

NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold

Kristina Peters

Nina Schrott

Thomas Steenbreker

AUFSÄTZE

Zur Verfassungsmäßigkeit von § 353d Nr. 3 StGB –
Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen
JÖRG EISELE

Strafe und Strafrecht bei Kant – neun Thesen
JOACHIM RENZIKOWSKI

Look into the camera!
Strafprozessuale, verfassungsrechtliche und methodisch-strukturelle Probleme
im Zusammenhang mit biometrisch gesicherten Beweismitteln, insbesondere
Smartphones
NINA SCHROTT

Kann denn ethisches Hacking strafbar sein?
BRIAN VALERIUS

URTEILSANMERKUNGEN

Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen nach
§ 362 Nr. 5 StPO wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel verfassungswidrig
BVerfG, Urteil vom 31.10.2023 – 2 BvR 900/22
CARSTEN KUSCHE

Zur Zueignung im Sinne des § 246 StGB
BGH, Beschluss vom 29.11.2023 – 6 StR 191/ 23
PHILIPP RHEIN

Zur Verfassungsmäßigkeit von § 353d Nr. 3 StGB – Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen

Jörg Eisele, Tübingen*

ABSTRACT

Der nachfolgende Beitrag untersucht die Verfassungsmäßigkeit des Tatbestandes des § 353d Nr. 3 StGB über verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen, der gewichtigen rechtspolitischen Bedenken ausgesetzt ist. Insoweit sollen die rechtspolitischen Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Tatbestandes von der verfassungsrechtlichen Prüfung abgeschichtet werden. Dabei wird der Untersuchung der verfassungsrechtliche Maßstab des BVerfG zur Beurteilung von (Straf-)Gesetzen zugrunde gelegt, der dem Gesetzgeber einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum belässt.

A. Einleitung

Im Zuge des sog. „Justiz-Leak“¹ wird zum wiederholten Male die Verfassungsmäßigkeit von § 353d Nr. 3 StGB, der Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen verbietet, bezweifelt.² Anlass der neuerlichen Diskussionen ist die Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft Berlin gegen den Chefredakteur der Plattform „FragDenStaat“ A. Semsrott. Semsrott hatte im August 2023 auf seiner Plattform drei Gerichtsbeschlüsse des AG München aus laufenden Ermittlungsverfahren, die inhaltlich Durchsuchungen bei Klimaaktivisten der „Letzten Generation“ sowie

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Vgl. dazu LTO v. 20.02.2024: Staatsanwaltschaft klagt Journalist Arne Semsrott an; abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/anklage-arne-semsrott-frag-den-staat-berlin-staatsanwaltschaft-353-stgb-pressefreiheit/> (letzter Abruf: 04.04.2024).

² Zur rechtspolitischen Seite näher *Eisele* ZRP 2014, 106 ff.



Telefonüberwachungen betrafen, mit wenigen Teilschwärzungen von persönlichen Daten im Wortlaut veröffentlicht. Dabei kam es Semsrott offenbar auf den Rechtsbruch an, um § 353d Nr. 3 StGB auf seine Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf die in Art. 5 I 2 GG garantierte Pressefreiheit überprüfen zu lassen: „Dokumente aus laufenden Strafverfahren darf man in Deutschland eigentlich nicht veröffentlichen. Doch es gibt Dokumente, die gehören an die Öffentlichkeit.“³

Die Kritik an dieser Strafvorschrift ist freilich nicht neu. So ist die Abschaffung des § 353d Nr. 3 StGB schon des Öfteren rechtspolitisch gefordert worden. Zuletzt scheiterte eine entsprechende Gesetzesinitiative der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Jahre 2007. Der Gesetzentwurf führte inhaltlich aus: „Dass die wahrheitsgemäße Publikation von amtlichen Schriftstücken aus Strafverfahren den sozialen Frieden derart stört, dass sie durch § 353d Nr. 3 StGB als allgemeines Gesetz im Sinne von Artikel 5 Abs. 2 GG die Pressefreiheit einschränken darf, überzeugt nicht. Die Presse erfüllt – gerade auch im Interesse der Betroffenen – mit ihrer Justizkontrolle eine wesentliche Funktion.“⁴ Darüber hinaus ist nicht zu verkennen, dass die Vorschrift in aufsehenerregenden Fällen immer wieder „öffentlichkeitswirksam“ in den Fokus der Diskussion geriet.⁵ Der nachfolgende Beitrag möchte sich vor allem mit der verfassungsrechtlichen Seite, namentlich mit Blick auf die in Art. 5 I 2 GG verankerte Pressefreiheit, befassen.

B. Ratio legis und Anwendungsbereich

Strafbar ist nach § 353d Nr. 3 StGB, wer die Anklageschrift oder andere amtliche Dokumente eines Strafverfahrens, eines Bußgeldverfahrens oder eines Disziplinarverfahrens, ganz oder in wesentlichen Teilen, im Wortlaut öffentlich mitteilt, bevor sie in öffentlicher Verhandlung erörtert worden sind oder das Verfahren abgeschlossen ist.

³ Vgl. dazu *Semsrott*, Hier sind die Gerichtsbeschlüsse zur „Letzten Generation“, auf: fragdenstaat.org, 22.08.2023; abrufbar unter: <https://fragdenstaat.org/blog/2023/08/22/hier-sind-die-gerichtsbeschlüsse-zur-letzten-generation/> (letzter Abruf: 04.04.2024).

⁴ Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Journalisten und der Pressefreiheit in Straf- und Strafprozessrecht der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 16/576, S. 6; dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (Empfehlung der Ablehnung), BT-Drs 16/5283; ferner Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Pressefreiheit der Fraktion der FDP, BT-Drs. 16/956.

⁵ Zur Verlesung von Vernehmungsprotokollen im baden-württembergischen Untersuchungsausschuss „EnBW-Deal“ und zum Zugänglichmachen von Verfahrensdokumenten über die Homepage der Strafverteidigerkanzlei im Fall Gustl Mollath vgl. *Eisele* ZRP 2014, 106 ff.

I. Geschütztes Rechtsgut

Geschütztes Rechtsgut der Vorschrift soll die Unbefangenheit der an den Verfahren Beteiligten, insbesondere von Laienrichtern und Zeugen, sein.⁶ Dokumente eines Strafverfahrens sollen folglich nicht vorzeitig Gegenstand der öffentlichen Diskussion oder Mittel gezielter Beeinflussung von Verfahrensbeteiligten werden. Damit soll die Neutralität und Distanz des Gerichts gegenüber den Verfahrensbeteiligten und dem Verfahrensgegenstand als zentraler Bestandteil der rechtsstaatlichen Gesamtkonzeption des Grundgesetzes und damit letztlich mittelbar die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gewährleistet werden.⁷ Soweit es um Veröffentlichungen in Ermittlungsverfahren geht, entspricht dies der grundsätzlichen Nichtöffentlichkeit dieses Verfahrensabschnitts.⁸ Daneben verfolgt § 353d Nr. 3 StGB nach h. M. den Zweck, den von dem Verfahren Betroffenen vor vorzeitiger öffentlicher Bloßstellung durch Bekanntmachung von Akteninhalten zu schützen.⁹ Damit sind letztlich die Unschuldsvermutung (Art. 20 III GG, Art. 6 II EMRK) sowie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG) geschützt.¹⁰

II. Anwendungsbereich

Entscheidend ist die öffentliche Mitteilung im Wortlaut und zwar nur vor öffentlicher Erörterung in der Verhandlung oder vor Abschluss des Verfahrens. Es handelt sich daher um ein inhaltlich und zeitlich begrenztes Verbot.¹¹ Dabei stellt sich die Frage, wie groß die jeweilige Passage sein muss, die öffentlich mitgeteilt wird. Nach h. M. werden auch kürzere wörtliche Passagen, möglicherweise sogar nur ein Satz, von der Vorschrift erfasst; Voraussetzung ist aber insoweit, dass die Passage aus sich heraus verständlich und – das ist entscheidend – als „wesentlicher

⁶ Vgl. nur BT-Drs. 7/550, S. 283; BVerfGE 71, 206, 216 f. und 219; BVerfG NJW 2014, 2777, 2778; OLG Hamm NJW 1977, 967; OLG Köln JR 1980, 473; Perron, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, § 353d Rn. 40; Vormbaum, in Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2023, § 353d vor Rn. 1.

⁷ Insoweit BVerfG NJW 2014, 2777, 2778.

⁸ Dazu ausführlich Trentmann, Die Staatsanwaltschaft und die Massenmedien, 2023, S. 610 ff.

⁹ BT-Drs. 7/1261, S. 23; BVerfGE 71, 206, 216 f.; BVerfG NJW 2014, 2777, 2778; OLG Hamm NJW 1977, 967; Kuhlen, in Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013, § 353d Rn. 31; dagegen mit guten Gründen etwa Hoyer, in Systematischer Kommentar zum StGB, 10. Aufl. 2023, § 353d Rn. 6; Schönke/Schröder-Perron (Fn. 6), § 353d Rn. 40.

¹⁰ Siehe auch BVerfGE 71, 206, 219; BVerfG NJW 2014, 2777, 2779.

¹¹ BVerfGE 71, 206, 214; BVerfG NJW 2014, 2777, 2779.

Teil“ des Dokuments zu qualifizieren ist bzw. es sich um den verfahrensgegenständlichen Kern der Aussage handelt.¹² Dreh- und Angelpunkt des Tatbestandes ist sodann, dass das amtliche Dokument ganz oder in wesentlichen Teilen „im Wortlaut“ öffentlich mitgeteilt wird. Mit dem Merkmal „im Wortlaut“ werden zunächst vollständig authentische Wiedergaben der Dokumente – insbesondere auch vollständige Ablichtungen wie im Fall Semsrott – erfasst. Umstritten ist freilich, ob nur eine vollständige Übereinstimmung mit dem Originaldokument ohne Änderungen, Hinzufügungen oder Auslassungen erfasst wird¹³ oder ob auch eine unwesentlich abweichende Formulierung eine Strafbarkeit begründen kann.¹⁴ Im Fall Semsrott schließen die Schwärzungen der personenbezogenen Daten in den Beschlüssen freilich nicht den Tatbestand aus, da sich weiterhin „wesentliche Teile“ ungeschwärzt finden. Allenfalls mit Blick darauf, dass die Vorschrift auch die vom Verfahren Betroffenen vor vorzeitiger öffentlicher Bloßstellung schützen möchte, könnte man eine teleologische Reduktion aufgrund dieser Anonymisierung erwägen.¹⁵ Freilich bleibt zu sehen, dass es sich hierbei nach h. M. nur um einen der Schutzzwecke handelt, die Betroffenen auch anderweitig „bekannt“ sein können und die Rechtsprechung bislang Einschränkungen selbst bei Einwilligung oder Veröffentlichung durch den Betroffenen abgelehnt hat.¹⁶

C. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit mit Art. 5 GG

Den eben genannten Schutzzwecken des Tatbestandes steht die damit verbundene Einschränkung der Grundrechte aus Art. 5 I GG, namentlich der Informations- und Pressefreiheit, gegenüber. Dabei muss man sehen, dass diese Grundrechte einerseits nicht vorbehaltlos garantiert werden, sondern vielmehr gemäß Art. 5 II GG ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze finden. Andererseits muss die Strafvorschrift selbst im Sinne der Wechselwirkungslehre wiederum im Lichte der Gewährleistungen des Art. 5 I 1 und S. 2 GG ausgelegt und eingeschränkt werden.¹⁷ Neben den Grundrechten aus Art. 5 I GG könnte

¹² Zu wörtlichen Zitaten aus Aktenteilen siehe OLG Stuttgart NJW 2004, 622; Schönke/Schröder-Perron (Fn. 6), § 353d Rn. 47.

¹³ So SK-Hoyer (Fn. 9), § 353d Rn. 6; Schönke/Schröder-Perron (Fn. 6), § 353d Rn. 49.

¹⁴ So OLG Hamburg NSTZ 1990, 283, 284; Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 353d Rn. 9.

¹⁵ Többens GA 1983, 97, 109, nimmt dies (nur) bei alleiniger Mitteilung des Anklagesatzes ohne Aufdeckung der Identität an.

¹⁶ BVerfG NJW 2014, 2777 ff.; zu dieser Frage Eisele ZRP 2014, 106, 109 sowie unten E.

¹⁷ BVerfGE 7, 198, 208 f.; 71, 206, 214; 124, 300, 331 f.

auch Art. 3 I GG verletzt sein, weil die öffentliche Mitteilung im Wortlaut nicht, mit abgeändertem Wortlaut aber doch zulässig ist. Für die Frage der Vereinbarkeit mit der Verfassung muss man freilich beachten, dass das BVerfG bereits zweimal im Wege einer umfassenden Prüfung entschieden hat, dass § 353d Nr. 3 StGB verfassungsgemäß ist¹⁸ und auch ansonsten die Rechtsprechung Einschränkungen der Strafbarkeit zurückhaltend gegenüberstand.¹⁹

I. Eingriff in den Schutzbereich von Art. 5 I 1 und S. 2 GG

Relativ klar ist, dass das Verbot des § 353d Nr. 3 StGB einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 5 I 1 und S. 2 GG darstellt,²⁰ da die vom Tatbestand geschützten Dokumente nicht publiziert werden dürfen.

II. Rechtfertigung des Eingriffs

Wie eben bereits ausgeführt, enthält Art. 5 I GG keine schrankenlosen Grundrechte, die allenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden könnten, sondern steht gemäß Art. 5 II GG unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze. Der Eingriff in die von Art. 5 I GG gewährleisteten Freiheiten unterliegt damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Deshalb muss das tatbestandliche Verbot geeignet und erforderlich sein, um den Schutz zu bewirken, den die Vorschrift verfolgt. Zudem muss das tatbestandliche Verbot in einem angemessenen Verhältnis zu dem Eingriff in die von Art. 5 I GG gewährleisteten Freiheiten stehen (Verhältnismäßigkeit i. e. S.).²¹

1. § 353d Nr. 3 StGB als allgemeines Gesetz i. S. d. Art. 5 II GG

Auch wenn sich das BVerfG in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1985 kurz mit der Frage auseinandersetzte, ob denn § 353d Nr. 3 StGB überhaupt ein allgemeines Gesetz oder ein Sondergesetz für die Presse sei,²² dürfte diese eindeutig in ersterem Sinne zu

¹⁸ BVerfGE 71, 206 ff.; BVerfG NJW 2014, 2777 ff.; *Bottke* NSTZ 1987, 314 ff.; *Fischer* (Fn. 14), § 353d Rn. 9; *Hoffmann-Riem* JZ 1986, 494 f.; *Heger*, in *Lackner/Kühl/Heger* StGB, 30. Aufl. 2023, § 353d Rn. 4; *Ladiges* JR 2015, 214 f.

¹⁹ LG Hamburg NJW 2013, 3458, 3461; ferner OLG Stuttgart NJW 2004, 622 ff.

²⁰ So auch BVerfGE 71, 206, 213, wo zwischen den einzelnen Gewährleistungen nicht differenziert wird; BVerfG NJW 2014, 2777, 2778, zur Meinungsfreiheit.

²¹ Vgl. BVerfGE 59, 231, 265; 71, 206, 214; 124, 300, 331; BVerfG NJW 2014, 2277, 2778 f.

²² BVerfGE 71, 206, 214 f.; ferner BVerfG NJW 2014, 2777, 2278; siehe näher zur Frage des allgemeinen Gesetzes BVerfGE 124, 300, 322 ff.

beantworten sein.²³ Hintergrund ist, dass entsprechende Verbote vormals in den Landespressegesetzen enthalten waren und sich das Verbot dort nur auf die Veröffentlichung durch die Presse bezog.²⁴ Mit dem EGStGB aus dem Jahre 1974 wurde das landespresserechtliche Verbot in § 353d Nr. 3 StGB eingestellt und zugleich auf alle öffentlichen Mitteilungen ausgedehnt,²⁵ so dass nunmehr etwa auch Veröffentlichungen durch den Beschuldigten, seinen Verteidiger oder den Nebenkläger oder auch die Behörde selbst erfasst sind.²⁶ Ihm kommt keine bestimmte Zielrichtung mit Blick auf die Einschränkung etwa der Presse- oder Informationsfreiheit zu. Die Begründung zu § 353d Nr. 3 StGB formuliert insoweit auch explizit: „Die Vorschrift verliert hierdurch den Charakter eines Sondergesetzes für die Presse“²⁷.

2. Geeignetheit

a) Soweit rechtspolitische Zweifel an der Sinnhaftigkeit des tatbestandlichen Verbotes bestehen, weil dieses durch Abänderungen des Textes inhaltlich leicht umgangen werden kann,²⁸ so gilt es zu erörtern, ob diese Zweifel auf die Frage der Geeignetheit der Strafvorschrift zur Erreichung ihres Zieles im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung durchschlagen. Dabei sollen im Folgenden aber keine neuen Prüfungsmaßstäbe für Strafgesetze entworfen, sondern vielmehr diejenigen des BVerfG angelegt werden, das sich selbst Zurückhaltung bei der Überprüfung von (Straf-)Gesetzen auferlegt. Denn prinzipiell ist es Aufgabe des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, mit welchen Mitteln er den mit der Regelung verfolgten Zweck erreichen möchte. Die Grenze ist erst erreicht, wenn eindeutig erwiesen ist, dass der Gesetzgeber von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausging oder Erwägungen zugrunde gelegt hat, die mit der Verfassung in Widerspruch stehen; das vom Gesetzgeber gewählte Mittel muss objektiv untauglich, objektiv ungeeignet oder schlechthin ungeeignet sein.²⁹

²³ Krit. jedoch *Vofsiak*, Strafbare Veröffentlichung amtlicher Schriftstücke (§ 353d Nr. 3 StGB), 2004, 222 f.

²⁴ Zur Historie auch *Schomburg* ZRP 1982, 142, 143; *LK-Vormbaum* (Fn. 6), § 353d vor Rn. 1.

²⁵ BT-Drs. VI/3250, 271 f.

²⁶ Explizit BVerfG NJW 2014, 2777, 2780.

²⁷ BT-Drs. VI/3250, 271.

²⁸ Zur Kritik *Eisele* ZRP 2014, 106 ff.; *Schönke/Schröder-Perron* (Fn. 6), § 353d Rn. 40; *Többens* GA 1983, 97, 109.

²⁹ BVerfGE 13, 97, 113; 47, 109, 117; 50, 142, 163; 71, 206, 215 f.; BVerfG NJW 2014, 2777, 2778.

b) Genau diese Ungeeignetheit wird mit Blick auf die tatbestandliche Fassung und die geschützten Rechtsgüter geltend gemacht.³⁰ Insoweit kann man zunächst anführen, dass § 353d Nr. 3 StGB nicht geeignet sei, Schöffen und Zeugen vor einer Beeinflussung zu schützen, da auch die Weitergabe des Dokuments selbst sowie die vollständig wortgetreue Mitteilung straflos bleibt, wenn dies in nicht-öffentlicher Weise geschieht.³¹ Aber selbst die öffentliche Mitteilung wird vom Tatbestand nicht erfasst, wenn der Wortlaut verändert wird. Damit können sich Schöffen und Zeugen im heutigen Medienzeitalter ohne Weiteres leicht durch Presseberichte in Zeitungen und Internet informieren. Dieser Einwand gilt erst recht, wenn eine wortgetreue öffentliche Mitteilung selbst dann den Tatbestand verwirklichen soll, wenn der Text bereits zuvor in „einer sehr auflagenstarken Boulevardzeitung wortgetreu wiedergegeben“ worden ist und daher kaum noch vom Schutz der Unbefangenheit gesprochen werden kann.³² Zudem lässt sich vortragen, dass die bloße inhaltliche Wiedergabe, möglicherweise sogar mit inhaltlichen Verfälschungen der Darstellung verbunden, im Einzelfall sogar zu einer stärkeren Beeinflussung führen kann als eine authentische Darstellung. So wurde bereits zur Vorläufervorschrift des § 17 des Gesetzes über die Presse vom 7.5.1874 kritisch vermerkt: „Eine Beeinflussung von Richtern und Zeugen durch Zeitungsaufsätze läßt sich durch straflose gefärbte Berichte viel eher erreichen, als durch Veröffentlichung der Anklageschrift“.³³ „Man sollte endlich den Versuch aufgeben, die überaus schwierigen Fragen der Gerichtsberichterstattung mit derart untauglichen Mitteln lösen zu wollen“.³⁴ Letztlich kann man auch fragen, ob in der heutigen Zeit dieser Schutzzweck überhaupt noch plausibel ist. Denn bei Erlass der Vorschrift ging man mit der damaligen Rechtsprechung etwa davon aus, dass ein revisibler Verfahrensfehler vorliegt, wenn ein Laienrichter die Anklageschrift vor oder in der Verhandlung zur Kenntnis nimmt.³⁵ Inzwischen neigt der BGH

³⁰ AG Hamburg StV 1984, 207 ff.; *Bosch*, in Satzger/Schluckebier/Werner, 6. Aufl. 2024, § 353d Rn. 7; *Kübler* in Herzog/Neumann (Hrsg.), FS Hassemer, 2010, 87 ff.; *Stapper* ZUM 1995, 590, 594; *Schomburg* StV 1984, 337, 338.

³¹ Siehe auch *Muckel* JA 2015, 77, 79; *Waldner* MDR 1983, 424, 425.

³² Zur Strafbarkeit auch in diesem Fall Hans OLG Hamburg NSTZ 1990, 283, 284.

³³ So *Ebner* ZV 1923, Sp. 181; *Mannheim*, Presserecht, 1927, S. 81; *Schomburg* ZRP 1982, 142, 143; vgl. auch OLG Köln JR 1980, 473, 474.

³⁴ *Mannheim* (Fn. 32), S. 81.

³⁵ *Baldus*, in Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, 13. Bd., BT, 2. Lesung, 1960, 133. Sitzung, 301; vgl. RGSt 32, 318; BGHSt 5, 261; 13, 73; dazu *Eisele* ZRP 2014, 106, 108 f. In Nr. 126 Abs. 3 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) ist freilich noch als Relikt geregelt, dass die Anklageschrift den Schöffen jedenfalls vor Verlesung der Anklage nicht zugänglich gemacht werden darf.

allerdings der gegenteiligen Ansicht in der Literatur zu und hält dabei auch die Gewährung einer Akteneinsicht für Schöffen für sachgerecht.³⁶ Zudem erfasst der Tatbestand aufgrund seiner presserechtlichen Herkunft nichtöffentliche Mitteilungen gar nicht, so dass etwa das unmittelbare Übersenden bzw. Überlassen der Anklageschrift an einen Schöffen gar nicht tatbestandsmäßig ist.³⁷

Aber auch mit Blick auf den Schutz der vom Verfahren Betroffenen vor öffentlicher Bloßstellung durch vorzeitige Bekanntmachung von Dokumenten lassen sich Einwände formulieren. Denn der Schutz von Betroffenen wird gerade konterkariert, wenn diesen selbst nicht gestattet ist, entlastendes oder aus deren Sicht problematisches belastendes Material zu publizieren.³⁸ Der „Beweiswert“ einer rein inhaltlichen Wiedergabe mit abgeändertem Wortlaut sinkt und erneut drohen dabei inhaltliche Verfälschungen. Insoweit wird dann auch kritisiert, dass § 353d Nr. 3 StGB einseitig die wortgenaue und die Authentizität wahrende Mitteilung kriminalisiert.³⁹

c) Diese Bedenken, die für sich genommen bereits „geeignet“ sind, die Norm kriminalpolitisch in Frage zu stellen, führen indes auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG nur dann schlechthin zur Ungeeignetheit der Norm, wenn für den Gesetzgeber keine Aspekte zu benennen sind, die für die Geeignetheit sprechen. Eine Abwägung findet auf Ebene der Geeignetheitsprüfung gerade nicht statt. Ausgangspunkt für das BVerfG ist die vom Gesetzgeber mit dem Wortlaut des § 353d Nr. 3 StGB vorgenommene Grenzziehung: Ist demnach mit der öffentlichen Mitteilung von Dokumenten „im Wortlaut“ eine größere Gefahr für die geschützten Rechtsgüter verbunden als bei einer nur inhaltlich berichtenden Publikation? Es geht damit schlichtweg um die Frage, ob der Schutz vor wörtlichen Mitteilungen ein größeres Gewicht beanspruchen kann. Falls diese Frage bejaht wird, kommt es nicht mehr darauf an, ob eine vollständige Straffreiheit oder ein vollständiges strafbewehrtes Verbot sachgerechter wäre. Insoweit sieht das BVerfG freilich ein die Differenzierung hinreichend tragendes Kriterium, das nicht ganz von der Hand zu weisen ist: Der wörtlichen Wiedergabe komme mit Blick auf die

³⁶ BGHSt 43, 36, 38.

