass sich die Gehilfen einem größeren Ring bzw. einer Drogenorganisation angeschlossen hätten (ggf. auch durch konkludentes Verhalten). Derlei Feststellungen können ebenso wie die Darlegung im Urteil – soweit die Hintermänner bzw. weitere Beteiligte unbekannt geblieben sind – aufwendig sein; dies wird aber durch materiell-rechtlich herabgesetzte Anforderungen an die Bande bzw. Bandenmitgliedschaft abgefedert: So hat der BGH bereits mehrmals entschieden und unlängst – im Kontext der Verbreitung von Darstellungen sexueller Gewalt an Kindern in Online-Foren – wiederholt, dass eine Bandenabrede auch zwischen Personen möglich ist, die sich sämtlich nicht näher kennen.⁴³ Zudem setzt eine Bandenabrede nach ständiger Rechtsprechung nicht voraus, dass sich alle Beteiligten gleichzeitig absprechen.⁴⁴ Womöglich ist dem Tatgericht im gegenständlichen Fall der Nachweis eines Anschlusses bzw. das Vorliegen einer Bande bei „in Europa ansässigen Drogenhändlern“ – trotz dieser herabgesetzten Anforderungen nicht gelungen (man könnte auch sagen „noch nicht“: Auch der *Senat* sieht es nicht als ausgeschlossen an, dass „das neue Tatgericht [...] eine bandenmäßige Tatbegehung noch belegen kann.“⁴⁵ Aber das mag angesichts des Umstands, dass die neueren Leitlinien letztlich auch eine „Online-Bande“ für möglich erachten, wenig erstaunen⁴⁶). Dies kann allerdings – wie die Entscheidung zeigt – weder durch die Bejahung einer „Gehilfen-Bande“ noch – wie die hiesigen Ausführungen deutlich gemacht haben dürften – durch eine besonders großzügige Annahme von Mittäterschaft umgangen werden. Insbesondere kann der Fall dann eben auch wie im eingangs aufgegriffenen Diebstahls-Beispiel gelagert sein, soweit die Händler die in Anspruch genommenen Gehilfen nicht in ihre Gruppierung im Übrigen einbinden wollen und stattdessen auf eine lose Beziehung setzen. Dann unterscheidet sich der Fall wertungsmäßig nicht von denjenigen Konstellationen, in denen die Beteiligten sich – „sei es auch in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem“ – lediglich jeweils auf der Verkäufer- und Erwerberseite gegenüberstehen. Auch hier muss nach ständiger Rechtsprechung eine Verbindung zur gemeinsamen Tatbegehung verneint werden.⁴⁷

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 14.

⁴¹ Gerade der Umstand, dass es sich nur um eine „mittelbare“ Förderung handelt, spricht natürlich wiederum für die mildere Handhabung. Sie liegt aber im Betäubungsmittelstrafrecht infolge des extensiven Bezugspunkts bzw. Rechtsguts weniger auf der Hand als die Unterscheidung zwischen der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache oder kausalen Herbeiführung einer Vermögensschädigung und deren Förderung durch Ratschläge oder das Überlassen von Tatwerkzeug.

⁴² BGH, Beschl. v. 17.1.2002 – 3 StR 450/01 = BeckRS 2002, 30232690; BGH NStZ 2025, 691; BGH, Beschl. v. 9.9.2025 – 4 StR 277/25 = BeckRS 2025, 27581.

⁴³ BGHSt 68, 101 = NJW 2024, 2050; zu §§ 30, 30a Abs. 1 BtMG vgl. BGH, Urt. v. 28.4.2021 – 2 StR 167/20 = BeckRS 2021, 18214.

⁴⁴ BGHSt 68, 101 = NJW 2024, 2050.

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 23.

⁴⁶ *Sobota* spricht bei 245.000 Mitgliedern des Online-Forums von der „größten Bande der Welt“, vgl. *ders.*, NJW 2024, 2050.

⁴⁷ BGH NStZ 2004, 696 sowie BGHSt 42, 255 = NJW 1997, 810; BGH NJW 2007, 2056; BGH NStZ 2013, 49; BGH NStZ-RR 2020, 47; BGH NStZ-RR 2022, 18.

III. Tatbezogene Merkmale bei Bandenqualifikationen und ein Fragezeichen

Wie bereits angedeutet, irritiert der bereits im amtlichen Leitsatz enthaltene und in den Entscheidungsgründen nochmals ausgeführte Zusatz, wonach die vom *Senat* formulierte Voraussetzung eines täterschaftlichen Handelns „jedenfalls bei Tatbeständen gelte, die keine Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds erfordern“.⁴⁸

Warum sich der *Senat* zu dieser „Klarstellung“ (?) veranlasst sah, erschließt sich schon deswegen nicht, weil diejenigen Tatbestände, die eine Mitwirkung erfordern, sowohl im Kern- als auch im Nebenstrafrecht die absolute Ausnahme bilden. Fast alle Qualifikationen und Regelbeispiele des StGB lassen das „Handeln als Mitglied einer Bande“ genügen.⁴⁹ Das „Mitwirkungserfordernis“ ist auf die Wegnahmedelikte der §§ 242, 249 StGB (also §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB sowie auf den bandenmäßigen Schmuggel nach § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO) beschränkt; dass das Gesetz zusätzliche Anforderungen an die bandenmäßige Begehung stellt, ist die absolute Ausnahme.⁵⁰ Insofern lag ein „Rückschluss“ auf die einzig relevanten §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht nahe.

Aber die Bezugnahme auf dieses Merkmal ist auch im Übrigen nicht nachvollziehbar, da es sich hierbei – anders als bei der Bandenmitgliedschaft als solcher – um ein tatbezogenes Merkmal handelt, dem infolge der Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* zum Bandenbegriff auch kaum mehr eigenständige Relevanz zukommt (und dessen extensive Auslegung den Unterschied zu den Tatbeständen ohne dieses Kriterium eingeengt hat).⁵¹ Denn seitdem wird es als ausreichend erachtet, dass ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied irgendwie an der Tat zusammenwirken, selbst, wenn die Wegnahmehandlung durch

einen bandenfremden Täter durchgeführt wird.⁵² Nur in der strengsten Auslegungsvariante würde das Mitwirkungserfordernis ein täterschaftliches Handeln des Bandenmitglieds an Ort und Stelle erfordern.⁵³ Dann müsste sich aber die Bandenabrede erst recht auf Verhaltensweisen beziehen, in denen jedenfalls eine Person vor Ort (mittäterschaftlich) mitwirkt. Streiten kann man also allenfalls darüber, ob bei den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB etc. nochmals strengere Anforderungen an die Bandenabrede zu stellen sind; aus dem Umstand, dass § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch bandenmäßig verwirklicht werden kann, wenn lediglich ein Nichtbandenmitglied die Wegnahmehandlung vornimmt, ergibt sich nichts anderes: Denn auch in der Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* wurde betont, dass zumindest ein Bandenmitglied als „Täter“ agieren muss⁵⁴ (sodass sich auch die Bandenabrede hierauf beziehen müsste); es wird also lediglich auf die „eigenhändige“ Verwirklichung der Tathandlung verzichtet.

Die vom „Mitwirkungsmerkmal“ unabhängige, grundsätzliche Erwägung, wonach ein restriktives Täterverständnis stets die Begehung als „Täter“ voraussetzt,⁵⁵ gilt selbstverständlich auch für § 242 Abs. 1 StGB. Insgesamt sind also die Erwägungen zum Bandenbegriff, zur Bandenmitgliedschaft sowie zur Bandenabrede auf alle Bandendelikte übertragbar; die seltenen, zusätzlichen Anforderungen an die Verwirklichung der Bandenqualifikation können schon rein systematisch nicht dazu führen, dass die Anforderungen an die Annahme einer Bande herabgesetzt werden (also bspw. bei § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine Bandenbeihilfe in den eingangs genannten Konstellationen in Betracht käme, wenn die Gehilfen „vor Ort“ mitwirken; denn dies würde nichts daran ändern, dass der Haupttäter nicht Bandenmitglied ist).

Aus diesem Grund erscheint auch der Verweis auf § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG⁵⁶ nicht passend. Denn auch beim Mitsichführen einer Waffe handelt es sich um ein tatbezogenes Merkmal, das bei Mittäterschaft ohne Weiteres wechselseitig zugerechnet werden könnte (während die Bandenmitgliedschaft bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen ist, § 28 Abs. 2 StGB). Der Vergleich hinkt schließlich auch, weil es in der vom *Senat* aufgegriffenen Konstellation um die Zusammenarbeit von einem Täter und einem Gehilfen geht (und nur nebenbei sei angemerkt, dass man zumindest über die Zurechenbarkeit von Gehilfenbeiträgen an den Haupttäter – und nicht umgekehrt – streiten kann⁵⁷), mithin gerade nicht die Frage im Raum steht, ob eine Gruppe, die sich ausschließlich aus Gehilfen zusammensetzt und Waffen mit sich führt, eine Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel mit Waffen verwirklicht.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 12.

⁴⁹ Die Lektüre der Entscheidungen genügte als Anlass für eine dahingehende Durchsicht des StGB: Die §§ 127 Abs. 3, 146 Abs. 2, 152a Abs. 3, 152b Abs. 2, 184b Abs. 2, 184c Abs. 2, 232 Abs. 3 Nr. 3, 233 Abs. 2 Nr. 4, 236 Abs. 4 Nr. 1, 253 Abs. 4, 260 Abs. 1 Nr. 2, 260a, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 263 Abs. 5, 265e S. 2 Nr. 2, 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 267 Abs. 4, 274 Abs. 2, 276 Abs. 2, 284 Abs. 3 Nr. 2, 300 S. 2 Nr. 2, 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB knüpfen ausschließlich an das Handeln als Mitglied einer Bande (meist alternativ, partiell kumulativ zum gewerbsmäßigen Handeln). Lediglich die §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 2, 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 4 StGB sowie § 277 Abs. 2, 278 Abs. 2 StGB stellen zusätzliche Voraussetzungen an die Art und Weise der bandenmäßigen Begehung.

⁵⁰ § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 4 StGB setzt bspw. zusätzlich zum Handeln als Bandenmitglied voraus, dass man „zur Verschleierung der tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisse unrichtige, nachgemachte oder verfälschte Belege vorhält“. § 278 Abs. 2 StGB verlangt, dass gerade das Bandenmitglied den Impfnachweis unrichtig ausstellt.

⁵¹ Hierzu *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 99.

⁵² BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266.

⁵³ *Schmitz*, Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 244 Rn. 53; krit. auch *Erb*, NSTZ 2001, 561 (564 f.).

⁵⁴ BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 13.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 21.4.2026 – 4 StR 679/25, Rn. 15.

⁵⁷ Hierzu *Kudlich*, in: Hecker/Weißer/Brand (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S. 59 ff.

Insofern wird die Wendung „jedenfalls“ wohl nicht als Beschränkung dahingehend zu verstehen sein, dass der vom BGH formulierte Leitsatz nicht für § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB gelten soll. Vielmehr dürfte es dem Senat darum gehen, die „Mindestvoraussetzungen“ für eine bandenmäßige Begehung zu formulieren („jedenfalls“ i.S.v. „wenigstens“), ohne endgültige Aussagen zu den nicht einschlägigen Bandenqualifikationen zu treffen, die darüber hinaus ein Mitwirkungserfordernis enthalten.

IV. Fazit

Die passagenweise zum Ausdruck gebrachte Skepsis und die dargelegten Unklarheiten im Hinblick auf das Mitwirkungsmerkmal ändern nichts daran, dass der Entscheidung sowohl im Ergebnis als auch in der Grundannahme beizupflichten ist, wonach eine Bandenabrede mindestens eine Verhaltensweise vorsehen muss, die sich im Hinblick auf die zu begehenden Taten als „täterchaftlich“ darstellt. Man muss sich allerdings im Klaren sein, dass die besonderen Strukturen im Betäubungsmittelstrafrecht in zahlreichen – praktisch relevanten – Konstellationen dazu führen können, dass die „Vorzeichen“ auf Beihilfe stehen, sich die rechtliche Würdigung und die Feststellungen in diesem Bereich dafür aber etwas flexibler darstellen. Vor diesem Hintergrund wurde davor gewarnt, dass die Bandenrestriktion zu einer wiederum großzügigeren Annahme von Mittäterschaft führen könnte. Solch ein Vorgehen ist kriminalpolitisch nicht geboten, wenn die Feststellungen einen „Anschluss“ der Gehilfen an eine Bande tragen. Sie ist indessen illegitim, wenn die Tathandlungen innerhalb des Gesamtgeschäfts untergeordneter Natur sind und daher die Handlungen im Übrigen nur als Beihilfe zum Handel treiben eingeordnet werden müssen (wenn man schon eine unmittelbar an die Tathandlung anknüpfende Restriktion, bspw. in Form der Forderung eines Umsatzerfolgs- oder einer Umsatzgefahr,⁵⁸ ablehnt).

⁵⁸ Siehe bereits Fn. 14.

In the Name of Trust – Der Vertrauensgrundsatz im Lichte von EncroChat und ANOM

Von Prof. Dr. Laura Neumann, Wiss. Mitarbeiter Laurin Krumwiede, Mannheim*

Die Verwertbarkeit von Daten aus Krypto-Messengerdiensten wie EncroChat und ANOM, die im Ausland bzw. durch internationale Verbundsysteme erhoben worden sind, hängt maßgeblich von der Frage der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes in rechtshilferechtlichen Kontexten und speziell in neuartigen transnationalen und supranational unterstützten Verbundermittlungsstrukturen ab. Der Beitrag widmet sich dieser Frage speziell mit Blick auf die EncroChat- und insbesondere die ANOM-Fälle und zeigt einen möglichen Ansatz zum Umgang auch mit vergleichbaren Konstellationen auf, in denen sich internationale Verbundermittlungsstrukturen mit staatlichen Geheimhaltungsinteressen paaren.

I. Einleitung

Die strafgerichtliche Verwertung von Daten aus den Krypto-Messengerdiensten EncroChat und ANOM zählt zu den viel diskutierten Fragen des transnationalen Strafverfahrens der letzten Jahre. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹ werden die jeweils in Rede stehenden Daten, die über im Ausland befindliche Server geleitet, von ausländischen Behörden auf teilweise (EncroChat) bzw. weitgehend (ANOM) geheim gehaltene Weise abgefangen und später den deutschen Behörden übermittelt worden sind, für verwertbar gehalten. Ein Kernargument in den Begründungen der vielfach scharf kritisierten² Entscheidungen bildet der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens.³ Er soll die widerlegbare Vermutung begründen, dass andere Staaten bei der Beweiserhebung rechtmäßig gehandelt⁴ und insbesondere die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes einge-

halten haben,⁵ und gilt laut der vom BVerfG grundsätzlich gebilligten⁶ ANOM-Entscheidung des BGH auch im Rechtshilfeverkehr mit den Vereinigten Staaten von Amerika.⁷

Ob die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes in allen rechtshilferechtlichen Kontexten unterschiedslos angenommen werden kann (II.) und welche Konsequenzen sich aus den zu dieser Frage gefundenen Ergebnissen für die EncroChat- und insbesondere für die im Zentrum dieses Beitrags stehenden ANOM-Fälle ergeben (III., IV. und V.), wird im Folgenden untersucht werden. Abschließend wird ein möglicher Ansatz zum Umgang mit den ANOM-Fällen vergleichbaren Konstellationen, in denen die Verwertung von aufgrund von Geheimhaltungsinteressen der Exekutive in geheim gehaltener Weise im Ausland erhobenen Beweisen in deutschen Strafverfahren in Rede steht, aufgezeigt und ein Ausblick auf den künftigen Umgang deutscher Strafgerichte mit den ANOM-Daten gegeben werden (VI.).

II. Die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes

Die Verwertbarkeit im Wege der Rechtshilfe erlangter Beweise richtet sich nach dem nationalen Recht des um Rechtshilfe ersuchenden Staates.⁸ Für die durch die Behörden des ersuchten Staates erfolgende Beweiserhebung im ersuchten Staat ist dagegen nach dem Grundsatz locus regit actum das Recht des ersuchten Staates maßgeblich.⁹ Die Strukturen und Inhalte seiner Rechtsordnung sind dabei selbst dann zu achten, wenn sie mit dem deutschen Strafprozessrecht nicht übereinstimmen, da sonst die Souveränität des ersuchten Staates infrage gestellt würde.¹⁰

Ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot als Folge eines Verstoßes gegen Beweiserhebungsbestimmungen des

* Die Verf. Laura Neumann ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Mannheim; der Verf. Laurin Krumwiede ist Wiss. Mitarbeiter ebendort.

¹ Siehe BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21 = NJW 2022, 1539 (EncroChat); BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24 = MMR 2025, 524 (ANOM); BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25 = MMR 2025, 957 (ANOM).

² Übergreifend zu EncroChat und ANOM siehe Rückert, ZStW 137 (2025), 783; zu EncroChat siehe z.B. Cornelius, NJW 2022, 1546; Löffelmann, JR 2022, 454; Böse, JZ 2022, 1048; Althaus/Samek, KriPoZ 2024, 298; zu ANOM siehe z.B. Michalke, NJW 2025, 1589; Zeyher, StV 2025, 512; Böse, JZ 2025, 937; Esser, ZWH 2025, 325; Althaus/Samek, KriPoZ 2025, 396; zum Nichtannahmebeschluss des BVerfG in ANOM siehe Meyer, GSZ 2026, 161.

³ Siehe BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, insbes. Rn. 29, 36; BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, insbes. Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29, 33.

⁴ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 29; BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

⁶ Eine gegen die ANOM-Entscheidung des BGH gerichtete Urteilsverfassungsbeschwerde wurde als unzulässig verworfen, da bereits die Darlegungs- und Substantiierungsvoraussetzungen als nicht erfüllt betrachtet wurden, siehe BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 18.

⁷ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

⁸ BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 21 m.w.N.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 9.4.2014 – 1 StR 39/14; Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 81; Böse, ZStW 114 (2002), 148 (149, 152); Gleß, JR 2008, 317 (321); abweichend im Hinblick auf die Verwertung der Ergebnisse im Ausland durchgeführter TK-Überwachung Perron, ZStW 112 (2000), 202 (219).

⁹ BGH, Beschl. v. 9.4.2014 – 1 StR 39/14 = NSTZ 2014, 608; BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 21; Ambos (Fn. 8), S. 81.