³⁷ Waldner MDR 1983, 424, 425.

³⁸ Vgl. aber zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift auch in solchen Fällen BVerfG NJW 2014, 2777 ff.; ferner unten E.

³⁹ BT-Drs. 16/576, 5; 16/956, 7.

Überzeugungs- und Beweiskraft schon grundsätzlich eine besondere Bedeutung zu („besonders scharfe Waffe im Meinungskampf“⁴⁰). Bei der wörtlichen Wiedergabe von Akten bzw. Aktenteilen werde zudem der Eindruck amtlicher Authentizität erweckt, der letztlich zu einer höheren Autorität des Schriftstücks führen kann.⁴¹ Deutlich wird dies gerade im Fall Semsrott, in dem die vollständigen Dokumente über die Plattform abrufbar sind, so dass schon das Rubrum mit in Farbe abgedrucktem Wapen des Freistaats Bayern den Eindruck amtlicher Authentizität vermittelt und letztlich eine Kopie des Originals zur Verfügung gestellt wird – nicht anders als bei einem vollständigen Abdruck der Entscheidung (mit Schwärzungen) in einer klassischen Tageszeitung. Das BVerfG geht dabei davon aus, dass eine solche Mitteilung eine weitergehende Wirkung entfaltet als der bloße inhaltliche Bericht eines Dritten, wo die inhaltliche Wahrheit und Vollständigkeit unklar bleibe. Damit sei jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall Schöffen und Zeugen durch eine wortgetreue Darstellung stärker beeinflusst werden könnten und diese im weiteren Verlauf des Verfahrens daher dem Wortlaut verhaftet bleiben.⁴² Entsprechend gilt nach Auffassung des BVerfG, dass die Unschuldsvermutung und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Mitteilungen im Wortlaut möglicherweise stärker tangiert werden könnten und die Strafnorm insoweit „jedenfalls einen gewissen Schutz vor vorzeitiger Bloßstellung“ gewährt.⁴³

Damit ist die generelle Geeignetheit der Strafvorschrift nach den – zugegebenermaßen geringen – Maßstäben des BVerfG nicht zu verneinen und zwar unabhängig davon, wie effektiv der Schutz ist und ob es geeignetere Mittel gäbe. Denn die Geeignetheit bemisst sich von vornherein nicht in Relation zu anderen Mittel. Dies folgt auf dieser Ebene bereits daraus, dass ansonsten Mittel, welche die Grundrechte des Art. 5 I GG stärker beeinträchtigen, gewählt werden müssten, soweit diese effektiver sind, weil ansonsten die Geeignetheit zu verneinen wäre. Es wäre aber unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes wenig plausibel, wenn zwar ein umfassendes Verbot – vorbehaltlich der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. – zulässig wäre, nicht aber ein nur begrenztes Verbot.⁴⁴ Damit wird

⁴⁰ BVerfGE 71, 206, 217 ff.; BVerfG NJW 2014, 2777, 2779.

⁴¹ BVerfGE 71, 206, 216; BVerfG NJW 2014, 2777, 2779; *Bottke* JR NStZ 1987, 314, 315.

⁴² BVerfGE 71, 206, 217.

⁴³ BVerfGE 71, 206, 216 f.

⁴⁴ In der Sache auch BVerfGE 71, 206, 218.

man aber die Norm für den mit ihr geregelten Teilbereich jedenfalls nicht als gänzlich ungeeignet ansehen können, so dass diese einen – wenn auch kleinen – Beitrag zur Erreichung der vom Gesetzgeber erstrebten Ziele zu leisten vermag.

3. Erforderlichkeit

Aus dem eben Gesagten folgt, dass auch die Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung zu bejahen ist. Denn mildere, aber gleich geeignete Mittel, welche die Rechtsgüter des Schutzes der Unbefangenheit von Verfahrensbeteiligten und des Schutzes von Verfahrensbetroffenen vor Bloßstellung zu gewährleisten vermögen, existieren nicht. Im Gegenteil: Wie bereits gezeigt, könnte ein effektiverer Schutz nur durch einschneidendere Maßnahmen zu gewährleistet werden,⁴⁵ was zur Verhältnismäßigkeitsprüfung überleitet.

4. Verhältnismäßigkeit i. e. S.

Der mit dem Gesetz verbundene Eingriff darf *nicht außer Verhältnis zum Zweck bzw. Ziel der jeweiligen Maßnahme* stehen⁴⁶ und muss damit für den Normadressaten zumutbar sein.⁴⁷ Damit kommt es entscheidend auf eine Abwägung zwischen den von der Vorschrift geschützten Rechtsgütern als dem Nutzen der Maßnahme sowie den von Art. 5 I GG gewährleisteten Grundrechten, die durch das strafrechtliche Verbot beeinträchtigt werden, an. Dabei führt das BVerfG einerseits die Unbefangenheit der Verfahrensbeteiligten und damit die Unvoreingenommenheit der Gerichte auf Art. 97 GG und Art. 101 GG zurück, die die „Grundvoraussetzungen unparteilicher und sachlicher Rechtsprechung“ gewährleisten.⁴⁸ Soweit es um den Schutz des Verfahrensbetroffenen vor vorzeitiger Bloßstellung geht, ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I GG i. V.m. Art. 1 I GG sowie die in Art. 20 III GG und Art. 6 II EMRK verankerte Unschuldsvermutung in die Abwägung einzustellen. Dabei ist andererseits nicht zu verkennen, dass das BVerfG den von Art. 5 I GG geschützten Freiheiten einen hohen Rang zuspricht, da eine umfassende und wahrheitsgemäße Information der Bürger gerade durch Presse und

⁴⁵ BVerfGE 71, 206, 218; BVerfG NJW 2014, 2777, 2779.

⁴⁶ Vgl. etwa BVerfGE 50, 217, 227; 80, 103, 107; 99, 202, 212 ff.

⁴⁷ BVerfGE 13, 97, 113; 68, 193, 219 f.; 92, 262, 274; 102, 1, 20.

⁴⁸ BVerfGE 71, 206, 219.

Rundfunk Grundvoraussetzung der demokratischen Meinungs- und Willensbildung ist.⁴⁹

Insoweit schlägt bei der Abwägung die im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit geäußerte Kritik auch zugunsten des Gesetzgebers um. Gerade weil es sich um ein schwaches Instrument handelt, das zeitlich bis zur Erörterung des Dokumentes in öffentlicher Verhandlung bzw. bis zum Abschluss des Verfahrens und inhaltlich auf Mitteilungen im Wortlaut begrenzt ist, ist die Eingriffstiefe beschränkt. Dabei ist selbstverständlich in Rechnung zu stellen, dass die Geeignetheit der Verbotsnorm nur schwach ausgeprägt ist. Zur Disproportionalität führt dies freilich angesichts der Aspekte, die sich für die Norm anführen lassen, nicht, zumal sich der Gesetzgeber um schonende Eingriffe bemühen muss.⁵⁰ Wirklich effektive Mittel wie ein Totalverbot, würden – wie bereits ausgeführt⁵¹ – die Grundrechte nämlich deutlich massiver beschränken, so dass insoweit die Frage der Disproportionalität zu stellen wäre. Es bleibt dem Gesetzgeber insoweit unbenommen, auch ein nicht optimales bzw. das nicht effektivste Mittel unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu wählen. Die Grenzen sind erst dort erreicht, wo er einer Schutzpflicht des Staates nicht nachkommen würde.

Im Übrigen ist vor allem mit Blick auf die Zumutbarkeit der Verbotsnorm für die Betroffenen zu sehen, dass trotz des in § 353d Nr. 3 StGB verankerten Verbots die Informations- und Pressefreiheit weiter gewährleistet wird, weil die Information der Öffentlichkeit durch Wiedergabe des Inhalts des Dokuments in nichtwörtlicher Weise stets zulässig bleibt. Das BVerfG hat zudem darauf hingewiesen, dass selbst in Fällen von höchster öffentlicher Bedeutung die Grundrechte gewahrt werden, weil mutmaßliche Taten nicht verschleiert, sondern gerade von den zuständigen staatlichen Organen aufgeklärt würden. Die Information hierüber sei auch nicht verboten, solange die Dokumente nicht vorab im Wortlaut öffentlich gemacht würden.⁵² An dieser Stelle ist dann noch einmal darauf hinzuweisen, dass schon nach der Konzeption des deutschen Strafverfahrens das Ermittlungsverfahren nichtöffentlich ist. Aber auch im Hauptverfahren kann aus Gründen der Rechtspflege und zum Schutz des Betroffenen – vgl. § 171b StPO, § 48 JGG – die Öffentlichkeit

⁴⁹ BVerfGE 7, 198, 212; 71, 206, 219 f.

⁵⁰ Deutlich *Rux*, in BeckOK GG, 57. Ed. 15.1.2024, GG Art. 20 Rn. 197.

⁵¹ Eben C. II. 3.

⁵² BVerfGE 71, 206, 221.

ausgeschlossen sein, ohne dass damit die Grundfreiheiten aus Art. 5 I GG verletzt wären. Diese haben damit gegenüber rechtsstaatlichen Erwägungen und dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen keinen grundsätzlichen Vorrang. Da der Eingriff in die Grundfreiheiten beschränkt ist, ist die gesetzgeberische Regelung letztlich auch nach den Maßstäben des BVerfG angemessen und damit verfassungsgemäß. Anzumerken bleibt, dass sich angesichts der dort ebenfalls enthaltenen Schranke auch keine weitergehenden Rechte aus Art. 10 EMRK ableiten lassen.⁵³

D. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG

Aus dem Aspekt der höheren Überzeugungs- und Beweiskraft von Mitteilungen im Wortlaut, der bei der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs in Art. 5 I GG auf Ebene der Geeignetheit zum Tragen kam, ergeben sich auch Konsequenzen für die Prüfung einer Verletzung von Art. 3 I GG. Denn ein Verstoß kann nur angenommen werden, wenn sich für die tatbestandliche Differenzierung kein sachlich einleuchtender Grund finden lässt.⁵⁴ Insoweit übt das BVerfG erneut Zurückhaltung und überlasst es dem Gesetzgeber, mit welchen Mitteln er den bezweckten Rechtsgüterschutz durchzusetzen versucht. Sind nun aber wörtliche Mitteilungen für die geschützten Rechtsgüter aus Sicht des BVerfG generell gefährlicher, so ist die gesetzgeberische Grenzziehung unter diesem Aspekt auch konsequenterweise i. S. d. Art. 3 I GG sachgerecht. Zudem dient die Beschränkung auf die Wiedergabe im Wortlaut der Sicherung der tatbestandlichen Bestimmtheit und damit Art. 103 II GG. Die mit früheren Bestimmungen (§ 17 RPG und § 5 LPG)⁵⁵ verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten, die dadurch bedingt waren, dass auch eine sinngemäße Wiedergabe erfasst war, sind damit beseitigt.⁵⁶ Dass das Verbot mit weniger gefährlichen Mitteln umgangen werden kann und andere straflose Einwirkungsformen auf die Verfahrensbeteiligten und Betroffenen bestehen, ist dann mit Blick auf die Authentizität des Wortlauts kein verfassungsrechtlich durchschlagendes Argument mehr. Dies gilt namentlich für straflose Mitteilungen im Wortlaut, die nichtöffentlich erfolgen. Denn hier können die Wahrscheinlichkeit und der Grad der Einflussnahme

⁵³ Dazu auch *Popp/Epple* JR 2018, 364 ff.

⁵⁴ Siehe BVerfGE 47, 109, 124 f.; 71, 206, 221 f.

⁵⁵ Dazu *LK-Vormbaum* (Fn. 6), § 353d Rn. 71.

⁵⁶ BVerfGE 71, 206, 222.

geringer sein und auch die Person des Verfahrensbetroffenen wird zu-
meist weniger bloßgestellt werden.⁵⁷

E. Folgerungen

Mit den Maßstäben des BVerfG ist davon auszugehen, dass die Regelung zwar nicht schlechthin ungeeignet und damit auch nicht verfassungswidrig, aber doch wenig tauglich ist. Das BVerfG formuliert diesbezüglich etwa: „Der Erfolg, der sich mit ihr erreichen lässt, ist gering“ und „der Schutz dieser Güter durch § 353 d Nr. 3 StGB ist unvollkommen“⁵⁸ sowie „ist doch nicht zu verkennen, dass sie diesen Schutz nur in begrenztem Umfang gewährleisten kann“.⁵⁹ Dabei darf freilich die Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht mit rechtspolitischen Einwänden vermengt werden.

In Fällen, in denen die Strafwürdigkeit mit Blick auf die geschützten Rechtsgüter besonders problematisch ist, sperrt sich die Rechtsprechung nämlich bislang gegenüber tatbestandlichen Restriktionen. In solchen Fällen kann jedoch im Einzelfall *de lege lata* eine den Tatbestand einschränkende verfassungskonforme Auslegung geboten sein. Problematisch bleiben Fälle, in denen das Dokument von den Strafverfolgungsorganen selbst öffentlich zugänglich gemacht wird. Insoweit könnte den Strafverfolgungsorganen hinsichtlich der Einschätzung, inwieweit überhaupt die Unbefangenheit beeinträchtigt werden kann, ein Einschätzungsspielraum eingeräumt werden.⁶⁰ In diesem Zusammenhang ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Vorläufervorschriften nur die öffentliche Mitteilung durch die Presse sanktionierten, nicht aber durch andere Personen. Dementsprechend hatte übrigens noch der Entwurf von 1962 die Tat in § 453 Nr. 3 dann als strafbar normieren wollen, wenn sie „ohne Genehmigung der zuständigen Behörde“ erfolgt.

Entsprechende Zweifel bestehen, wenn der Beschuldigte oder dessen Verteidiger das Dokument publizieren. Strafrechtsdogmatisch könnte man anführen, dass die Strafwürdigkeit des Verhaltens entfällt, wenn einer der beiden Schutzzwecke entfällt, weil sich der Betroffene mit der

⁵⁷ BVerfGE 71, 206, 223.

⁵⁸ BVerfGE 71, 206, 219.

⁵⁹ BVerfGE 71, 206, 217.

⁶⁰ Zur Anwendung auf Strafverfolgungsbehörden OLG Hamm NJW 1977, 967 f.; *Többens* GA 1983, 97, 99. Vgl. auch BT-Drs. 16/5283, S. 5, wo erwogen wird, dem Gericht die Entscheidung zu überlassen, inwiefern über den Akteninhalt berichtet werden darf.

öffentlichen Mitteilung selbst des Schutzes vor vorzeitiger Bloßstellung begibt. Die h. M. sieht dies jedoch anders, da sie davon ausgeht, dass eine Einwilligung des Betroffenen mit Blick auf die Nichtdisponibilität des Schutzes der Verfahrensbeteiligten vor einer Einflussnahme unwirksam ist.⁶¹ Rechtspolitisch ist jedoch zu beachten, dass bereits im Gesetzgebungsverfahren Zweifel angemeldet wurden, ob die pauschale Einbeziehung des Beschuldigten sachgerecht ist. Denn es könne durchaus sein, dass dieser sich – zur Wahrung seiner Rechte – an die Öffentlichkeit wenden müsse.⁶² Dabei wird man nicht abstreiten können, dass es zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte gerade auf den genauen Wortlaut des Textes ankommen kann. § 34 StGB wird hier nur in sehr engen Grenzen in Betracht kommen, wenn man mit der h. M. den Schutz der Unvoreingenommenheit der Verfahrensbeteiligten betont.

De lege ferenda sollte die Norm daher aufgehoben werden.⁶³ Entscheidender Grund hierfür ist weniger der Eingriff in die Pressefreiheit als die mit der Norm verbundenen ungereimten Ergebnisse bei öffentlichen Mitteilungen in Untersuchungsausschüssen, durch Strafverfolgungsorgane sowie den Beschuldigten bzw. dessen Verteidiger. Bei genauerer Betrachtung ist allerdings die Konstellation im Fall Semsrott gerade diejenige, welche die Norm am wenigsten in Frage stellen kann. Es handelt sich hier schlicht um eine Veröffentlichung durch eine vom Straftatbestand nicht geschützte Person. Zudem muss man sehen, dass nicht nur der Inhalt des Dokuments im Wortlaut öffentlich mitgeteilt, sondern das Dokument selbst in Form einer Kopie öffentlich zugänglich gemacht wurde. Insofern wäre es jedenfalls auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber lediglich das unbefugte öffentliche „Leaken“ von Originaldokumenten bzw. deren Kopien unter Strafe stellen würde.

⁶¹ BVerfG NJW 2014, 2777, 2779; AG Nürnberg MDR 1983, 424; *Busch* NJW 2013, 3461, 3462; Schönke/Schröder-Perron (Fn. 6), § 353d Rn. 40; vgl. aber *Waldner* MDR 1983, 424, 425; *Wilhelm* NJW 1994, 1520, 1521.

⁶² Niederschr. d. Gr. Strafrechtskommission-Dünnebier (Fn. 34), S. 300 ff. Näher zum Fall Mollath LG Hamburg NJW 2013, 3458 ff.

⁶³ *Eisele* ZRP 2014, 106 ff.

Strafe und Strafrecht bei Kant – neun Thesen

Joachim Renzikowski, Halle an der Saale*

ABSTRACT

Seit der „Verabschiedung“ durch Ulrich Klug im Jahr 1968¹ gilt Kant gemeinhin als ein Vertreter der wissenschaftlich unhaltbaren Vergeltungstheorie.² Diese Einschätzung hat jedoch, nur sehr wenig mit Kant zu tun. Im Gegenteil: Kants *Metaphysik der Sitten* von 1797³ enthält eine schon recht ausgefeilte Straftheorie von zeitloser Qualität.

A. Einleitung

Vorab: Tatsächlich finden sich bei Kant Belege für eine absolute Vergeltungstheorie. In § 36 der *Tugendlehre* in der *Metaphysik der Sitten* kann man folgendes lesen:

„Eine jede das Recht eines Menschen kränkende Tat verdient Strafe, wodurch das Verbrechen an dem Täter gerächt (...) wird.“

Eine solche rächende Strafe darf aber, wie es weiter heißt, niemand anders verhängen

* Joachim Renzikowski ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Klug in Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch – Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer, 1968, 36 ff.

² S. statt vieler Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 3.

³ Kant *Metaphysik der Sitten* (2. Aufl. 1798), in: Kants gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 6, 1907, 203–493, nachfolgend im Text zitiert als AA VI mit Seitenangabe.



„als der, welcher auch der oberste moralische Gesetzgeber ist, und dieser allein (nämlich Gott) kann sagen: ‚Die Rache ist mein; ich will vergelten.‘“ (AA VI, 460)

Man muss jedoch – wie auch Kant – die göttliche Strafe strikt von der „richterlichen Strafe (poena forensis)“ (A VI, 331) unterscheiden, um die es in der *Rechtslehre* allein geht. Um Kants Straftheorie herauszuarbeiten, darf man freilich nicht, wie es üblich ist, einige Stellen herausgreifen, sondern man muss schon die „ganze“ Rechtslehre zur Kenntnis nehmen, d.h. insbesondere auch Kants Aussagen zum subjektiven Recht, zur Aufgabe des Rechts und zum Rechtsstaat. Die Grundzüge seiner Überlegungen sollen im Folgenden in neun Thesen, belegt mit einschlägigen Textnachweisen, vorgestellt werden.⁴

Erste These: Aufgabe des Rechtsstaates ist es, die Freiheit der Bürger „von eines anderen nötiger Willkür nach einem allgemeinen Gesetz“ mit den Mitteln des Rechts zu garantieren.

Im zweiten Teil der *Rechtslehre* mit der Überschrift „Das öffentliche Recht“ findet sich im Abschnitt über das öffentliche Recht Kants Straftheorie („Vom Straf- und Begnadigungsrecht“, AA VI, 331–337). Der systematische Zusammenhang der Metaphysik der Sitten zeigt, dass sich Kant nicht mit irgendeinem Strafrecht irgendeiner Rechtsordnung beschäftigt. Sein Thema ist vielmehr ein liberales Strafrecht in einem Rechtsstaat, welches seinen Ausgang von der Freiheit des Einzelnen als rechtlich geschützter Freiheit nimmt. Diese Freiheit als „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“ ist das „einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht“ (AA VI, 237). Dieses (subjektive) Recht ist freilich nicht schrankenlos, sondern findet seine Grenze in der Freiheit jedes anderen. und es ist die Aufgabe des Rechts, jetzt zugleich verstanden als Inbegriff von Rechtsgesetzen, seine Reichweite zu bestimmen.

„Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“ (AA VI, 230)

⁴ Originalität wird hierbei nicht beansprucht, vgl. etwa die ausgearbeiteten Darstellungen von *Altenhain* in Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, Tübingen 2003, 1 ff. und *Hruschka* in Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, 17 ff.

Folglich lautet das „allgemeine Prinzip des Rechts“:

„Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“ (AA VI, 230)

Rechtsschutz ist freilich nur in einem Rechtsstaat möglich. Der Rechtsstaat ist nach Kant nicht nur ein Staat, der sich Gesetze gibt und das Handeln seiner Organe und seiner Bürger nach Gesetzen ausrichtet. Diese Gesetze dienen – wenig überraschend – vor allem einem Zweck: der Sicherung der Freiheit.

„Der rechtliche Zustand ist dasjenige Verhältnis der Menschen untereinander, welches die Bedingungen enthält, unter denen allein jeder seines Rechts teilhaftig werden kann.“ (AA VI, 305 f.)

Weil außerhalb eines Rechtsstaats, also im traditionellerweise so genannten Naturzustand, keine Rechtsicherheit gewährleistet ist, sind alle aus Vernunftgründen gehalten, den Naturzustand zu überwinden.

„Aus dem Privatrecht im natürlichen Zustand [d.h., das Recht, etwas als das Meinige zu haben, J.R.] geht nun das Postulat des öffentlichen Rechts hervor: du sollst, im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins mit allen anderen, aus jenem heraus in einen rechtlichen Zustand, d.i. den einer austeilenden Gerechtigkeit übergehen.“ (AA VI, 307)

Auf diese Weise entsteht der Rechtsstaat:

„Ein Staat (*civitas*) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. Sofern diese als Gesetze a priori notwendig, d.i. aus den Begriffen des äußeren Rechts überhaupt von selbst folgend (nicht statutarisch) sind, ist seine Form die Form eines Staates überhaupt, d.i. der Staat in der Idee, wie er nach reinen Rechtsprinzipien sein soll, welche jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinen Wesen ... zur Richtschnur (*norma*) dient.“ (AA VI, 313)

Kant entwickelt in seiner *Metaphysik der Sitten* nicht nur das Modell eines freiheitlichen Rechtsstaats, sondern nimmt bereits Überlegungen vorweg, wie sie über 270 Jahre später von der „personalen Rechtsgutstheorie“ formuliert werden: Strafrecht ist nur legitim, sofern es dem Schutz der Einzelnen und der hierfür notwendigen staatlichen Institutionen

dient.⁵ Ein (Straf-)Recht, welches von allen sozialen Zwecken absieht, ist für Kant gar nicht denkbar.

Zweite These: Da die Motive des Normadressaten nicht Gegenstand des Rechts sind, bleibt als einziges Mittel zur Beeinflussung des Verhaltens der Zwang.

Alle Gesetze sind, um praktisch werden zu können, darauf gerichtet, die Willkür zu bestimmen. Kant spricht von „inneren Bestimmungsgründen“ (AA VI, 214). Gleichwohl kann man zwischen zwei Arten der Gesetzgebung unterscheiden:

Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, daß die „Diejenige, welche eine Handlung zur Pflicht und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, ist ethisch. Diejenige aber, welche das letztere nicht im Gesetze mit einschließt, mithin auch eine andere Triebfeder als die Idee der Pflicht selbst zuläßt, ist juridisch. Man sieht in Ansehung der letzteren leicht ein, daß diese von der Idee der Pflicht unterschiedene Triebfeder von den pathologischen Bestimmungsgründen der Willkür der Neigungen und Abneigungen und unter diesen von denen der letzteren Art hergenommen sein müsse, weil es eine Gesetzgebung, welche nötigend, nicht eine Anlockung, die einladend ist, sein soll. (...)“

Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, daß die Idee dieser Pflicht, welche innerlich ist, für sich selbst Bestimmungsgrund der Willkür des Handelnden sei und, da sie doch einer Triebfeder bedarf, nur äußere mit dem Gesetz verbinden kann.“ (AA VI, 219)

Die damit verbundene Unterscheidung zwischen Moral und Rechtsgesetz bzw. „Moralität“ und „Legalität“ (ibid.) ist in doppelter Hinsicht von Bedeutung. Erstens spielen innere Beweggründe für die wechselseitige Abgrenzung der Rechtssphären keine Rolle. Durch böse Gedanken allein wird das Recht eines anderen noch nicht beeinträchtigt. Zweitens appellieren zwar auch die Rechtsgesetze an den Willen der Normadressaten, aber die Rechtsordnung verlässt sich nicht auf ihren guten Willen. Die Bestimmungsgründe von Handlungen kann man zwar analysieren, aber nicht in ihrer Existenz überprüfen.⁶

⁵ S. etwa *Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, 68 ff.

⁶ Vgl. *Kant Kritik der reinen Vernunft* (2. Aufl. 1787) in Kants gesammelte Schriften, Band 3, 1911, B 373 Fußnote: „Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher,

„Ein striktes (enges) Recht kann man also nur das völlig äußere nennen. Dieses gründet sich zwar auf das Bewußtsein der Verbindlichkeit eines jeden nach dem Gesetze; aber die Willkür danach zu bestimmen, darf und kann es, wenn es rein sein soll, sich auf dieses Bewußtsein als Triebfeder nicht berufen, sondern fußt sich deshalb auf dem Prinzip der Möglichkeit eines äußeren Zwanges, der mit der Freiheit von jedermann nach allgemeinen Gesetzen zusammen bestehen kann.“ (AA VI, 232)

Wer sich schon von selbst, aus eigener (moralischer) Überzeugung rechtstreu verhält, bedarf somit im Grunde genommen nicht der zusätzlichen Anweisung durch die Gesetze.⁷ Das Gesetz ist somit vor allem für die Vernunftwesen notwendig, deren Bestimmungsgründe „pathologisch“ sind, weil sie mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz unvereinbar sind. Da sie sich nicht bereits durch die Vorstellung der Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten haben bestimmen lassen, hilft ihnen gegenüber nur noch Rechtszwang, d.h. Gewalt. Der Zusammenhang zwischen Recht und Zwangsbefugnis ist für Kant grundlegend. So ist „mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen, nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft“ (AA VI, 231). Ohne Rechtsschutz durch Zwang ist ein Recht gar nicht denkbar.⁸ Belohnungen hält Kant für ungeeignet, weil nicht eine bestimmte Haltung anerzogen, sondern ein Verhalten erzwungen werden soll. Außerdem sind Belohnungen denjenigen vorbehalten, die mehr tun, als sie von Rechts wegen tun müssen.⁹

Von diesen Prämissen ausgehend hat später Feuerbach seine Lehre vom psychologischen Zwang entwickelt.¹⁰ Bemerkenswerterweise wird Feuerbach gemeinhin in Gegensatz zu Kant gestellt und als prominenter Vertreter der Generalprävention angesehen.¹¹ Aber Feuerbach war ein

selbst die unseres eigenen Verhaltens, gänzlich verborgen. Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden.“ Daraus folgen prinzipielle Schwierigkeiten für solche Positionen, die, wie die positive Generalprävention, die Bewusstseinsbildung betonen, s. etwa *Frisch* in Hefendehl u.a. (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann*, 2014, 55, 63 ff.

⁷ In diesem Sinne etwa bereits *Augustinus*, *De libero arbitrio*, I.15, 31. Darauf kann man freilich nicht vertrauen, denn die Menschen „mögen auch so gutartig und rechtliebend gedacht werden, wie man will, so liegt es doch *a priori* in der Vernunftidee eines solchen (nicht-rechtlichen) Zustandes, daß, bevor ein öffentlich gesetzlicher Zustand errichtet worden, vereinzelte Menschen ... niemals vor Gewalttätigkeiten gegeneinander sicher sein können ...“ (AA VI, 312).

⁸ Näher dazu *Ripstein* JRE 16 (2008), 227, 232 ff.

⁹ Zur Supererogation s. *Hruschka/Joerden* ARSP 73 (1987), 93 ff.

¹⁰ Ausführlich ausgearbeitet in *Feuerbach*, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Erster Theil, 1799, 43 ff.; s. ferner *ders.*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., hrsg. v. Mittermaier, 1847, §§ 10 ff.

¹¹ So etwa *Roxin/Greco* AT I, § 3 Rn. 22.

bekennender Kantianer, der dessen Rechtsphilosophie für die Strafrechtspraxis und Strafgesetzgebung fruchtbar machen wollte. Schon das deutet darauf hin, dass der Gegensatz, der üblicherweise zwischen der Generalprävention und der kantischen Position aufgemacht wird, ein scheinbarer ist. Mehr noch: Feuerbach betont vor allem die verhaltenssteuernde Kraft des Gesetzes – wie Kant auch. Insofern handelt es sich aber noch nicht einmal um eine Besonderheit von Strafgesetzen. Alle Gesetze bezwecken, Verhalten zu steuern – weil sie ein Sollen vorschreiben und für den Fall ihrer Missachtung eine Rechtsfolge festsetzen.¹² Auch wer etwa einen Kaufvertrag abschließt, darf sich darauf verlassen, dass er seinen Anspruch notfalls gerichtlich und im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen kann. Umgekehrt soll die Androhung der Zwangsvollstreckung den säumigen Schuldner dazu anhalten, seine Schuld zu begleichen, wenn sonst nichts mehr wirkt. Gesetze können ihre Autorität aber nur erhalten, wenn sie auch angewendet werden.

Dritte These: Durch die Straftat verletzt der Straftäter nicht nur das subjektive Recht des Opfers, sondern er stellt die Rechtsordnung als solche in Frage.

Aus der Umkehrung des oben erwähnten „allgemeinen Prinzip des Rechts“ folgt, dass eine Handlung dann unrecht ist, wenn ihre Maxime nicht mit der Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, m.a.W.: wenn sie das Recht eines anderen verletzt.¹³ Man kann jedoch in zweierlei Hinsicht von einer Rechtsverletzung sprechen, nämlich „materialiter“ von der Verletzung des subjektiven Rechts und „formaliter“ von der Verletzung des staatlichen Gesetzes, welches dieses Recht garantieren soll. Wer eine Straftat begeht, nimmt „dem Begriff des Rechts selber alle Gültigkeit“ (AA VI, 308, Fn. zu § 42), denn:

¹² Es ist müßig, darüber zu streiten, ob diese Vorstellung nicht deshalb überholt ist, weil ein rational-choice-Ansatz für das Strafrecht nicht taugt: Viele Straftäter handeln gerade nicht überlegt, so etwa die Kritik von *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 1/28 an der negativen Generalprävention. Von einem Gesetz kann nicht mehr erwartet werden als einen weiteren (Klugheits-)Grund neben anderen sinnlichen Beweggründen zu liefern, s. dazu auch *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, 359 ff.

¹³ Daran anknüpfend entwickelt später *Feuerbach* seine Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung, s. Lehrbuch (Fn. 10), § 21: „Wer die Grenzen der rechtlichen Freiheit überschreitet, begeht eine Rechtsverletzung, Beleidigung (Läsion). Wer die durch den Staatsvertrag verbürgte, durch Strafgesetze gesicherte Freiheit verletzt, begeht ein Verbrechen.“

„eine jede Übertretung des Gesetzes kann und muß nicht anders als so erklärt werden, daß sie aus einer Maxime des Verbrechers (sich eine solche Untat zur Regel zu machen) entspringe; ...“ (AA VI, 321, Fn. zu Anmerkung A zu § 49)

Dass das Verbrechen aus einer Maxime entspringt, bedeutet, dass der Täter sich dazu selbst durch seine freie Willkür bestimmt hat, denn andernfalls könnte ihm die Tat nicht zugerechnet werden.¹⁴ Die verbrecherische Handlungsmaxime läuft aber, wie leicht zu sehen ist, der durch das Gesetz vorgegebenen Maxime zuwider. Kant verdeutlicht dies am Beispiel des Diebstahls.

„Wer da stiehlt, macht aller anderer Eigentum unsicher.“ (AA VI, 333)

Er missachtet also nicht nur das Eigentumsrecht des Opfers, sondern das Eigentum als Rechtsinstitut – als ob das Verbot des Diebstahls für ihn nicht gälte.¹⁵ Obwohl also jede Rechtsverletzung diese beiden Aspekte aufweist, erfordert sie noch nicht den Einsatz des Strafrechts. Vielmehr unterscheidet Kant zwischen einer:

„Übertretung des öffentlichen Gesetzes, die den, welcher sie begeht, unfähig macht, Staatsbürger zu sein“ (AA VI, 331),

und sonstigen Übertretungen. Die erstere nennt er „Verbrechen schlechthin (crimen)“ oder „öffentliches Verbrechen (crimen publicum)“. Durch sie wird „das gemeine Wesen und nicht bloß eine einzelne Person“ gefährdet. Nur für sie ist die „Kriminalgerechtigkeit“ zuständig, während „Privatverbrechen“ von den Zivilgerichten abgeurteilt werden sollen (ibid.).¹⁶ Soweit das gemeine Wesen, d.h. die staatliche Rechtsordnung schlechthin betroffen ist, ist eine staatliche Reaktion notwendig, die die Geltung der Rechtsordnung gegenüber der für unmaßgeblich zu erklärenden Maxime des Verbrechers bestätigt.¹⁷

Vierte These: Vergeltung bedeutet nichts anderes, als das dem Straftäter ein Übel für schuldhaft begangenes Unrecht zugefügt wird.

¹⁴ Das Vermögen, seinen Handlungen Maximen zu geben, nennt *Kant* freie Willkür (AA VI, 213 f.); diese Willkür ist Voraussetzung für Zurechnungsurteile (dazu sogleich) und macht den Betroffenen zu einer „Person“ (AA VI, 223).

¹⁵ S. dazu *Ripstein* JRE 16 (2008), 240 ff.

¹⁶ Näher dazu und zur historischen Herkunft dieser Unterscheidung *Hruschka* in Jahn u.a. (Hrsg.), *Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel*, 2010, 77, 88 ff.

¹⁷ S. *Ripstein* JRE 16 (2008), 243 f.

Vergeltung ist kein Strafzweck, sondern schlechthin die Definition der Strafe.

Strafrecht definiert Kant als:

„das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen.“ (AA VI, 331)

Mit Befehlshaber ist, wie sich bereits aus dem Vorstehenden unschwer ergibt, nicht irgendein absoluter Herrscher gemeint, der nach Belieben seine Untertanen mit Strafen malträtieren könnte. Zwar mag man die anschließende Formulierung Kants, dass der „Oberste im Staate“ nicht bestraft werden könne (ibid.), auf den ersten Blick in diesem Sinne verstehen, doch eine derartige Sichtweise greift zu kurz. Der Befehlshaber in dem Staat, der Kant vorschwebt und der wohlgemerkt ein Rechtsstaat ist, ist nicht irgendeine einzelne Person, sondern er repräsentiert die Gesamtheit derjenigen, die sich durch einen vereinigten Willen in einen rechtlichen Zustand begeben haben (s. AA VI, 311).¹⁸ Die „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“ (AA VI, 313) unterliegt aber als solche nicht dem Strafgesetz.

Strafe *ist* nun selbst der Schmerz, mit dem der Verbrecher wegen seines Verbrechens belegt wird. In dem gesamten Abschnitt „E. Vom Straf- und Begnadigungsrecht“ spricht Kant an keiner Stelle davon, dass die Zufügung eines Übels (des „Schmerzes“) ein außerhalb der staatlichen (!) Strafe liegender und mit ihr besonders verfolgter Zweck – etwa: die Vergeltung oder die Wiedergutmachung von Unrecht – sei.

Der Grund für die Verhängung der Strafe ist, dass jemand „verbrochen hat“ (AA VI, 331). Daraus folgt zweierlei. Ein Verbrechen ist nach Kant die „Übertretung eines öffentlichen Gesetzes“ (ibid.). Das ist nichts anderes als das Verfassungsprinzip des *nulla poena sine lege* (Art. 103 II GG). Bestraft werden darf nur eine Tat, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung gesetzlich als Straftat festgelegt war. Öffentlich ist ein Gesetz, das allgemein bekannt gemacht worden ist. Erst dann erlangt es seine verpflichtende Kraft.¹⁹ Nur eine dem Bürger bekannte Strafdrohung kann ihm überhaupt

¹⁸ Vgl. Ripstein JRE 16 (2008), 237.

¹⁹ Kant AA VI, 311: „Der Inbegriff der Gesetze, die einer allgemeinen Bekanntmachung bedürfen, um einen rechtlichen Zustand hervorzubringen, ist das öffentliche Recht.“

einen (Klugheits-)Grund liefern, von dem inkriminierten Verhalten abzustehen.²⁰

Dies setzt jedoch die Fähigkeit voraus, sein Handeln nach Bestimmungsgründen auszurichten, mit anderen Worten: Zurechnungsfähigkeit. Verbrochen hat nur derjenige, und damit gelangen wir zur fünften These, dem das Verbrechen zugerechnet werden kann.

Fünfte These: Die Zurechnung der Straftat enthält einen rechtlichen Tadel.

Neuere Straftheorien rücken den Tadel in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen. Die Funktion der Strafe sei es, das Fehlverhalten des Täters zu missbilligen.²¹ Damit vergleichbar ist die herkömmliche Redeweise von der Strafe als „sozialethischer Missbilligung“²² – nur dass es hier nicht um irgendeine Form von Sozialethik, sondern um Recht und rechtliche Missbilligung geht.

Auch insoweit kann man jedoch schon bei Kant fündig werden. Nach seiner berühmten Definition ist

„Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ... das Urteil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (*imputatio iudiciaria s. valida*) ... sein würde.“ (AA VI, 227)

Zurechnung bedeutet zunächst, dass eine Tat aus freier Willkür entsprungen ist.²³ In der strafrechtlichen Terminologie heißt das, dass sie zur Schuld zugerechnet werden kann. Zuständig für die rechtskräftige Zurechnung ist der Richter.

Zurechnungsurteile werden – nur – im Hinblick darauf gefällt, ob eine Handlung einer Norm widerspricht. Das ist auf zweierlei Weise möglich:

„Was jemand pflichtmäßig mehr tut, als wozu er nach dem Gesetze gezwungen werden kann, ist verdienstlich (*meritum*); ... was er

²⁰ Auf diese Überlegung stützt dann *Feuerbach*, Lehrbuch (Fn. 10), § 20 seine Ausarbeitung des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Gesetz“.

²¹ *Von Hirsch* in von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, 43, 49 ff.

²² Vgl. BVerfGE 27, 18, 29; 96, 245, 249; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, 65; weitere Nachw. bei *Kühl* ZStW 116 (2004), 870, 876 ff.

²³ Zur Geschichte des Zurechnungsbegriffs ausführlich *Hruschka* in Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, 17 ff.

endlich weniger tut, als die letztere fordert, ist moralische Verschuldung (*demeritum*). Der rechtliche Effekt einer Verschuldung ist die Strafe (*poena*).“ (AA VI, 227)

Wer mehr tut, als er muss, wird folglich gelobt, wer weniger tut, wird getadelt. „Moralisch“ hat bei Kant nicht die Bedeutung, die wir heute mit diesem Ausdruck verbinden, etwa als „den Sitten entsprechend“ im Gegensatz zu „dem Recht entsprechend“. Moralisch bezeichnet vielmehr das System von Verhaltensregeln, an dem die fragliche Handlung gemessen wird. Das können (im heutigen Sinne) moralische Regeln oder auch Rechtsgesetze sein.²⁴ Ausdruck findet der Tadel in der Strafe. Damit hat nicht nur ein strafrechtliches Zurechnungsurteil die Bedeutung eines Tadels, sondern dieser Tadel ist auch mit der Strafe und ihrer Vollstreckung verbunden – eben weil sie nur durch das Zurechnungsurteil begründet werden kann.

Sechste These: Wenn der Staat ein bestimmtes Verhalten mit Strafe bedroht, ist er auch unbedingt verpflichtet, das Strafgesetz anzuwenden.

Verbreitet wird die folgende Passage als Beleg dafür herangezogen, dass Kant eine Vergeltungstheorie in Absehung von jeglichen Zweckerwägungen vertritt, in der vielmehr die Bestrafung Selbstzweck ist.

„Richterliche Strafe (*poena forensis*), die von der natürlichen (*poena naturalis*), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas auszufinden, was durch den Vorteil, den es

²⁴ Der Gegensatz zu „moralisch“ ist bei Kant „pragmatisch“ oder „technisch“. Derartige pragmatische Regeln sind Imperative der Klugheit, die zeigen, welche Handlung vorgenommen werden muss, um einen bestimmten Zweck zu erreichen, s. dazu auch Byrd/Hruschka, Kant's Doctrine of Right – a Commentary, 2010, 3 f.

verspricht, ihn von der Strafe oder auch nur einem Grade derselben entbinde.“ (AA VI, 331)

Kant bezeichnet das Strafgesetz als kategorischen Imperativ. Kategorische Imperative sind unbedingt ohne Rücksicht auf einen besonderen Zweck verbindlich, während andere („technische“) Imperative ein Mittel zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks angeben und somit unter der hypothetischen Bedingung verbindlich sind, dass dieser Zweck verfolgt wird.²⁵

Kant wendet sich dagegen, die Bestrafung einer Tat von anderen Zwecken abhängig zu machen. Sein Hinweis auf die Äußerung des Kaiphas im Prozess gegen Jesus, es sei „besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe“ (AA VI, 332 zitiert Joh. 11,50) stellt klar, dass an einem Unschuldigen kein Exempel statuiert werden darf.²⁶ Man kann sich die Situation aber auch umgekehrt vorstellen: Ein Schuldiger wird aus irgendeinem Grund laufen gelassen.²⁷ Auch das ist nicht akzeptabel, denn

„die Gerechtigkeit hört auf, eine zu sein, wenn sie sich für irgend einen Preis weggibt.“ (AA VI, 332)

Kant argumentiert dezidiert gegen den Sinnspruch von Seneca: „Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur“²⁸ und bezieht damit in der damaligen Diskussion über Strafe und Strafrecht einen Standpunkt, der etwa dem von Beccaria entgegengesetzt ist. Während Beccaria fordert, dass der Zweck der Strafe kein anderer sein könne, „als den Schuldigen daran zu hindern, dass er seinen Mitbürgern neuen Schaden zufüge, und Andere von ähnlichen Handlungen abzuhalten“²⁹, stellt eine derartige Strafbegründung für Kant die Dinge auf den Kopf. Vielmehr muss

„die Strafgerechtigkeit (*iustitia punitiva*), da nämlich das Argument der Strafbarkeit moralisch ist (*quia peccatum est*), ... von der

²⁵ S. Kant AAVI, 222 f.

²⁶ Das aber wäre die – äußerste – Konsequenz eines stringent durchgeführten Utilitarismus, vgl. etwa das Beispiel, das Smart (in Smart/Williams, *Utilitarianism for and against*, 1973, 69 ff.) diskutiert: Der Sheriff einer Kleinstadt steht zwischen der Wahl, dem Mob einen Unschuldigen zur Lynchjustiz auszuliefern oder Ausschreitungen zu riskieren, in denen Hunderte ihr Leben verlieren werden. Williams' Kritik (ibid., 93 ff.) richtet sich vor allem gegen diese Konsequenz des Utilitarismus.

²⁷ Kant nennt hier als Beispiel den Verbrecher, dem die Todesstrafe erlassen wird, weil er sich für gefährliche medizinische Experimente zur Verfügung stellt.

²⁸ Seneca, *De Ira*, Liber I, XIX,7.

²⁹ Beccaria, *Ueber Verbrechen und Strafe*, übersetzt von Glaser, 1851, 40 f.

Strafklugheit, da es bloß pragmatisch ist (*ne peccetur*) und sich auf Erfahrung von dem gründet, was am stärksten wirkt, Verbrechen abzuhalten, unterschieden werden.“ (AA VI, 363 f., Fn. zu Anhang erläuternder Bemerkungen 5)

Die Begründung der Strafe ist jedweden Nutzenerwägungen vorgelagert und sie ergibt sich aus dem Gesetz selbst. Weil der Gesetzgeber ein Strafgesetz erlassen hat und weil der Verbrecher dieses Gesetz übertreten hat, darum muss Strafe verhängt werden. Die pragmatische Strafklugheit ist schlicht kein rechtlicher Gesichtspunkt.³⁰ Sie muss deshalb nicht ganz außer Acht gelassen werden, sondern kann etwa bei der Strafvollstreckung berücksichtigt werden, um „aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen“ (AA VI, 331).³¹ Wer eine rechtmäßig verhängte Strafe verbüßt, wird dann auch nicht „bloß“ als Mittel zur Verfolgung anderer Zwecke benutzt. Rechtsgrund der Strafe ist allein die Begehung der Straftat. In heutiger Diktion ist das nichts anderes als das Legalitätsprinzip.³²

Der Gesetzesvollzug scheint aber dann zu einer bloßen Formalie ohne weiteren Sinn zu verkommen, wenn sich die staatliche Gemeinschaft auflöst. Und so erscheint Kants berühmtes Inselbeispiel als Paradigma für das Verständnis einer letzten Endes doch zweckfreien und damit sinnlosen Strafe. So schreibt Kant:

„Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), so müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, daß auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.“ (AA VI, 333)

Da die völlige Auflösung eines Staates ein recht unwahrscheinlicher Fall ist, dürfte ein potentieller Straftäter kaum darauf hoffen dürfen, so dass die Autorität des Gesetzes von dieser bloßen Möglichkeit nicht infrage gestellt würde. Eine solche Überlegung verfehlt jedoch die Pointe des

³⁰ Näher dazu *Hruschka* FS Puppe, 2011, 24 ff.

³¹ So etwa *Feuerbach*, Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn, 1798, 226 (Fußnote): „Die von den philosophischen Criminalisten so oft gebrauchte Sentenz des Seneca ... ist daher in verschiedenern Rücksicht wahr und falsch. Sie ist jenes, wenn sie auf den Zweck der Execution der Strafe; sie ist dieses, wenn sie auf den Rechtsgrund derselben bezogen wird.“

³² Vgl. *Byrd/Hruschka* JZ 2007, 957, 960 ff.

Inselbeispiels. Da nämlich die Erde rund ist, kämen die Inselbewohner nach der Auflösung ihres Staates zwangsläufig wieder mit anderen Menschen in Kontakt,³³ worauf sich erneut die Gründung eines Staates als Postulat der Vernunft ergäbe. Wie aber soll man sich mit Leuten auf einen rechtlichen Zustand einlassen, die bereits bei anderer Gelegenheit gezeigt haben, sich nicht an das Recht zu halten.³⁴ M.a.W.: Die Insulaner haben gelogen; weshalb sollte man ihnen noch einmal glauben.

Man kann diese Argumentation anhand der Frage verdeutlichen, ob man „ein allgemeines Gesetz zu lügen“ wollen könne, mit der Kant in der *Grundlegung* die erste Variante des kategorischen Imperativs³⁵ erläutert. Ein allgemeines Gesetz zu lügen könne man gar nicht wollen,

„Selbst denn nach einem solchen würde es eigentlich gar kein Versprechen geben, weil es vergeblich wäre, meinen Willen in Ansehung meiner künftigen Handlungen ändern vorzugeben, die diesem Vorgeben doch nicht glauben, oder, wenn sie es übereilter Weise täten, mich doch mit gleicher Münze bezahlen würden, mithin meine Maxime, so bald sie zum allgemeinen Gesetze gemacht würde, sich selbst zerstören müsse.“ (AA IV, 403)

Ein Gesetz, das nicht angewendet wird, ist nichts anderes als eine Lüge des Gesetzgebers. Da der Gesetzgeber nach Kant nichts anderes ist als die Gesamtheit der in der bürgerlichen Gesellschaft organisierten Mitglieder, haftet diese Lüge dann als „Blutschuld“ (AA VI, 333) – wie jede Kollektivschuld – jedem einzelnen Mitglied dieses Kollektivs an.³⁶

Durch das Inselbeispiel will Kant also deutlich machen, dass man das Recht aus prinzipiellen Erwägungen hinaus nicht infrage stellen kann. Die Konsequenz eines Verzichts auf die Exekution des Strafurteils im Inselbeispiel wäre die völlige Rechtlosigkeit – für Kant keine annehmbare Alternative.