¹⁰ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 18; vgl. zur Auslieferung BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19, Rn. 55 = HRRS 2020 Nr. 96; BVerfG, Beschl. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2259/04, Rn. 24 = BVerfGE 113, 154 (162 f.).

ersuchenden Staates kommt im Falle internationaler Beweisrechtshilfe somit von vornherein nicht in Betracht.¹¹ Aber auch ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot wegen Verstoßes gegen die Beweiserhebungsbestimmungen des ersuchten Staates scheidet nach der heutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich schon von vornherein aus, weil sich bereits die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der durch die Behörden des ersuchten Staates vorgenommenen Ermittlungsmaßnahmen anhand des Rechts des ersuchten Staates durch deutsche Strafgerichte verbiete.¹² Sie würde eine Anmaßung von dem ersuchenden Staat nicht zustehenden Prüfungskompetenzen und damit einen Eingriff in die Souveränität des ersuchten Staates bedeuten.¹³

Ein Beweisverwertungsverbot kann sich im internationalen Beweisrechtshilfeverkehr somit nicht aus der bloßen Nichteinhaltung der einschlägigen Beweiserhebungsbestimmungen des ersuchenden oder des ersuchten Staates ergeben. In Betracht kommt ein Verwertungsverbot jedoch aufgrund eines Verstoßes gegen den nationalen und europäischen¹⁴ sog. *ordre public*.¹⁵ Ein solcher ist nach dem BGH und dem BVerfG anzunehmen, wenn bei der Beweiserhebung nationale und europäische rechtsstaatliche Mindeststandards außer Acht gelassen wurden.¹⁶ Konkreter sollen dem *ordre public* das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz und die nach Art. 25 GG in der BRD verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards unterfallen, wobei auch die Gewährleistungen

der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle sowie die hierzu ergangenen Entscheidungen des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu berücksichtigen seien.¹⁷ Der deutsche *ordre public* umfasse damit insbesondere das Verbot von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, aber auch menschenwürderelevante Eingriffe in den Wesensgehalt von Grundrechten.¹⁸ Überdies werden der Wesensgehalt der Verfahrensfairness und das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu den unabdingbaren Grundsätzen gezählt.¹⁹

Ob man zu einem Beweisverwertungsverbot aufgrund eines Verstoßes gegen den so verstandenen *ordre public* gelangt, hängt im Ausgangspunkt maßgeblich davon ab, ob und ggf. inwieweit deutsche Strafgerichte überhaupt berechtigt bzw. verpflichtet sind, die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes bei der Beweiserhebung im ersuchten Staat zu überprüfen, oder ob deren Einhaltung vielmehr jedenfalls zunächst zu vermuten ist. Letzteres nehmen der BGH und das BVerfG aufgrund des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens an.²⁰ Eine Widerlegung der Vermutung²¹ komme erst bei belastbaren Anhaltspunkten²² für eine Unterschreitung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards bei der Beweiserhebung durch den ersuchten Staat in Betracht. Bis zur Kontraindikation²³ sei aber auf der Grundlage gegenseitigen Vertrauens von deren Einhaltung auszugehen.

¹¹ Böse, ZStW 114 (2002), 148 (152); Ambos (Fn. 8), S. 82 m.w.N.

¹² Siehe zur heutigen Nichtüberprüfung im Ausland vorgenommener Beweiserhebungen anhand ausländischen Rechts BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 34 m.w.N. = NStZ 2013, 596 (598); BGH, Beschl. v. 9.4.2014 – 1 StR 39/14 = NStZ 2014, 608; hinsichtlich der früher vorgenommenen Nachprüfung ausländischer Hoheitsakte siehe BGH, Urt. v. 10.8.1994 – 3 StR 53/94 = NJW 1994, 3364 (3365); BGH, Beschl. v. 17.3.2010 – 2 StR 397/09, Rn. 23 ff. = NStZ 2010, 410 (411 f.); näher dazu Schuster, ZIS 2016, 564 (571 f.).

¹³ BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 34.

¹⁴ Zum nationalen *ordre public* i.S.v. § 73 S. 1 IRG siehe Gleß/Wahl/Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, IRG § 73 Rn. 7 ff.; zum europäischen *ordre public* i.S.v. § 73 S. 2 IRG siehe dies. (a.a.O.), IRG § 73 Rn. 107 ff.

¹⁵ Weitere mögliche Quellen eines Beweisverwertungsverbots bzgl. im Wege der Rechtshilfe erlangter Beweismittel bilden rechtshilfespezifische Gründe wie die Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze sowie rechtshilferechtliche Bestimmungen, siehe dazu BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 33 m.w.N.; Radtke, NStZ 2017, 108 (109 f.); Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 135 ff.; vgl. BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 22; siehe auch BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 34, 39 ff.

¹⁶ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 19; BVerfG, Beschl. v. 1.11.2024 – 2 BvR 684/22, Rn. 99 = NStZ-RR 2025, 25 (29).

¹⁷ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

¹⁸ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

¹⁹ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19, Rn. 55, 59; BVerfG, Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17, Rn. 28 = NStZ-RR 2017, 226 (228); siehe BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29 m.w.N.

²¹ Im Hinblick auf den konkreten Gegenstand der Vermutung vermengt der BGH terminologisch die Aspekte der bloßen Rechtmäßigkeit der Beweiserhebungsmaßnahmen des ersuchten Staates und der davon zu unterscheidenden Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards im Sinne des *ordre public*. Im Rahmen der Prüfung, ob ein Beweisverwertungsverbot aufgrund eines Verstoßes gegen den *ordre public* anzunehmen ist, spricht er von einer Vermutung, dass andere Mitgliedstaaten generell „das Unionsrecht und insbesondere die Grundrechte einhalten“ (BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 35) bzw. sogar nur von einer „Vermutung rechtmäßigen Handelns“ (BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29). Terminologisch präzise ist demgegenüber das BVerfG, das in seiner ANOM-Entscheidung die maßgebliche Vermutung nicht generell auf die Rechtmäßigkeit der ausländischen Beweiserhebung, sondern auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes bezieht (BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29).

²² BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

²³ So die Terminologie von Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

Voraussetzung der Vermutung der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes durch den ersuchten Staat ist somit die Geltung des Vertrauensgrundsatzes. Sowohl in den Entscheidungen zu EncroChat, in denen die Übermittlung von Beweisen auf der Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) und damit eines auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in der EU beruhenden Instruments in Rede stand, als auch in den Entscheidungen zu ANOM, die den vertragsbasierten Rechtshilfeverkehr zwischen Deutschland und den USA betreffen, gingen der BGH und das BVerfG ohne²⁴ oder mit nur sehr kurzer Begründung²⁵ schlicht von der Anwendbarkeit des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens aus. Ob dies in dieser Pauschalität ohne Überprüfung des Bestehens einer hinreichenden Vertrauensgrundlage und ohne diesbezügliche Differenzierung nach den jeweils in Rede stehenden unterschiedlichen Arten der Rechtshilfe gerechtfertigt ist, wird im Folgenden untersucht. Auf der Grundlage der These, dass der Vertrauensgrundsatz nicht in jedem rechtshilferechtlichen Kontext gleichermaßen gilt und seine Anwendbarkeit angesichts der unterschiedlichen Vertrauensgrundlagen im ersten Schritt ggf. geprüft und gerechtfertigt werden muss, wird dabei zwischen den drei verschiedenen grundlegenden Arten der Rechtshilfe, nämlich der justiziellen Zusammenarbeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten (1.), der vertraglichen Rechtshilfe (2.) und der vertragslosen Rechtshilfe (3.) unterschieden.

1. Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU

Grundlage und Wirkung des gegenseitigen Vertrauens im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den die EU gem. Art. 67 Abs. 1 AEUV bildet, sind im Schrifttum erheblich umstritten.²⁶ Grundsätzlich wird von einem im Vergleich zum völkerrechtlichen Vertrauensprinzip qualifizierten Vertrauen ausgegangen.²⁷ Begründet wird dieses gehobene Vertrauen allerdings in der Regel gerade dem völkerrechtlichen Prinzip der Gegenseitigkeit entsprechend damit, dass sich die Unionsmitgliedstaaten ausdrücklich wechselseitig zur Wahrung grundlegender gemeinsamer Werte i.S.v. Art. 2 EUV

verpflichtet haben,²⁸ über gemeinsame Grundrechtsstandards²⁹ verfügen und angesichts der Rechtsverbindlichkeit dieser gemeinsamen Standards und der Justiziabilität entsprechender Verstöße regelmäßig wechselseitig auf die Einhaltung der gemeinsamen Standards vertraut werden könne.³⁰

Der EuGH hat sich indessen von dieser gegenseitigkeitsbasierten Argumentation gelöst, den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens supranationalisiert³¹ und zu einem europäischen Verfassungsgrundsatz ausgeformt,³² der im Loyalitätsprinzip verankert ist³³. Der so konzipierte Vertrauensgrundsatz verlangt den Mitgliedstaaten im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht nur ab, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen davon auszugehen, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten.³⁴ Als integrationspolitisches³⁵ Vollzugsprinzip³⁶ des Unionsrechts, das insbesondere auch als Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung³⁷ fungiert und mit diesem gemeinsam die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen ermöglicht, erlegt der Vertrauensgrundsatz den Mitgliedstaaten

²⁸ EuGH (Plenum), Gutachten v. 18.12.2014 – 2/13 (ECLI:EU:C:2014:2454), Rn. 216; Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen, ABl. EG 2001 Nr. C 12, S. 10; Pernice, in: Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, 2006, S. 359 (367).

²⁹ Bei der Durchführung von Unionsrecht sind die Mitgliedstaaten gem. Art. 51 Abs. 1 GRCh an die Grundrechte der Charta und damit mittelbar über die Kohärenzklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh auch an die im Lichte der EGMR-Rechtsprechung auszulegende EMRK gebunden. Zudem ist die EMRK für die Unionsmitgliedstaaten unmittelbar bindend, da sie sämtlich Vertragsstaaten der EMRK sind.

³⁰ Breitenmoser/Weyeneth (Fn. 27), AEUV Art. 67 Rn. 123; Klip, European Criminal Law, 4. Aufl. 2021, S. 110 f.; EuGH, Ur. v. 30.5.2013 – C-168/13 PPU (ECLI:EU:C:2013:358 – Jeremy F.), Rn. 50.

³¹ Siehe Meyer, EuR 2017, 163 (174 ff.).

³² Umfassend hierzu Meyer, EuR 2017, 163 ff.; siehe zudem ders., GSZ 2026, 161 (163) m.w.N.; Streuber, Gegenseitiges Vertrauen als Rechtsprinzip des Unionsrechts, 2023, S. 149 (167); EuGH, Ur. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU (ECLI:EU:C:2016:198 – Aranyosi/Căldăraru); siehe auch GA Bot, Schlussanträge v. 3.3.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, (ECLI:EU:C:2016:140 – Aranyosi/Căldăraru), Rn. 106; vgl. demgegenüber Kaufhold, EuR 2012, 408 (412 ff.).

³³ Fichera, Mutual Trust in European Criminal Law, University of Edinburgh School of Law Working Paper Series 2009/10, S. 12; Janssens, The Principle of Mutual Recognition in EU Law, 2013, S. 151.

³⁴ EuGH (Plenum), Gutachten v. 18.12.2014 – 2/13 (ECLI:EU:C:2014:2454), Rn. 191.

³⁵ Meyer, EuR 2017, 163 (175).

³⁶ Meyer, EuR 2017, 163 (164, 177 f., 183, 184).

³⁷ Auf diesem beruht gem. Art. 82 Abs. 1 AEUV die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU.

²⁴ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 28 (EncroChat); EuGH, Ur. v. 30.4.2024 – C-670/22 (ECLI:EU:C:2024:372 – EncroChat); BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29 (ANOM).

²⁵ In der ANOM-Entscheidung stellt der BGH insoweit fest, dass die Rechtsordnung von der Eingliederung rechtsstaatlich verfasster Staaten in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft ausgehe (BGH, Ur. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29).

²⁶ Zum Meinungsstand siehe umfassend Meyer, EuR 2017, 163 (168 f.).

²⁷ Siehe etwa Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje/Terhechte, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, 8. Aufl. 2025, AEUV Art. 67 Rn. 123; vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.10.2003 – 2 BvR 1521/03 = NJW 2004, 1858; BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 = BVerfGE 140, 317 (351); Gleß/Wahl/Zimmermann (Fn. 14), IRG § 73 Rn. 127.

vielmehr auch Pflichten zur wechselseitigen Kooperation und Information auf, um den Grundrechtsschutz in der Union zu stärken³⁸. In diesem Sinne verstanden bildet der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens die Basis jeder effektiven Kooperation der Mitgliedstaaten im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.³⁹ Insbesondere wird das gegenseitige Vertrauen durch die Erhebung in den Stand eines Unionsverfassungsprinzips aber auch dogmatisiert und verrechtlicht und damit zugleich „ent-empirisiert“,⁴⁰ was entscheidende verfahrenspraktische Konsequenzen nach sich zieht. Namentlich erübrigt sich durch die unionsverfassungsrechtliche Verankerung des Vertrauensgrundsatzes als tragendes Element der Realisierung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Überprüfung, ob zwischen EU-Mitgliedstaaten tatsächlich Vertrauen besteht.⁴¹ Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes ist damit von empirischen Einzelfallbetrachtungen losgelöst und beruht vielmehr auf dem Wesen des Vertrauensgrundsatzes als integrationspolitisch notwendigem Verfassungsprinzip. Als solches kann der Vertrauensgrundsatz im Einzelfall unanwendbar sein, wenn mit kollidierenden Verfassungsprinzipien und insbesondere den Grundrechten keine praktische Konkordanz hergestellt werden kann und der Vertrauensgrundsatz auf der Grundlage einer Abwägung hinter ihnen zurücktreten muss.⁴² Von einer Erschütterung oder Widerlegung einer Vermutung des tatsächlichen Bestehens gegenseitigen Vertrauens zwischen den Unionsmitgliedstaaten ist die Unanwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes in diesen Sonderkonstellationen, die in der Terminologie des EuGH als „außergewöhnliche Umstände“⁴³ bezeichnet werden können, aber völlig losgelöst, weil die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts von vornherein nicht auf einer solchen Vermutung, sondern auf durch integrationspolitische Notwendigkeiten geformtem Unionsverfassungsrecht basiert.

2. Vertragsbasierter bilateraler Rechtshilfeverkehr

Soweit Rechtshilfe nicht zwischen EU-Mitgliedstaaten im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geleistet wird, sondern zwischen einem EU-Mitgliedstaat und einem Drittstaat oder zwischen Nicht-EU-Mitgliedstaaten stattfindet, gilt der Vertrauensgrundsatz nicht schon als integrationspolitisch notwendiges europäisches Verfassungsprinzip a priori. Vielmehr muss seine Anwendbarkeit im völkerrechtlichen Bereich im Einzelfall positiv begründet werden.⁴⁴ Dies setzt

den Nachweis des tatsächlichen Bestehens einer hinreichenden Basis wechselseitigen Vertrauens zwischen den jeweiligen Staaten in Bezug auf die jeweils in Rede stehende Rechtshilfepraxis voraus.⁴⁵ Worin diese Vertrauensbasis konkret besteht bzw. bestehen kann, wird jedoch nicht einheitlich beurteilt.

Das BVerfG⁴⁶ hält jedenfalls im völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr den Vertrauensgrundsatz schon deshalb für anwendbar, weil der ersuchende Staat ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung und Funktionsfähigkeit der gegenseitigen Rechtshilfe habe. Von der Begehung von Rechtsverletzungen, welche die zukünftige Funktionsfähigkeit des Auslieferungsverkehrs zwangsläufig beeinträchtigen würden, werde ein ersuchender Staat schon aus diesem Grund regelmäßig Abstand nehmen, sodass ihm im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtshilfe in Strafsachen sowie des Völkerrechts grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen sei. Erschüttert werden könne dieses Vertrauen durch tatsächliche Anhaltspunkte, dass im Fall einer Auslieferung die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze bzw. das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz oder der verbindliche völkerrechtliche Mindeststandard gem. Art. 25 GG nicht eingehalten werden, also der *ordre public* nicht gewahrt sei. Diese auf den Auslieferungsverkehr bezogene Argumentation lässt sich für den gesamten Rechtshilfeverkehr verallgemeinert derart formulieren, dass schon aufgrund des Interesses der jeweiligen Vertragsparteien an der Aufrechterhaltung und Funktionsfähigkeit der gegenseitigen Rechtshilfe auf die Einhaltung der Rechtshilfeabkommen und übrigen rechtlichen Verpflichtungen und jedenfalls auf die Einhaltung der rechtsstaatlichen Mindeststandards durch die jeweils andere Vertragspartei vertraut werden könne, weil Rechtsverletzungen und insbesondere eine Unterschreitung des *ordre public* den zukünftigen Rechtshilfeverkehr zwangsläufig beeinträchtigen würden.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes wird damit im vertragsbasierten Rechtshilfeverkehr schon aufgrund des Bestehens eines Rechtshilfevertrages und in diesem Vertrag selbst⁴⁷ oder eigenständig normierter gemeinsamer grundlegender rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Verpflichtungen in Kombination mit der pauschalen Vermutung der im Interesse an der Aufrechterhaltung des Rechtshilfeverkehrs erfolgenden Einhaltung des für beide Vertragsparteien gleichermaßen verbindlichen Rechts bejaht.

³⁸ Meyer, EuR 2017, 163 (172) unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU (ECLI:EU:C:2016:198 – Aranyosi/Căldăraru).

³⁹ Europäischer Konvent, Working Group X „Freedom, Security and Justice“, Working Document 28 v. 26.11.2002 – WG X – WD 28, S. 2.

⁴⁰ Meyer, EuR 2017, 163 (172, 182).

⁴¹ Meyer, EuR 2017, 163 (181).

⁴² Vgl. Meyer, EuR 2017, 163 (181).

⁴³ Siehe EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU (ECLI:EU:C:2016:198 – Aranyosi/Căldăraru), Rn. 78.

⁴⁴ Vgl. Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

⁴⁵ Vgl. Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

⁴⁶ BVerfG NStZ-RR 2017, 226 (228); BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19, Rn. 59 f.; BVerfG, Beschl. v. 5.11.2003 – 2 BvR 1243/03, Rn. 73 = BVerfGE 109, 13 (35 f.) = NJW 2004, 141 (145); BVerfG, Beschl. v. 5.11.2003 – 2 BvR 1506/03, Rn. 77 = BVerfGE 109, 38 (61); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 68; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 24.6.2003 – 2 BvR 685/03, Rn. 43.

⁴⁷ Siehe BVerfG, Beschl. v. 24.6.2003 – 2 BvR 685/03, Rn. 43, wo auf einen im Vertrag enthaltenen *ordre public*-Vorbehalt i.S.v. § 73 IRG abgestellt wird; siehe dazu *Gleß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 14), IRG § 73 Rn. 9.

Auf eine tatsächliche faktisch vertrauensbildende Übung in Form tatsächlich rechtstreuen Verhaltens des jeweiligen Vertragspartners bei den in Rede stehenden entsprechenden Rechtshilfeoperationen in der Vergangenheit wird nur ausnahmsweise und lediglich ergänzend abgestellt.⁴⁸ Mit anderen Worten soll für die Annahme der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes allein ein normatives Element in Form völkervertraglicher Rechtshilfeabkommen und gemeinsamer menschenrechtlicher Verpflichtungen in Verbindung mit der pauschalen Vermutung der Rechtstreue maßgeblich sein, während der empirische Nachweis einer tatsächlichen vertrauensbildenden Übung grundsätzlich nicht gefordert wird.