³³ Vgl. Kant AA VI, 262: „... wenn [die Erde] eine unendliche Ebene wäre, [könnten] die Menschen sich darauf so zerstreuen ..., daß sie in gar keine Gemeinschaft miteinander kämen, diese also nicht eine notwendige Folge von ihrem Dasein auf Erden wäre.“ Eingehend dazu Hruschka Kant und der Rechtsstaat, 2015, 48, insbes. 67 ff.

³⁴ Ebenso versteht Altenhain GedS Keller, 2003, 12 das Inselbeispiel.

³⁵ Kant Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (2. Aufl. 1785), in Kants gesammelte Schriften, hrsg. von Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 4, 1911, 385, 402: „Ich soll niemals anders verfahren als so, daß ich auch wollen könne, meine Maxime solle ein allgemeines Gesetz werden.“

³⁶ Hruschka ZStW 122 (2010), 493, 501 f., hat darauf hingewiesen, dass die Redeweise von der „Blutschuld“ dem damaligen Sprachgebrauch zufolge keineswegs etwas Mystisches bedeutet, sondern lediglich „von denjenigen gesagt [wird], die eine[n] Verbrecher, welcher Todesstrafe verdient, dennoch von dieser Strafe befreuen“. So zu lesen in Johann Georg Walch, Philosophisches Lexikon, 4. Aufl., hrsg. von Hennings (1775), 1968, Bd. I, Sp. 454.

Siebte These: Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der angedrohte Zwang seinen Zweck offensichtlich nicht erfüllen kann.

Für einen Fall des entschuldigenden Notstands (vgl. § 35 StGB) akzeptiert Kant eine Ausnahme von der Verpflichtung, Unrecht zu bestrafen. Kant exemplifiziert diese Ausnahme am klassischen „Brett des Carneades“.³⁷ Selbst in höchster Lebensgefahr kann es kein Recht geben, zur Rettung des eigenen Lebens einen anderen zu töten.³⁸ Denn bei Anerkennung eines Notrechts – notwendigerweise für alle in Lebensgefahr befindlichen Personen – stünde Rechtszwang gegen Rechtszwang, was mit einem wechselseitigen Rechtsverhältnis freier Personen unvereinbar ist.³⁹ Gleichwohl versagt in derartigen Situationen die Verhaltenssteuerung durch das Recht.

„Es kann nämlich kein Strafgesetz geben, welches demjenigen den Tod zuerkennte, der im Schiffbruche, mit einem anderen in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu retten. Denn die durchs Gesetz angedrohte Strafe könnte doch nicht größer sein als die des Verlustes des Lebens des ersteren. Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Übel, was noch ungewiß ist (dem Tode durch den richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Übel, was gewiß ist (nämlich dem Ersaufen), nicht überwiegen.“ (AA VI, 235)

Kants Behandlung der Notstandstat als „unstrafbar (*impunibile*)“ (AA VI, 236) bedeutet, dass der Notstandstäter für seine rechtswidrige Tat nicht zur Verantwortung gezogen und ihm die Rechtsfolge seines verbotenen Handelns nicht zugerechnet wird.⁴⁰ Wäre die Behauptung richtig, dass Vergeltung ein Selbstzweck sei, dann ließe sich diese Ausnahme nicht erklären. Denn am Verlust des Lebens des Opfers ist ebenso wenig zu rütteln wie daran, dass er auf eine unrechte Tat zurückzuführen ist. Der Zweck des ganzen Unternehmens Strafrecht besteht eben auch für Kant gerade nicht in der Verwirklichung irgendeiner transzendentalen⁴¹

³⁷ Zu seinem Ursprung s. *Aichele* JRE 11 (2003), 245 ff.

³⁸ S. *Kant* AA VI, 236: „... und gleichwohl kann es keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte.“

³⁹ Vgl. *Küper* Immanuel Kant und das Brett des Carneades, 1999, 6 ff.

⁴⁰ Vgl. *Hruschka* GA 1991, 1, 8 ff.; krit. *Küper*, Kant und das Brett des Carneades, 1999, 48 ff.

⁴¹ Nicht: „metaphysische“ Gerechtigkeit. Gerechtigkeit hat mit Metaphysik nichts zu tun, außer man vertritt eine extreme Naturrechtlehre, wonach alle Dinge ihr Richtmaß in sich tragen und somit „recht“ und „unrecht“ nichts anderes als empirische Eigenschaften sind. Kant kennt aber sehr wohl den Unterschied zwischen Sein und Sollen, so dass dieser Vorwurf im Hinblick auf seine Straftheorie barer Unsinn ist.

Gerechtigkeit, sondern es geht um die Frage, wie (Straf-)Recht Verhalten steuern und auf diese Weise Freiheit schützen kann.

Achte These: Der Gegensatz zwischen Vergeltungs- und Präventionstheorie ist ein Scheinproblem.

Nach den bisherigen Überlegungen erweist sich der Streit zwischen Vergeltungs- und Präventionstheorie, jedenfalls soweit es Kant betrifft, als ein Scheinproblem. Jede Rechtsnorm, nicht nur ein Strafgesetz, soll das Verhalten der Normadressaten beeinflussen und wirkt daher präventiv. Rechtsnormen müssen jedoch auch angewendet werden – oder sie sind – auch und gerade für Kant – kein Recht. Durch die Verhängung der Strafe demonstriert der Staat, dass er es ernst meint und auch in Zukunft auf Straftaten entsprechend reagieren wird. Wenn ein Rechtsstaat der Inbegriff einer rechtlichen Ordnung ist, dann hört er auf, ein Rechtsstaat zu sein, wenn er seine Gesetze nicht anwendet. Das ist alles andere als eine selbstzweckhafte Vergeltungstheorie.

Durch die Strafgesetze und ihre Exekution sollen also künftige Straftaten verhindert werden, indem potentiellen Tätern ein Übel in Aussicht gestellt wird, welches im Ernstfall auch eintritt. Keineswegs aber soll an ihnen je nach tagespolitischen Bedürfnissen ein Exempel statuiert werden. Prävention ist somit nicht ohne „Vergeltung“ zu haben.⁴² Prävention ist jedoch nur ein unkontrollierbarer Nebeneffekt von Strafrecht und Bestrafung, weil man die Triebfedern, aus denen jemand handelt, nur theoretisch analysieren, nicht aber praktisch feststellen kann. Vielleicht zeigt sich gerade darin die Liberalität des Rechtsstaats: dass er auf den Anspruch verzichtet, eine moralische Besserungsanstalt zu sein.

Neunte These: Das Maß der Strafe richtet sich nach dem Unrecht und der Schuld und ist insofern kontingent.

Im Hinblick auf das Strafmaß vertritt Kant ein rigoroses Talionsprinzip. Das klingt ebenfalls wieder sehr nach Vergeltung.

„Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und zum Richtmaße macht? Kein anderes als das Prinzip der Gleichheit. ... Nur das

⁴² S. auch *Ripstein* JRE 16 (2008), 237 ff., 247 f.

Wiedervergeltungsrecht (*ius talionis*) ... kann die Qualität und die Quantität der Strafe bestimmt angeben.“ (AA VI, 332)

Für den Mörder kann es daher nur die Todesstrafe geben, für Räuber und Diebe Zwangsarbeit (s. AA VI, 332 f.). Aber schon das letzte Beispiel passt nicht mehr genau, und bei Vergewaltigung oder sexuellem Kindesmissbrauch etwa sieht das auch Kant so. Derartige Verbrechen lassen „keine Erwidernug“ zu, „weil diese entweder an sich unmöglich oder selbst ein strafbares Verbrechen an der Menschheit überhaupt sein würden“ (AA VI, 363 für die Kastration). Zweifelhaft ist, ob ein derart striktes Talionsprinzip überhaupt aus den Grundsätzen der kantischen Rechtslehre folgt oder ob man nicht – lediglich – den Schluss ziehen muss, dass das Strafmaß dem Ausmaß des Unrechts und der Schuld entsprechen muss.

Kants Anliegen ist vor allem ein Ende der Beliebigkeit der damals herrschenden richterlichen Strafzumessungspraxis.⁴³

„Willkürliche Strafen für sie zu verhängen, ist dem Begriff einer Strafgerechtigkeit buchstäblich zuwider. Nur dann kann der Verbrecher nicht klagen, daß ihm unrecht geschehe, wenn er seine Übeltat sich selbst über den Hals zieht und ihm, wenngleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geiste des Strafgesetzes gemäß das widerfährt, was er an anderen verbrochen hat.“ (AA VI, 363)

Eine derartige Strafzumessung „dem Geiste des Strafgesetzes gemäß“ berücksichtigt, dass der Straftäter sich durch seine Straftat in gewisser Form selbst von der Partizipation an der bürgerlichen Gesellschaft ausgeschlossen hat, indem er nämlich die Gesetze der Freiheit missachtet hat. Durch die Strafe wird ihm nun eben dies zuteil. Strafe ist eine Form des Ausschlusses von der vollen Teilhabe durch eine Rechtseinbuße, die sich am nachdrücklichsten in der Freiheitsstrafe manifestiert. Aber auch eine Geldstrafe kommt als Alternative in Betracht, weil dadurch die wirtschaftliche Grundlage für die Betätigung in der Gesellschaft betroffen ist. Die Einbuße an Freiheit oder Vermögen muss der Schwere der Tat angemessen sein.⁴⁴ In der Sache folgt daraus eine „tatproportionale Strafzumessung“⁴⁵ als Voraussetzung dafür, dass Strafe als gerecht und nicht als willkürliche Rache erscheint.

⁴³ Vgl. dazu *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1930, 39 ff.

⁴⁴ *Ripstein* JRE 16 (2008), 246.

⁴⁵ So die gleichnamige Schrift von *Hörnle* aus dem Jahr 1999.

B. Schluss

Für Kant ist Vergeltung also keineswegs ein Selbstzweck, sondern eine Form des Rechtszwangs zur Durchsetzung des Rechts. Oder in den Worten Hruschkas: „Der Begriff einer obersten Gewalt ... und der einer Strafgerechtigkeit ... implizieren einander.“⁴⁶ Nicht nur ist der Rechtsstaat eine notwendige Bedingung für Strafgerechtigkeit, sondern Strafgerechtigkeit ist auch eine notwendige Voraussetzung für Rechtsstaatlichkeit.

Vielleicht beruht der Streit über die verschiedenen Strafzwecklehren auch darauf, dass man dem Begriff der Strafe zu viel auflädt, anstatt zu differenzieren: Strafe ist per definitionem ein Übel, welches für schuldhaftes Unrecht verhängt wird (insofern also Vergeltung). Strafe hat qua richterlicher Zurechnung die (kommunikative) Bedeutung von Tadel. Ihre Vollstreckung dient dem Zweck der Prävention.

Das ist dann aber keine Vereinigungs„theorie“ im üblichen Sinne, in der verschiedene Versatzstücke nach Art eines Eintopfs zusammengerührt werden.

⁴⁶ Hruschka FS Puppe, 2011, 32.

Look into the camera!
**Strafprozessuale, verfassungsrechtliche und methodisch-
strukturelle Probleme im Zusammenhang mit biomet-
risch gesicherten Beweismitteln, insbesondere Smart-
phones**

Nina Schrott, München*

ABSTRACT

Ob biometrisch gesicherte Smartphones ermittelungsbehördlich entschlüsselt und ausgelesen werden dürfen, ist nach wie vor heftig umstritten. Der Beitrag diskutiert, ob derartige Eingriffe gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit verstoßen, und unterzieht die in Rechtsprechung und Literatur aufgerufenen Ermächtigungsgrundlagen einer kritischen Prüfung. Dabei wird deutlich, dass v.a. die zugrunde gelegten methodisch-strukturellen Zugänge nicht selten auf dogmatisch tönernen Füßen stehen.

A. Der Zugriff auf das Smartphone als das „was dem Zugriff auf die menschliche Seele am nächsten kommt“¹

Mobile Endgeräte wie Laptops, Smartphones, Tablets und Wearables sind inzwischen allgegenwärtig und bestimmen unseren beruflichen wie privaten Alltag. Sie fungieren u.a. als Telekommunikations- und Nachrichteninstrument, Kamera und Fotoalbum, als Kalender, Notizbuch, Arbeitsmittel, Spielkonsole, Datingtool, Fitnesstracker und Navigationsgerät – und sind aufgrund ihrer handlichen Größe (fast) immer mit dabei.

* Die Verfasserin ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie von Prof. Dr. Armin Engländer an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Greco StV 2024, 276, 279, Hervorheb. im Original.



Das gilt insbesondere für Smartphones, aus deren gespeicherten Datensätzen sich ganze Persönlichkeitsprofile erstellen lassen.² Um dieses „ultimative[] Beweismittel“³ vor dem Zugriff Dritter zu schützen, sind inzwischen die allermeisten mobilen Endgeräte mit biometrischen Sicherungsmechanismen wie Fingerabdruckscan, Gesichts- und Iriserkennung versehen.⁴ Diese Verschlüsselungsmaßnahmen treten dabei neben die klassische PIN-Eingabe und sollen einen gleichermaßen bequemen wie sicheren Zugriff auf das Gerät ermöglichen. Die technischen Hintergründe sind einigermaßen komplex und hängen von den jeweils verwendeten biometrischen Verschlüsselungstechniken ab. Sie eint, dass sie auf individuelle körperliche Merkmale wie Fingerabdruck, Gesicht, Iris oder Venenbild des Nutzers abstellen und bei Übereinstimmung mit den gespeicherten Merkmalen das Gerät freigeben.⁵

Ob Ermittlungsbehörden biometrisch gesicherte Mobilfunkendgeräte entschlüsseln und anschließend auf die gespeicherten Daten zugreifen dürfen, darüber wird in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor heftig gestritten. Bemerkenswert ist dabei nicht nur die Vielzahl und Unterschiedlichkeit der beigezogenen Befugnisnormen – jedenfalls thematisiert werden u.a. (ggf. in analoger Anwendung) §§ 81a, 81b, 94, 100a, 100b, 102, 110 III StPO sowie die §§ 160, 161 StPO –, sondern auch die verschiedenen methodischen Zugänge, die die Autorinnen und Autoren wählen, um Entschlüsselung und Datenzugriff zu (de-)legitimieren. Eine lediglich untergeordnete Rolle in der Diskussion spielt hingegen der Nemo-tenetur-Grundsatz.

Der vorliegende Beitrag möchte daher zunächst einen vertieften Blick auf etwaige Friktionen hinsichtlich des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit bei zwangsweiser Smartphone-Entschlüsselung werfen (unter B.), bevor er sowohl die diskutierten Ermächtigungsgrundlagen als auch insbesondere die – oftmals weitgehend begründungslos – gewählten methodisch-strukturellen Herangehensweisen einer kritischen Prüfung unterzieht (unter C.). Der Text endet mit einem kurzen Fazit sowie einem Appell an den Gesetzgeber (unter D.).

² Zum Ganzen *Ludewig* KriPoZ 2019, 293; *Greco* StV 2024, 276, 276; *Stam* JZ 2023, 1070, 1071; vgl. auch BVerfGE 115, 166, 190, 192 ff. Daneben kann über das Smartphone i.d.R. auch auf Online- bzw. Clouddienste zugegriffen werden.

³ *Grzesiek/Zühlke* StV-S 2021, 117, 122.

⁴ Vgl. <https://de.statista.com/infografik/11117/weltweiter-absatz-anteil-von-geraeten-mit-biometrischen-technologien/> [5.7.2024].

⁵ Zu den technischen Hintergründen *Bäumerich* NJW 2017, 2718, 2718 f.; *Horn*, Biometrische Sicherungen, 2020, 6 ff.

B. Zwangsweise Entschlüsselung bei Freiheit zur Selbstbelastung?

I. Zwischen aktiver Duldung und passiver Mitwirkung

Da die Selbstbelastungsfreiheit grundsätzlich vor jeder Form aktiver Mitwirkung schützt, darf ein Beschuldigter unstreitig nicht dazu gezwungen bzw. durch Täuschung oder List dazu gebracht werden, seinen PIN-Code an die Ermittlungsbehörden herauszugeben.⁶ Soll dennoch auf das Beweismittel „(verschlüsseltes) Smartphone“ zurückgegriffen werden, bleibt entweder ein zeit- und kostenintensiver Brute-Force-Einsatz⁷ oder bei einem biometrisch gesicherten Smartphone die zwangsweise Entschlüsselung u.a. mittels Fingerauflegens bzw. Kopf- und Liderfixierung beim Beschuldigten.⁸ Verträgt sich ein solcher Einsatz von Zwang(smitteln) aber mit der verfassungsrechtlich garantierten Freiheit zur Selbstbelastung?

Literatur und Rechtsprechung belassen es in diesem Zusammenhang zu meist bei der knappen, einigermaßen lapidaren Feststellung, der Nemo-tenetur-Grundsatz sei hier mangels des Erfordernisses aktiver Mitwirkung bzw. Willensbildung – der Finger könne auch ohne Beschuldigtenbeteiligung auf dem Scanner platziert, Kopf und Lider auch ohne dessen Mitwirkung fixiert werden – nicht betroffen.⁹ Tatsächlich wird die Grenze des Zulässigen ganz überwiegend entlang der dichotomen Demarkationslinie von erlaubtem Zwang zu *passiver* Duldung – dann kein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit – und dem wegen eines Verstoßes gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verbotenen Zwang zur *aktiven* Mitwirkung gezogen.¹⁰

Doch selbst bei Anwendung dieses (vermeintlich) klaren Unterscheidungskriteriums – zur Kritik hieran sogleich – unterfällt die Entschlüsselung biometrisch gesicherter Smartphones nur zum Teil von vornherein *nicht* dem geschützten Anwendungsbereich der Selbst-

⁶ H.M., im hiesigen Kontext *Momsen* DRiZ 2018, 140, 141; *Nadeborn/Irscheid* StraFo 2019, 274, 275.

⁷ Brute-Force-Methode („rohe Gewalt“) = Erraten von Anmeldeinformationen / Verschlüsselungscodes durch reines Ausprobieren; dazu *Horn*, Biometrische Sicherungen, 2020, 14 f.

⁸ Sofern jedenfalls die max. Anzahl biometrischer Entsperrungen vor PIN-Eingabe noch nicht überschritten wurde.

⁹ So z.B. *Momsen* DRiZ 2018, 140, 141: Nemo-tenetur-Grundsatz „strukturell nicht betroffen“; ähnlich knapp *Bäumerich* NJW 2017, 2718, 2721; *Nadeborn/Irscheid* StraFo 2019, 274, 275; etwas ausführlicher *Braun/Hummels* PSP 2018, 3, 4; *Rottmeier/Eckel* NSTZ 2020, 193, 195; s. auch *Nicolai* StV-S 2023, 148; *Rückert*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 42; i.T. anders *Neuhaus* StV 2020, 489, 491.

¹⁰ H.M. und st.Rspr., BVerfGE 56, 42; BGHSt 24, 125, 129; 34, 39, 45 f.; 42, 139, 152; *Schuhr*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Vor § 133 Rn. 91 f. m.w.N.

belastungsfreiheit: So mag zwar das erzwungene Strecken bzw. Auflegen des Fingers auf den Fingerabdrucksensor durch die Ermittlungspersonen für den Betroffenen tatsächlich lediglich eine passive Duldungshandlung darstellen und folglich nicht vom Verbot aktiver Selbstbelastung erfasst sein.¹¹ Anders kann sich die Sachlage hingegen bei einem mittels Gesichts- bzw. Iriserkennung gesicherten mobilen Endgerät darstellen: Denn insbesondere bei neueren Smartphones funktioniert die Freischaltung oftmals nur dann, wenn die (berechtigte) Person direkten Blickkontakt mit der Kamera aufnimmt, mithin darf sie den Blick jedenfalls nicht aktiv (weit) nach links, rechts, oben oder unten abwenden („aktiv wegschauen“).¹² Da es insofern auf die Ausrichtung der Iris ankommt, kann eine Fixierung von Kopf und Lidern eine solche aktive Abkehr- bzw. Abwehrhaltung kaum verhindern.

Damit ist aber jedenfalls in diesen Fällen dahingehend eine aktive, nicht durch äußerlichen Zwang zu erwirkende Mitwirkungshandlung erforderlich, als dass der eigene Blick bewusst auf die Kamera des Smartphones gerichtet werden muss. Zöge man sich nun auf eine streng formalistisch-dichotome Position zurück, ließe sich in dieser Notwendigkeit durchaus ein Element erforderlicher aktiver Mitwirkung erkennen mit der Folge, dass über die fehlende Pflicht zum In-die-Kamera-Schauen vorab belehrt werden müsste und Beweisergebnisse, die unter Verstoß gegen diese Pflicht bzw. durch Täuschung oder List – z.B. durch plötzliches „Einfangen“ des Blicks – erlangt worden wären, nicht verwertet werden dürften.

II. Zum Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit

Das vorstehende Beispiel macht damit zugleich deutlich, dass eine derart strenge Entgegensetzung von aktiver Mitwirkung und passiver Duldung bisweilen zu einigermassen zufälligen, wenig sachgerechten Ergebnissen führt:¹³ Nicht nur hinge die Zulässigkeit der Maßnahme maßgeblich von der spezifischen technischen Ausgestaltung der einzelnen biometrischen Sicherung ab. Vielmehr würde auch der bloße Umstand, dass sich gewisse – wenige – körperliche Mitwirkungshandlungen im Gegensatz zu den allermeisten anderen weder durch aktiven Zwang noch durch

¹¹ S. hierzu bereits Fn. 9.

¹² Exemplarisch bzgl. Face-ID von Apple https://de.wikipedia.org/wiki/Face_ID [5.7.2024]. Gedruckte oder digitale zweidimensionale Fotos sind ebenfalls nicht geeignet, die Sicherung zu überwinden, ausführlich <https://support.apple.com/de-de/102381> [5.7.2024].

¹³ Ähnlich *Kasiske* JuS 2014, 15, 18; *Verrel* NSTZ 1997, 415, 417.

bloßes Zuwarten „erzwingen“ lassen,¹⁴ zum maßgeblichen Unterscheidungs faktor, obwohl sich die einzelnen Handlungen angesichts ihres lediglich „körperlichen“ Persönlichkeitsbezugs in qualitativer Hinsicht kaum voneinander unterscheiden.

Auch wegen derartiger Unstimmigkeiten wird vielfach eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Nemo-tenetur-Grundsatzes gefordert: So plädieren Teile der Literatur für eine strenge Begrenzung der Selbstbelastungsfreiheit auf den kommunikativen Bereich, mithin auf verbale, gestische oder auch verschriftlichte *Aussagen*.¹⁵ Der EGMR wiederum unterscheidet primär danach, ob ein Beweismittel unabhängig vom Willen des Beschuldigten existiert (dann grundsätzlich kein Verstoß gegen Nemo-tenetur, auch wenn das Beweismittel nur unter dessen aktiver Mitwirkung erlangt werden kann) oder aber in seiner Existenz willensabhängig ausgestaltet ist.¹⁶ Der aktive Blick als non-kommunikativer „Beweismittel-Schlüssel“ unterfiele damit ebenso wenig wie die grundsätzlich willensunabhängig existierenden Smartphonedaten dem Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit.

Möchte man soweit nicht gehen, so streitet jedenfalls die verfassungsrechtliche Verankerung des Nemo-tenetur-Grundsatzes u.a. in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG, im Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) sowie als Element eines fairen Verfahrens (vgl. Art. 6 EMRK)¹⁷ für eine gewisse (Selbst-)Beschränkung: Danach sollte der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit neben dem Schweigerecht zumindest nicht jede beliebige aktive Mitwirkungshandlung erfassen, sondern lediglich solche, die einen unmittelbaren Bezug zur Persönlichkeit des Beschuldigten aufweisen, sodass sich seine Mitwirkung nach außen „als eine Unterwerfung der Person unter das Verfahren darstellt“¹⁸. Andernfalls drohte eine weitgehend „grundrechtsimmunisierte“, in ihrer spezifischen Ausprägung bisweilen zufällige – und damit im Ergebnis kaum überzeugend begründbare – Ausweitung des Schutzbereichs der Selbstbelastungsfreiheit.

¹⁴ So z.B. beim Ausscheiden verschluckter Beweismittel.

¹⁵ *Verrel* NStZ 1997, 415, 417 ff.; *Böse*, GA 2002, 98, 128; *Ransiek/Winsel* GA 2015, 620, 635; nur auf Aussagen i.R. förmlicher Vernehmungen beschränkend *Lesch* ZStW 111 (1999), 624, 638.

¹⁶ EGMR NJW 2006, 3117, 3124 – Brechmitteleinsatz.

¹⁷ Daneben wird z.T. auch auf das Rechtsstaatsprinzip abgestellt. Zur i.E. umstr. verfassungsrechtlichen Herleitung *Kasiske* JuS 2014, 15, 15 ff.; *Ransiek/Winsel* GA 2015, 620, 621 f.; diesbzgl. kritisch *Verrel* NStZ 1997, 361, 364; zu den verschiedenen Begründungsmodellen s. auch *Teixeira* ZStW 135 (2023), 253, 260 ff.

¹⁸ *Kasiske* JuS 2014, 15, 18 u.V.a. *Böse*, GA 2002, 98, 128; für eine prozessuale Fundierung des Nemo-tenetur-Grundsatzes *C. Dannecker* 127 (2015), 991, 992.

Der Nemo-tenetur-Grundsatz ist daher auf seinen persönlichkeitsbezogenen Kernbereich zu beschränken. Derart begrenzt unterfällt das aktive In-die-Kamera-Schauen dann aber bereits nicht dem Anwendungsbereich der Selbstbelastungsfreiheit, da der bloße Blick in die Kamera als körperliche „Normalfunktion“ weder einen unmittelbaren Persönlichkeitsbezug aufweist noch eine Verfahrensunterwerfung des Beschuldigten bedeutet. Nemo-tenetur ist insofern nicht betroffen. Anders müssten dies freilich Teile der Literatur und die Rechtsprechung beurteilen – jedenfalls sofern sie schutzbereichsbezogen schlichtweg auf die klassische Unterscheidung zwischen passiver Duldung und aktiver Mitwirkung verweisen.

C. Methodisches Potpourri und eine Vielzahl von Ermächtigungsgrundlagen

I. Erfordernis einer Befugnisnorm und strukturelle Ausgangsüberlegungen

Dass der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit einer Entschlüsselung biometrisch gesicherter Smartphones grundsätzlich nicht entgegensteht, sagt selbstredend noch nichts über die Zulässigkeit dieser Maßnahme aus. Da mit Beschlagnahme, Entsperrung und anschließendem Datenzugriff sowohl Art. 10 GG¹⁹, Art. 14 GG sowie bei Fixierungen ggf. Art. 2 II 1 GG als auch insbesondere das aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. „IT-Grundrecht“)²⁰ sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen sein können,²¹ bedarf der Eingriff einer gesetzlich normierten Ermächtigungsgrundlage. Das gebietet bereits der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (vgl. Art. 20 III GG).²²

Eine ausdrückliche Befugnisnorm enthält die StPO lediglich in Bezug auf den in aller Regel vorgelagerten Schritt der Beschlagnahme des mobilen

¹⁹ Sofern der Kommunikationsvorgang noch nicht abgeschlossen ist, vgl. BVerfGE 115, 166, 183, 187; 124, 43; *Neuhaus* StV 2020, 489, 489; anders *Horn*, *Biometrische Sicherungen*, 2020, 23 f.

²⁰ *Momsen* DRiZ 2018, 140, 143; *Bäumerich* NJW 2017, 2718, 2722; *Stam* JZ 2023, 1070, 1071 f. m.w.N.; a.A. *Horn*, *Biometrische Sicherungen*, 2020, 24 ff.

²¹ Ausführlich zu den betroffenen Rechtspositionen des Beschuldigten *Stam* JZ 2023, 1070, 1071 f.; *Horn*, *Biometrische Sicherungen*, 2020, 23 ff.; s. auch *Greco* StV 2024, 276, 279.

²² H.M., s. nur BVerfGE 40, 237; 49, 89; ausführlich *Ziemann* ZStW 130 (2018), 762, 765 f. mit umf. N. in Fn. 16.

Endgeräts „Smartphone“ als Gegenstand i.S.d. § 94 I StPO.²³ Dagegen finden sich hinsichtlich der Entschlüsselung und / oder des sich anschließenden Zugriffs auf die auf dem Smartphone gespeicherten Daten keine strafprozessualen Regelungen, die *spezifisch* auf das beschriebene Maßnahmenbündel „zugeschnitten“ sind.

Die zunächst lediglich chronologische Zweistufigkeit des Eingriffsvorgangs aus Entschlüsselung (1. Stufe) und Zugriff auf die entschlüsselten Daten (2. Stufe) wird in Rechtsprechung und Schrifttum auch in methodischer Hinsicht vielfach aufgegriffen und unterschiedlich verarbeitet. Grob haben sich hierbei drei (bzw. vier) Herangehensweisen herausgebildet, die im Folgenden sowohl auf ihre dogmatische Tragfähigkeit wie auch ihre Einschlägigkeit im konkreten Einzelfall hin untersucht werden sollen.

Zu unterscheiden sind: 1. Sukzessiv-additive Lösungen (unter II.), 2. Inzidentlösungen (unter III.), 3. Annexlösungen (unter IV.) sowie 4. Kombinationen aus den vorstehenden Ansätzen (unter V.).

II. Sukzessiv-additive Lösungen („Baukastenprinzip“)

Im Rahmen von sukzessiv-additiven Lösungen – von *Nadeborn/Albrecht* anschaulich als „Baukastenprinzip“²⁴ bezeichnet – werden die benannten Stufen aus Entschlüsselung und Datenzugriff weitgehend isoliert voneinander betrachtet und grundsätzlich eigenständig auf (eine) jeweils taugliche Rechtsgrundlage(n) hin untersucht. Dabei sollen durch die Kombination verschiedener bestehender Befugnisnormen die sukzessiv abfolgenden Einzelmaßnahmen zunächst für sich genommen legitimiert werden – mit dem Ergebnis einer Rechtfertigung des Gesamteingriffs.²⁵

So gehen beispielsweise *Rottmeier/Eckel* ausdrücklich von einer „zweistufige[n] Struktur“ des Geschehens aus, bestehend aus 1. der Datenentsperrung und – als „eigentliche[s] Ziel der Maßnahme“ – 2. dem Zugriff auf die so entschlüsselten Daten.²⁶ Dabei seien „beide Stufen prinzipiell zu trennen und die mit ihnen jeweils verbundenen Grundrechtseingriffe einer Rechtfertigung durch gesonderte Rechtsgrundlagen zugänglich“²⁷.

²³ I.E. ebenso *Momsen* DRiZ 2018, 140, 142.

²⁴ *Nadeborn/Albrecht* NZWiSt 2021, 420.

²⁵ Vgl. *Nadeborn/Albrecht* NZWiSt 2021, 420.

²⁶ *Rottmeier/Eckel* NStZ 2020, 193, 195.

²⁷ *Rottmeier/Eckel* NStZ 2020, 193, 195. Gleichwohl soll i.R.d. Verhältnismäßigkeitsprüfung der 1. Stufe zwingend zu berücksichtigen sein, ob die Voraussetzungen des Datenzugriffs auf 2. Stufe

Ähnlich argumentiert das LG Ravensburg, wenn es die Entnahme von Fingerabdrücken beim Beschuldigten zum Zwecke der Entschlüsselung auf § 81b I StPO stützt, jedoch ausdrücklich klarstellt, dass es sich beim anschließenden Auslesen der Smartphonedaten um einen „eigenständigen Eingriff“ handle, der sich nicht über die Regelungen zu den erkennungsdienstlichen Maßnahmen beim Beschuldigten legitimieren lasse, sondern über einen selbstständigen Rückgriff auf die Durchsichtsnorm des § 110 I, III StPO.²⁸

Unabhängig davon, ob sich hier tatsächlich taugliche Ermächtigungsgrundlagen finden lassen, stellt sich zunächst die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen methodisch-strukturellen Vorgehens. So hat etwa der BGH in Bezug auf die damals noch unnormierte verdeckte „Online-Durchsuchung“ ausgeführt, es sei mit Blick auf den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts sowie den Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen „unzulässig, einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen“²⁹. Wengleich vorliegend ein strukturell geringfügig anders gelagertes methodisches Vorgehen in Rede steht – dort: Kumulation von Ermächtigungsgrundlagen zu einer Gesamtrechtsgrundlage, hier: sukzessiv-additive Methode³⁰ –, so lassen sich die maßgeblichen Überlegungen des Gerichts dennoch auf den hiesigen Kontext übertragen: Denn insbesondere der Vorbehalt des Gesetzes bleibt nur dann hinreichend gewahrt, wenn sich der fragliche Vorgang einerseits tatsächlich, d.h. bei natürlicher Betrachtung, als ein Bündel isolierter Einzelmaßnahmen mit grundsätzlich unterschiedlicher Zielrichtung präsentiert und nicht als ein letztlich einheitliches, zusammengehöriges Geschehen. Andererseits darf die Maßnahmenkombination insgesamt, d.h. gerade in ihrer stufenweisen Verknüpfung, nicht schwerer wiegen als die Summe der Einzelmaßnahmen oder sich gar als gänzlich *aliud* gegenüber dem gesetzlich (Einzel-)Normierten erweisen.³¹

Beide Voraussetzungen sind hier indes nicht erfüllt: Das Auslesen eines (biometrisch) verschlüsselten Smartphones stellt sich einerseits als eine

vorliegen. Legt man hierauf den Schwerpunkt, ließe sich der Ansatz auch als Inzidentlösung (unter C.III.) und / oder Kombinationslösung (unter C.V.) begreifen.

²⁸ LG Ravensburg NSTZ 2023, 446 m.Anm. *Horter*, StV-S 2023, 146 m.Anm. *Nicolai* unter zahlr. Hinweisen auf *Rottmeier/Eckel* NSTZ 2020, 193.

²⁹ BGH NJW 2007, 930 Rn. 22 = BGHSt 51, 211.

³⁰ Zu dieser Unterscheidung *Nadeborn/Albrecht* NZWiSt 2021, 420, 421 ff.

³¹ Ähnlich *Nadeborn/Albrecht* NZWiSt 2021, 420, 424.

grundsätzlich einheitliche Maßnahme dar: Der Entschlüsselung als solcher kommt nur eine vorgelagerte, letztlich „unselbstständige“ Rolle gegenüber dem eigentlich intendierten, nachfolgenden Schritt des Datenzugriffs zu.³² Zwar lassen sich beide Maßnahmen begrifflich voneinander trennen, gleichwohl eint sie sowohl die vereinheitlichte Zielrichtung „Datenauslese“ wie auch der Umstand, dass Schritt 2 ohne Schritt 1 unmöglich, Schritt 1 ohne Schritt 2 – zumindest beweisrechtlich – einigermaßen sinnlos ist. Eine isolierte Betrachtung birgt damit unweigerlich die Gefahr einer unnatürlichen „Aufsplittung“ einer eigentlich einheitlichen Ermittlungsmaßnahme. Daneben weist der Zugriff auf verschlüsselte Daten angesichts des gesteigerten Nutzer vertrauens in die Integrität des verschlüsselten Systems ein deutlich höheres Eingriffsgewicht auf als eine „ungesicherte Auslese“: Das Auslesen *entschlüsselter* Daten ist eben nicht gleichzusetzen mit dem Auslesen *unverschlüsselter* Daten, denen *von vornherein* geringeres Vertrauen entgegengebracht wird und die sich damit normativ als weniger schutzwürdig erweisen.³³ Das legitimatorische „Abschichten“ durch das Abstellen auf verschiedene Befugnisnormen mag daher zwar verführerisch sein, dogmatisch tragfähig ist es mit Blick auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes insbesondere angesichts der *aliud*-Stellung des Zugriffs auf (biometrisch) gesicherte Smartphones aber nicht.

Darüber hinaus fehlt es ohnehin bereits an einer tatsächlich einschlägigen, spezifischen Befugnisnorm auf 1. Stufe (Daten-Entschlüsselung):³⁴

Ein Abstellen auf § 81a StPO, wie beispielsweise vom AG Verden und AG Wuppertal praktiziert,³⁵ scheidet angesichts gänzlich unterschiedlicher Zielrichtungen aus: So darf hiernach zwar der Körper des Beschuldigten zum Augenscheinsobjekt – und damit zum Beweismittel gegen sich selbst – gemacht werden.³⁶ Bei der biometrischen Smartphone-Entschlüsselung geht es jedoch nicht darum, Erkenntnisse hinsichtlich der Beschaffenheit des Körpers des Beschuldigten zu gewinnen, sondern der

³² So letztlich auch *Rottmeier/Eckel* NStZ 2020, 193, 195 selbst: Datenzugriff der 2. Stufe als „eigentliche[s] Ziel der Maßnahme“.

³³ Ebenso *Grzesiek/Zühlke* StV-S 2021, 117, 124: verschlüsselte Daten als „Daten eigener Qualität“; vgl. auch *Gerhards*, (Grund-)Recht auf Verschlüsselung, 2010, 43 ff.; BVerfGE 120, 274, 324 sowie § 202a StGB, der u.a. auf *besonders gesicherte* Daten abstellt; a.A. *Rottmeier/Eckel* NStZ 2020, 193, 195 f.; kritisch auch *Stam* JZ 2023, 1070, 1079.

³⁴ Zu möglichen Befugnisnormen der 2. Stufe s. unter C.IV.

³⁵ AG Verden, Beschl. v. 27.6.2017 – 9a Gs 800 Js 15636/17 (2373/17) (unveröffentlicht); AG Wuppertal BeckRS 2017, 166377.

³⁶ *Goers*, in BeckOK-StPO, 52. Ed. 1.7.2024, § 81a; *Hadamitzky*, in Karlsruher Kommentar StPO, 9. Aufl. 2023, § 81a Rn. 1.

Beschuldigtenkörper soll lediglich als „Daten-Schlüssel“ Verwendung finden.³⁷

Aus ähnlichen Gründen taugt auch der vielfach genannte § 81b StPO nicht als Ermächtigungsgrundlage. Denn dieser dient nach ganz h.M. dazu, notwendige Maßnahmen zur *Identifizierung* des Beschuldigten zu ermöglichen.³⁸ Im klassischen Fall der Entschlüsselung eines Smartphones geht es jedoch – auch und gerade bei isolierter Stufenbetrachtung – nicht darum, dass das Gerät den Beschuldigten als seinen Nutzer erkennt, mithin identifiziert, sondern um die Entsperrung der Verschlüsselung.³⁹

III. Inzidentlösungen

Einen methodisch anders gelagerten Weg beschreiten Autorinnen und Autoren, die – ähnlich dem in § 100j I 2 StPO beschriebenen „Stufen-Zusammenhang“ – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer Maßnahme der 1. Stufe (Entschlüsselung) das Vorliegen der Voraussetzungen des Datenzugriffs der 2. Stufe mithineinlesen, mithin die Voraussetzungen der Auslese „bereits auf dieser [1., *Anm. d. Verf.*] Ebene inzident [...] prüfen“⁴⁰. Insofern müsse, so *Neuhaus*, der in § 100j I 2 StPO vom Gesetzgeber niedergelegte „Stufen-Grundsatz“ „als eine generelle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes [...] auch in den hiesigen Fällen gelten“⁴¹ – mit der Folge einer inzidenten Zulässigkeitsprüfung der Datenauslese i.R.d. Entschlüsselungsprüfung auf Ebene 1.

Abgesehen davon, dass eine Prüfung der Legitimationsvoraussetzungen der 1. Stufe nach dem oben Gesagten – unabhängig vom Ergebnis einer Inzidentprüfung der 2. Stufe – mangels einschlägiger Ermächtigungsgrundlage ohnehin negativ ausfallen müsste, fragt sich auch hier, inwieweit sich ein solches methodisches Vorgehen ins Regelungsgefüge der StPO einfügt. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass derartige inzidente Prüfzusammenhänge, sollen sie denn tatsächlich stattfinden,

³⁷ *Momsen* DRiZ 2018, 140, 141; *Stam* JZ 2023, 1070, 1078; i.E. ebenso *Bäumerich* NJW 2017, 2718, 2720; *Grzesiek/Zühlke* StV-S 2021, 117, 118; *Rottmeier/Eckel* NSTZ 2020, 193, 196 f.; *Horn* Kriminalistik 2019, 641, 642; *Trück*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 81a Rn. 9.

³⁸ BeckOK-StPO/Goers, § 81b; KK-StPO/Hadamitzky, § 81b Rn. 1.

³⁹ Ausführlich zur Argumentation *Grzesiek/Zühlke* StV-S 2021, 117, 118 f.; *Stam* JZ 2023, 1070, 1078; i.E. ebenso *Momsen* DRiZ 2018, 140, 141; *Nadeborn/Irscheid* StraFo 2019, 274, 275; *Hortner* NSTZ 2023, 447, 448; a.A. *Rottmeier/Eckel* NSTZ 2020, 193, 194 ff.; *Bäumerich* NJW 2017, 2718, 2720 f.; *MüKo-StPO/Trück*, § 81b Rn. 8.

⁴⁰ *Neuhaus* StV 2020, 489, 491; vgl. auch *Rottmeier/Eckel* NSTZ 2020, 193, 196 mit Fn. 27.

⁴¹ *Neuhaus* StV 2020, 489, 491; in diese Richtung auch *Hecken/Ziegler* jurisPR-ITR 10/2023 Anm. 5.

grundsätzlich entweder ausdrücklich – wie eben in § 100j I 2 StPO – benannt oder aber jedenfalls im Wortlaut der Norm angelegt sind, so z.B. in § 110 StPO, der auf die Durchsuchung verweist. „Inzidentlösungen“ werden also normalerweise in der Befugnisnorm (der 1. Stufe) irgendwie „thematisiert“. Einen allgemeinen, keine spezifische Formulierung erforderlichen Grundsatz beschreiben sie demzufolge gerade nicht.

Weder § 81a StPO noch § 81b StPO als etwaige Befugnisnormen der 1. Stufe beinhalten jedoch inzidente Prüfbefugnisse hinsichtlich des nachgelagerten Datenzugriffs; es fehlt den vorgeschlagenen Inzidentlösungen daher bereits an ihren methodischen Anwendungsvoraussetzungen. Im Übrigen vermag auch die generelle Zugriffsrichtung des Ansatzes, wonach die wesentlich schwerwiegendere (Haupt-)Eingriffsmaßnahme (Datenzugriff) inzident im deutlich weniger gewichtigen Eingriff (Entschlüsselung) implizit mitenthalten sein soll, unter Wertungsgesichtspunkten kaum zu überzeugen.⁴²

IV. Annexlösungen

Eine dritte Ansicht greift auf die „prozessuale Übung“⁴³ sog. Annexkompetenzen zurück, betrachtet also die Entschlüsselung des Smartphones auf 1. Stufe als konkludent mitermächtigte Maßnahme der 2. Stufe „Datenzugriff bzw. -auslese“. So enthält beispielsweise nach *Stam* „§ 94 StPO als Annex auch die Befugnis [...], rechtmäßig sichergestellte Smartphones biometrisch zu entschlüsseln“⁴⁴. *Braun/Hummels* wiederum bewerten die „(zwangsweise durchgesetzte) Anordnung, das Smartphone mittels Fingerprint zu entsperren, [...] als notwendige Begleitmaßnahme („Annex-Kompetenz“) zur nachfolgenden Durchsuchung des Geräts“⁴⁵. Und auch *Momsen* geht grundsätzlich davon aus, dass bei Rechtmäßigkeit der „eigentlich intendierten Datengewinnung“ – gemeint ist letztlich wiederum die 2. Stufe des Datenzugriffs – „auch die Entsperrung als Mittel zum Zweck legitimiert [wäre]“⁴⁶.

Ungeachtet nicht unerheblicher Probleme, die sich bei der Anerkennung von Annexkompetenzen u.a. mit Blick auf die besondere Eingriffsqualität und -intensität bestimmter Annexmaßnahmen ergeben können, hält die

⁴² Für diesen Hinweis danke ich herzlich Prof. Dr. Armin Engländer.

⁴³ *Ziemann* ZStW 130 (2018), 762, 766.

⁴⁴ *Stam* JZ 2023, 1070, 1079; vgl. auch *Rottmeier/Eckel* NSTZ 2020, 193, 196.

⁴⁵ *Braun/Hummels* PSP 2018, 3, 5 f.; in diese Richtung auch *Horn*, Biometrische Sicherungen, 2020, 43 ff.; *ders.* Kriminalistik 2019, 641, 642 f., 645.

⁴⁶ *Momsen* DRiZ 2018, 140, 142.

überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur diese für zulässig, sofern sie typischerweise mit der Durchführung der Hauptmaßnahme verbunden und verhältnismäßig sind.⁴⁷ Beides wäre hinsichtlich der Entschlüsselung biometrisch gesicherter Smartphones wohl zu bejahen, da die Auslese von Smartphonedaten (als Hauptmaßnahme) inzwischen in der Mehrzahl der Fälle eine Überwindung irgendwie gearteter Zugangssicherungen – und damit eben auch biometrischer Verschlüsselungstechniken⁴⁸ – erfordert. Zugleich dürften Fingerabdruckscan bzw. Gesicht- oder Iriserkennung auch geeignet, erforderlich und angesichts ihrer bei isolierter Betrachtung geringen Eingriffstiefe – es wird „nur“ ein Finger aufgelegt bzw. ein Smartphone vorgehalten – grundsätzlich auch angemessen sein. Die gilt insbesondere angesichts der Alternative zeit- und kostenintensiver Brut-Force-Angriffe, deren Erfolg zudem ungewiss ist.⁴⁹

Gleichwohl verbliebe als selbstverständliche (weitere) Zulässigkeitsvoraussetzung, dass sich der Datenzugriff als (Haupt-)Ermittlungsmaßnahme auf eine *explizite* gesetzliche Befugnisnorm stützen ließe:⁵⁰

Nicht wenige wollen in diesem Zusammenhang Zugriff, Auslese und Auswertung auf dem Smartphone befindlicher Daten über § 94 StPO bzw. § 102 StPO legitimieren.⁵¹ Hier hat jüngst u.a. *Greco* überzeugend dargelegt, dass dieses traditionelle „Aktenordner-Modell“ der Intensität und Tiefe des Grundrechtseingriffs „Smartphone-Auslese“ nicht gerecht wird.⁵² Denn das Smartphone ist, ob verschlüsselt oder nicht, eben keine schlichte „Dokumenten-Sammelmappe“ (oder auch ein einfacher USB-Stick), sondern gewährt einen nahezu allumfassenden Einblick in die Nutzerpersönlichkeit.⁵³ Als „Abbild der Person“ lässt es sich daher nicht einfach „als Gegenstand, der für die Untersuchung von Bedeutung sein kann“ bzw. als „Sache“ bagatellisieren, wird ihm doch angesichts seines sämtliche Lebensbereiche durchdringenden (Beweis-)Charakters sowie seiner (höchst-)persönlichen Inhalte bereits eine Einstufung als

⁴⁷ Zum Ganzen ausführlich *Ziemann* ZStW 130 (2018), 762, 769 ff. m.w.N. Zur weitgehend anerkannten Annexkompetenz bzgl. der Beschlagnahme „analoger“ Schlüssel *Rottmeier/Eckel* NSTZ 2020, 193, 196 m.w.N.; zu notwendigen Begleitmaßnahmen beim Einsatz von GPS s. BGHSt 46, 266.

⁴⁸ S. hierzu bereits Fn. 4.

⁴⁹ I.E. ebenso *Horn*, Biometrische Sicherungen, 2020, 45.

⁵⁰ So ausdrücklich *Ziemann* ZStW 130 (2018), 762, 766.

⁵¹ So die wohl (noch) h.M., im hiesigen Zusammenhang *Stam* JZ 2023, 1070, 1080; *Neuhaus* StV 2020, 489, 489; *Braun/Hummels* PSP 2018, 3, 5 f.; s. auch *Zerbes/El-Ghazi* NSTZ 2015, 425, 427 f.; vgl. auch BVerfGE 113, 29; 115, 166; 124, 43. Siehe hierzu auch Fn. 55.

⁵² *Greco* StV 2024, 276 bzgl. unverschlüsselter Smartphones; i.E. ebenso *Momsen* DRiZ 2018, 140, 142.