In der Literatur wird hingegen überzeugend neben einem normativen Element in Form von Rechtshilfeverträgen und gemeinsamen Menschenrechtsverpflichtungen kumulativ auch der empirische Nachweis einer tatsächlichen vertrauensbildenden Übung in der Vergangenheit in Form langjähriger Kooperationsbeziehungen für notwendig gehalten.⁴⁹ Die Rechtstreue der Vertragsparteien wird damit nicht mehr pauschal auf funktionale Interessen gestützt vermutet, sondern auf eine faktisch-empirische Basis gestellt. Darauf gründend kann tragfähig ein normativ-tatsächlicher Erfahrungssatz entstehen, der bis zur Kontraindikation die Vermutung rechtstreuen Verhaltens der jeweils anderen Vertragspartei rechtfertigt.⁵⁰

Im scharfen Kontrast zu dieser normativ-empirisch fundierten Begründung der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes in konkreten völkervertraglich basierten Rechtshilfebeziehungen steht der vom BGH in der ANOM-Entscheidung gewählte Weg zur Rechtfertigung der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im Rechtshilfeverkehr mit den USA⁵¹. Der BGH stellt hier konkret weder auf zwischen den USA und Deutschland bestehende Rechtshilfeabkommen⁵² und gemeinsame menschenrechtliche Verpflichtungen⁵³ als norma-

tive Basis gegenseitigen Vertrauens noch auf eine konkret anhand tatsächlicher Kooperationserfahrungen empirisch belegte oder auch nur generell auf das Interesse an der Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtshilfebeziehung gestützte Vermutung rechtstreuen Verhaltens bzw. der Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards ab, sondern stützt die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes ohne Bezugnahme auf ein normatives oder tatsächliches vertrauensbildendes Element lediglich darauf, dass die Rechtsordnung von der Eingliederung rechtsstaatlich verfasster Staaten in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft ausgehe⁵⁴. Dieses Argument greift eine Formulierung des BVerfG⁵⁵ auf, reißt sie aber aus ihrem eigentlichen Kontext. Das BVerfG führt die Anerkennung der Eingliederung der Staaten in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft durch die Rechtsordnung als Argument dafür ins Feld, dass im Rechtshilfeverkehr auch von innerstaatlichen Auffassungen abweichende Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten seien und sich die Prüfung im in der Entscheidung in Rede stehenden Auslieferungsverkehr somit auf die Einhaltung des ordre public durch den ersuchenden Staat zu beschränken habe.⁵⁶ Damit fungiert die rechtliche Anerkennung der Eingliederung der Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft als Argument für die besondere Notwendigkeit der Achtung ihrer Souveränität und damit der Begrenzung des Prüfungsmaßstabs auf Verstöße des Vertragspartnerstaates gegen grundlegende rechtsstaatliche Mindeststandards. Eine auf gegenseitigem Vertrauen gründende Vermutung der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes durch den Vertragspartnerstaat, die der BGH an der fraglichen Stelle⁵⁷ zu begründen versucht, ist mit dieser vom BVerfG

⁴⁸ Siehe BVerfG, Beschl. v. 24.6.2003 – 2 BvR 685/03, Rn. 46.

⁴⁹ Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

⁵⁰ Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

⁵¹ Dass hier letztlich keine bilaterale Rechtshilfebeziehung mit den USA in Rede steht und es somit nicht entscheidend auf die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im bilateralen Rechtshilfeverkehr zwischen Deutschland und den USA ankommt, wird unter III. 2. dargelegt werden.

⁵² Vertrag v. 14.10.2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl. II 2007, S. 1620 ff.; BGBl. II 2010, S. 829) in Verbindung mit dem Zusatzvertrag v. 18.4.2006 (BGBl. II 2007, S. 1637 ff.; BGBl. II 2010, S. 829).

⁵³ Von den USA und Deutschland ratifiziert sind namentlich der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966 (IPbPR; BGBl. II 1973, S. 1533; für Deutschland in Kraft seit 23.3.1976, für die USA seit 8.9.1992) und das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984 (CAT; BGBl. II 1990, S. 246; in Kraft seit 31.10.1990 bzw. 20.11.1994). Sektorale geteilt ist des Weiteren das Übereinkommen über Computerkriminalität v. 23.11.

2001 (SEV Nr. 185; BGBl. II 2008, S. 1242; für die USA in Kraft seit 1.1.2007, für Deutschland seit 1.7.2009), dessen Zweites Zusatzprotokoll v. 12.5.2022 (SEV Nr. 224) von beiden Staaten bislang lediglich unterzeichnet worden (USA am 12.5.2022, Deutschland am 27.1.2023) und mangels der nach seinem Art. 16 Abs. 3 erforderlichen fünf Zustimmungen noch nicht in Kraft getreten ist (vgl. Europarat, Stand: 23.9.2026, abrufbar unter <https://www.coe.int/de/web/conventions/by-subject-matters?module=signatures-by-treaties&codeMatiere=49> [23.9.2026]).

Im Hinblick auf die USA steht die Ratifikation des IPbPR zudem unter umfangreichen Vorbehalten und Erklärungen (U.S. reservations, declarations, and understandings, International Covenant on Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4781-01, daily ed., 2.4.1992). Entsprechende Vorbehalte und Erklärungen bestehen zur CAT (136 Cong. Rec. S17486-01, daily ed., 27.10.1990). Nicht geteilt sind die EMRK und das 1. Fakultativprotokoll zum IPbPR.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

⁵⁵ Siehe BVerfG NJW 2005, 3483 (3484). Die Entscheidung wird vom BGH vorab als Beleg für die Geltung des Vertrauensgrundsatzes im Rechtshilfeverkehr mit den USA zitiert.

⁵⁶ BVerfG NJW 2005, 3483 (3484).

⁵⁷ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

vorgenommenen souveränitätsschutzbasierten Begrenzung des Prüfungsmaßstabs jedoch nicht verbunden. Dass der BGH terminologisch auf eine angeblich vertrauensbasierte „Vermutung *rechtmäßigen* Handelns“⁵⁸ statt auf die Vermutung der im fraglichen Abschnitt tatsächlich allein geprüften Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards im Sinne des *ordre public* abstellt, ist Indiz für die Zweckentfremdung des Arguments der Eingliederung rechtsstaatlich verfasster Staaten in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft, das in seinem Ursprungskontext gerade für die Unüberprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit des Handelns des Vertragspartnerstaates und in diesem Sinne für eine – wenn auch souveränitäts- und nicht vertrauensbasierte – Vermutung rechtmäßigen Handelns angeführt wurde.

Unabhängig von ihrem abweichenden argumentativen Ursprungskontext kann die Eingliederung rechtsstaatlich verfasster Staaten in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im vertragsbasierten völkerrechtlichen Rechtshilfeverkehr aber auch materiell nicht rechtfertigen. Anders als die EU, die einen verfassten Integrationsverbund mit quasi föderalen Justizstrukturen⁵⁹ bildet, in dem das gegenseitige Vertrauen nach der Konzeption des EuGH den inneren Zusammenhalt der quasi föderalen Unionsordnung fördern soll, also integrationspolitischen Zwecken dient⁶⁰ und damit zugleich selbst der gemeinsamen Integrationsverpflichtung der Unionsmitgliedstaaten entspringt⁶¹, ist die völkerrechtliche Staatengemeinschaft nämlich gerade keine auf fortschreitende Integration ausgerichtete Einheit, deren Mitglieder sich zum Aufbau gemeinsamer Strukturen verpflichtet hätten. Während die EU aufgrund ihres Wesens als Integrationsverbund als Quelle wechselseitigen Vertrauens ihrer Mitglieder konstruiert werden kann, gilt dies für die völkerrechtliche Staatengemeinschaft als losem, funktional ausgerichtetem Verbund als solcher vollständig souverän bleibender Staaten nicht.

Mit der Eingliederung rechtsstaatlich verfasster Staaten in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft kann die angeblich generelle Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im völkerrechtlichen Bereich damit nicht begründet werden. Argumente für die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im konkreten Fall, insbesondere konkret einschlägige Rechtsgrundlagen⁶² sowie eine diesen Rechnung tragende bisherige tatsächliche Übung, führt der BGH in der ANOM-Entscheidung – wie dargestellt – aber gerade nicht an. Damit

wird die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes in ANOM letztlich begründungslos unterstellt.

3. Vertragsloser Rechtshilfeverkehr

Im vertragslosen Rechtshilfeverkehr zwischen Nicht-EU-Staaten oder einem EU-Staat und einem Drittstaat fehlt es im Ausgangspunkt schon am normativen vertrauensbildenden Element, das für die Begründung der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes jedenfalls erforderlich ist, da nur hierüber im spezifischen Verhältnis der jeweils beteiligten Staaten zueinander konkrete rechtsverbindliche Pflichten zur Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards begründet werden können. Multilaterale Menschenrechtskonventionen, die beide am konkreten Rechtshilfeverhältnis beteiligten Staaten unterzeichnet haben, können die besondere Verbindlichkeit eines Rechtsaktes im spezifisch bilateralen Verhältnis nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Soweit es an einem verbindlichen Rechtsakt gerade im bilateralen Verhältnis fehlt, ist der Vertrauensgrundsatz somit nicht anwendbar und die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes durch den anderen am Rechtshilfeverkehr beteiligten Staat verpflichtend zu prüfen.⁶³

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann dann bestehen, wenn im konkreten Einzelfall eine individuelle, nicht pauschale, sondern spezifisch fallbezogene völkerrechtlich verbindliche Zusicherung der Einhaltung menschenrechtlicher und rechtsstaatlicher Mindeststandards das für die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes erforderliche Vertrauen begründet⁶⁴. Funktionell betrachtet tritt eine solche Zusicherung im vertragslosen Zustand an die Stelle der Rechtsbindungen eines Rechtshilfevertrages im vertragsbasierten Rechtshilfeverkehr.⁶⁵ Sowohl nach der Rechtsprechung des

⁶³ Siehe *Gleß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 14), IRG § 73 Rn. 10a; BVerfG, Beschl. v. 4.5.1982 – 1 BvR 1457/81 = BVerfGE 60, 348 (356), wonach die „deutsche Auslieferungspraxis [...] bei einem vertragslosen Auslieferungsverkehr [...] durch die Prüfung der rechtsstaatlichen Verhältnisse im ersuchenden Staat im Rahmen des individuellen Auslieferungsverfahrens [gerechtfertigt wird]“; BVerfG, Beschl. v. 22.11.2005 – 2 BvR 1090/05, Rn. 37.

⁶⁴ *Gleß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 14), IRG § 73 Rn. 42a f.; siehe BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19, Rn. 61 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 23.2.1983 – 1 BvR 1019/82 = BVerfGE 63, 215 (224); BVerfG, Beschl. v. 5.11.2003 – 2 BvR 1506/03, Rn. 78; BVerfG, Beschl. v. 1.12.2003 – 2 BvR 879/03, Rn. 36 = NStZ-RR 2004, 179 (180 f.); BVerfG, Beschl. v. 8.4.2004 – 2 BvR 253/04 = BVerfGK 3, 159 (165); BVerfG, Beschl. v. 9.5.2008 – 2 BvR 733/08 = BVerfGK 13, 557 (561); BVerfG, Beschl. v. 22.10.2008 – 2 BvR 2028/08, Rn. 15 = BVerfGK 14, 372 (377 f.); BVerfG, Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17, Rn. 30 = NStZ-RR 2017, 226 (228).

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2003 – 2 BvR 685/03, Rn. 43; zur Rolle der Zusicherung zwischen EU-Mitgliedstaaten siehe *Gleß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 14), IRG § 73 Rn. 175 ff.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29 (*Hervorhebung durch Verf.*).

⁵⁹ Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

⁶⁰ Meyer, EuR 2017, 163 (175, 179).

⁶¹ Vgl. Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

⁶² Zwar werden in Rn. 27 der ANOM-Entscheidung (BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24) die Rechtsgrundlagen aufgeführt, auf deren Grundlage laut dem BGH der Transfer der ANOM-Daten erfolgt sein soll (siehe dazu unten III. 2. a). Als normative Basis der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes zieht der BGH diese Rechtsakte jedoch argumentativ nicht heran.

BVerfG⁶⁶ als auch des EGMR⁶⁷ besteht jedoch eine Prüfungsobliegenheit hinsichtlich der Belastbarkeit der Zusicherung im Einzelfall. Der Staat, dem gegenüber die Zusicherung abgegeben worden ist, muss also verifizieren, ob die tatsächlichen Gegebenheiten im zusichernden Staat der Zusicherung entsprechen.⁶⁸ Das normative Element der Zusicherung kann im vertragslosen Zustand also nur im Zusammenspiel mit der Überprüfung der tatsächlichen Verhältnisse die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im Einzelfall begründen. Damit wird im vertragslosen Rechtshilfeverkehr auch von der Rechtsprechung eine normativ-tatsächliche Vertrauensbasis gefordert.

III. Der Vertrauensgrundsatz in EncroChat und ANOM

1. EncroChat

Im EncroChat-Fall erhoben französische Strafverfolgungsbehörden ohne Ersuchen deutscher Justizbehörden mittels einer Trojaner-Software auf in beträchtlichem Maße geheim gehaltene Weise und in großem Umfang Daten von unter anderem in Deutschland befindlichen EncroChat-Nutzern. Zur Frage der Verwertbarkeit der an Deutschland übermittelten Daten als Beweismittel in deutschen Strafverfahren führt der BGH an, dass das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots ausschließlich nach dem nationalen Recht des ersuchenden Staates und die Rechtmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen ausschließlich nach dem Recht des ersuchten Staates zu bestimmen sei.⁶⁹ Begründet wird dies zum einen mit dem grundsätzlichen Gebot der Achtung der Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen⁷⁰ und damit mit einem souveränitätsbezogenen, klassisch völkerrechtlichen Argument. Zum anderen führt der BGH zur Begründung des Prüfungsmaßstabssystems aber auch die Systematik der in EncroChat in Rede stehenden Europäischen Ermittlungsanordnung an.⁷¹ Diese basiert ihrerseits auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der wiederum auf dem Grundsatz gegenseitigen Vertrauens und der darauf gründenden Vermutung unionsrechts- und insbesondere grundrechtskonformen Handelns der anderen Unionsmitgliedstaaten beruht.⁷² Vor dem Hintergrund dieser Vermutung und des Vertrauensgrundsatzes verstoße die von den französischen Behörden durchgeführte

Beweismittelgewinnung nicht gegen wesentliche rechtsstaatliche Grundsätze im Sinne des nationalen oder europäischen *ordre public*, sodass sich unter diesem Gesichtspunkt kein Beweisverwertungsverbot ergebe.⁷³

In dieser Argumentation nimmt der Vertrauensgrundsatz eine zentrale Stellung ein. Von seiner Anwendbarkeit unter den Unionsmitgliedstaaten und hier konkret im Verhältnis zu Frankreich geht der BGH zwar ohne nähere Begründung aus.⁷⁴ Vor dem Hintergrund der Konzeption des Vertrauensgrundsatzes im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als integrationspolitisch fundiertem europäischem Verfassungsprinzip⁷⁵ ist dies jedoch schlüssig und legitim.⁷⁶

2. ANOM

Im ANOM-Fall wurde sowohl die Identität des überwachenden Drittstaats als auch der Inhalt der dort ergangenen Beschlüsse bis zuletzt nicht durch die Vereinigten Staaten von Amerika offengelegt. Ein Verstoß gegen wesentliche rechtsstaatliche Grundsätze und ein daraus resultierendes Beweisverwertungsverbot soll nach Ansicht des BGH daraus aber nicht folgen. Stattdessen geht der BGH von der widerlegbaren „Vermutung rechtmäßigen Handelns“⁷⁷ des ersuchten Staates aus und lehnt zugleich belastbare Anhaltspunkte, die diese Vermutung widerlegen könnten, ab.⁷⁸ Im Hinblick auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens beschränkt sich der BGH auf die Feststellung, dieser gebiete es „jedenfalls zunächst von der Rechtmäßigkeit von im Ausland vorgenommenen Amts- und Ermittlungshandlungen auszugehen“ und gelte „auch im Rechtshilfeverkehr mit den USA“⁷⁹. Begrün-

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19, Rn. 61 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 18.6.2019 – 2 BvR 1092/19, Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 16.7.2019 – 2 BvR 1258/19, Rn. 8; BVerfG, Beschl. v. 22.10.2019 – 2 BvR 1661/19, Rn. 48 = NSTZ-RR 2020, 62 (64); BVerfG, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19, Rn. 44 = NVwZ 2020, 147 (149).

⁶⁷ EGMR, Ur. v. 17.1.2012 – 8139/09 (Othman v. Vereinigtes Königreich), Rn. 187 ff.

⁶⁸ Siehe BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19, Rn. 61 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 18.6.2019 – 2 BvR 1092/19, Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 22.10.2019 – 2 BvR 1661/19, Rn. 48.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 26.

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 26.

⁷¹ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 27.

⁷² BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 28.

⁷³ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 34 ff. m.w.N. in Rn. 34; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.12.2021 – 2 Ws 197/21; OLG Köln, Beschl. v. 31.3.2021 – 2 Ws 118/21; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21; a.A. Wahl, ZIS 2021, 452 (457); LG Berlin NSTZ 2021, 696 (700).

⁷⁴ Siehe schon oben II.

⁷⁵ S.o. II. 1.

⁷⁶ Die Argumentation des LG Berlin I, Ur. v. 19.12.2024 – 525 KLS 8/22, Rn. 325, wonach Art. 31 RL EEA und Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA den Vertrauensgrundsatz „überformen“, verfährt nicht. Der Vertrauensgrundsatz bezieht sich auf Vertrauen in die Einhaltung des Unionsrechts und insbesondere der Grundrechte durch andere Mitgliedstaaten (siehe Erwägungsgrund 19 RL EEA; BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 28), nicht auf Vertrauen in die Einhaltung mitgliedstaatlichen Rechts. Dass Art. 31 RL EEA und Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA eine Überprüfung anhand des nationalen Rechts des ersuchenden Staates vorsehen, berührt den Vertrauensgrundsatz somit schon im Ansatz nicht. Die Vorschriften begrenzen lediglich punktuell den prinzipiellen Kontrollverzicht, der auf der gegenseitigen Anerkennung und damit auf dem grundsätzlichen Vertrauen in die Einhaltung des Unionsrechts und insbesondere der Grundrechte fußt.

⁷⁷ BGH, Ur. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

⁷⁸ BGH, Ur. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 30.