⁵³ Ausführlich zum Ganzen *Greco* StV 2024, 276, 278 ff.; ähnlich *Momsen* DRiZ 2018, 140, 142.

„informationstechnisches System“ nur bedingt gerecht.⁵⁴ Das mobile Endgerät kann danach zwar z.B. im Rahmen einer Durchsuchung nach § 94 I StPO sichergestellt bzw. beschlagnahmt, nicht jedoch in seinem digitalen „Inhalt“ ausgelesen bzw. „durchsucht“ werden.⁵⁵

Der Zugriff auf die auf dem Smartphone gespeicherten Daten lässt sich auch nicht, wie zum Teil vorgeschlagen,⁵⁶ auf § 110 I, III StPO stützen.⁵⁷ Zwar ermöglicht Absatz 3 explizit die Durchsicht elektronischer Speichermedien – worunter sich grundsätzlich auch Smartphones subsumieren ließen –, jedoch bezieht sich die Norm ausdrücklich auf Speichermedien „bei dem von der Durchsuchung Betroffenen“. Damit aber schafft § 110 III StPO keine eigenständige Eingriffsgrundlage, sondern nimmt als Teil der Durchsuchung unmittelbaren Bezug auf die Regelungen der §§ 102 f. StPO, die sie materiell entsprechend begrenzen.⁵⁸ Die durchsuchungslegitimierenden Normen der §§ 102 f. StPO greifen nach hiesiger Ansicht jedoch lediglich hinsichtlich des „analogen“ Mobilfunkendgeräts selbst, nicht jedoch hinsichtlich seines digitalen „Dateninhalts“ (s.o.). § 110 StPO vermag insofern zwar die Modalitäten der Durchsuchung zu regeln.⁵⁹ An deren spezifisches Bezugsobjekt – hier: nur Mobilfunkendgerät, nicht: Dateninhalt – bleibt die Norm in ihrem Anwendungsbereich aber gebunden.

Ein Abstellen auf § 100a StPO scheitert jedenfalls daran, dass die Norm einerseits lediglich den Zugriff auf Telekommunikationsdaten erfasst,⁶⁰ andererseits die in Absatz 1 Satz 2 und 3 geregelte Quellen-TKÜ, die die größte sachliche Nähe zum hier in Rede stehenden Smartphone-Datenzugriff aufweist, ausdrücklich einen Eingriff in das vom Betroffenen genutzte informationstechnische System „mit technischen Mitteln“ verlangt. Dies umfasst klassischerweise v.a. den Einsatz von Späh- und

⁵⁴ Hierzu im Einzelnen *Greco* StV 2024, 276, 280.

⁵⁵ A.A. aber wohl die (noch) h.M., vgl. BVerfGE 113, 29; 115, 166, 192 ff.; BGH NSTZ 2021, 623; BGH BeckRS 2023, 10043; BGH StV-S 2021, 146; *Hauschild*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 94 Rn. 13, § 102 Rn. 25 f.; KK-StPO/*Greven*, § 94 Rn. 4; KK-StPO/*Henrichs/Weingast*, § 102 Rn. 11, jeweils m.w.N.; vgl. hierzu auch bereits Fn. 51.

⁵⁶ Vgl. hierzu bereits Fn. 28 mit diesbzgl. zust. Anm. *Horter*; zumindest grundsätzlich auch *Ludewig* KriPoZ 2019, 293, 298.

⁵⁷ Jedenfalls i.E. ebenso *Stam* JZ 2023, 1070, 1074, allerdings mit z.T. anderer Begründung; anders MüKo-StPO/*Hauschild*, § 110 Rn. 6; KK-StPO/*Henrichs/Weingast*, § 120 Rn. 2 m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 115, 166; LG Ravensburg NSTZ 2023, 446.

⁵⁸ *Hiéramente* NSTZ 2021, 390, 394 f.; *Hegmann*, in BeckOK-StPO, 52. Ed. 1.7.2024, § 110 Rn. 14; MüKo-StPO/*Hauschild*, § 110 Rn. 1: Durchsicht als Bestandteil der Durchsuchung; vgl. auch BVerfGK 15, 225; i.T. anders *Peters* NZWiSt 2017, 465, 469.

⁵⁹ So ausdrücklich *Hiéramente* NSTZ 2021, 390, 394 u.V.a. *Wicker* MMR 2013, 765, 767.

⁶⁰ Und damit z.B. keine Fotos o.Ä. erfasst; zur Zuordnung *Rückert*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 69 ff.

Überwachungssoftware („Staatstrojaner“), beinhaltet aber selbst bei weiter Auslegung⁶¹ jedenfalls nicht den Einsatz rein *körperlicher* Zugriffsmittel wie Fingerabdruck oder Gesichtserkennung.⁶² Hingegen dürfte die Offenheit des Smartphonedaten-Zugriffs einer Anwendbarkeit nicht entgegenstehen, da die erlaubte Heimlichkeit der Quellen-TKÜ *a maiore ad minus* auch nicht verdeckte Maßnahmen mitumfasst.⁶³ Auf die Regelung zur Online-Durchsuchung nach § 100b StPO kann ebenfalls nicht zurückgegriffen werden, da der Datenzugriff schon nicht „online“, d.h. remote als Fernzugriff, erfolgt und es zudem wiederum am erforderlichen Einsatz *technischer* Mittel fehlt (s.o.).⁶⁴

Sofern hinsichtlich §§ 100a, 100b StPO eine analoge Anwendung ange-dacht wird,⁶⁵ dürfte dies jedenfalls nicht für die Annahme einer Annexkompetenz zur Entschlüsselung genügen, da insofern eine *explizit* gesetzlich normierte (Haupt-)Ermittlungsmaßnahme erforderlich ist.⁶⁶ Andernfalls stützte man etwas bloß konkludent Miterklärtes (Annexkompetenz) auf etwas bloß gesetzlich Mitgemeintes (Analogie).

Nach § 100i StPO dürfen wiederum lediglich Geräte- und Kartennummer sowie der Standort des Mobilfunkendgeräts ermittelt werden, während §§ 100j und 100k StPO einen Auskunftsanspruch gegenüber den Telekommunikations- bzw. Telemediendienstleistern normieren bzw. zur Erhebung von sog. Nutzungsdaten von Telemediendiensteanbietern berechtigen. Die Normen taugen daher ebenfalls nicht als Eingriffsgrundlage für die Auslese gespeicherter Smartphonedaten.

Ein Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 160, 161 StPO verbietet sich schließlich angesichts der erheblichen Eingriffstiefe, die mit dem Zugriff auf das Smartphone als „ultimatives Beweismittel“⁶⁷ verbunden ist.⁶⁸

⁶¹ Vgl. MüKo-StPO/Rückert, § 100a Rn. 203: „alle denkbaren technischen Mittel“.

⁶² I.E. ebenso MüKo-StPO/Rückert, § 100b Rn. 42.

⁶³ Bzgl. § 110b StPO: Stam JZ 2023, 1070, 1077; MüKo-StPO/Rückert, § 100b Rn. 42; ebenfalls kritisch bzgl. der Gegenüberstellung „offen vs. heimlich“ Greco StV 2024, 276, 278; anders Rottmeier/Eckel NSTZ 2020, 193, 197.

⁶⁴ Grzesiek/Zühlke StV-S 2021, 117, 120; Stam JZ 2023, 1070, 1077; MüKo-StPO/Rückert, § 100b Rn. 42.

⁶⁵ Dahingehend zunächst Momsen DRiZ 2018, 140, 142 f., der i.E. eine Analogie dann aber doch ablehnt. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Greco StV 2024, 276, 280. Insgesamt kritisch bzgl. einer analogen Anwendung Grzesiek/Zühlke StV-S 2021, 117, 120; MüKo-StPO/Rückert, § 100b Rn. 42.

⁶⁶ Vgl. hierzu bereits Fn. 63.

⁶⁷ S. hierzu bereits unter A.

⁶⁸ Grzesiek/Zühlke StV-S 2021, 117, 120; Stam JZ 2023, 1070, 1077; vgl. auch Kölbl/Ibold, in: Münchener Kommentar StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 161 Rn. 7: Beschränkung auf Ermittlungsmaßnahmen, die eine „minder intensive Eingriffswirkung entwickeln“.

Nach hiesiger Ansicht fehlt es daher – zumindest aktuell – bereits an einer explizit gesetzlich normierten Hauptermittlungsmaßnahme „Smartphonedaten-Zugriff“; für eine etwaige Annexkompetenz zur biometrischen Entschlüsselung verbleibt insofern kein Anknüpfungspunkt.

V. Kombinationslösungen

Bisweilen finden sich auch Kombinationen der drei oben genannten Lösungsansätze. So nimmt beispielsweise *Stam* eine Annexkompetenz über § 94 StPO für die Entschlüsselung an (s.o.), empfiehlt dann aber i.R.d. Verhältnismäßigkeit eine „Orientierung am Katalog des § 100b Abs. 2 StPO“; zugleich sollte der Zugriff „nur subsidiär zulässig sein (vgl. § 100b Abs. 1 Nr. 3 StPO)“⁶⁹.

Wenngleich an dieser Stelle angesichts des beschränkten Umfangs nicht auf sämtliche Kombinationsvarianten eingegangen werden kann, so liegt doch der Gedanke nahe, dass sich diese in weiten Teilen wenigstens die beschriebenen methodisch-strukturellen Mängel der Lösungsansätze (mit-)einkaufen, auf die sie jeweils (mit-)abstellen. Bezogen auf den kombinierten Ansatz von *Stam* lässt sich jedenfalls – abgesehen von der fehlenden Ermächtigungsgrundlage auf 2. Stufe (s.o.) – mit dem BGH entgegen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwar im Einzelfall gesetzliche Befugnisse begrenzen, nicht jedoch eine fehlende Ermächtigungsgrundlage ersetzen kann.⁷⁰ Andernfalls erschöpfte sich der verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in der schlichten – und unter Bestimmtheitsgesichtspunkten kaum tragbaren – „Basterei“, auf eine jedenfalls nicht völlig geeignet erscheinende gesetzliche Befugnisnorm abzustellen, diese dann jedoch mittels einer besonders strikten, anderweitige gesetzliche Bestimmungen – welche nun genau? – in Bezug nehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung passend zu *machen*.

VI. Zwischenergebnis

Wenngleich damit Annexlösungen im Vergleich zu sukzessiv-additiven, Inzident- und Kombinationslösungen wohl noch mit den wenigsten methodisch-strukturellen Fallstricken behaftet zu sein scheinen, vermögen sie mangels einer ausdrücklich gesetzlich normierten (Haupt-)

⁶⁹ *Stam* JZ 2023, 1070, 1080.

⁷⁰ BGH NJW 2007, 930 Rn. 22 = BGHSt 51, 211.

Ermittlungsmaßnahme als Anknüpfungspunkt etwaiger Annexkompetenzen die Entschlüsselung und Datenauslese bei mobilen Endgeräten aktuell nicht zu legitimieren. Hinsichtlich der übrigen methodischen Zugänge bestehen bereits massive Bedenken hinsichtlich ihrer dogmatischen Tragfähigkeit im Allgemeinen (bzgl. „Baukastenprinzip“ bzw. Kombinationslösungen) bzw. im Besonderen (Inzident- bzw. Kombinationslösungen).

D. Fazit und Ausblick

Die Entschlüsselung und Auslese biometrisch gesicherter Mobilfunkendgeräte verstößt selbst bei erzwungenem Fingerabdruck bzw. ertäuschem Gesichtsvorhalt nicht gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, da die Maßnahmen jedenfalls keinen unmittelbaren Persönlichkeitsbezug aufweisen und keine Unterordnung des Beschuldigten unter das Verfahren bedeuten. Der Schutzbereich von Nemo-tenetur ist dahingehend nicht betroffen.

Gleichwohl sind die zwangsweise Entschlüsselung und Datenauslese biometrisch gesicherter Smartphones durch die Ermittlungsbehörden *de lege lata* unzulässig:⁷¹ Die in Literatur und Rechtsprechung hierzu vertretenen anderslautenden Ansätze sind zwar bisweilen durchaus kreativ,⁷² stehen jedoch entweder bereits aufgrund ihres methodisch-strukturellen Vorgehens auf dogmatisch tönernen Füßen (sukzessiv-additive, Inzident- und Kombinationslösungen) oder können die Maßnahme(n) jedenfalls aufgrund des Fehlens einer einschlägigen expliziten Ermächtigungsgrundlage für den Datenzugriff als nachgelagertes Ziel nicht legitimieren (Annexlösungen).

De lege ferenda sollte angesichts des erheblichen und durchaus nachvollziehbaren Bedürfnisses der Strafverfolgungsbehörden, Smartphone-daten auslesen zu können, dringend eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden, die sowohl den Zugriff auf verschlüsselte wie auch auf unverschlüsselte mobile Endgeräte ausdrücklich regelt.⁷³ Andernfalls drohen wichtige Ermittlungsansätze aufgrund des Fehlens einer einschlägigen Befugnisnorm ungenutzt zu bleiben.

⁷¹ I.E. ebenso *Momsen DRiZ* 2018, 140, 143.

⁷² Ähnlich *Nicolai StV-S* 2023, 148.

⁷³ Ebenfalls für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung u.a. *Greco StV* 2024, 276, 280; *Momsen DRiZ* 2018, 140, 143; *Stam JZ* 2023, 1070, 1080; *Neuhaus StV* 2020, 489, 491; *Ludewig KriPoZ* 2019, 293, 300. Eine solche würde schließlich auch von vornherein von den benannten Schwierigkeiten der Annexlösungen entbinden.

Herausforderung bei der Schaffung einer Neuregelung wird sein, sowohl den Anforderungen der täglichen Ermittlungspraxis als auch den grundrechtlichen Positionen des Beschuldigten (u.a. durch einen expliziten Kernbereichsschutz) in hinreichendem Maße Rechnung zu tragen.

Kann denn ethisches Hacking strafbar sein?

Brian Valerius, Passau*

ABSTRACT

Kein informationstechnisches System dürfte völlig sicher sein und unerwünschte Zugriffe von außen komplett ausschließen. Daher sollte an sich jede Hilfe erwünscht sein, um Schwachstellen aufzuspüren. So denken jedenfalls nicht wenige Hackerinnen und Hacker, die mitunter auch ohne Zustimmung der Berechtigten nach Sicherheitslücken suchen, um diese zu melden und schließen zu lassen. Häufig wird ein Hacking aus solchen Motiven sogar als „ethisch“ bezeichnet. Doch ist es auch rechtlich zulässig?

A. Hacking ist nicht gleich Hacking

Hacking dürfte für viele nach wie vor das Paradebeispiel für Cybercrime darstellen. In der Tat ist Hacking ein notwendiger Bestandteil wesentlicher gegenwärtiger krimineller Aktivitäten gegen informationstechnische Systeme. Zu denken ist nur an Ransomware-Angriffe, die das Bundeskriminalamt als primäre Bedrohung sowohl für Unternehmen als auch für öffentliche Einrichtungen einstuft.¹ Hierbei verschafft sich jemand Zugriff auf die Zielserver, um die betroffenen Systeme oder zumindest die darauf befindlichen Daten mit einer Schadsoftware zu verschlüsseln. Sodann wird für den Entschlüsselungscode und/oder für die Nichtveröffentlichung der Daten ein Lösegeld verlangt.² Insbesondere

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Künstliche Intelligenz im Strafrecht an der Universität Passau. Für die anregenden Diskussionen bedanke ich mich herzlich bei meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Simão Marcante Kruska* und meiner studentischen Mitarbeiterin *Marie Bokeloh*.

¹ BKA (Hrsg.) Bundeslagebild Cybercrime, 2022, S. 1.

² Zum Ablauf von Ransomware-Angriffen *Brodowski/Schmid/Scholzen/Zoller* NSTz 2023, 385, 385 f.



der Ukraine-Krieg hat den Blick aber auch auf Hacktivismus-Kampagnen gelenkt, bei denen Hackerinnen und Hacker aus politischen oder sonstigen Gründen versuchen, nicht zuletzt Einrichtungen der sog. Kritischen Infrastruktur (KRITIS) wie etwa der Energieversorgung zum Erliegen zu bringen.³

Anders als die aktuellen Beispiele nahelegen, geht mit Hacking jedoch nicht zwingend einher, die Daten auf dem Zielsystem herunterzuladen, zu verändern, zu löschen oder sonst hierauf zuzugreifen. Vielmehr erschöpft sich Hacking als solches in der Tätigkeit, sich unbefugt den Zugang zu einem (geschützten) informationstechnischen System zu verschaffen oder auch nur entsprechende Sicherheitslücken zu finden.⁴ Schon seit den Anfangszeiten des Hackings wird daher unterschieden. Während das sog. Hacking sich darauf beschränkt, Sicherheitslücken aufzuspüren oder Sicherheitsvorkehrungen zu überwinden, dient beim sog. Cracking der eröffnete Zugang auf das Zielsystem weiterführenden, kriminellen Anliegen.⁵

Mittlerweile ist anstatt von Hacking und Cracking von „White Hat“- und „Black Hat“-Hacking die Rede. Während „Black Hats“ zum eigenen Vorteil agieren und z.B. zu Spionage-, terroristischen oder hacktivistischen Zwecken in fremde informationstechnische Systeme eindringen,⁶ handeln „White Hats“ aus hehren Beweggründen. Sie wollen insbesondere Schwachstellen in Systemen finden, um sie von den Systembetreibenden beheben zu lassen.⁷ Die Bezeichnungen sind wie so oft umstritten. Überwiegend wird für das White-Hat-Hacking neben der geschilderten Motivation vorausgesetzt, im Auftrag der Berechtigten und ggf. in näher vorgegebenen Grenzen zu handeln.⁸ Fehlt diese Zustimmung ebenso wie die kriminelle Absicht der „Black Hats“, wird mitunter auch von Grey-Hat-Hacking gesprochen.⁹

Außerdem fällt in diesem Zusammenhang häufig der Begriff des „ethischen Hackings“. Diese Bezeichnung wird zum Teil als Synonym für

³ Hierzu BKA (Hrsg.) Bundeslagebild Cybercrime, 2022, S. 22 ff.

⁴ S. nur Raak-Stilb CCZ 2023, 190, 190.

⁵ Hilgendorf/Kusche/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 370.

⁶ Martin acm Inroads 8 (2017), 33, 34; Schneider Kriminalistik 2023, 433, 433.

⁷ Zur Implementation von „White Hat“-Hacking, um die Wirksamkeit von Compliance-Management-Systemen zu überprüfen, Raak-Stilb CCZ 2023, 190, 192 ff.

⁸ Martin acm Inroads 8 (2017), 33, 33; Schneider Kriminalistik 2023, 433, 433; aA Klaas MMR 2022, 187, 187 f.

⁹ Martin acm Inroads 8 (2017), 33, 34; Schneider Kriminalistik 2023, 433, 433.

„White-Hat“-Hacking verwendet.¹⁰ Andere betonen das Attribut „ethisch“ und wollen hiermit ein Hacking verstehen, das zum Wohle der Gesellschaft die Sicherheit von informationstechnischen Systemen erhöhen will; demzufolge wären darunter sowohl das „White-Hat“- als auch das „Grey-Hat“-Hacking zu fassen.¹¹ Diese Klassifizierung liegt ebenso den folgenden Ausführungen zugrunde.

Die Wege, sich Zugang zum Zielsystem zu verschaffen, unterscheiden sich beim „Black Hat“- und beim ethischen Hacking grundsätzlich nicht.¹² Zum Teil werden bei der Beauftragung mit Penetrationstests zwar grundlegende technische Informationen über das zu überprüfende System mitgeteilt, damit diese nicht erst beschafft werden müssen. Ansonsten muss das ethische Hacking aber schon deswegen im Wesentlichen mit denselben Mitteln wie seine nicht ethischen Pendanten vorgehen, weil gerade Sicherheitslücken für kriminell motivierte Angriffe gefunden werden sollen.¹³ Somit ist im Folgenden insbesondere zu untersuchen, ob allein die unterschiedliche Motivation von Bedeutung und ob ein ethisches Hacking auch in rechtlicher Hinsicht unbedenklich ist.

B. Strafbarkeit von Hacking nach geltendem Recht

I. Überblick

Der einschlägige Straftatbestand für das Hacking ist § 202a StGB, der das Ausspähen von Daten unter Strafe stellt. In der IT-Branche wie auch in der öffentlichen Diskussion wird zwar häufig § 202c StGB als „Hackerparagraph“ bezeichnet.¹⁴ Allerdings erfasst diese Strafvorschrift nicht das eigentliche Hacking, sondern bereits Vorbereitungshandlungen zum Ausspähen (oder auch Abfangen) von Daten. Die irreführende Titulierung der Norm als „Hackerparagraph“ dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass der Gesetzgeber hierbei gerade sog. Hacker-Tools im Blick hatte, die schon nach Art und Weise ihres Aufbaus illegalen Zwecken dienen.¹⁵

¹⁰ Raak-Stilb CCZ 2023, 190, 190.

¹¹ Vgl. Vettermann MMR 2023, 827, 828.

¹² Martin acm Inroads 8 (2017), 33, 33; Wagner DuD 2020, 111, 111.

¹³ Raak-Stilb CCZ 2023, 190, 190 f.

¹⁴ S. nur Hilgendorf/Kusche/Valerius (Fn. 5), § 3 Rn. 384.

¹⁵ BT-Drs. 16/3656, S. 12.

Selbstredend kommen im Zusammenhang mit Hacking auch weitere Straftatbestände in Betracht. Dies gilt insbesondere für das „Black Hat“-Hacking, das dem primär verfolgten kriminellen Anliegen lediglich vorausgeht. Bei Ransomware-Angriffen ist exemplarisch an Datenveränderung (§ 303a StGB) und Computersabotage (§ 303b StGB) sowie an Erpressung (§ 253 StGB) zu denken.¹⁶ Anknüpfend an die Inhalte der verschafften Daten kann zudem unter anderem eine Strafbarkeit nach § 106 I UrhG (bei urheberrechtlich geschützten Inhalten), § 23 I GeschGehG (bei Geschäftsgeheimnissen) oder nach § 42 II BDSG (bei personenbezogenen Daten) im Raum stehen.¹⁷ Das Hacking als solches dürfte hingegen zumeist allenfalls von § 202a StGB erfasst sein.

II. Ausspähen von Daten (§ 202a StGB)

1. Gesetzgebungsgeschichte

§ 202a StGB wurde durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) vom 15. Mai 1986¹⁸ eingefügt. Die Strafvorschrift sollte Daten umfassender als zuvor gegen Spionage schützen, um dem gestiegenen Wert von Informationen auch strafrechtlich Rechnung zu tragen.¹⁹ Allerdings beschränkte sich § 202a StGB in seiner ursprünglichen Fassung darauf, das unbefugte Verschaffen von Daten unter Strafe zu stellen. Hiervon war nach wohl herrschender Meinung aber erst auszugehen, wenn Daten aus dem Zielsystem abgerufen wurden.²⁰ Sich durch Hacking nur die Möglichkeit hierzu zu verschaffen, genügte nicht.²¹ Die Straflosigkeit des Hackings entsprach auch der Vorstellung des Gesetzgebers, der das bloße Eindringen in ein Computersystem lediglich als Vorbereitungshandlung erachtete und zudem der Gefahr einer Überkriminalisierung von Verhaltensweisen vorbeugen wollte.²²

¹⁶ Zur Strafbarkeit von Ransomware-Angriffen *Brodowski/Schmid/Scholzen/Zoller* NSTZ 2023, 385, 387.

¹⁷ *Valerius*, in *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, § 202a Rn. 43; *Kipker/Rockstroh* ZRP 2022, 240, 240.

¹⁸ BGBl. I, S. 721.

¹⁹ BT-Drs. 10/5058, S. 28.

²⁰ *Hilgendorf/Frank/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 1. Aufl. 2005, Rn. 686; vgl. auch BT-Drs. 16/3656, S. 9.

²¹ *Hilgendorf/Frank/Valerius* (Fn. 20), Rn. 686 f. m.w.N.; zur Gegenauffassung etwa *Schnabl* wistra 2004, 211, 214 f.

²² BT-Drs. 10/5058, S. 28.

Das Bild vom Hacking änderte sich aber mit der Zeit. In Anbetracht der generellen Gefährlichkeit und Schädlichkeit von Hacking-Angriffen, der auch das Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität vom 23. November 2001²³ sowie der Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme vom 24. Februar 2005²⁴ Rechnung trugen, sollte daher auch das Hacking als solches unter Strafe gestellt werden.²⁵ Durch das Einundvierzigste Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG) vom 7. August 2007²⁶ wurde § 202a StGB daher dergestalt geändert, dass seitdem nicht erst das Verschaffen von Daten, sondern bereits das Verschaffen des Zugangs zu Daten strafbar ist.

2. Tatbestandsverwirklichung durch Hacking

a) Tatobjekt

(1) Keine inhaltlichen Anforderungen

Unberührt von der Gesetzesänderung blieb das Tatobjekt des § 202a StGB. Das Ausspähen muss Daten betreffen, die nicht für den Täter bestimmt sowie gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Als Daten sind kodierte Informationen jeder Art anzusehen,²⁷ angefangen von Mediendateien bis hin zu Zugangsdaten wie Passwörtern, Bank- und Kreditkartendaten, Geschäftsgeheimnissen und sensiblen persönlichen Informationen. Inhaltliche Anforderungen werden somit nicht gestellt, schützt § 202a StGB doch das formelle Geheimhaltungsinteresse der Verfügungsberechtigten.²⁸ Einschränkend sieht Abs. 2 lediglich vor, dass unter Daten im Sinne des § 202a I StGB nur solche zu verstehen sind, „die [...] nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden“. Für das Hacking ist diese Begrenzung indessen nicht von Bedeutung.

²³ SEV Nr. 185.

²⁴ ABl. EU vom 16.3.2005 Nr. L 69, S. 67.

²⁵ BT-Drs. 16/3656, S. 9.

²⁶ BGBl. I, S. 1786.

²⁷ *Hilgendorf*, in *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 202a Rn. 7.

²⁸ BGH NStZ 2018, 401, 403; NStZ-RR 2020, 278, 280.

(2) Nicht für den Täter bestimmt

Relevant kann aber die Voraussetzung sein, dass die Daten nicht für den Täter bestimmt sind. Durch diese Einschränkung wird die Befugnis der Verfügungsberechtigten betont, über den Zugang zu den geschützten Daten zu bestimmen. Als verfügungsberechtigt wird gewöhnlich angesehen, wem die Speicherung des Datums rechtlich zuzurechnen ist.²⁹ Auch insoweit sind die Inhalte der Daten nicht von Bedeutung; so ist ein (z.B. personenbezogenes) Datum nicht allein deswegen für jemanden bestimmt, weil er hiervon betroffen ist.³⁰ Ebenso wenig vermag daher eine auch noch so verständliche Motivation dazu führen, dass die durch Hacking zugänglichen Daten für den Täter bestimmt sind. Maßgeblich bleibt ausschließlich der Wille der (formal) Verfügungsberechtigten.

Nicht für den Täter bestimmt sind Daten, die ihm nach dem Willen der Verfügungsberechtigten zum Zeitpunkt der Tathandlung nicht zur Verfügung stehen sollen.³¹ Liegt eine solche Zustimmung vor, erweist sie sich als tatbestandsausschließendes Einverständnis.³² Reine Nutzungsbeschränkungen lassen die Bestimmung der Daten (auch) für den Täter nicht entfallen; allein eine zweckwidrige Verwendung von Daten verwirklicht folglich nicht den Tatbestand des § 202a I StGB.³³

(3) Gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert

Dass der Wille der Verfügungsberechtigten im Vordergrund steht, verdeutlicht auch die zweite Einschränkung, wonach nur Daten geschützt sind, die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Von einer *besonderen* Sicherung kann lediglich gesprochen werden, wenn die (technischen, mechanischen, baulichen oder sonstigen) Sicherheitsvorkehrungen geeignet sind, den Zugriff Unbefugter auszuschließen oder zumindest erheblich zu erschweren.³⁴ Die Rechtsprechung verlangt insoweit einen typischerweise, d.h. unabhängig von den spezifischen Möglichkeiten oder Kenntnissen des konkreten Täters, nicht unerheblichen

²⁹ Statt vieler *Hilgendorf*, in LK StGB (Fn. 27), § 202a Rn. 26.

³⁰ *Eisele*, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, § 202a Rn. 10; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 3 Rn. 352.

³¹ *Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 30), § 202a Rn. 8; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 3 Rn. 350.

³² *Hilgendorf*, in LK StGB (Fn. 27), § 202a Rn. 20.

³³ BayObLG NJW 1999, 1727, 1727 f.; *Graf*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 202a Rn. 24.

³⁴ BGH NJW 2015, 3463, 3464; NSStZ-RR 2020, 278, 280.

Aufwand, um die Zugangssicherung zu überwinden.³⁵ Sollte jeder interessierte Mensch die Sicherungsmaßnahmen ohne Weiteres überwinden können, liegt keine besondere Sicherung vor.³⁶ Nahezu unstrittig dürften hierfür einerseits bloße organisatorische Maßnahmen oder Registrierungspflichten nicht genügen³⁷ und andererseits standardisierte Verschlüsselungen (z.B. in einem WLAN) ausreichen.³⁸ Ansonsten kann über die Abgrenzung nicht nur im Einzelfall vortrefflich gestritten werden.

Die Motivation für das Hacking bleibt jedoch abermals unerheblich. Zum einen kommt auch in dem Merkmal der Zugangssicherung das formale Geheimhaltungsinteresse der Verfügungsberechtigten zum Ausdruck. Zum anderen gilt für die Anforderungen an die besondere Sicherung ein objektiver Maßstab; wie dargelegt unterscheiden sich Black-Hat- und White-Hat-Hacking aber in ihrer äußeren Vorgehensweise grundsätzlich nicht.

b) Tathandlung

Die Tathandlung des § 202a StGB besteht darin, sich oder einem anderen den Zugang zu den vorstehend näher beschriebenen Daten zu verschaffen. Seit der Erweiterung der Norm durch das 41. StrÄndG (siehe II. 1.) ist es nicht mehr erforderlich, sich die geschützten Daten selbst zu verschaffen. Somit sind auch Erscheinungsformen des Hackings erfasst, wenngleich bei dem bloßen Aufspüren von Sicherheitslücken die Reichweite des Straftatbestandes durchaus umstritten ist. Dies gilt unter anderem für das sog. Portscanning, das sich darauf beschränkt, beim Zielsystem offene Ausgänge als mögliche Angriffspunkte zu suchen.³⁹ Nicht nur wegen des Hintergrunds der Gesetzesänderung empfiehlt es sich aber jedenfalls, „Zugang“ in diesem Sinne weit und technikoffen zu interpretieren.⁴⁰ Es ist daher etwa ohne Belang, auf welchem Speichermedium (z.B. auf einem Computer im Intranet oder auf einem Cloudserver)

³⁵ BGH NSTZ-RR 2020, 278, 280.

³⁶ *Hilgendorf*, in LK StGB (Fn. 27), § 202a Rn. 32; enger wohl BGH NSTZ-RR 2020, 278, 280: „jeder-mann“.

³⁷ BT-Drs. 16/3656, S. 10; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 3 Rn. 360.

³⁸ *Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 30), § 202a Rn. 16; *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 3 Rn. 361.

³⁹ Eine Strafbarkeit bejahend etwa *Hilgendorf/Kusche/Valerius* (Fn. 5), § 3 Rn. 371; *Weidemann*, in Beck'scher Online-Kommentar StGB, 60. Ed. 1.2.2024, § 202a Rn. 17.4; a.A. *Böken*, in *Cybersecurity*, 2. Aufl. 2023, Kap. 19 Rn. 72.

⁴⁰ *Graf*, in MüKo StGB (Fn. 33), § 202a Rn. 37.

sich die betreffenden Daten befinden und in welcher Weise hierauf (z.B. drahtlos oder leitungsgebunden) ein Zugriff eröffnet wird.⁴¹

Den Zugang muss sich der Täter „unter Überwindung der Zugangssicherung“ verschaffen. Diese Passage wurde ebenfalls durch das 41. StrÄndG neu eingefügt, benennt aber lediglich ausdrücklich eine Voraussetzung, über die zuvor schon Einigkeit bestand.⁴² Das Merkmal soll verdeutlichen, dass sich spiegelbildlich neben der Dokumentation des Geheimhaltungsinteresses der Verfügungsberechtigten auch die kriminelle Energie des Täters in der Tat manifestieren muss.⁴³ Auch bei der Tathandlung wird somit an die (äußere) Missachtung des Geheimhaltungsinteresses angeknüpft und kann daher die Motivation des Täters nicht berücksichtigt werden.

c) Unbefugt

Bei dem Merkmal „unbefugt“ ist – wie so häufig bei den §§ 201 ff. StGB⁴⁴ – umstritten, ob es sich lediglich um ein allgemeines Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit⁴⁵ oder um ein Merkmal mit Doppelfunktion handelt, so dass die Zustimmung der Verfügungsberechtigten bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfallen ließe.⁴⁶ Unstreitig ist der Tatbestand des § 202a StGB aber jedenfalls ausgeschlossen, wenn die tatgegenständlichen Daten für den Täter bestimmt sind (siehe schon II. 2. a).

d) Motivation der Hackenden

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zumindest bestimmte Erscheinungsformen des Hackings grundsätzlich den Tatbestand des § 202a I StGB verwirklichen. Dies ist nicht sonderlich überraschend, wollte der Gesetzgeber des 41. StrÄndG durch die Ausweitung der Norm doch gerade das Hacking als solches erfassen. Auch dieses Anliegen streitet dafür, dass die Motivation für das Hacking zumindest auf Tatbestandsebene unerheblich bleibt. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale

⁴¹ Valerius, in GJW (Fn. 17), § 202a Rn. 30; vgl. auch BT-Drs. 16/7218, S. 62.

⁴² BGH NStZ 2011, 154, 154; Weidemann, in BeckOK StGB (Fn. 39), § 202a Rn. 19; s.a. BT-Drs. 16/3656, S. 10.

⁴³ BT-Drs. 16/3656, S. 10.

⁴⁴ Hierzu etwa Popp, in Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 15 Rn. 57.

⁴⁵ So u.a. Eisele, in Schönke/Schröder StGB (Fn. 30), § 202a Rn. 24; Kargl, in NomosKommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 202a Rn. 46.

⁴⁶ So etwa Graf, in MüKo StGB (Fn. 33), § 202a Rn. 65; Kipker/Rockstroh ZRP 2022, 240, 241.

geben aber ohnehin keinen Raum, um Beweggründe, Ziele oder sonstige Kriterien in der Person des Täters zu berücksichtigen. Vielmehr ist eine deutliche Ausrichtung an dem Rechtsgut der formalen Geheimsphäre erkennbar, die den Willen der Verfügungsberechtigten als solchen schützen will und daher etwa auch den Inhalt der Daten, namentlich deren Geheimbedürftigkeit oder Personenbezogenheit außer Acht lässt.

III. Besonderheiten des Grey- und White-Hat-Hackings

1. Zustimmung der Verfügungsberechtigten

Für das Black-Hat-Hacking endet mit den vorstehenden Ausführungen die strafrechtliche Betrachtung. Bei dem Grey-Hat- bzw. White-Hat-Hacking treten jedoch – je nach Begriffsverständnis – bis zu zwei wesentliche Eigenarten hinzu. Hierzu zählt zum einen die ehrenwerte Motivation des Täters. Darüber hinaus kann zum anderen das Hacking mit Zustimmung der Verfügungsberechtigten geschehen.

Sollten – wie bei der wohl überwiegenden Definition des White-Hat-Hackings (siehe A.) – die Sicherheitslücken eines informationstechnischen Systems mit Zustimmung der Betroffenen ermittelt werden, scheint bereits der Tatbestand zu entfallen.⁴⁷ Schließlich stellt es ein tatbestandliches Einverständnis dar, wenn die zugangsgeschützten Daten für den Täter bestimmt sind. Dadurch würde aber die Differenzierung zwischen Zugang zu und Zugriff auf Daten, die sich schon der Gesetzgebungsgeschichte des § 202a StGB entnehmen lässt, vernachlässigt werden. Auch wenn ein Unternehmen jemanden damit beauftragt, Schwachstellen in seinem informationstechnischen System aufzuspüren, dürfte hiermit nicht zugleich erklärt werden, dass den Beauftragten auch die im System gespeicherten Daten zur Verfügung stehen, z.B. Dateien mit personenbezogenen Informationen geöffnet oder heruntergeladen werden dürfen. Die Zustimmung der Berechtigten, die Sicherheit des Systems zu überprüfen, lässt die gesicherten Daten somit noch nicht als bestimmt für die Beauftragten erscheinen, sondern stellt „lediglich“ eine rechtfertigende Einwilligung dar.⁴⁸

⁴⁷ So etwa *Kipker/Rockstroh* ZRP 2022, 240, 241, jedoch auch aufgrund einer dem Merkmal „unbefugt“ zugeschriebenen doppel funktionellen Bedeutung (hierzu B. II. 2. c)).

⁴⁸ *Valerius*, in *GJW* (Fn. 17), § 202a Rn. 36.

Im Ergebnis dürfte aber Einigkeit darüber bestehen, dass einverständliches Hacking und somit das White-Hat-Hacking im Sinne der obigen Definition als solches straflos bleibt. Dies ist aber nicht der besonderen Motivation der Handelnden, sondern allein dem Umstand geschuldet, dass die Verfügungsberechtigten durch ihre Zustimmung die formale Geheimsphäre gerade erweitern bzw. insoweit aufgeben. Wie diese Zustimmung erteilt wird, d.h. durch eine individuelle Beauftragung oder infolge einer öffentlichen Auslobung von Preisgeldern oder sonstigen Belohnungen für das Aufspüren und die Meldung von Schwachstellen (sog. Bug Bounties), ist unerheblich.

Die Zustimmung der Verfügungsberechtigten muss jedoch zum Zeitpunkt der Tat vorliegen. Nachträgliche Genehmigungen sind im Strafrecht unbeachtlich.⁴⁹ In der Regel dürfte in diesen Fällen aber kein Strafantrag gestellt werden, der für die Verfolgung des Antragsdelikts des § 202a StGB nach § 205 I 2 StGB grundsätzlich notwendig ist.⁵⁰ Zwar könnten die Strafverfolgungsbehörden den fehlenden Strafantrag überwinden, indem sie ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejahen; gegen ein solches Einschreiten von Amts wegen dürfte aber nicht zuletzt die ehrenhafte Motivation beim Grey-Hat-Hacking sprechen.

2. Motivation des Täters

a) Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung

Fehlt die Zustimmung der Verfügungsberechtigten, kann auf deren Einwilligung nicht verwiesen werden. Ebenso scheidet eine mutmaßliche Einwilligung aus, die nur dann eine rechtfertigende Wirkung zu entfalten vermag, wenn die Zustimmung der Betroffenen nicht (rechtzeitig) vor der Tat eingeholt werden kann.⁵¹ Das betroffene Unternehmen vor Maßnahmen wie Penetrationstests zu befragen, ist aber in der Regel durchaus möglich.⁵²

⁴⁹ *Klaas* MMR 2022, 187, 189; allg. hierzu BGHSt 17, 359, 360.

⁵⁰ Zur (wohl eher geringen) Häufigkeit von Strafanträgen beim sog. Grey-Hat-Hacking *Schneider* Kriminalistik 2023, 433, 437.

⁵¹ BGHSt 16, 309, 312; *Rönnau*, in *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 222.

⁵² *Graf*, in *MüKo StGB* (Fn. 33), § 202a Rn. 71; *Hilgendorf*, in *LK StGB* (Fn. 27), § 202a Rn. 38.

b) Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB)

Nicht nur in Anbetracht der derzeit in anderem Zusammenhang geführten Debatte, mit welchen Mitteln ehrenwerte Ziele legal verfolgt werden dürfen,⁵³ könnte aber erwogen werden, das (immerhin) ethische Hacking nach allgemeinen Erlaubnistatbeständen als gerechtfertigt anzusehen.⁵⁴ Ein Notwehrrecht dürfte indessen in der Regel bereits daran scheitern, dass es an einem Angriff im Sinne des § 32 II StGB und somit an einer Notwehrlage fehlt. Auf ein drohendes Verhalten Dritter (etwa durch ein befürchtetes Black-Hat-Hacking) kann von vornherein nicht verwiesen werden, weil sich die Verteidigung (in Gestalt des Grey-Hat-Hackings) gegen die Verfügungsberechtigten wendet; Notwehrhandlungen müssen sich aber stets gegen den Angreifer richten, beruht § 32 StGB doch auf dem Gedanken der Rechtsbewahrung, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.⁵⁵ Von Seiten der Verfügungsberechtigten könnten als Angriff allenfalls mangelhafte Sicherheitsvorkehrungen angesehen werden. Diese Untätigkeit dürfte aber in der Regel keinen gegenwärtigen, d.h. keinen zumindest unmittelbar bevorstehenden⁵⁶ Angriff auf zudem grundsätzlich allein als notwehrfähig anerkannte Individualrechtsgüter⁵⁷ darstellen.

Der rechtfertigende Notstand gestattet hingegen anders als § 32 StGB die Verteidigung jedes durch die Rechtsordnung geschützten Rechtsguts und somit ebenso von Universalrechtsgütern.⁵⁸ Zwar sind die Ziele beim ethischen Hacking nicht homogen, weil die überprüften informationstechnischen Systeme unterschiedlichen Anliegen dienen. Es müsste demzufolge stets im Einzelfall ermittelt werden, welches Rechtsgut es durch das Hacking zu schützen gilt. Sollten aber Sicherheitslücken z.B. den Zugriff auf personenbezogene Daten ermöglichen, steht eine Gefahr für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Raum.⁵⁹ Nicht zuletzt bei informationstechnischen Systemen der Kritischen Infrastruktur könnte auch auf die Sicherheit in der Informationstechnik als

⁵³ Zu Aktionen der sog. letzten Generation *Erb* NSTZ 2023, 577, 580 ff.; *Preuß* NZV 2023, 60, 72; *Zimmermann/Griesar* JuS 2023, 401, 403 ff.

⁵⁴ S. vor allem *Klaas* MMR 2022, 187, 189 ff. zu § 34 StGB.

⁵⁵ *Erb*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 122; *Perron/Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 30), § 32 Rn. 31.

⁵⁶ S. nur *Erb*, in MüKo StGB (Fn. 55), § 32 Rn. 104.

⁵⁷ BGHSt 5, 245, 247; BGH NJW 2013, 2133, 2136.

⁵⁸ *Erb*, in MüKo StGB (Fn. 55), § 34 Rn. 65, 72; *Zieschang*, in LK StGB (Fn. 51), § 34 Rn. 48.

⁵⁹ Zu möglichen Notstandslagen *Klaas* MMR 2022, 187, 189; *Schneider* Kriminalistik 2023, 433, 434.

Interesse der Allgemeinheit verwiesen werden, das etwa das gleichnamige Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) gemäß § 3 I 1 BSIG zu fördern hat und das in § 2 II 4 BSIG legaldefiniert wird.

Wiederum abweichend von § 32 StGB wird zudem der Begriff „gegenwärtig“ weiter verstanden und umfasst auch sog. Dauergefahren, die sich jederzeit, d.h. ggf. sogar alsbald in einen Schaden realisieren können, selbst wenn der Schadenseintritt ebenso noch einige Zeit auf sich warten lassen kann.⁶⁰ Bei informationstechnischen Systemen der Kritischen Infrastruktur könnte daher argumentiert werden, dass jederzeit Black-Hat-Hackingattacken möglich und deshalb schon jetzt Abwehrmaßnahmen erforderlich seien, damit die Gefahr bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge nicht in einen Schaden umschlage bzw. ein bereits eingetretener Schaden sich nicht intensiviere.⁶¹ Um eine Gefahr im Sinne des § 34 StGB annehmen zu können, die (ausnahmsweise) ein Eingriffsrecht begründet und spiegelbildlich eine Duldungspflicht desjenigen auslöst, gegen den sich die Notstandshandlung richtet, bedarf es jedoch tatsächlicher Umstände, die einen Schadenseintritt nach der Erfahrung als nahe liegend erscheinen lassen.⁶² Insbesondere das allgemeine Risiko, dass informationstechnische Systeme wie viele technische Errungenschaften zum Gegenstand krimineller Handlungen werden können, reicht deshalb nicht aus, um eine Notstandslage zu begründen. Ohne einen Anlass ein informationstechnisches System auf Sicherheitslücken zu überprüfen, ist somit nicht von § 34 StGB gestattet.⁶³

Sollten tatsächliche Umstände (wie z.B. aufgedeckte Fehler in von Unternehmen bekanntlich verwendeter Software) auf eine Sicherheitslücke hinweisen, müsste zudem die Gefahr nicht anders als durch das Hacking abwendbar sein. Dies setzt nicht zuletzt die Erforderlichkeit der Notstandshandlung voraus, d.h. das Hacking müsste sich als das relativ mildeste Mittel erweisen.⁶⁴ Vorrangig sind (hoheitliche oder private) Maßnahmen Dritter, welche die Gefahrenlage ohne Eingriff in fremde Rechtsgüter abwenden können.⁶⁵ Zu denken wäre somit auch an Bemühungen

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1979, 2053, 2054; BGHSt 48, 255, 259, jeweils zu § 35 StGB.

⁶¹ Vgl. etwa *Deusch/Eggendorfer* K&R 2023, 649, 655; *Klaas* MMR 2022, 187, 189; *Schneider* Kriminalistik 2023, 433, 434; *Wagner* DuD 2020, 111, 116.

⁶² *Erb*, in MüKo StGB (Fn. 55), § 34 Rn. 85; *Zieschang*, in LK StGB (Fn. 51), § 34 Rn. 59; vgl. auch BGHSt 26, 176, 179 zur Gefahr i.S.d. § 315b I StGB.

⁶³ *Deusch/Eggendorfer* K&R 2023, 649, 655.

⁶⁴ S. nur *Erb*, in MüKo StGB (Fn. 55), § 34 Rn. 104; *Zieschang*, in LK StGB (Fn. 51), § 34 Rn. 90.

⁶⁵ *Erb*, in MüKo StGB (Fn. 55), § 34 Rn. 115.

der Verfügungsberechtigten selbst, ließe sich dadurch die zu rechtfertigende Verletzung des Geheimhaltungsinteresses doch von vornherein vermeiden. Hiergegen kann auch nicht vorgetragen werden, dass die Gefahr aus der Sphäre der Verfügungsberechtigten stammt, deren Systeme Sicherheitslücken offenbaren. Wer die Gefahr verursacht, ist nach der Wertung des in § 228 BGB normierten Defensivnotstandes zwar für die den Notstand prägende Interessenabwägung von Bedeutung, nicht aber für die vorgelagerte Frage, ob mildere Mittel für die Gefahrenabwehr existieren. § 34 StGB dient schließlich – anders als § 32 StGB – gerade nicht dem Rechtsbewährungsprinzip, sondern beruht auf dem Solidaritätsprinzip und vermag daher selbst in den Fällen des Defensivnotstandes nur das schonendste Mittel zu rechtfertigen.⁶⁶ Dieses Mittel würde bei der Kenntnis von Umständen, die auf Sicherheitslücken hinweisen, aber grundsätzlich darin bestehen, die Betroffenen zu informieren und dadurch in die Lage zu versetzen, die Schwachstelle selbst zu schließen. In Anlehnung an eine jüngere Entscheidung zu einem zur Dokumentation von Verstößen gegen das Tierschutzgesetz begangenen Hausfriedensbruch könnte eine private Eigeninitiative nur dann als gerechtfertigt erwogen werden, wenn eine Einschaltung der Betroffenen von vornherein aussichtslos wäre.⁶⁷

Diese Grundsätze gelten im Übrigen unabhängig davon, wie bei aufgefundenen Schwachstellen weiter verfahren wird. Häufig wird etwa beim Grey-Hat-Hacking dem betroffenen Unternehmen eine Frist gesetzt, um die Schwachstelle zu beseitigen, und nach deren Ablauf die Sicherheitslücke offengelegt. Dies kann verantwortlich (sog. responsible disclosure) geschehen, indem die Lücke erst bekannt gegeben wird, nachdem sie geschlossen wurde, oder auch vor Beseitigung der Schwachstelle erfolgen (sog. full disclosure), verbunden mit der Gefahr, dass die Lücke dann für kriminelle Zwecke ausgenutzt wird.⁶⁸ Abgesehen davon, wie die Veröffentlichung als solche strafrechtlich zu bewerten ist, hat sie jedenfalls keinen Einfluss auf die Rechtfertigung des vorangegangenen Hackings. Mit anderen Worten vermag ein verantwortungsvoller Umgang mit der gefundenen Sicherheitslücke eine bereits eingetretene Strafbarkeit wegen des Hackings nicht zu beseitigen.⁶⁹

⁶⁶ Neumann, in NK StGB (Fn. 45), § 34 Rn. 58; Zieschang, in LK StGB (Fn. 51), § 34 Rn. 94.