⁷⁹ BGH, Ur. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

det wird dies – wie dargelegt⁸⁰ – mit einem einzigen, seinem Ursprungskontext entfremdeten und materiell nicht tragfähigen Argument ohne jegliche Bezugnahme auf das Bestehen einer normativ-tatsächlichen⁸¹ Vertrauensbasis, deren positive Begründung im Rechtshilfeverkehr zwischen Nicht-EU-Staaten oder einem EU-Staat und einem Drittstaat zur Rechtsfertigung der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes nach zutreffender Ansicht stets erforderlich ist.⁸²

Ob im ANOM-Fall eine solche normativ-tatsächliche Vertrauensbasis besteht und der BGH somit mit der von ihm selbst nicht fundiert begründeten Annahme der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes zumindest im Ergebnis richtig liegt, gilt es im Folgenden zu untersuchen.

a) Normative Vertrauensbasis

Als normative Vertrauensbasis kommen im ANOM-Fall der bilaterale Vertrag vom 14. Oktober 2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen⁸³ (im Folgenden: RhV) in Verbindung mit dem Zusatzvertrag vom 18. April 2006⁸⁴ (im Folgenden: ZusVRh) sowie das Abkommen vom 25. Juni 2003 zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe⁸⁵ (im Folgenden: EU-US RhAbk) in Betracht.⁸⁶ Grundsätzlich stehen der bilaterale RhV in Verbindung mit dem ZusVRh und das EU-US RhAbk völkerrechtlich nebeneinander.⁸⁷ Das EU-US RhAbk regelt dabei lediglich Teilbereiche des Rechtshilferechts und ergänzt die bestehenden bilateralen Verträge der Unionsmitgliedstaaten mit den USA.⁸⁸ Die Regelungen des EU-US RhAbk wurden im ZusVRh zum RhV für das Rechtshilfeverhältnis zwischen Deutschland und den USA übernommen, sodass insoweit eine Übereinstimmung zwischen dem EU-US RhAbk und dem RhV in Verbindung mit dem ZusVRh besteht.⁸⁹

Nach dem BGH erfolgte der Datentransfer im ANOM-Fall „im Wesentlichen“⁹⁰ auf der Grundlage dieser drei Rechtsakte. Dass die Daten zuvor bereits im Wege der polizeilichen

Rechtshilfe⁹¹ vom FBI dem BKA zur Verfügung gestellt worden sind, soll nach dem BGH unerheblich sein, weil das US-Justizministerium als zentrale Behörde gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 RhV die Verwertung der Daten ohnehin genehmigt habe.⁹² Nicht weiter präzisiert der BGH jedoch, welche konkreten Bestimmungen des RhV i.V.m. dem ZusVRh und dem EU-US RhAbk die Übermittlung bzw. die Genehmigung der Verwertung der bereits vom FBI übersandten Daten genau tragen sollen. Ob tatsächlich Bestimmungen des RhV in Verbindung mit dem ZusVRh und dem EU-US RhAbk existieren, die das Zurverfügungstellen von Daten erlauben, die mittels eines in einem von den USA geheim gehaltenen, nach den Angaben der USA angeblich und nach jetzigem Erkenntnisstand auch tatsächlich⁹³ in der EU liegenden Drittstaat befindlichen Servers durch die Behörden des geheim gehaltenen Drittstaates erhoben und auf der Grundlage eines in diesem Drittstaat erwirkten, aber nicht zugänglich gemachten Gerichtsbeschlusses alle zwei bis drei Tage kopiert und an das FBI weitergeleitet wurden, gilt es deshalb im Folgenden zu überprüfen.

Begibt man sich auf die Suche nach einer konkreten Rechtsgrundlage für die Übermittlung der ANOM-Daten, ist zunächst festzustellen, dass die hier – ebenso wie im EncroChat-Fall – vorliegende Grundkonstellation der Übermittlung bereits erhobener Daten jedenfalls nicht die vom RhV i.V.m. dem ZusVRh und dem EU-US RhAbk im Kern geregelte Normalkonstellation darstellt. In dieser richtet vielmehr ein Vertragspartnerstaat an den anderen ein Ersuchen, das daraufhin vom ersuchten Vertragspartnerstaat erledigt wird. Die einzige Bestimmung, die ausdrücklich die Übermittlung in einem Vertragspartnerstaat bereits vorliegender Unterlagen vorsieht, ist Art. 9 RhV. Im Besitz einer Regierungsstelle oder Behörde des ersuchten Vertragspartnerstaates befindliche, nicht öffentlich zugängliche Unterlagen bzw. Daten, wie sie im ANOM-Fall in Rede stehen und von der Vorschrift ebenfalls erfasst werden⁹⁴, können dem ersuchenden Staat nach Art. 9 Abs. 2 RhV in demselben Umfang und unter denselben Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, wie sie seinen eigenen entsprechenden Behörden zugänglich wären. Würden die ANOM-Daten amerikanische Staatsbürger

⁸⁰ S.o. II. 2.

⁸¹ Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

⁸² S.o. II. 2.

⁸³ BGBl. II 2007, S. 1620 ff.; BGBl. II 2010, S. 829.

⁸⁴ BGBl. II 2007, S. 1637 ff.; BGBl. II 2010, S. 829.

⁸⁵ BGBl. II 2007, S. 1652 ff.; BGBl. II 2010, S. 829.

⁸⁶ Ergänzend können als normative Basis sowohl von den USA und auch der BRD ratifizierte Menschenrechtskonventionen, namentlich der IPbpr und die CAT, sektoral ferner das Übereinkommen über Computerkriminalität (s.o. Fn. 53), herangezogen werden. Angesichts ihrer Weite und ihres multilateralen Charakters stellen sie jedoch keine allein ausreichende normative Basis des Vertrauens im Rechtshilfeverkehr dar (siehe in diesem Sinne schon oben II. 3.).

⁸⁷ Jacoby, in: Grützner u.a., Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 103. Lfg., Stand: November 2011, II. V. 10. Rechtshilfe Rn. 34.

⁸⁸ Jacoby (Fn. 87), II. V. 10. Rechtshilfe Rn. 33.

⁸⁹ Näher dazu Jacoby (Fn. 87), II. V. 10. Rechtshilfe Rn. 33 f.

⁹⁰ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 27.

⁹¹ Rechtsgrundlage der polizeilichen Rechtshilfe zwischen Deutschland und den USA ist Art. 25 Abs. 3 RhV, siehe dazu Riegel/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 14), VB1a RhV D-USA Rn. 3.

⁹² BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 27.

⁹³ Bei dem von den USA geheim gehaltenen Drittstaat handelt es sich um Litauen, siehe Lötten/Makepeace, StV 2026, 441 (442); Klaubert, FAZ v. 29.9.2025, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/weltweite-fbi-operation-wie-ermittler-tausende-kriminelle-tauschten-accg-110707726.html> (23.9.2026);

ders., FAZ v. 1.10.2025, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/anom-bundesverfassungsgericht-lehnt-beschwerde-ab-110712759.html> (23.9.2026).

⁹⁴ Siehe Riegel/Trautmann (Fn. 91), VB1a RhV D-USA Rn. 6.

betreffen⁹⁵ und zu Ermittlungsverfahren gegen diese führen, wären die im Besitz des FBI befindlichen ANOM-Daten der amerikanischen Staatsanwaltschaft ohne jede Beschränkung vollumfänglich zugänglich, da dies Voraussetzung für die Erfüllung ihrer sogenannten „discovery obligations“ ist.⁹⁶ Auf der Grundlage des Wortlauts von Art. 9 Abs. 2 RhV konnten die im Besitz des FBI befindlichen ANOM-Daten, die zu Ermittlungsverfahren in Deutschland führen konnten, somit auch der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt als um Rechtshilfe ersuchender Behörde vollumfänglich zugänglich gemacht werden. Art. 9 Abs. 2 RhV würde demnach eine Rechtsgrundlage für die Übermittlung der vom FBI im Wege der Rechtshilfe vom geheim gehaltenen Drittstaat erlangten Daten an die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt darstellen und könnte als solche als normative Grundlage für die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes fungieren.

Ob diese vom Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 RhV gedeckte Schlussfolgerung mit der Gesamtsystematik und der ratio des RhV in Einklang gebracht werden kann, ist jedoch äußerst fraglich. Der gesamte RhV geht nämlich von einem ausschließlich bilateral ausgestalteten Verhältnis allein zwischen dem ersuchten und dem ersuchenden Staat aus, in dem grundsätzlich der ersuchte Staat auf seinem Hoheitsgebiet⁹⁷ durch seine zuständigen, im Anhang des RhV abschließend aufgelisteten Behörden⁹⁸ nach seinem Recht⁹⁹ und auf der Grundlage der erforderlichenfalls von seinen Gerichten erlassenen Gerichtsbeschlüsse¹⁰⁰ die für die Erledigung des Rechtshilfeersuchens des Vertragspartnerstaates notwendigen Ermittlungshandlungen vornimmt. Eine Einbeziehung von Drittstaaten in die zur Erledigung des Ersuchens erforderlichen Ermittlungshandlungen des ersuchten Staates sieht der RhV an keiner Stelle vor. Die einzige Norm, die Verbundermitt-

lungen¹⁰¹ gestattet, an denen außer der BRD und den USA weitere Staaten beteiligt sind, ist Art. 12bis RhV, der gemäß Art. 5 ZusVRh in Ausführung von Art. 5 EU-US RhAbk in den RhV eingefügt wurde und gemeinsame Ermittlungsgruppen mit weiteren EU-Mitgliedstaaten betrifft. Wenn die Arbeit der Gruppe Ermittlungsmaßnahmen in einem der Staaten verlangt, von denen sie gebildet wurde, kann das von diesem Staat in die Gruppe entsandte Mitglied gemäß Art. 12bis Abs. 4 RhV die Behörden seines Staates ersuchen, diese Maßnahmen nach Maßgabe des nationalen Rechts zu ergreifen, ohne dass die Stellung eines Rechtshilfeersuchens erforderlich ist.

Die so normierte Funktionsweise gemeinsamer Ermittlungsgruppen hebt sich deutlich von der klassischen ausschließlich bilateralen Struktur der Rechtshilfe zwischen einem ersuchenden und einem ersuchten Staat ab. Dass diese Sonderform von Verbundermittlungen explizit geregelt ist, kann als Indiz dafür gewertet werden, dass jedenfalls Verbundermittlungen mit weiteren EU-Staaten nach der Konzeption des RhV¹⁰² in der explizit geregelten Form gemeinsamer Ermittlungsgruppen erfolgen sollen. Jedenfalls zeigt aber Art. 12bis Abs. 2 RhV, nach dem die für die jeweilige gemeinsame Ermittlungsgruppe maßgeblichen Modalitäten von den jeweils zuständigen Behörden der an der Gruppe beteiligten Staaten eigens festgelegt werden müssen, dass Verbundermittlungen nicht ohne eine die Verbundstruktur und -funktionsweise konkret regelnde spezielle Rechtsgrundlage durchgeführt werden sollen. Eben dies ist aber der Fall, wenn Daten, die von einem vom ersuchten Staat im Wege der insoweit wiederum bilateralen Rechtshilfe eingespannten Drittstaat erhoben worden sind, an den ersuchenden Staat übermittelt werden. Die Rechtshilfebeziehungen zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Staat einerseits und dem ersuchten Staat und dem beweishebenden Staat, der aus der Perspektive des Rechtshilfeverhältnisses zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Staat einen Drittstaat darstellt, sind nämlich nur jeweils isoliert geregelt. Eine Regelung der durch die Einbindung des beweishebenden Staates in das Rechtshilfeverhältnis zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat entstehenden Verbundstruktur fehlt.

Vor dem Hintergrund der Gesamtsystematik des RhV kann Art. 9 Abs. 2 RhV damit letztlich nicht dahingehend verstanden werden, dass er die Übermittlung von durch den ersuchten Staat im Wege der Rechtshilfe von einem Drittstaat erlangten Daten an den ersuchenden Staat erlaubt.¹⁰³ Diese Auslegung beugt zugleich einem rechtsmissbräuchlichen Be-

⁹⁵ Tatsächlich sollen US-Staatsbürger und in den USA ansässige Personen nicht überwacht worden sein, siehe BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 9.

⁹⁶ Siehe US Department of Justice, Criminal Resource Manual, CRM 1-499, Rule 165, Guidance for Prosecutors Regarding Criminal Discovery, abrufbar unter <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-165-guidance-prosecutors-regarding-criminal-discovery#FN1> (23.9.2026).

⁹⁷ Siehe Art. 1 Abs. 5, 12 Nr. 2, Nr. 3, 13 Abs. 1 RhV.

⁹⁸ In den Fällen des Art. 12 Nr. 2 und Nr. 3 RhV können unter den dort genannten Voraussetzungen auch Strafverfolgungsbeamte des ersuchenden Staates im Hoheitsgebiet des ersuchten Staates tätig werden. Namentlich können die Vornahme strafrechtlicher Ermittlungen durch unter verdeckter oder falscher Identität handelnde Strafverfolgungsbeamte der ersuchenden Vertragspartei (Nr. 2) und kontrollierte Lieferungen (Nr. 3) im Hoheitsgebiet der ersuchten Vertragspartei gestattet werden.

⁹⁹ Art. 19 Abs. 1 S. 1 RhV; siehe auch Art. 12 Nr. 1 RhV speziell bzgl. der Einleitung der notwendigen Schritte für eine TKÜ („unter den nach ihrem innerstaatlichen Recht geltenden Bedingungen“).

¹⁰⁰ Art. 19 Abs. 3 S. 2 RhV.

¹⁰¹ Den Begriff der transnationalen Verbundermittlungen prägte Meyer, GSZ 2026, 161 (167).

¹⁰² Riegel/Trautmann (Fn. 91), VB1a RhV D-USA Rn. 7, weisen darauf hin, dass Art. 12bis RhV aufgrund entgegenstehenden US-Rechts in der Praxis weitgehend leerläuft.

¹⁰³ Vgl. Riegel/Trautmann (Fn. 91), VB1a RhV D-USA Rn. 6: „Nach Art. 9 können Daten aus bereits in nationalen Ermittlungsverfahren durchgeführten Telefonüberwachungen und anderen, in § 101 StPO bezeichneten Maßnahmen [...] im Rechtshilfeverfahren herausgegeben werden“ (*Hervorhebung durch die Verf.*).

fugnisshopping vor, wie es im ANOM-Fall wohl erfolgte¹⁰⁴. Insbesondere steht sie aber auch im Einklang mit der bilateralen Vertrauensstruktur, auf der Art. 9 Abs. 2 RhV fußt und die der bilateralen Struktur des gesamten vertraglichen Pflichtenprogramms entspricht. An der Vertrauensbeziehung zwischen der ersuchenden und der ersuchten Vertragspartei hat ein von der ersuchten Vertragspartei eingespannter Drittstaat nämlich nicht teil. Weil der RhV ausschließlich die Vertragsparteien USA und Deutschland wechselseitig verpflichtet, kann er vielmehr auch nur wechselseitiges, bilaterales Vertrauen auf vertragskonformes und rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Mindeststandards jedenfalls genügendes Verhalten der jeweils anderen Vertragspartei vermitteln. Unmittelbares Vertrauen in die Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards durch einen von ihm nicht verpflichteten Drittstaat kann auf den RhV dagegen nicht gegründet werden. Ebenso wenig trägt der RhV ein durch die ersuchte Vertragspartei vermitteltes Vertrauen in die Wahrung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards durch einen Drittstaat, den die ersuchte Vertragspartei zwecks Erledigung eines gestellten Ersuchens oder – wie im ANOM-Fall – bei der Erhebung von nachträglich vom ersuchenden Staat erbetenen Beweismitteln eingesetzt hat. Ein solches mittelbares Vertrauen in die Wahrung des *ordre public* durch den von der ersuchten Vertragspartei eingespannten Drittstaat könnte nur auf die Argumentation gestützt werden, dass der ersuchten Vertragspartei auch dahingehend Vertrauen entgegenzubringen sei, dass sie die Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards bei der im Wege der Rechtshilfe erfolgenden Beweiserhebung durch einen von ihr ersuchten Drittstaat selbst gewährleiste. Da der bilaterale Rechtshilfevertrag zwischen der ersuchten Vertragspartei und dem Drittstaat in deren bilateralem Verhältnis eine normative Vertrauensgrundlage für rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Mindestanforderungen jedenfalls genügendes Verhalten des Drittstaats bietet, liefe eine solche Argumentation auf eine Art „Kettenvertrauen“¹⁰⁵ hinaus. Der rein bilateral strukturierte RhV bietet für ein solches „Kettenvertrauen“ aber keine normative Grundlage. In Rede stünde letztlich vielmehr ein nicht belastbares, blindes Vertrauen des ersuchenden Staates darauf, dass der ersuchte Staat schon Gewähr dafür biete, dass die im Besitz seiner Behörden befindlichen Beweismittel unter Wahrung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards erhoben worden sind. Ein solches blindes Vertrauen trägt rechtshilferechtliche Maßnahmen jedoch nicht.¹⁰⁶

Für die im ANOM-Fall erfolgte Übermittlung bzw. die Genehmigung der Verwendung von durch den ersuchten Staat (hier die USA) über einen geheim gehaltenen Drittstaat

(tatsächlich Litauen)¹⁰⁷ im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten an bzw. durch den ersuchenden Staat (hier Deutschland) bietet der RhV nach alledem keine Rechtsgrundlage.¹⁰⁸ Damit kann er insoweit auch nicht als normative Vertrauensbasis fungieren.

b) Tatsächlich-empirische Vertrauensbasis

Der Vertrauensgrundsatz ist in der ANOM-Konstellation somit schon mangels einer jedenfalls erforderlichen normativen Vertrauensbasis nicht anwendbar.¹⁰⁹ Im Übrigen fehlt es auch an einem tatsächlich-empirischen vertrauensbildenden Element in Form einer tatsächlichen Übung, das nach zutreffender Ansicht für die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes in völkerrechtlichen Beziehungen kumulativ zum normativen Element zu fordern ist.¹¹⁰

Zwar besteht zwischen Deutschland und den USA eine enge und praktisch bedeutsame Kooperationsbeziehung,¹¹¹ die nicht erst mit dem Inkrafttreten des langjährig ausgehandelten RhV einsetzte, sondern bereits im vertragslosen Rechtshilfeverkehr zufriedenstellend funktionierte und sich kontinuierlich fortentwickelte.¹¹² Für die bilaterale Rechtshilfepraxis zwischen Deutschland und den USA kann insoweit aufgrund der gewachsenen vertrauensbegründenden Übung regelmäßig von einer tatsächlich-empirischen Vertrauensbasis ausgegangen werden. So wie der bilaterale RhV als normative Grundlage nur bilaterales Vertrauen vermitteln kann, trägt jedoch auch diese faktische Vertrauensbasis zwischen Deutschland und den USA nicht über die spezifische bilaterale Beziehung hinaus, in der sie sich herausgebildet hat. In der Operation Trojan Shield im ANOM-Fall stand diese bilaterale Beziehung aber allenfalls vordergründig in Rede.¹¹³ Zwar genehmigte letztlich das amerikanische Justizministerium der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt die Verwendung der ANOM-Daten, sodass formal von einem bilateralen Datentransfer zwischen deutschen und amerikanischen Justizbehörden gesprochen werden kann. Dies blendet jedoch vollständig die Verbundstrukturen aus, die der Datenerlangung zugrunde lagen. Nach jetzigem Erkenntnisstand¹¹⁴ hatte das FBI in engster Zusammenarbeit mit den Behörden des geheim gehaltenen Drittstaats, bei dem es sich tatsächlich um Litauen handelt, unter von Anfang an aktiver Mitwirkung Europol's einen Weg erarbeitet, die über den vom FBI selbst entwickelten und später im kriminellen Milieu platzierten Krypto-Messengerdienst ANOM versandten Daten bzw. Kopien dieser Daten

¹⁰⁴ Siehe LG Memmingen, Urt. v. 21.8.2023 – 1 KLS 401 Js 10121/22, Rn. 92 ff.; zu Zweifeln an der Zulässigkeit der Beweiserhebung in der Operation Trojan Shield siehe auch Wallasch, StV 2022, 280 (282); Esser, ZWH 2025, 325 (328); Lödden, NJW-Spezial 2025, 248; Michalke, NJW 2025, 1589 (1590 f.).

¹⁰⁵ Meyer, GSZ 2026, 161 (168).

¹⁰⁶ Siehe Meyer, GSZ 2026, 161 (164).

¹⁰⁷ Siehe schon oben die Nachweise in Fn. 93.

¹⁰⁸ Vgl. Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

¹⁰⁹ Vgl. Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

¹¹⁰ S.o. II. 2.

¹¹¹ Vgl. Riegel/Trautmann (Fn. 91), VB1a RhV D-USA Rn. 2; kritisch in dieser Hinsicht Esser, ZWH 2025, 325 (327), mit dem Hinweis darauf, dass gegenüber den USA derzeit „auf allen politischen und militärischen Ebenen ganz unverhohlen die Frage nach Vertrauen und Zuverlässigkeit gestellt wird“.

¹¹² Riegel, FPR 2010, 502 (503).

¹¹³ Siehe Meyer, GSZ 2026, 161 (164, 163).

¹¹⁴ Umfassend dazu siehe Lödden/Makepeace, StV 2026, 441 (442 ff.).

nach einer Testphase in Australien¹¹⁵ mittels eines in Litauen platzierten Servers abzufangen und auf der Grundlage eines gemeinsam mit den litauischen Behörden bereits zuvor ausgearbeiteten Rechtshilfeersuchens und der in Litauen erwirkten Gerichtsbeschlüsse dem FBI zu übermitteln, das die Daten sodann den Strafverfolgungsbehörden der betroffenen Staaten zugänglich machte. Tatsächlich entstammen die ANOM-Daten damit nicht einer rechtshilferechtlichen Kooperation zwischen den USA und Deutschland, wie sie auch der rein bilateral strukturierte RhV¹¹⁶ im Blick hat, sondern einer komplexen transnationalen „Multi-Akteur-Operation“¹¹⁷, die einmalig ist, da sie den spezifischen Ermittlungsbedürfnissen der ANOM-Konstellation entsprechend in enger Zusammenarbeit der eingebundenen Akteure bedarfsorientiert entwickelt wurde. Eine vorangegangene, rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Mindeststandards genügende Übung, die ein nach jetzigem Erkenntnisstand faktisch unberechtigtes¹¹⁸ Vertrauen auf die Wahrung des *ordre public* bei der Erhebung der ANOM-Daten jedenfalls hätte begründen können, existiert nicht.

Die Operation Trojan Shield ist insoweit charakteristisch für transnationale Ermittlungsoperationen mit Verbundcharakter¹¹⁹, die grundsätzlich keinen eingespielten Abläufen oder festen Gesetzmäßigkeiten folgen, sondern im Einzelfall bedarfsorientiert kreiert werden. Sie mögen zwar ggf. eine Kombination aus mehreren, meist für sich genommen bilateralen und jeweils ggf. sogar etablierten Kooperationsbeziehungen zwischen je zwei Staaten darstellen. Als Gesamtheit betrachtet sind sie jedoch gerade nicht etabliert, sondern ein unerprobtes Unikum. Vertrauen in diese unerprobte Gesamtstruktur können die ggf. erprobten bilateralen Einzelbeziehungen zwischen einzelnen, an ihr beteiligten Staaten nicht vermitteln. Denn so wie ein bilateral Vertrag nur eine normative Vertrauensbasis für das jeweils in Rede stehende bilaterale Verhältnis zwischen den Vertragsparteien sein kann, kann aus einer bilateralen Praxis nur bilaterales Vertrauen entstehen. Eine tatsächlich-empirische Vertrauensbasis entwickelt sich also in institutioneller Hinsicht nur zwischen den an der praktischen Übung jeweils beteiligten Staaten und insbesondere den konkret beteiligten Behörden und beschränkt sich in sachlicher Hinsicht im Kern auf jene spezifischen bilateralen Rechtshilfeverfahren, in denen sie gewachsen ist. Vertrauen in Verbundoperationen vermitteln eine bilaterale Übung oder die Kombination mehrerer bilateralen Übungen dagegen nicht.

Die erprobte bilaterale Rechtshilfepraxis zwischen Deutschland und den USA reicht als empirische Vertrauensbasis für die Ermittlungsverbundkonstellation im ANOM-Fall damit

nicht hin. Erschwerend kommt im ANOM-Fall hinzu, dass schon im Ausgangspunkt tatsächlich nicht einmal beurteilt werden konnte, ob eine praktische Übung hinsichtlich der in Rede stehenden Art der Datenerlangung im Wege der konkreten komplexen Verbundermittlungen besteht, weil die gesamte Operation so weit wie möglich geheim gehalten wurde und insbesondere der die ANOM-Daten tatsächlich über den auf seinem Hoheitsgebiet platzierten Server erhebende Drittstaat und die dort erlassenen maßgeblichen Gerichtsbeschlüsse nicht offengelegt wurden. Belastbares Vertrauen, das die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im Rechtshilfeverkehr allein rechtfertigen kann, verlangt jedoch Transparenz.¹²⁰ An dieser fehlt es in der ANOM-Konstellation in jeder Hinsicht.¹²¹

c) Zwischenergebnis

Festhalten lässt sich nach alledem, dass weder eine normative noch eine tatsächliche Basis für ein belastbares Vertrauen in die Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards bei der Erhebung der ANOM-Daten besteht. Entgegen dem BGH¹²² und dem BVerfG¹²³, die jeweils ohne Weiteres die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes unterstellen, ist der Vertrauensgrundsatz somit schon im Ausgangspunkt nicht anwendbar.¹²⁴

IV. Konsequenz der Unanwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes in ANOM

Mit der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes scheint auf den ersten Blick eine maßgebliche Argumentationsbasis des BGH und des BVerfG in den ANOM-Entscheidungen zu entfallen. Beide nehmen auf der Grundlage des Vertrauensgrundsatzes an, dass von der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes bei der Beweismittelgewinnung durch den ausländischen Staat auszugehen sei, soweit keine belastbaren Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen.¹²⁵ Aufgrund der Annahme der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes wird also so lange vermutet, dass bei der Erhebung der ANOM-Daten durch den ausländischen Staat die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes nicht verletzt worden sind und die Voraussetzungen eines hierauf gestützten Beweisverwertungsverbotes somit nicht vorliegen, bis diese Vermutung ggf. durch entgegenstehende Tatsachen erschüttert wird.¹²⁶

¹²⁰ Vgl. Meyer, GSZ 2026, 161 (164).

¹²¹ Zur aktiven Verschleierung und Entstellung des wahren Sachverhalts im von den litauischen Behörden und dem FBI gemeinsam vorbereiteten Rechtshilfeersuchen zwecks Täuschung der litauischen Ermittlungsrichter siehe eingehend Lödten/Makepeace, StV 2026, 441 (442 ff.).

¹²² BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

¹²³ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29, 33.

¹²⁴ In diesem Sinne auch Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

¹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 33; BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29; zur unsauberen Terminologie des BGH („Vermutung rechtmäßigen Handelns“) s.o. Fn. 21.

¹²⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

¹¹⁵ Diese Testphase scheiterte insofern, als dass die australischen Gerichte die Weiterleitung der vom dort aufgestellten Server abgefangenen Daten an das FBI untersagten, siehe Lödten/Makepeace, StV 2026, 441 (445).

¹¹⁶ S.o. III. 2. a).

¹¹⁷ Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

¹¹⁸ Siehe dazu umfassend Lödten/Makepeace, StV 2026, 441 (441 ff.).

¹¹⁹ Siehe Meyer, GSZ 2026, 161 (163).

Die Annahme der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im Rechtshilfeverkehr bewirkt damit, dass es im Strafprozess im Hinblick auf die Klärung der Frage des Vorliegens eines aus den Umständen der Beweiserhebung folgenden Beweisverwertungsverbotes auch im Falle der Beweiserhebung durch einen ausländischen Staat bei der gleichen Lastenverteilung bleibt, die bei einer Beweiserhebung durch deutsche Behörden gilt.¹²⁷

Steht eine Beweiserhebung durch deutsche Behörden in Rede, obliegt die Aufklärungslast¹²⁸ bzgl. der Umstände der Beweiserhebung im Strafverfahren aufgrund des in §§ 155 Abs. 2, 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO verankerten Untersuchungsgrundsatzes grundsätzlich der Staatsanwaltschaft und dem Gericht. Diese trifft die Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen zu untersuchen.¹²⁹ Auch aus einem Verstoß gegen Verfahrensvorschriften bei der Beweisgewinnung abgeleitete Beweisverwertungsverbote sind von ihnen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen.¹³⁰ Allerdings bedeutet dies nicht, dass das Gericht als Grundlage für seine Überzeugungsbildung jeden auch völlig fernliegenden Umstand zu ermitteln hat, der ggf. für die Beurteilung des Eingreifens eines Beweisverwertungsverbotes von Bedeutung sein könnte.¹³¹ Vielmehr entscheidet es über die Notwendigkeit und ggf. den Umfang der erforderlichen Aufklärung nach seiner freien Überzeugung im Sinne von § 261 StPO.¹³² Speziell im Hinblick auf die Frage des Vorliegens von Beweisverwertungsverböten muss das Gericht bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Aufklärung der Umstände der Beweiserhebung von dem aus den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der Wahrheitserforschung im Strafprozess und der funktionstüchtigen Strafrechtspflege folgenden Grundsatz ausgehen, dass die Beweisaufnahme zur Ermittlung des wahren Sachverhalts grundsätzlich auf alle zur Verfügung stehenden

Beweismittel zu erstrecken ist, während Verwertungsverbote eine begründungsbedürftige Ausnahme darstellen.¹³³ Um die Aufklärungspflicht des Gerichts bzgl. möglicherweise zu einem Beweisverwertungsverbot führender Beweiserhebungsumstände auszulösen, muss also zur Überzeugung des Gerichts ein hinreichender Anlass bestehen,¹³⁴ der angesichts des Ausnahmecharakters der Beweisverwertungsverbote belastbare Anhaltspunkte für ggf. zu einem Verwertungsverbot führende Fehler bei der Beweiserhebung bietet. Solche einen Anlass zur weiteren Sachverhaltsaufklärung liefernden Anhaltspunkte können sich bereits aus dem Inhalt der Akten oder aus dem Vortrag eines Verfahrensbeteiligten ergeben.¹³⁵ Soweit dies nicht der Fall ist, obliegt es jedoch jedenfalls faktisch dem Betroffenen, dem Gericht durch die Benennung entsprechender Umstände Anlass zur Aufklärung der Vorgänge zu geben, die ggf. zu einem Beweisverwertungsverbot führen können.¹³⁶ In diesem Sinne trifft den Betroffenen faktisch auch im vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Strafprozess eine Behauptungslast.¹³⁷ Will er das Gericht zur Aufklärung von Umständen veranlassen, aus denen sich ein ihm günstiges Beweisverwertungsverbot ergeben kann, wird er diese Umstände regelmäßig im Rahmen der Begründung eines ggf. erforderlichen Widerspruchs gegen die Beweisverwertung vorbringen.¹³⁸ Gelingt es ihm, in diesem Rahmen oder an anderer Stelle Fehler bei der Beweiserhebung derart vorzutragen, dass das Gericht Anlass sieht, die entsprechenden Vorgänge im Hinblick auf ein etwaiges unselbstständiges Beweisverwertungsverbot weiter aufzuklären, ist die richterliche Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO ausgelöst.

Diese Lastenverteilung ändert sich nicht, wenn die Beweiserhebung nicht durch deutsche Behörden, sondern durch einen ausländischen Staat erfolgt, dem aber Vertrauen entgegengebracht wird.¹³⁹ Ein Beweisverwertungsverbot kann sich insoweit zwar nicht aus einem bloßen Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften, wohl aber aus der Nichteinhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechts-

¹²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 17 i.V.m. Rn. 29.

¹²⁸ Siehe *Bülte*, JZ 2014, 603 (603, 605).

¹²⁹ *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2022, § 18 Rn. 15; siehe *Bülte*, JZ 2014, 603 (603); zum Untersuchungsgrundsatz siehe insgesamt *Krehl*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, § 244 Rn. 27 ff.; *Trüg/Habetha*, in: Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 244 Rn. 47 ff.

¹³⁰ *Grote*, JA 2026, 154 (156); siehe BGH NJW 2017, 1828 (1829); dies gilt nach der vorzugswürdigen, der neueren Rspr. des BGH entsprechenden Ansicht nicht nur im Ermittlungs- und Zwischenverfahren, sondern auch in der Hauptverhandlung unabhängig von der Erhebung eines Widerspruchs, der nur zur Vermeidung der Präklusion der Berufung auf das Beweisverwertungsverbot im Revisionsverfahren ggf. erforderlich ist. Siehe dazu insgesamt *Schmidt*, NStZ 2022, 595 (595 f.) m.w.N.; für die a.A. siehe etwa *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (487).

¹³¹ Vgl. *Bülte*, JZ 2014, 603 (603); *Bittmann*, NStZ 2013, 72 (74).

¹³² *Bülte*, JZ 2014, 603 (603); vgl. *Schmidt*, NStZ 2022, 595 (596).

¹³³ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 16; BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 25, 33.

¹³⁴ Vgl. *Walter*, JZ 2006, 340 (340).

¹³⁵ Siehe *Schmidt*, NStZ 2022, 595 (596).

¹³⁶ Vgl. *Walter*, JZ 2006, 340 (340).

¹³⁷ *Walter*, JZ 2006, 340 (340); die Behauptungs- bzw. Darlegungslast korrespondiert mit der formellen bzw. subjektiven Beweislast und existiert im eng verstandenen Sinn ebenso wie die letztere nur in vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Verfahren, siehe *Bergmann*, in: Scheurle/Mayen, *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Aufl. 2018, TKG § 128 Rn. 15; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 37.

¹³⁸ Siehe *Schmidt*, NStZ 2022, 595 (596); im ANOM-Verfahren ist der Widerspruch gegen die Verwertung der ANOM-Daten rechtzeitig erhoben worden, siehe BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 10.

¹³⁹ Vgl. nochmals BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 17 i.V.m. Rn. 29.

schutzes bei der ausländischen Beweiserhebung ergeben.¹⁴⁰ Soweit der Vertrauensgrundsatz im Verhältnis zum ausländischen Staat greift, stellt die Beweiserhebung durch den ausländischen Staat und nicht durch deutsche Behörden als solche aber noch keinen Umstand dar, der dem Gericht bereits genügenden Anlass für eine weitere Aufklärung der Umstände der Beweiserhebung im Hinblick auf ein möglicherweise daran anknüpfendes Beweisverwertungsverbot geben müsste, damit die Aufklärungslast des Gerichts bereits auslösen und den Betroffenen folglich von seiner faktischen Behauptungslast entlasten würde. Vielmehr kann das Gericht auf der Grundlage des Vertrauensgrundsatzes von der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes bei der Beweiserhebung auch durch den ausländischen Staat und damit vom Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbotes ausgehen, soweit keine Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen. Ergeben sich solche Anhaltspunkte nicht schon aus den Akten oder sonstigen Umständen, muss der Betroffene sie damit – wie auch bei einer Beweiserhebung durch deutsche Behörden – vorbringen, um dem Gericht so einen Anlass zur Aufklärung der Umstände der Beweiserhebung zu geben oder – mit anderen Worten – die Vermutung der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes bei der Beweiserhebung durch den ausländischen Staat zu erschüttern. Eine lediglich ins Blaue hinein aufgestellte, unsubstantiierte Behauptung angeblich rechtsstaats- und menschenrechtswidriger Ermittlungsmaßnahmen des beweiserhebenden Staates wird dabei grundsätzlich nicht ausreichen, um das Gericht davon zu überzeugen, die Rechtsstaats- und Menschenrechtskonformität der Beweiserhebung in Frage zu stellen. Erforderlich ist vielmehr grundsätzlich der substantiierte Vortrag belastbarer entgegenstehender Tatsachen.¹⁴¹

Ist der Vertrauensgrundsatz dagegen auf das Verhältnis zum beweiserhebenden ausländischen Staat nicht anwendbar, wie es nach hier vertretener Auffassung in der ANOM-Verbundermittlungskonstellation der Fall ist,¹⁴² muss grundsätzlich allein der Umstand der Beweiserhebung durch ausländische Behörden vom Gericht als ausreichender Anlass gewertet werden, die Umstände der Beweiserhebung durch den ausländischen Staat näher aufzuklären. Die Beweiserhebung durch den ausländischen Staat, dem nicht grundsätzlich Vertrauen entgegengebracht wird, stellt in diesem Sinn einen besonderen Umstand dar, der die Aufklärungspflicht des Gerichts bereits als solcher auslöst und den Betroffenen von seiner im deutschen Strafprozess sonst im Normalfall hinsichtlich der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots bestehenden faktischen Behauptungslast entlastet. Auf der Grundlage der hier angenommenen Unanwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes im ANOM-Verfahren bestand die Aufklärungslast der Gerichte hinsichtlich der Umstände der Beweiserhebung durch den ausländischen Staat also von Anfang,

ohne dass es auf einen diesbezüglichen Vortrag des Betroffenen angekommen wäre.

V. Der Blackbox-Charakter des ANOM-Verfahrens als seine eigentliche Krux

Die Krux des ANOM-Verfahrens besteht jedoch darin, dass diese aus der Annahme der Unanwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes folgende Entlastung des Betroffenen von seiner Behauptungslast hinsichtlich einer rechtsstaatliche und menschenrechtliche Mindeststandards verletzenden Beweiserhebung durch den ausländischen Staat nur auf den ersten Blick eine Besserstellung des Betroffenen bewirkt. Tatsächlich stand der Betroffene im ANOM-Verfahren aber unabhängig von der Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes jedenfalls auf verlorenem Posten. Grund dafür ist der „Blackbox“-Charakter¹⁴³ der Beweiserhebung durch den von den USA eingespannten, geheim gehaltenen Drittstaat, der jedenfalls einseitig zu Lasten des Betroffenen geht.

Hält man den Vertrauensgrundsatz mit dem BGH und dem BVerfG für anwendbar, hätte der Betroffene den Gerichten durch das substantiierte Vorbringen belastbarer Anhaltspunkte für eine den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes widersprechende Beweiserhebung durch den ausländischen Staat Anlass zur weiteren Aufklärung der Umstände der Beweiserhebung geben müssen, weil die Gerichte zum damaligen Zeitpunkt¹⁴⁴ von sich aus keinen Anlass sahen, am Wahrheitsgehalt der von den USA erteilten Auskünfte über die Ermittlungsmaßnahmen des Drittstaates zu zweifeln¹⁴⁵ und die tatsächlichen Umstände der Beweiserhebung schon deshalb aufzuklären. Ein solcher substantiierte Vortrag von Umständen, welche die Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards bei der Beweiserhebung durch den ausländischen Staat in Fra-

¹⁴³ Siehe BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 33.

¹⁴⁴ Jedenfalls nach dem jetzigen allgemeinen Erkenntnisstand zur Erhebung der ANOM-Daten (siehe umfassend nochmals Lödden/Makepeace, StV 2026, 441 [442 ff.]) müssen die mit der Frage der Verwertbarkeit der ANOM-Daten befassten Gerichte von sich aus bereits genügend Anlass für die Klärung der Frage der Einhaltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Mindeststandards bei der Beweisgewinnung im Hinblick auf ein möglicherweise daraus folgendes Beweisverwertungsverbot aufgrund eines Verstoßes gegen den ordre public sehen, das nach heutigem Erkenntnisstand schon auf der Grundlage der nun bekannten Tatsachen anzunehmen wäre, siehe Lödden/Makepeace, StV 2026, 441 (446 ff.); siehe auch unten VI.

¹⁴⁵ Dies gilt jedenfalls für den BGH und das BVerfG. Siehe BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29, 30; auch das BVerfG argumentiert in seiner ANOM-Entscheidung insgesamt auf der Grundlage des „von den USA mitgeteilten Sachverhalt[s]“, BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 34.

¹⁴⁰ Siehe nochmals BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 33; s.o. II.

¹⁴¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29; BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29.

¹⁴² S.o. III. 2.

ge stellen, ist dem Betroffenen nicht gelungen,¹⁴⁶ was angesichts der Geheimhaltung des beweishebenden Staates, der dort angeblich ergangenen maßgeblichen Gerichtsbeschlüsse und grundsätzlich des gesamten Verfahrens der Beweiserhebung aber wenig überraschend ist.¹⁴⁷ Ohne dass es dem Betroffenen auch nur möglich gewesen wäre, zumindest die Aufklärungspflicht der Gerichte auszulösen – was auf der Grundlage der Annahme der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes durch den BGH und das BVerfG erforderlich war –, blieben die ANOM-Daten darum schon dem Grundsatz der Verwertbarkeit aller in die Hauptverhandlung eingeführten Beweismittel entsprechend¹⁴⁸ verwertbar.

Nichts anderes würde im Ergebnis auch dann gelten, wenn die Gerichte angesichts der hier vertretenen Unanwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes auf die ANOM-Verbundermittlungskonstellation schon den Umstand der Beweiserhebung durch einen ausländischen Staat als solchen oder – im Fall der vom BGH und vom BVerfG angenommenen Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes – jedenfalls die nicht begründete¹⁴⁹ Geheimhaltung der Umstände der Beweiserhebung durch den ausländischen Staat als genügenden Anlass für eine weitere Aufklärung der maßgeblichen Umstände der Beweiserhebung gewertet hätten und die gerichtliche Aufklärungspflicht deshalb ausgelöst gewesen wäre. Zum damaligen Zeitpunkt war es nämlich auch den Gerichten angesichts der Geheimhaltung schon des beweishebenden Staates und der dort angeblich ergangenen Gerichtsbeschlüsse objektiv nicht möglich, zu klären, ob bei der Beweiserhebung gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes verstoßen wurde und die Voraussetzungen der Annahme eines Beweisverwertungsverbots damit erfüllt waren.¹⁵⁰ Auf der Basis der Rechtskreistheorie,¹⁵¹ nach der Beweis-

verwertungsverbote ihre Grundlage in subjektiven Rechten haben,¹⁵² erlegt der BGH¹⁵³ jedoch dem Betroffenen für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbotes in dem Sinne die faktische Beweislast auf,¹⁵⁴ dass ein Verwertungsverbot abzulehnen ist, wenn sich das Vorliegen seiner Voraussetzungen nicht aufklären lässt. Der Grundsatz in dubio pro reo soll insoweit gerade nicht eingreifen.¹⁵⁵ Dies gilt selbst bei Unanwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes auch bei einer Beweiserhebung durch einen ausländischen Staat.¹⁵⁶ Damit liegt das Risiko der völligen Unaufklärbarkeit der Umstände der Beweiserhebung durch einen ausländischen Staat, die aufgrund von Vertraulichkeitszusagen geheim gehalten werden, unabhängig von der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes letztlich immer alleine beim Betroffenen.

VI. Lösungsansatz und Ausblick

Mit dem in Verfahren vor dem EGMR praktizierten Grundsatz, nach dem sich die Geheimhaltung für das Verfahren wesentlicher Informationen durch die EMRK-Vertragsparteien in Beweiserleichterungen zugunsten des Betroffenen niederschlägt,¹⁵⁷ und mit der ständigen Rechtsprechung des BGH, wonach ein Konflikt zwischen Geheimhaltungsinteressen der Exekutive, den Verteidigungsinteressen des Angeklagten und der Pflicht des Gerichts zur Wahrheitsermittlung nach § 244 Abs. 2 StPO nicht dazu führen darf, dass sich die Geheimhal-

Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 337 Rn. 27 f.

¹⁵² *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (483, 487); *Amelung*, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günther Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 505 (519).

¹⁵³ Siehe BGH, Urt. v. 20.6.1997 – 2 StR 130/97 = NStZ 1997, 609 (610); BGH, Beschl. v. 15.8.2000 – 5 StR 223/00 = StV 2001, 545.

¹⁵⁴ *Trüg/Habetha* (Fn. 129), § 244 Rn. 192; *dies.*, NStZ 2008, 481 (487).

¹⁵⁵ BGH, Urt. v. 5.7.1955 – 5 StR 52/55, Rn. 24; BGH, Urt. v. 28.6.1961 – 2 StR 154/61 = BGHSt 16, 164 (167); BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 = BGHSt 38 214 (224); vgl. BGH, Urt. v. 12.1.1996 – 5 StR 756/94 = NJW 1996, 1547 (1548); *Gössel*, in: Becker u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. L Rn. 190; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 131; kritisch etwa *Kudlich*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 494; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 45 Rn. 63; siehe auch *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (487).

¹⁵⁶ Siehe BGH, Beschl. v. 15.5.2008 – StB 4/08, Rn. 8 zur Ablehnung eines Verwertungsverbotes wegen Unnachweislichkeit der Erlangung der Angaben des Beschuldigten mittels Folter durch pakistanische Behörden.

¹⁵⁷ Siehe dazu *Meyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 10, 5. Aufl. 2019, EMRK Verfahrensrecht Rn. 239, 247, 254; *ders.*, GSZ 2026, 161 (163).

¹⁴⁶ Siehe BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 30: „Solche Anhaltspunkte bestehen hier nicht.“; BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29 ff., insbes. Rn. 33.

¹⁴⁷ Vgl. dazu *Meyer*, GSZ 2026, 161 (163), nach dem es „schon eine gehörige Portion Zynismus“ bedarf, „dem Bf. entgegenzuhalten, er habe nicht hinreichend dargelegt, welche Verstöße der vor ihm geheim gehaltene Staat in dem vor ihm geheim gehaltenen Verfahren begangen hat“.

¹⁴⁸ Siehe nochmals BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 33.

¹⁴⁹ Siehe BT-Drs. 20/1249, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Clara Bünger, Nicole Gohlke, Göky Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. – Drucksache 20/970 – Ermittlungsverfahren aufgrund von Europol übermittelter Informationen zu „EncroChat“, „Sky-ECC“, „ANOM“ und „Double VPN“, S. 6: „Der Drittstaat ist dem Bundeskriminalamt ebenso wenig bekannt wie der Grund für dessen Geheimhaltung durch das FBI“; siehe *Meyer*, GSZ 2026, 161 (163); *Althaus*, HRRS 2025, 87 (88).

¹⁵⁰ Siehe LG Memmingen, Urt. v. 21.8.2023 – 1 KLS 401 Js 10121/22, Rn. 85.

¹⁵¹ Siehe dazu grundlegend BGH, Beschl. v. 21.1.1958 – GSSt 4/57 = NJW 1958, 557; *Gericke*, in: Barthe/Gericke (Fn. 129), § 337 Rn. 7; *Knauer/Kudlich*, in: Knauer (Hrsg.),

tungsinteressen nachteilig für den Angeklagten auswirken,¹⁵⁸ tritt diese pauschal zu Lasten des Betroffenen gehende Wertung in deutlichen Konflikt. Anders als Stimmen in der Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung,¹⁵⁹ die in der ANOM-Konstellation generell den Strafverfolgungsbehörden im Wege einer Beweislastumkehr die materielle Nachweislast für das Nichtvorliegen einer den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes zuwiderlaufenden Beweiserhebung im ausländischen Staat auferlegen wollen, lehnen allerdings sowohl der EGMR als auch der BGH in Konstellationen der Erschwerung der Erfüllung der Nachweislast des Betroffenen und der Verkürzung der Beweisgrundlage des Gerichts durch staatliche Vertraulichkeitszusagen, Sperrerklärungen und sonstige Geheimhaltungsmaßnahmen pauschal und einseitig zu Gunsten des Betroffenen gehende Lösungen ab. Während der EGMR bei Nichterfüllung der Mitwirkungspflichten der EMRK-Vertragsparteien im Verfahren vor dem EGMR aus Art. 38 Hs. 2 EMRK, die gerade auch in der Geheimhaltung beweisrelevanter Umstände oder dem Vorenthalten maßgeblicher Beweismittel liegen kann, dem Betroffenen statt des unmittelbaren Nachweises der für einen Konventionsverstoß relevanten Haupttatsachen nur den Vortrag einer hinreichenden Basis indirekter Tatsachen abverlangt, die Schlüsse auf eine Verletzung der EMRK zulassen,¹⁶⁰ fordert der BGH in derartigen Konstellationen die Kompensation der Verkürzung der Beweisgrundlage und damit der Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts durch eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung und ggf. die Anwendung des Zweifelssatzes.¹⁶¹

Gegenüber einer pauschalen Umkehr der eigentlich vom Betroffenen getragenen faktischen Beweislast mit der Konsequenz, dass die Unaufklärbarkeit des Vorliegens eines Verstoßes gegen rechtsstaatliche und menschenrechtliche Mindeststandards bei der Beweiserhebung durch den ausländischen Staat zur Annahme eines Beweisverwertungsverbotes führen

würde und das Risiko der Unaufklärbarkeit des Vorliegens eines solchen Verstoßes in diesem Sinne allein von den Strafverfolgungsbehörden zu tragen wäre, scheint die vom BGH geforderte Berücksichtigung der Verkürzung der Beweisgrundlage durch staatliche Geheimhaltungsmaßnahmen im Rahmen der Gesamtbeweiswürdigung vorzugswürdig. Sie steht im Einklang mit dem Grundsatz, dass es für die Frage der Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren, das durch die mit staatlichen Geheimhaltungsmaßnahmen verbundenen Beschränkungen der Verteidigungsrechte unmittelbar berührt ist, auf die Wahrung der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit ankommt,¹⁶² die sich nur aus einer Abwägung der widerstreitenden Interessen und aller relevanten Aspekte ergeben kann.¹⁶³ Dieses abwägende, das Verfahren in seiner Gesamtheit würdigende Vorgehen entfernt sich klar von einer starren, dem Strafprozess grundsätzlich fremden¹⁶⁴ Beweislastverteilung, auf deren Grundlage bei objektiver Unaufklärbarkeit der Umstände der Beweiserhebung durch den ausländischen Staat eine bereits vorgegebene Entweder-oder-Entscheidung getroffen wird. Stattdessen ermöglicht sie eine umfassende Würdigung und Abwägung aller konfligierenden Interessen, zu denen neben den Strafverfolgungsinteressen des Staates und den Verteidigungsrechten des Betroffenen insbesondere auch die Geheimhaltungsinteressen der Exekutive zählen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur kompletten Unzugänglichkeit eines ggf. wesentlichen Entlastungszeugen und seiner Aussagen infolge staatlicher Verweigerung von Aussagegenehmigungen und Sperrerklärungen bzgl. der überlassenen Vernehmungsunterlagen¹⁶⁵ müsste der Tatrichter bei der abschließenden Beweiswürdigung in seine Erwägungen die Möglichkeit einbeziehen, dass die staatlicherseits vorenthaltenen Informationen zu den Umständen der Beweiserhebung die Rechtsstaats- und Menschenrechtswidrigkeit der Erlangung der Beweismittel ergeben hätten und diese deshalb unverwertbar gewesen wären.¹⁶⁶ Diese Möglichkeit hätte er sodann dem übrigen Beweisergebnis gegenüberzustellen und auf dieser Grundlage ggf. unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes zu bewerten, ob die verbleibenden verwertbaren Beweismittel die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten auch alleine tragen.¹⁶⁷ Grundsätzlich wäre im Rahmen der auf dieser Grundlage

¹⁵⁸ BGH, Urte. v. 4.3.2004 – 3 StR 218/03, Rn. 18; vgl. BGH, Urte. v. 11.2.2000 – 3 StR 377/99 = NStZ 2000, 265 (266 f.); siehe auch BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 = NStZ 2000, 151 (153).

¹⁵⁹ Siehe Lödden/Makepeace, StV 2026, 441 (447) und LG Memmingen, Urte. v. 21.8.2023 – 1 Kls 401 Js 10121/22, Rn. 86, die sich jeweils auf Urteile des EGMR zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation (EGMR [GK], Urte. v. 5.2.2008 – 74420/01 [Ramauskas v. Litauen]; EGMR, Urte. v. 23.10.2014 – 54648/09 [Furcht v. Deutschland]) berufen.

¹⁶⁰ Meyer (Fn. 157), Verfahrensrecht Rn. 254 m.w.N.; Wenzel, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 11; siehe z.B. aus der Rspr. EGMR, Urte. v. 9.11.2006 – 7615/02 (Imakayeva v. Russland), Rn. 123 f.; EGMR, Urte. v. 31.5.2005 – 27601/95 (Toğcu v. Türkei), Rn. 95; EGMR, Urte. v. 24.3.2005 – 21894/93 (Akkum u.a. v. Türkei), Rn. 211 f.

¹⁶¹ BGH, Urte. v. 4.3.2004 – 3 StR 218/03, Rn. 18; vgl. BGH, Urte. v. 11.2.2000 – 3 StR 377/99 = NStZ 2000, 265 (266 f.); siehe auch BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 = NStZ 2000, 151 (153).

¹⁶² Zu diesem Grundsatz siehe nur beispielhaft EGMR, Entsch. v. 17.11.2005 – 73047/01 (Haas v. Deutschland), Rn. 80 f. m.w.N. = NJW 2006, 2753 (2755); BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10, Rn. 112 m.w.N. = NJW 2012, 907 (909); BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, Rn. 68 f.; EGMR (GK), Urte. v. 25.3.1999 – 25444/94 (Pélissier und Sassi v. Frankreich), Rn. 46 = NJW 1999, 3545 (3545 f.); BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 29 = NStZ 2013, 596 (598).

¹⁶³ Siehe EGMR, Urte. v. 16.2.2000 – 28901/95 (Rowe und Davis v. Vereinigtes Königreich), Rn. 61.

¹⁶⁴ Trüg/Habetha, NStZ 2008, 481 (487); Volk/Engländer (Fn. 129), § 18 Rn. 22 ff.

¹⁶⁵ BGH, Urte. v. 4.3.2004 – 3 StR 218/03, Rn. 14 f.

¹⁶⁶ Vgl. BGH, Urte. v. 4.3.2004 – 3 StR 218/03, Rn. 25.

¹⁶⁷ Vgl. BGH, Urte. v. 4.3.2004 – 3 StR 218/03, Rn. 25.

vorzunehmenden umfassenden Abwägung etwa zu berücksichtigen, dass dem deutschen Strafprozessrecht eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten weitestgehend fremd ist,¹⁶⁸ eine Verkürzung der Beweisgrundlage und damit der Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts bei der Ermittlung der Wahrheit aber den Anspruch des Betroffenen auf ein faires Verfahren beeinträchtigen kann und einer ausreichenden Kompensation bedarf¹⁶⁹. Zudem wäre in die Erwägungen mit einzubeziehen, ob die staatlichen Geheimhaltungsinteressen nur angebliche sind oder substantiiert begründet wurden, da nach der Rechtsprechung des BVerfG die Behörden den Gerichten Beweismittel nicht ohne Angabe von Gründen vorzuenthalten dürfen, sondern sie vielmehr in die Lage versetzen müssen, die Unumgänglichkeit der Geheimhaltung zu prüfen.¹⁷⁰ Speziell in der ANOM-Konstellation, in der eine komplette Geheimhaltung des Beweiserhebungsverfahrens in Rede stand, wäre überdies der Konflikt mit dem Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG und der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG als seiner besonderen Ausprägung zu berücksichtigen gewesen, der aus der vollständigen Unüberprüfbarkeit der Beweiserhebung für den Betroffenen folgt.¹⁷¹

In nun geführten Strafverfahren, in denen die Verwertung von ANOM-Daten in Rede steht, wird eine Kompensation der objektiven Unaufklärbarkeit des Vorliegens der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbotes hinsichtlich der ANOM-Daten im Rahmen der Beweiswürdigung in der vorstehend beschriebenen Art allerdings nicht mehr notwendig sein. Auf der Grundlage der jetzt allgemein und damit auch gerichtsbekannten Tatsachen zur Erlangung der ANOM-Daten¹⁷² dürften die Gerichte vielmehr selbst bei Annahme der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes jedenfalls genügend Anlass sehen, die Umstände der Beweiserhebung genau zu klären und speziell der Frage nachzugehen, ob die Erhebung der ANOM-Daten unter Verstoß gegen rechtsstaatliche Mindeststandards erfolgt ist. Dass dies der Fall ist, dürften sie auf der Grundlage der nun vorliegenden Erkennt-

nisse feststellen können.¹⁷³ In aktuellen und künftigen Verfahren dürfte damit ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der ANOM-Daten schon aufgrund eines tatsächlich festgestellten Verstoßes gegen den *ordre public* greifen.

¹⁶⁸ Siehe z.B. *Hauschild*, in: Kudlich (Fn. 155), § 105 Rn. 38; *Monka*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.7.2026, § 136a Rn. 33; *Fahl*, NSTZ 2021, 261 (262); für Ausnahmen, in denen in der Rspr. eine Fernwirkung angenommen wurde, siehe z.B. BGH, Urt. v. 18.4.1980 – 2 StR 731/79 = BGHSt 29, 244 (247); OLG Köln, Beschl. v. 15.12.1978 – 3 Ws 234/78 = NJW 1979, 1216 (1217).

¹⁶⁹ BGH, Urt. v. 4.3.2004 – 3 StR 218/03, Rn. 20, 22; EGMR, Urt. v. 16.2.2000 – 28901/95 (*Rowe und Davis v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 61.

¹⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 – 2 BvR 215/81, Rn. 74; im ANOM-Verfahren fehlte es an einer Begründung der Geheimhaltung, siehe nochmals oben Fn. 149.

¹⁷¹ *Lödden/Makepeace*, StV 2026, 441 (447); siehe auch LG Memmingen, Urt. v. 21.8.2023 – 1 KLS 401 Js 10121/22, Rn. 84.

¹⁷² Siehe nochmals umfassend *Lödden/Makepeace*, StV 2026, 441 (442 ff.).

¹⁷³ Siehe *Lödden/Makepeace*, StV 2026, 441 (447).

B u c h r e z e n s i o n

Kai Ambos, Staatsräson nach Gaza, Das deutsch-israelische Verhältnis und das Völkerrecht, Campus Verlag, Frankfurt am Main/New York, 2026, 359 S., € 32,-.

I. Es gibt wenige Situationen, die das bundesrepublikanische Selbstverständnis als Staat, der das Völkerrecht und auch das Völkerstrafrecht uneingeschränkt befürwortet, die internationalen Institutionen unterstützt und sich aktiv an der progressiven Entwicklung des Rechts beteiligt, so sehr in Frage gestellt haben wie das – durch den grausamen, verbrecherischen und völkerrechtswidrigen Überfall der Hamas auf Israel mit über 1.200 Toten, tausenden Verletzten und über 240 verschleppten Geiseln am 7. Oktober 2023 ausgelöste – Vorgehen Israels in Gaza. Wer verstehen will, weshalb sich die Repräsentanten Deutschlands so schwer damit tun, Verletzungen des Völkerrechts in Gaza klar als solche zu benennen und diplomatische wie politische Maßnahmen zu ergreifen, um diese zu adressieren, muss sich mit der historisch bedingten besonderen Beziehung Deutschlands zum Staat Israel (Stichwort: Staatsräson) auseinandersetzen. Vor diesem Hintergrund lässt sich das Agieren Deutschlands im In- und Ausland (repressives Vorgehen gegen Demonstranten, Verschärfungen des Aufenthalts-, Staatsangehörigkeits- und Strafrechts, Kritik an UN-Repräsentanten, selektive Distanz zum Internationalen Strafgerichtshof, bedingungslose Unterstützung Israels) verstehen, einordnen und konstruktiv kritisieren. Dies bedeutet keineswegs, dass die 2008 von der damaligen Bundeskanzlerin Angela Merkel in ihrer Rede vor der Knesset formulierte „Staatsräson“ nicht kritisch hinterfragt werden sollte, zumal sie derzeit einerseits als konturenloses Schlagwort erscheint, dessen Inhalt stark von Sprecher und Kontext abhängt, andererseits jedoch durch schrittweise Verrechtlichung die Rechtsanwendungspraxis in verschiedenen Bereichen beeinflusst. Doch die bloße Kritik bleibt blass, wenn sie nicht zugleich Angebote dafür unterbreitet, wie das deutsch-israelische Verhältnis jenseits der Staatsräson-Doktrin ausgestaltet werden kann. An genau diesen Balanceakt – und angesichts der polarisierten öffentlichen Debatte muss man das Vorhaben als solches bezeichnen – wagt sich *Kai Ambos* mit seinem neuen Buch, das kenntnisreich und auf umfangreiche Quellenauswertung gestützt nicht nur dem Begriff der Staatsräson nachspürt, ihre Verrechtlichung und die damit verbundenen Probleme erörtert sowie die komplexen völkerrechtlichen Fragen im Kontext des Gaza-Krieges adressiert.

II. Das Buch ist, gerahmt durch Vorwort und Schlussfolgerungen, in elf Kapitel unterteilt, wobei der eigentliche Text bereits auf S. 169 endet; mehr als die Hälfte des 359-seitigen Bandes entfällt auf Anhang, Literaturverzeichnis und umfangreiche Nachweise. Die elf Kapitel verteilen sich auf zwei Teile, von denen der erste primär der Staatsräson als Konzept und der zweite der völker(straft)rechtlichen Bewertung der Situation in Gaza und damit zusammenhängender Rechtsfragen gewidmet sind. Dies führt dazu, dass das Buch sich tatsächlich liest wie zwei – für sich betrachtet sehr grundlegende – Essays, die man mit „Staatsräson“ und „Gaza“ bezeichnen könnte. Der eine („Staatsräson“) blickt dann auch

eher auf die innerstaatliche Debatte, während der andere („Gaza“) beinahe gutachterlich durchmustert, wie das Vorgehen Israels in Gaza völkerrechtlich und vor allem völker(straft)rechtlich einzuordnen ist und welche Konsequenzen aus der rechtlichen Bewertung folgen. Diese Zweiteilung verdeutlicht, dass sich ganz unabhängig von der völkerrechtlichen Bewertung des israelischen Vorgehens die Frage stellt, wie die Verrechtlichung einer zunächst als politisches Statement formulierten Staatsräson (die in dieser Form freilich nur für Israel statuiert worden ist) mit all ihren Auswirkungen auf die Grund- und Menschenrechte im Inland eigentlich zu bewerten ist. Zugleich ermöglicht sie es, die spezifische, im Lichte der Kriegsführung in Gaza formulierte Kritik am Staatsräson-Konzept durch eine völkerrechtlich präzise Analyse zu fundieren. Dass diese unterschiedlichen Perspektiven zwischen zwei Buchdeckeln gebündelt worden sind, erscheint wiederum sinnvoll, weil auf diese Weise Wechselwirkungen sichtbar werden und ein Gesamtbild der Debatte entsteht.

III. 1. Die ersten beiden Kapitel setzen sich kritisch mit dem Konzept der Staatsräson auseinander und bilden den Rahmen für die weitere Diskussion. Staatsräson darf im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes weder Grund- und Menschenrechte noch sonstiges Verfassungs-, Unions- oder Völkerrecht relativieren; ihren Platz hat sie allenfalls „als *rein politische* (rechtlich unverbindliche) Doktrin“ (S. 22 – *Hervorhebung im Original*), als ein Orientierungssatz, an dem sich staatliches Handeln ausrichten soll, freilich eingeeignet durch Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht (S. 23).

2. Das dritte Kapitel widmet sich dann dem Kern des Staatsräson-Komplexes: die von Angela Merkel formulierte Staatsräson im Blick auf Israel. Diese ist insofern atypisch, als der Staatsräson im Kern das eigennützige Interesse eines Staates an der Wahrung der eigenen Souveränität zugrunde liegt, während die „deutsche Staatsräson“ in der Formulierung Merkels letztlich fremdnützig erscheint. Diese Fremdnützigkeit ist nach *Ambos* ein „idealisierte[s] Narrativ des politischen Mainstreams in Deutschland“, das einer genaueren Prüfung nicht standhalte (S. 25). Die frühe Annäherung zwischen der Bundesrepublik und Israel, nur wenige Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs, deutet *Ambos* vielmehr als Implementierung einer beiderseits eigennützigen Staatsräson. Israel gab dem Interesse an einer Stabilisierung des jungen Staates, dem der Abschluss des Wiedergutmachungsabkommens mit der Bundesrepublik diene, Vorrang gegenüber dem von der Shoah ausgehenden „Bann“ gegenüber Deutschland, während die Bundesrepublik sich moralische Reputation und Westintegration erhoffte (S. 25–27). Merkels „Staatsräson“ stelle sich daher als Neuerfindung und fremdnützige Umdeutung dar; ein Kontinuum deutscher Außenpolitik sei insofern nicht feststellbar (S. 27). In der Tat dürfte eine „außenpolitische Kontinuität“ im Sinne einer fremdnützigen Staatsräson Deutschlands zugunsten Israels von der Ära Adenauer bis zur Gegenwart nicht feststellbar sein. Die vier Jahrzehnte zwischen der Aufnahme diplomatischer Beziehungen und Merkels Adaption werden allerdings stark verdichtet. In der Zwischenzeit ist auch im deutsch-israelischen Verhältnis einiges passiert. Ob sich die These vom „vorrangig“ eigennützig motivierten Umgang Deutsch-

lands mit Israel auch für die Phase nach dem Ende der Ära Adenauer und vor allem für die Zeit nach dem Ende des Kalten Krieges halten lässt, erscheint nicht selbstverständlich.

3. Im vierten Kapitel wendet sich *Ambos* der Verrechtlichung der Staatsräson zu, die er anhand ausgewählter Beispiele nachzeichnet. Die Beispiele sind gut gewählt und zeigen, dass die Staatsräson in unterschiedlichen Rechtsbereichen in Stellung gebracht wird, um bestimmte Rechtsverstärkungen, Exekutivhandeln und gerichtlich gefundene Auslegungsergebnisse zu rationalisieren. Im Mittelpunkt stehen das Versammlungs-, Aufenthalts-, Staatsangehörigkeits- und Strafrecht. Dabei verdeutlicht der Text anschaulich, welche ausgreifenden Folgen die unreflektierte Berufung auf die Staatsräson zeitigt. Deutlich wird aus den Ausführungen aber auch: Exekutive Übergriffe werden regelmäßig justiziell eingeeht, entsprechende Bescheide von den Verwaltungsgerichten kassiert oder Strafverfahren mit Freisprüchen abgeschlossen. Das wiederum ist aus einer rechtsstaatlichen Perspektive beruhigend. Die von *Ambos* beschriebene Kriminalisierungstendenz von Sicherheits- und Ordnungsbehörden, denen die Staatsräson ein Argumentationsmuster bietet, findet in der Justiz jedenfalls nicht ohne Weiteres Unterstützung. Im Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts zeigen sich aber auch hier erste (und besorgniserregende) Brüche (S. 39 ff.) und auch im Strafrecht gibt es eine obergerichtliche Tendenz, jedenfalls die Parole „From the river to the sea“ in bestimmten Kontexten für strafbar zu halten (S. 46). Aus *Ambos*' Ausführungen folgt die wichtige Einsicht, dass insbesondere die straf- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ein überzeugendes Verständnis des Begriffs „Antisemitismus“ entwickeln müssen, weil sowohl das Strafzumessungsrecht (§ 46 Abs. 2 S. 2 StGB) als auch das Ausweisungsrecht (§ 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG) an eine „antisemitische“ Tatmotivation anknüpfen, um einerseits eine Strafschärfung, andererseits die Aufenthaltsbeendigung zu begründen. Wird hier unter Rückgriff auf die „Staatsräson“ letztlich Antisemitismus mit (auch scharfer, undifferenzierter und polemischer) Israelkritik gleichgesetzt, gerät das eigentlich berechnete Anliegen, Antisemitismus konsequent zu begegnen, rasch in verfassungsrechtlich bedenkliches Fahrwasser.

Eine gewisse Spannung resultiert aus der Einleitung dieses Kapitels, in dem *Ambos* die Staatsräson als „Zivilreligion“ mit den Antisemitismusbeauftragten und ihren politischen Gefolgsleuten als ihre ‚Hohepriester‘ sowie den Polizei- und Ordnungsbehörden, einschließlich des Verfassungsschutzes, als ihren ‚Truppen‘ beschreibt (S. 31). Denn das gezeichnete Bild setzt einen Rahmen, der differenzierte Kritik erschwert, weil ein (empirisch jedenfalls näher zu belebendes) homogenes und koordiniertes Vollzugsgeschehen suggeriert wird. In der Sache beschreibt *Ambos* in diesem Kapitel jedoch weniger den schlichten Vollzug eines Glaubenssatzes als vielmehr, wie und in welchem Umfang die Staatsräson in problematischer Weise handlungs- und entscheidungsleitend geworden ist, gar so weit, dass mitunter eine gründliche Abwägung unter Verweis auf die Staatsräson ersetzt wird. Um dies für sich betrachtet problematische Vorgehen aufzuzeigen, bedarf es der religiös-militärischen Metapher nicht, die zwar kraftvoll daherkommt, aber doch zu pau-

schal erscheint.

4. Das fünfte und letzte Staatsräson-Kapitel widmet sich offenen Fragen. Aufgezeigt wird unter Rückgriff auf die Ausführungen der vorangegangenen Kapitel sehr eindrücklich, dass Inhalt und Geltungsgrund der Staatsräson heute unklarer sind als je zuvor (S. 53). Auch das Verhältnis zwischen Staatsräson und Schutz von Juden außerhalb Israels ist und bleibt nicht nur ungeklärt; die Fokussierung auf die Sicherheit Israels führt vielmehr zu einer Vermengung und Gleichsetzung des Schutzes von Juden mit dem Schutz des jüdischen Staates (S. 53). *Ambos* legt den Finger aber auch in die Wunde, wenn er gezielt die Frage stellt, wie weit die Staatsräson eigentlich reicht und ob sie nicht in letzter Konsequenz bedeuten müsste, dass deutsche Soldaten für Israel „kämpfen“ (S. 54). Dass sie so weit wohl nicht reichen soll, scheint politisch konsentiert. *Ambos* scheint mit Moshe Zimmermann auch eher ein Drängen auf eine gerechte Verhandlungslösung als einzig sinnvolle Umsetzung des Sicherheitsversprechens anzusehen (S. 55). Erwähnenswert ist ferner *Ambos*' These, die historisch-moralische Verantwortung für die Shoah treffe persönlich die Nachkommen der Tätergeneration, nicht aber nach 1945 erst zugewanderte Menschen (S. 54). Überzeugend ist daran zunächst die Trennung zwischen nicht vererbbarer Schuld und den allgemeinen Pflichten zur Verfassungstreue, die *Ambos* ausdrücklich auch Zugewanderten abverlangt. Diskussionsbedürftig bleibt allerdings, ob historisch-moralische Verantwortung ausschließlich an die eigene Abstammung geknüpft werden kann. Wird das Grundgesetz als Antwort auf den NS-Unrechtsstaat verstanden, lässt sich jedenfalls fragen, ob aus der Zugehörigkeit zum Verfassungsstaat eine von Abstammung unabhängige staatsbürgerliche Mitverantwortung für den Schutz jüdischen Lebens folgt.

5. Sodann leitet *Ambos* zum zweiten Teil der Untersuchung über und wirft die Frage auf, wo die völkerrechtlichen Grenzen der Staatsräson im Konkreten zu ziehen sind (S. 55). Wenn Staatsräson nur im Rahmen des Völkerrechts existieren kann, hängt der künftige Umgang mit Israel (Stichwort: bedingungslose Unterstützung) letztlich davon ab, inwieweit Israels Vorgehen in Gaza sich noch im Rahmen des Völkerrechts hält (S. 55). Der mit „Gaza und das Völkerrecht“ überschriebene zweite Teil beginnt mit „Vorbemerkungen“ (Kapitel VI). Hier wird zunächst noch einmal aufgezeigt, dass „blinde Solidarität“ (S. 59) mit Israel auch im Angesicht der Völkerrechtsverbrechen der Hamas am 7. Oktober 2023, die *Ambos* klar als solche benennt (bis hin zur zutreffenden Charakterisierung als möglicherweise genozidal), an Grenzen stoßen muss. *Ambos* sieht sich in dieser von ihm früh geäußerten Warnung bestätigt (S. 60). Sodann schichtet er die unterschiedlichen – von ihm näher untersuchten – Ebenen ab und formuliert den Anspruch, die Komplexitäten einerseits sichtbar machen zu wollen, ohne den Text (und wohl auch das Publikum) mit juristischen Detailfragen zu überfordern (S. 61). Dabei ist auch die zweite Vorbemerkung wichtig. Die Situation in Gaza kann nach wie vor nur auf unsicherer Tatsachengrundlage (S. 61 ff.) und daher (bis zur Zulassung unabhängiger Fact-Finding-Missions durch Israel) nicht abschließend bewertet werden – das offenzulegen ist richtig und wichtig. *Ambos* stützt sich vor allem auf den Bericht der UN-

Untersuchungskommission zum besetzten palästinensischen Gebiet, NGO-Berichte sowie – als zentrale Quelle – auf 23 Briefe und Stellungnahmen israelischer Völkerrechtler. Letzteren misst er besondere Bedeutung zu, „weil es sich bei den Autoren um unabhängige und mit der Situation vor Ort vertraute Wissenschaftler handelt, die – als israelische Staatsbürger – die israelische Politik und Kriegsführung jedenfalls nicht ungebührlich kritisieren würden“ (S. 64). Inwieweit sich diese Annahme validieren lässt, bleibt offen. In Ermangelung unabhängiger In-situ-fact-findings ist diese Materialauswahl aber gut vertretbar und aufgrund der Offenlegung der herangezogenen Quellen auch sehr transparent.

6. Das siebte Kapitel behandelt die „Vorfrage“ nach dem Status von Gaza und Palästina. Ambos schließt sich hier der „Mittelposition“ des Internationalen Gerichtshofs an, der davon ausgeht, dass jedenfalls seit dem 12. September 2005 (Abzug der israelischen Streitkräfte und Siedler aus Gaza) und bis zum 7. Oktober 2023 Israel keine *vollständige effektive*, sondern eine *abgestufte effektive* Kontrolle über Gaza ausgeübt habe und in diesem Umfang auch nach dem Völkerrecht verpflichtet geblieben sei. Der Angriff der Hamas vom 7. Oktober 2023 stelle sich aber mangels vollständiger Besatzung nicht als Angriff auf die Besatzungsmacht innerhalb des besetzten Gebiets dar, sondern als Angriff eines nicht-staatlichen Akteurs von palästinensischem Gebiet gegen Israel (S. 66).

7. Daran schließt sich im achten Kapitel eine konzise Auseinandersetzung mit dem völkerrechtlichen Gewaltverbot und dem Selbstverteidigungsrecht Israels an. Insofern gelangt Ambos zum gut vertretbaren (wenn auch nicht unstreitigen) Ergebnis, dass Israel gegenüber dem Angriff der Hamas (die als nicht-staatlicher Akteur ihrerseits allerdings nicht an das Gewaltverbot gebunden ist [S. 68]) zwar ein Recht auf Selbstverteidigung (Art. 51 UNCh) habe geltend machen können (S. 69 ff.), das die Verletzung des – für Israel auch in Bezug auf palästinensisches Gebiet geltende – Gewaltverbots nach Art. 2 Abs. 4 UNCh gerechtfertigt habe. Hervorzuheben ist, dass Ambos eine Frage behandelt, die in der deutschen Debatte oftmals zu kurz kommt: Nämlich die, ob das Selbstverteidigungsrecht überhaupt Anwendung finden kann. Während zahlreiche Stellungnahmen dies schlicht voraussetzen, zeigt Ambos auf, dass es sich um eine durchaus schwierige Rechtsfrage handelt (S. 69 ff.), die er im Ergebnis aber bejaht. Ambos zeigt aber auch die Grenzen des Verteidigungsrechts auf (S. 72 ff.). So seien zwar die Zerschlagung der militärischen Infrastruktur der Hamas, sodass sie keine existenzielle Bedrohung für Israel mehr darstelle, und die Befreiung der Geiseln legitime Verteidigungsziele; die Grenze werde aber überschritten, wenn unrealistische Kriegsziele, wie die totale Zerstörung der Hamas, verfolgt würden. Gleiches gelte für unrechtmäßige Kriegsziele (Vertreibung, Wiederbesetzung, Annexion). Eine zweite Grenze markiert der völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (S. 74 ff.), wobei die Verteidigungshandlung im Verhältnis zum durch den Angriff angerichteten Schaden und zur weiterhin bestehenden Gefahr stehen muss. In der Praxis kann es Schwierigkeiten bereiten, zu bestimmen, wann diese Grenzen jeweils überschritten werden. Für eine Unverhältnismäßigkeit des israelischen Vorgehens in Gaza sprechen nach Ambos vor

allem die extrem hohen Opferzahlen auf palästinensischer Seite, die insoweit ein gewichtiges Indiz bilden, und auch die in (israelischen) Sicherheitskreisen geteilte Einschätzung, dass die Hamas ab Ende 2024 keine relevante Sicherheitsbedrohung mehr dargestellt habe (S. 75 f.). Zu einem anderen Ergebnis gelangt, wer auch die Totalvernichtung der Hamas als Organisation für ein legitimes Verteidigungsziel hält. Das führte allerdings zu einem nahezu unbegrenzten Recht auf militärische Gewalt infolge eines bewaffneten Angriffs; mit dem Friedenssicherungsziel der UN-Charta wäre diese Position nur schwer in Einklang zu bringen.

8. Das neunte Kapitel führt in das *ius in bello*, also das Kriegsvölkerrecht, ein und gibt einen auch für fachfremde Leser gut verständlichen Überblick über das humanitäre Völkerrecht und dessen Grundregeln. Auch die völkerrechtlich mitunter sehr intrikate Frage nach der Klassifikation des Konflikts wird adressiert (S. 81). Im Weiteren werden die drei zentralen Grundsätze des humanitären Völkerrechts (Unterscheidungsgrundsatz, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Vorsorgegrundsatz) erläutert, die Prinzipien der Menschlichkeit und Notwendigkeit (*military necessity*) eingeführt (S. 81 ff.). Verstöße gegen diese Grundsätze können den Tatbestand von Kriegsverbrechen erfüllen. Ambos zeigt auf, dass es insoweit deutliche Anhaltspunkte für die Begehung von Kriegsverbrechen – begangen durch Angehörige der IDF – gibt, die vor allem aus der Verletzung des Unterscheidungs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes resultieren (S. 84 ff.). Aber auch Anhaltspunkte für eine Missachtung des Vorsorgeprinzips durch Maximierung ziviler Schäden einerseits sowie eine missbräuchliche Umsetzung des Vorsorgegrundsatzes andererseits, insbesondere bezogen auf unzulässige Evakuierungen der Zivilbevölkerung, die als Vertreibung und damit als Kriegsverbrechen zu bewerten sein können, sind vorhanden (S. 97 ff.).

Der letzte Abschnitt des Kapitels adressiert „sonstige Fragen“ (IX. 4.). Hier geht Ambos zunächst (IX. 4. 1.) näher auf die mangelnde Versorgung der Zivilbevölkerung mit lebenswichtigen Gütern ein und zeigt zum einen die rechtlichen Rahmenbedingungen auf; zum anderen legt er dar, dass auch das Anliegen, der Hamas keine militärisch nutzbaren Güter zur Verfügung zu stellen, es nicht rechtfertigt, die Zivilbevölkerung vollständig von der Versorgung abzuschneiden (S. 102 ff.). Anschaulich legt er dar, welche gravierende negative Auswirkungen dieses Vorgehen hatte und dass es Zivilisten das Leben gekostet hat (S. 112). Sodann wird das Kriegsverbrechen des Aushungerns der Zivilbevölkerung thematisiert (S. 113 ff.). Dieser Tatbestand ist bislang in der Rechtspraxis unangewendet geblieben, dürfte aber im Verfahren gegen Netanyahu und Gallant vor dem IstGH eine zentrale Rolle spielen (S. 114). Denn eine „Totalblockade bzw. Belagerung eines bestimmten Gebiets, wie sie von Israel mehrfach über Gaza verhängt wurde, kann grundsätzlich gegen dieses Verbot verstoßen und auch das [...] Kriegsverbrechen verwirklichen“, auch wenn es natürlich auf die Umstände des Einzelfalls ankommt (S. 113). Als problematisch erweisen sich insoweit vor allem die Anforderungen an die innere Tatseite, weil ungeklärt ist, ob der Täter das Aushungern bezwecken (also beabsichtigen) muss oder ob es genügt, dass lebensnotwendige Güter entzogen werden und der Täter dabei weiß

oder gar nur vorhersehen kann, dass die Zivilbevölkerung dadurch ausgehungert wird (S. 113 f.). Aber auch die Frage, ob das Verhalten Israels nicht doch durch militärische Notwendigkeit gerechtfertigt gewesen ist, ist noch nicht vollständig geklärt (S. 116).

Im Anschluss an diese Ausführungen widmet sich *Ambos* der Problematik „menschlicher Schutzschilde“ (IX. 4. 2.). Auf dieses Phänomen wird immer wieder verwiesen, um die hohen Opferzahlen in Gaza zu erklären (S. 116): „Das ist in dieser Form nicht haltbar.“ Entscheidend ist, dass Zivilisten ihren Schutzstatus nicht verlieren, wenn eine Partei sie (völkerrechtswidrig und strafbar) als Schutzschild einsetzt. Ob dies in Gaza aber überhaupt passiert, ist nach *Ambos*' Darstellung nicht so klar, wie oftmals angenommen (S. 119). Dieser Befund darf freilich als kontrovers gelten. Im letzten Abschnitt dieses längsten Kapitels des gesamten Buches geht es um die Berichte zur unmenschlichen Behandlung beziehungsweise Folter und zum Tod palästinensischer Gefangener in israelischer Haft (IX. 4. 3.). Dass entsprechende Misshandlungen dem humanitären Völkerrecht und dem gewohnheitsrechtlich (als *ius-cogens*-Norm) geltenden Folterverbot zuwiderlaufen, wird klar herausgearbeitet (S. 120).

9. Das zehnte Kapitel ist dann schließlich der Frage nach Menschlichkeitsverbrechen und – wohl dem heikelsten Punkt – dem Genozid-Vorwurf gewidmet. Erneut werden die Taten der Hamas am 7. Oktober 2023 klar als Menschlichkeitsverbrechen benannt (S. 123). Hinsichtlich des Verhaltens Israels steht insbesondere die Abriegelung Gazas und die Verhinderung wirksamer humanitärer Hilfe im Mittelpunkt der Betrachtung (Stichwort: Aushungern). Insoweit geht es im Schwerpunkt um die Menschlichkeitsverbrechen (S. 123 f.) der Tötung (Art. 7 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut), der Ausrottung (Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut) und der Verfolgung (Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut) sowie um einen Genozid in mehreren Tatbestandsvarianten des Art. 6 IStGH-Statut (S. 130).

Hinsichtlich des Völkermord-Tatbestandes führt *Ambos* zunächst allgemein in diesen ein und stellt heraus, dass der besondere Unrechtsgehalt der Taten durch die Absicht der Zerstörung einer nationalen, ethnischen, rassischen oder religiösen Gruppe „als solche ganz oder teilweise“ gekennzeichnet wird (S. 125). Daraus folgt freilich zugleich, dass es auf das Vorliegen eben dieser *Absicht i.e.S.* ankommt, also ein zweckgerichtetes Verhalten erforderlich ist und auch nachgewiesen werden muss (S. 125). Dies führt zum Problem des prozessualen Nachweises, dem *Ambos* einen eigenen Abschnitt widmet (S. 126 ff.). Gerade weil es oftmals an direkten Beweisen für eine genozidale Absicht fehlen wird, ist vor Gericht entscheidend, inwieweit aus objektiven Indizien Schlüsse hinsichtlich der subjektiven Vorstellung der Täter gezogen werden können (S. 126). Der IGH hat bislang eine restriktive Linie vorgegeben und einen Schluss auf das Vorliegen der Zerstörungsabsicht auf Grundlage objektiver Umstände nur dann zugelassen, wenn es sich um die einzig vernünftige Schlussfolgerung handelt. Aktuell wird darum gerungen (und zwar gleich in zwei vor dem IGH anhängigen Verfahren), wie dieser Maßstab zu verstehen ist (S. 129).

Bezüglich der Situation in Gaza arbeitet *Ambos* dann nüchtern heraus, dass die Verwirklichung der äußeren Tatsei-

te (der objektive Tatbestand in deutscher Diktion) des Genozidtatbestands hinsichtlich der oben genannten Tatbestandsvarianten „mit Blick auf die umfassend dokumentierten Feststellungen [...] sehr plausibel“ sei (S. 130 f.). Mehr noch: „Man wird insoweit sogar von mehr als einem begründeten Verdacht, evtl. sogar von einer – für eine strafrechtliche Verurteilung notwendigen – Überzeugung jenseits vernünftiger Zweifel, ausgehen können.“ (S. 130 f.).

Im Blick auf die Zerstörungsabsicht gegenüber der Gruppe der Palästinenser muss zwischen den agierenden Einzelpersonen als Tätern und dem Staat Israel differenziert werden (S. 131). Für erstere kommt eine (völker-)strafrechtliche individuelle Verantwortlichkeit in Betracht; für Israel steht die Frage im Raum, ob eine Staatenverantwortlichkeit für Verstöße gegen die Völkermordkonvention (die zwingendes Völkergewohnheitsrecht kodifiziert) besteht. Eine solche setzt voraus, dass die genozidale Absicht Einzelner dem Staat zuzurechnen ist. Wenn staatliche Repräsentanten in hoheitlicher Funktion agieren, ist eine Zurechnung grundsätzlich möglich (S. 131 mit Anm. 1033). Hervorzuheben ist, dass *Ambos* die Schwierigkeiten offenlegt, die es bereitet, „die erforderliche *genozidale Absicht* zu begründen“ (S. 131 – *Hervorhebung* im Original). Die vorliegenden objektiven Indizien werden (orientiert am Bericht der UN-Untersuchungskommission) eindrücklich aufgezählt. Herangezogen werden auch die Positionen von B'Tselem, einer israelischen Menschenrechtsorganisation, und die Stellungnahmen israelischer Völkerrechtler. Im Ergebnis konstatiert *Ambos*, dass „zumindest der begründete Verdacht einer genozidalen Absicht“ bestehe (S. 135), aber eben auch, dass man „zu der gerichtlich erforderlichen Überzeugung jenseits vernünftiger Zweifel [...] von einer reinen Außenperspektive – ohne eine umfassende (gerichtliche) Beweisauswertung und -würdigung – nicht gelangen“ kann (S. 135).

Diese zurückhaltende Schlussfolgerung überzeugt. Alternative Kriegsziele übersieht *Ambos* nicht; er weist vielmehr zutreffend darauf hin, dass die militärische Zerstörung der Hamas oder die Befreiung der Geiseln neben einer genozidalen Absicht bestehen können (S. 135). Diskussionsbedürftig bleibt allerdings die Gewichtung der von ihm ebenfalls genannten Gegenindizien, insbesondere zeitweiliger Kampfunterbrechungen und der Wiederaufnahme humanitärer Hilfe. Das Verdienst des Kapitels liegt jedenfalls darin, dass *Ambos* den Genozidverdacht weder apodiktisch bejaht noch verwirft, sondern die vorhandenen Indizien zusammenträgt und die Limitationen einer Beweiswürdigung auf unsicherer Tatsachengrundlage offenlegt.

10. Das elfte Kapitel fragt nach den rechtlichen Konsequenzen aus den vorangegangenen Befunden (begründeter Verdacht bezüglich gravierender Völkerrechtsverletzungen, einschließlich der Begehung von Völkerrechtsverbrechen) und insbesondere der Verantwortlichkeit Deutschlands. Eine Beihilfe zu völkerrechtlichem Unrecht kann unter den einschlägigen Zurechnungsvoraussetzungen selbst völkerrechtswidrig sein (S. 137). In den Blick rücken dabei insbesondere die deutschen Waffenlieferungen (S. 140 ff.). *Ambos* befasst sich eingehend mit dem deutschen Kontrollregime und adressiert auch die Kritik an diesem (S. 143 ff.). Gerade auch an

der (im von Nicaragua gegen Deutschland angestregten IGH-Verfahren wegen des Vorwurfs der Beihilfe zum Völkermord) von der Bundesrepublik verteidigten Differenzierung zwischen „Kriegswaffen“ (unterfallen dem KrWaffKontrG) und „sonstigen Rüstungsgütern“ (unterfallen dem AWG) nach deutschem Recht übt *Ambos* berechnete Kritik (S. 148 f.). Die letztlich erfolgte Beschränkung von Waffenlieferungen (nämlich bezogen auf künftige Genehmigungen für Rüstungsgüter, die in Gaza eingesetzt werden konnten) Anfang August 2025 wird von *Ambos* etwas verkürzt als „Aussetzung“ bezeichnet und begrüßt, angesichts der „massiven Völkerrechtsverletzungen“, von denen „jeder Entscheidungsträger“ Kenntnis haben konnte, allerdings „mit Blick auf die [...] völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands“ für zu spät gehalten (S. 151). Dass die Beschränkung zum 24. November 2025 wieder aufgehoben wurde, bleibt unerwähnt. *Ambos* sieht im Ergebnis erhebliche Haftungsrisiken, bis hin zu einer strafrechtlichen Haftung von Beamten und Politikern, möglicherweise aber auch von Managern der beteiligten Rüstungsunternehmen (S. 151 f.). Gerade hinsichtlich einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit stellen sich allerdings sehr komplexe Zurechnungsfragen.

Der zweite Abschnitt des Kapitels widmet sich dem Recht auf (bewaffneten) Widerstand. *Ambos* leitet das Widerstandsrecht aus den Menschenrechten und aus dem Selbstbestimmungsrecht der Palästinenser her, wobei das palästinensische Widerstandsrecht aus der völkerrechtswidrigen Besatzung des palästinensischen Gebiets (Westjordanland, Ostjerusalem, Gaza) folge, durch welche die palästinensische Selbstbestimmung vereitelt werde und in deren Zuge Rechtsverletzungen gegen die palästinensische Bevölkerung begangen würden (S. 152 ff.). Ob sich ein Recht auf bewaffneten Widerstand außerhalb von antikolonialen Befreiungskämpfen (Art. 1 Abs. 4 ZP I, der mangels Vertragsbindung Israels keine Anwendung findet) de lege lata tatsächlich begründen lässt, ist allerdings durchaus umstritten. Der Text könnte dies etwas deutlicher – auch außerhalb der Endnoten – herausstellen. Insbesondere mit dem menschenrechtlichen Begründungsstrang bewegt sich *Ambos* eher im Bereich einer progressiven Interpretation der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

Zugleich betont *Ambos* jedoch die Grenzen des von ihm angenommenen Widerstandsrechts (die durch das Völkerrecht, namentlich die Menschenrechte, das humanitäre Völkerrecht und das Völkerstrafrecht, gezogen werden, weshalb terroristische Handlungen unzulässig bleiben [S. 159 f.]) und hebt hervor, dass Träger des Widerstandsrechts das palästinensische Volk sei. Völkerrechtlich anerkannte Vertreterin des palästinensischen Volkes sei dabei die PLO, während die Hamas sich nicht auf eine solche Anerkennung berufen könne (S. 161). Schwierigkeiten wirft nun der Umstand auf, dass die PLO unter einem erheblichen (demokratischen) Legitimationsdefizit leidet (keine Wahlen) und dass unklar ist, ob sich nicht jedenfalls ein substanzieller Teil der Bevölkerung eher von der Hamas als von der PLO repräsentiert sieht. Diese (tatsächliche) Unklarheit führt dazu, dass *Ambos* die sich hier stellenden komplexen Rechtsfragen der Repräsentation des palästinensischen Volkes bewusst ausklammert (S. 161). Die Hamas jedenfalls kann sich aufgrund der von ihr eingesetzten

Mittel und der offenen Missachtung der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen nicht auf ein wie auch immer geartetes Widerstandsrecht der Palästinenser zur Rechtfertigung ihrer Taten berufen. Damit schließt der zweite Teil des Buches.

IV. Zum Ende seines Textes zieht *Ambos* Schlussfolgerungen, in denen er die Erkenntnisse beider Teile zusammenführt. Für ihn ist die Staatsräson im Ergebnis als Leitbegriff, der die Beziehungen zwischen Deutschland und Israel prägt, aufzugeben. *Ambos* ersetzt sie durch eine besondere historisch-moralische Verantwortung gegenüber Juden weltweit; Verantwortung für die Sicherheit Israels folgt daraus nur mittelbar, und auch nur, soweit Israel als Heimstatt der Juden überhaupt selbst zu ihrer Sicherheit beiträgt (S. 163 ff.). Die Lehre aus der Shoah ist für *Ambos* eine universalistische; aus ihr folgt eine deutsche Verpflichtung, das Völkerrecht überall und die Menschenrechte aller Menschen also auch diejenigen der Palästinenser zu verteidigen (S. 168 f.). Für eine bedingungslose Unterstützung Israels ist dann kein Raum.

Im deutschen Kontext dürfte dies nicht unwidersprochen bleiben. Offen bleibt beispielsweise, wie ein Schutzversprechen gegenüber Juden außerhalb einer Unterstützung des jüdischen Staates Israel konkret ausgestaltet werden könnte. Denn zur Wahrheit gehört auch, dass jüdisches Leben aus unterschiedlichen Richtungen latent bedroht ist; Israel ist und bleibt daher für viele Juden ein Ort letzter Zuflucht. Zustimmung verdient aber das nachdrückliche Plädoyer für ein Primat des Völkerrechts. Jede deutsche Unterstützung muss den völkerrechtlichen Rahmen beachten.

An dieser Stelle lässt *Ambos* die Leser mit zweierlei zurück: Einer sehr eindrücklichen Schilderung der Probleme, welche insbesondere die Verrechtlichung der Staatsräson bereitet, sowie der Situation in Gaza und deren rechtlicher Bewertung einerseits, aber auch mit einer gewissen Unklarheit darüber, was denn auf die Aufgabe der Staatsräson als Leitbegriff konkret folgen kann, andererseits. Wie lässt sich eine historisch-moralische Verantwortung anders in staatliches Handeln übersetzen, wenn nicht im Sinne der bisherigen Staatsräson? Und wie gelingt der kommunikative Balanceakt, die Staatsräson offiziell aufzugeben, aber zugleich zu verdeutlichen, dass Deutschland weiterhin fest an der Seite der Juden weltweit steht? Hier hätte noch etwas weiter ausholgeholt werden können, um die Synthese der beiden Teile zu akzentuieren.

V. Insgesamt ist das Werk allen an der Thematik interessierten Lesern zu empfehlen, und zwar auch und gerade denjenigen, die dem Konzept der Staatsräson mehr abgewinnen können als *Ambos*. Naturgemäß kann nicht jede Einzelheit der Debatte vertieft, nicht jede Situation des Konflikts rechtlich durchgemustert werden. Auch muss nicht jede Position, Schlussfolgerung oder Kritik, die *Ambos* vorbringt, geteilt werden. Aber *Ambos* ist es gelungen, einen faktisch und rechtlich fundierten Beitrag zu einer nach wie vor aktuellen Debatte zu leisten.

Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. (Cambridge), Hamburg*

* Aziz Epik ist Juniorprofessor für Strafrecht, Internationales Strafrecht und Kriminologie an der Universität Hamburg.