⁶⁷ OLG Naumburg NStZ 2018, 472, 474.

⁶⁸ Zur Unterscheidung von responsible und full disclosure Schneider Kriminalistik 2023, 433, 433.

⁶⁹ Deusch/Eggendorfer K&R 2023, 649, 655 f.

c) Strafzumessung

Allein das ehrenhafte Anliegen schließt die Strafbarkeit des Grey-Hat-Hackings somit nicht aus. Die hehren Motive sind lediglich auf der Strafzumessungsebene zu berücksichtigen, zählen die Beweggründe des Täters doch zu den ausdrücklich in § 46 II 2 StGB genannten Strafzumessungsfaktoren und handelt es sich hierbei um ein wesentliches Kriterium, um die Täterpersönlichkeit sowie die Verwerflichkeit der Tat zu beurteilen.⁷⁰ Insoweit sind auch sozialetische Maßstäbe anzulegen und können demzufolge nachvollziehbare Motive zugunsten des Täters berücksichtigt werden.⁷¹ Mit dem Aufdecken von Schwachstellen in informationstechnischen Systemen zu deren Sicherheit, nicht zuletzt bei Systemen der Kritischen Infrastruktur beizutragen, und dadurch mittelbar auch Gefahren für die Rechtsgüter Einzelner sowie ggf. der Allgemeinheit zu minimieren, dürfte sich in der Regel strafmildernd auswirken.

C. Fazit und Ausblick

Ob ethisches Hacking strafbar ist, ist wie so häufig eine Frage der Definition. Wird für die Bezeichnung als „ethisch“ die Zustimmung der Verfügungsberechtigten als unerheblich angesehen, kann auch ethisches Hacking strafbar sein. Allein die ehrenhafte Motivation vermag eine Strafbarkeit nach § 202a StGB nicht auszuschließen. Demzufolge ist nur das White-Hat-Hacking straflos, weil es mit der Zustimmung der Verfügungsberechtigten geschieht. Das Grey-Hat-Hacking ist hingegen grundsätzlich ebenso zu behandeln wie das Black-Hat-Hacking.

Die derzeitige Rechtslage wird allerdings häufig als nicht befriedigend erachtet, da die betroffenen Systembetreibenden und die zuständigen Behörden allein kaum die angestrebte Sicherheit in der Informationstechnik gewährleisten können und demzufolge auch die Mithilfe Privater benötigen.⁷² Daher wird verschiedentlich angedacht, das ethische Hacking straffrei zu belassen. So hinterfragt die sog. „NIS 2.0“-Richtlinie⁷³ in ihrem Erwägungsgrund 60 die straf- (und zivil-)rechtliche Haftung von

⁷⁰ Kinzig, in Schönke/Schröder (Fn. 30), § 46 Rn. 12.

⁷¹ Kinzig, in Schönke/Schröder (Fn. 30), § 46 Rn. 13; Schneider, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 46 Rn. 76 und Rn. 85.

⁷² S. nur Klaas MMR 2022, 187, 187 f.

⁷³ Richtlinie (EU) 2022/2555 vom 14.12.2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union [...]; ABl. EU vom 27.12.2022 Nr. L 333, S. 80.

Forschenden im Bereich der IT-Sicherheit, die sich mit Schwachstellen befassen und deren Tätigkeit sich folglich auch als ethisches Hacking begreifen lässt.⁷⁴ Auch der Koalitionsvertrag der derzeitigen Bundesregierung gibt als Ziel aus, dass das „Identifizieren, Melden und Schließen von Sicherheitslücken in einem verantwortlichen Verfahren, z.B. in der IT-Sicherheitsforschung, [...] legal durchführbar sein“ soll.⁷⁵ Konkrete Bemühungen, dieses Ziel umzusetzen, sind bislang jedoch nicht zu verzeichnen.⁷⁶ Weder in dem Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern und für Heimat eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2022/2557 und zur Stärkung der Resilienz von Betreibern kritischer Anlagen vom 21. Dezember 2023, mit dem das sog. KRITIS-Dachgesetz eingeführt werden soll, noch in einem Diskussionspapier aus demselben Ministerium über wirtschaftsbezogene Regelungen zur Umsetzung der genannten NIS 2.0-Richtlinie in Deutschland vom 27. September 2023 finden sich Überlegungen zum Umgang mit ethischem Hacking. Immerhin greifen die aus dem November 2023 stammenden Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs die genannte Passage im Koalitionsvertrag auf und kündigen für die erste Jahreshälfte 2024 einen Gesetzentwurf an, in den auch die Erkenntnisse aus Symposien mit Expertinnen und Experten einfließen sollen.

Es wäre in der Tat wünschenswert, wenn bei den einschlägigen legislativen Bemühungen auch das ethische Hacking ausdrücklich aufgegriffen und normiert wird, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist.⁷⁷ Vorschläge wurden insoweit im Schrifttum schon unterbreitet, angefangen von der klareren Normierung des Meldesystems für Sicherheitslücken⁷⁸ über die Einführung eines Tatbestandsausschlusses in Anlehnung an § 7a I BSIG⁷⁹ bis hin zum Erlangen von Straffreiheit bei Meldung einer Sicherheitslücke nach der responsible disclosure.⁸⁰ Dass auf eine Selbstregulierung durch die Praxis (und etwa ausbleibende Strafanträge bei gefundenen Sicherheitslücken) nicht vertraut werden kann,

⁷⁴ Vettermann MMR 2023, 827, 827 f.

⁷⁵ Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“, S. 16.

⁷⁶ Kritisch Vettermann MMR 2023, 827, 831 f.

⁷⁷ S. schon Deusch/Eggendorfer K&R 2023, 649, 654; Wagner DuD 2020, 111, 119.

⁷⁸ Vettermann MMR 2023, 827, 829.

⁷⁹ Kipker/Rockstroh ZRP 2022, 240, 243.

⁸⁰ Schneider Kriminalistik 2023, 433, 437.

zeigen eingeleitete Strafverfahren in Fällen ethischen Hackings.⁸¹ Bislang bedeutet somit beim ethischen Hacking selbst ein noch so hehres Anliegen keinen strafrechtlichen Freifahrtschein, heiligt also auch hier der Zweck nicht die Mittel.

⁸¹ S. etwa <https://www.heise.de/news/Modern-Solution-Jetzt-doch-Hackerparagraf-Verfahren-gegen-Sicherheitsforscher-9246117.html> (letztmals abgerufen am 28.3.2024) zu LG Aachen MMR 2023, 866 mit krit. Anm. *Kipker/Rockstroh* und mit krit. Bespr. *Deusch/Eggendorfer* K&R 2023, 649.

Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen nach § 362 Nr. 5 StPO wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel verfassungswidrig

BVerfG, Urteil vom 31.10.2023 – [2 BvR 900/22](#)

mit einer Anmerkung von Carsten Kusche*

A. Sachverhalt

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Fragen, ob die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten eines rechtskräftig Freigesprochenen aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel mit Art. 103 III GG vereinbar und ob die neue Regelung rückwirkend anwendbar ist. Nach § 362 Nr. 5 StPO, eingeführt im Dezember 2021 durch das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, durfte ein Strafverfahren gegen einen rechtskräftig Freigesprochenen wiederaufgenommen werden, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes oder bestimmter Völkerstraftaten verurteilt wird. Der Beschwerdeführer wurde mit seit dem 21.5.1983 rechtskräftigem Urteil des Landgerichts Stade vom 13.5.1983 vom Vorwurf der Vergewaltigung und des Mordes freigesprochen. Nach Einführung des § 362 Nr. 5 StPO stellte die zuständige Staatsanwaltschaft im Februar 2022 beim Landgericht Verden einen Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach dieser Vorschrift und auf Erlass eines Haftbefehls. Das Landgericht erklärte den Wiederaufnahmeantrag für zulässig und ordnete Untersuchungshaft gegen den Beschwerdeführer an. Die hiergegen gerichtete Beschwerde verwarf das Oberlandesgericht Celle. Mit seiner unmittelbar gegen die Beschlüsse

* Der Verfasser ist Juniorprofessor für Strafrecht an der Universität Mannheim.



des Oberlandesgerichts und des Landgerichts sowie mittelbar gegen § 362 Nr. 5 StPO gerichteten Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 103 III GG sowie aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 20 III GG. Auf den Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat der Senat den Vollzug des Haftbefehls des Landgerichts ausgesetzt. Das BVerfG hat entschieden, dass § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 III GG, auch in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 20 III GG), unvereinbar und nichtig ist. Die Ausgangsentscheidungen des OLG und LG wurden aufgehoben. Zwei Richter haben eine teilweise abweichende Meinung beigefügt.

B. Aus den Gründen

1. Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 III GG enthält kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot, sondern ein Mehrfachverfolgungsverbot, das Verurteilte wie Freigesprochene gleichermaßen schützt.
2. Es entfaltet seine Wirkung auch gegenüber dem Gesetzgeber, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.
3. Das in Art. 103 III GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, sodass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt.
4. Art. 103 III GG umfasst nur eine eng umgrenzte Einzelausprägung des Vertrauensschutzes in rechtskräftige Entscheidungen. Er schützt den Einzelnen allein vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze, wenn wegen derselben Tat bereits durch ein deutsches Gericht ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist.
5. Im Rahmen dieses begrenzten Schutzgehalts verbietet Art. 103 III GG die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell, jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel.

6. Freigesprochene dürfen darauf vertrauen, dass die Rechtskraft des Freispruchs nur aufgrund der zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft geltenden Rechtslage durchbrochen werden kann. Der Grundsatz ne bis in idem erkennt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein freisprechendes Strafurteil an und Art. 103 III GG verleiht diesem Vertrauensschutz Verfassungsrang.

Die vollständigen Entscheidungsgründe finden sich [hier](#) oder in [NJW 2023, 3698](#).

C. Würdigung von Carsten Kusche

Die vorliegende, für das Wiederaufnahmerecht höchst bedeutsame Entscheidung kann im hier gegebenen Rahmen nur skizzenhaft gewürdigt werden.¹ Wichtigste Erkenntnis dürfte sein, dass sie etwaigen künftigen gesetzgeberischen Korrekturversuchen bei der Regelung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten (allein) aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel weitestgehend einen Riegel vorschiebt. Darüber hinaus erscheint das Urteil auch bedeutsam, weil es die Diskussionen um die Berechtigung der überkommenen Wiederaufnahmegründe des § 362 Nrn. 1-4 StPO entgegen der erkennbaren Zielsetzung des Gerichts eher befeuern als beenden dürfte.

Die Entscheidung bietet wohl weniger im Ergebnis als in ihrer Begründung Anlass für Kritik. Das Gericht stellt die Weichen in Richtung Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO durch Postulation einer – terminologisch nicht stets eindeutig in die Grundrechtsdogmatik eingeordneten² – „Abwägungsfestigkeit“ des Mehrfachverfolgungsverbots aus Art. 103 III GG gegenüber anderen Gütern von Verfassungsrang.

Nur bedingt überzeugend ist etwa das zugunsten der Abwägungsfestigkeit vorgebrachte systematische Argument, dass das Mehrfachverfolgungsverbot in Art. 103 III GG mit eigenständigem, verstärktem Gehalt

¹ Gänzlich außen vor bleiben müssen etwa die mit § 362 Nr. 5 StPO verbundene Rückwirkungsproblematik (dazu *Gerson StV* 2022, 124) oder die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 50 EU-GrCh, kann doch etwa § 211 StGB im Einzelfall der Durchsetzung von Unionsrecht dienen.

² Der Duktus des Gerichts suggeriert weitestgehend, dass ein Eingriff in den Schutzbereich des Mehrfachverfolgungsverbots nicht gerechtfertigt werden könne. Eine Wiederaufnahme soll andererseits „im Rahmen [des] begrenzten Schutzgehalts“ doch „nicht generell“ verboten sein, was die Möglichkeit einer Rechtfertigung nahelegt; s. dazu etwa schon die in BVerfG NJW 2023, 3698 abgedruckten Leitsätze; Unklarheit sehen auch *Gärditz JZ* 2024, 96, 98; *Stuckenberg StV* 2024, 14, 15.

gesondert normiert ist, obwohl es sich bereits aus dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vertrauensschutz herleiten lässt.³ Zum einen ist die Ausgestaltung des Grundgesetzes in Gänze geprägt durch Konkretisierungen des in Art. 20 III GG nur äußerst schemenhaft skizzierten Rechtsstaatsprinzips.⁴ Zum anderen steht nicht in Zweifel, dass Art. 103 III GG im Bereich strafgerichtlicher Urteile besonderen Vertrauensschutz gewährt. Das bedeutet indes nicht, dass dieser absolut ist. Es erscheint als zirkelschlüssig, wenn es heißt, dass „dieser weiterreichende Schutz [des Art. 103 III GG darauf] beruht [...], dass ihm unbedingter Vorrang gegenüber den grundsätzlich berechtigten Korrekturinteressen zukommt, die der Gesetzgeber ansonsten wie in anderen Sachbereichen [auch] berücksichtigen könnte“.⁵ Das Gericht setzt hier voraus, was zu beweisen wäre – nämlich, dass die gesonderte Normierung des Vertrauensschutzes in Art. 103 III GG nicht nur eine relative, sondern absolute Stärkung der Rechtssicherheit nach sich zieht.

Diese Kritik lässt sich wohl auch gegen die teleologische Argumentation des Gerichts vorbringen. Der Schutzzweck der Schaffung von Rechtssicherheit für den Einzelnen verlangt sicherlich in aller Regel Unantastbarkeit der Rechtskraft. Wenn indes Uneinschränkbarkeit des Vertrauensschutzes damit begründet wird, dass bei etwaiger „Abwägung zwischen Rechtssicherheit und staatlichem Strafanspruch [...] Art. 103 III GG selbst das Vertrauen des Angeklagten in den Bestand des in seiner Sache ergangenen Strafurteils [...] nicht begründen“ könne,⁶ wird erneut nicht dargelegt, warum, sondern vorausgesetzt, dass das Mehrfachverfolgungsverbot *immer* Rechtssicherheit begründen müsse.⁷

Der problematischste Argumentationsstrang dürfte in der „Abschirmung“⁸ der Absolutheitsthese gegenüber dem naheliegenden Einwand liegen, dass die vom Verfassungsgesetzgeber akzeptierte Existenz der Wiederaufnahmegründe des § 362 Nrn. 1-4 StPO gerade die Einschränkung des grundrechtsgleichen Rechts offenbare.⁹ Zumindest in

³ BVerfG NJW 2023, 3698, 3702, Rn. 82 ff.

⁴ Aufzählung spezifischer Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips bei *Sachs GG*, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 77.

⁵ BVerfG NJW 2023, 3698, 3702, Rn. 83.

⁶ BVerfG NJW 2023, 3698, 3703, Rn. 88.

⁷ *Stuckenberg StV* 2024, 14, 15. Zu denkbaren Zweifeln auch am Rechtsfrieden als Argument für Absolutheit s. das Minderheitenvotum, NJW 2023, 3698, 3715.

⁸ Begrifflichkeit nach *Kudlich/Göken* NJW 2023, 3683, 3685.

⁹ *Grünwald JZ* 2024, 101, 103.

Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 103 III GG¹⁰ ist dem BVerfG zufolge die Zielsetzung der Wiederaufnahmevorschrift entscheidend, die nicht primär in der inhaltlichen Ergebniskorrektur liegen dürfe.¹¹ Es lässt sich wohl etwa angesichts § 370 I Alt. 2 StPO, nach dem ein Wiederaufnahmeantrag unbegründet ist, wenn ausgeschlossen ist, dass eine in § 362 Nrn. 1, 2 StPO bezeichnete Handlung Einfluss auf die Entscheidung hatte, schon daran zweifeln, dass das geltende Recht nicht eben auch maßgeblich auf die Korrektur des Ergebnisses, sondern zuvorderst auf die Wiederholung eines (bei Nrn. 1-3: schwer fehlerbehafteten¹²) Verfahrens gerichtet sei.¹³ Vor allem aber ist fraglich, warum eine nicht primär auf Ergebniskorrektur gerichtete Zielsetzung – grundrechtsdogmatisch womöglich als „Schutzbereichsverengung“¹⁴ einzuordnen – bewirken soll, dass eine Wiederaufnahmevorschrift an Art. 103 III GG schon gar nicht zu messen ist.¹⁵ Wenn „Zweck des grundrechtsgleichen Schutzes [...] die Zusicherung [ist], dass jeder wegen derselben Tat diesen Belastungen [eines Strafverfahrens] nur einmal ausgesetzt sein soll“,¹⁶ Art. 103 III GG also die „Einmaligkeit der Strafverfolgung“ verbürge, leuchtet kaum ein, dass dieser Schutzzweck nicht beeinträchtigt sein soll, wenn etwa nach § 362 Nr. 1 StPO (irgend-)eine zugunsten des Angeklagten wirkende Urkunde unecht war.¹⁷ Mit einem Mangel an Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf die Einmaligkeit der Strafverfolgung ließe sich das jedenfalls nicht abtun, muss doch die Ursache des „Verfahrensmangels“ in den Fällen der Nrn. 1-3 nicht aus der Sphäre des Angeklagten stammen. Nicht zuletzt mit Blick auf die § 362 Nrn. 1-4 StPO erscheint

¹⁰ Die Vereinbarkeit des § 362 Nrn. 1-4 StPO mit den „allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben“, also etwa dem allgemeinen Vertrauensschutz nach Art. 2 I i.V.m. 20 III GG, hat das Gericht offen gelassen; dazu sogleich.

¹¹ BVerfG NJW 2023, 3698, 3706, Rn. 117 ff.

¹² Mit *Mitsch* KriPoZ 2024, 498, 499 muss man zumindest in den Fällen der Nrn. 1 und 2 nicht zwingend von Verfahrensfehlern sprechen, da hier ein Fehlverhalten des Gerichts nicht vorliegen muss. Eindeutig kein Verfahrensfehler liegt bei Nr. 4 vor.

¹³ Minderheitenvotum, NJW 2023, 3698, 3713; *Bohn* ZfISw 2024, 58, 60 f.; *Stuckenberg* StV 2024, 14, 16; der Senatsmehrheit zustimmend aus der nach dem Urteil ergangenen Literatur *Grünwald* JZ 2024, 101, 103.

¹⁴ Dazu im Allgemeinen *Kahl* DER STAAT 2004, 167; *Volkman* JZ 2005, 262, 265 f. m.w.N.; zur terminologischen Unschärfe der Rhetorik des Gerichts s. bereits Fn. 2.

¹⁵ In diese Richtung wohl auch *Kudlich/Göken* NJW 2023, 3683, 3685.

¹⁶ BVerfG NJW 2023, 3698, 3700, Rn. 69.

¹⁷ *Gärditz* JZ 2024, 2024, 96, 98.

nach alledem die These fragwürdig, dass der in Art. 103 III GG normierte Vorrang der Rechtssicherheit per se keine Ausnahme dulde.¹⁸

Mit einer etwaigen Abwägungsoffenheit des Art. 103 III GG ginge indes gewiss nicht zwingend auch die Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO einher. Zum einen ist ein Verstoß gegen den Kernbereich des durch Art. 103 III GG gewährten Grundrechtsschutzes durch „bloße Fortsetzung der Wahrheitssuche“¹⁹ diskutabel. Denn dass bei seit jeher denkbarem Auftauchen neuer (Tatsachen oder) Beweismittel eine Verfahrenswiederaufnahme ausgeschlossen ist, ist nicht bloße Nebenfolge, sondern dürfte „gerade Hauptzweck der materiellen Rechtskraft“²⁰ sein.²¹ Zum anderen stellte jedenfalls die Verhältnismäßigkeitsprüfung für § 362 Nr. 5 StPO in seiner konkreten Fassung eine hohe Hürde dar.²² Die Intensität des Eingriffs – von dem übrigens nicht nur im zuvor abgeschlossenen Verfahren des Mordes Beschuldigte betroffen sein können²³ – in die individuelle Rechtssicherheit ist sehr hoch, etwa, weil ihr gerade beim Vorwurf schwerer Straftaten Bedeutung zukommt und bei den erfassten Katalogtaten auch die Verjährung die Gefahr endloser Strafverfolgung nicht bannt.²⁴ Darüber hinaus entfaltet das Erfordernis neuer Tatsachen oder Beweismittel nur bedingt einschränkende Wirkung, da bereits eine neue Zeugenaussage die Wiederaufnahme begründen könnte (wenn sie denn als glaubhaft erscheint).²⁵ Insofern ist die Annahme der Verfassungswidrigkeit von § 362 Nr. 5 StPO im Ergebnis nachvollziehbar.

Mit Blick in die Zukunft ist zunächst zu konstatieren, dass die Konstruktion einer primär vom Zweck der Wiederaufnahmevorschrift abhängigen Abwägungsfestigkeit des Art. 103 III GG zu einer weitgehenden Immuni-

¹⁸ So (zumindest i.E.) etwa auch das Minderheitenvotum, NJW 2023, 3698, 3712 ff.; *Kaspar GA* 2022, 21, 27; *Kubiciel GA* 2021, 380 f.

¹⁹ *Stuckenberg StV* 2024, 14, 16.

²⁰ Arbeitskreis Alternativ-Entwurf Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, S. 1 ff., 12, 17.

²¹ Für einen Kernbereichsverstoß etwa *Kaspar GA* 2022, 21, 29; *Pohlreich HRRS* 2023, 140, 150.

²² *Kaspar GA* 2022, 21, 30 ff.

²³ Beispiel bei *Pohlreich HRRS* 2023, 140, 149: Weil ausweislich des Wortlauts des § 362 Nr. 5 StPO nicht bereits im rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren ein Mord im Raum gestanden haben muss, könnte eine Wiederaufnahme auch Angeklagten drohen, die z.B. vom Vorwurf einer fahrlässigen Tötung freigesprochen wurden, wenn nun neue Tatsachen oder Beweismittel einen Mordverdacht begründen.

²⁴ *Bohn ZfStw* 2024, 58, 62; *Pohlreich HRRS* 2023, 140, 155; *Priebernig HRRS* 2023, 156, 160; *Stuckenberg StV* 2024, 14, 17.

²⁵ *Priebernig HRRS* 2023, 156, 161.

sierung des grundrechtsgleichen Rechts gegen gesetzgeberische Korrekturversuche führen dürfte, soweit sie allein auf die „Herstellung materieller Gerechtigkeit“ gerichtet sind und nur auf die Veränderung der Beweislage abstellen.²⁶ Denkbar wären „halbe Sachen“, die „qualifizierte Nova“ verlangten, also die Veränderung der Beweislage etwa mit einer Beeinträchtigung der Justizförmigkeit des Urteils²⁷ verbinden und damit beanspruchen könnten, wie Nrn. 1-4 nicht in erster Linie auf die Korrektur des inhaltlichen Ergebnisses gerichtet zu sein. Strafrechtspolitisch dürfte es als positiver Nebeneffekt der Entscheidung zu werten sein, dass sie die Sonderstellung des Mordtatbestands nicht perpetuiert und somit einer Reform der Tötungsdelikte keine weiteren Steine in den Weg legt.²⁸

Das Urteil dürfte im Übrigen die Diskussion womöglich gar um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit, jedenfalls aber die Sinnhaftigkeit des Katalogs der Wiederaufnahmegründe zumindest des § 362 Nrn. 1-3 StPO eher befördern als beenden.²⁹ Deren Vereinbarkeit mit „allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben“, also etwa dem allgemeinen Vertrauensschutz nach Art. 2 I i.V.m. 20 III GG, hat das Gericht offen gelassen.³⁰ Misst man die mit § 362 Nrn. 1-3 StPO verbundene Beeinträchtigung der Rechtssicherheit an den Art. 2 I i.V.m. 20 III GG, ist in Hinblick auf die – wenn auch praktisch meist zahnlose – Verhältnismäßigkeitsprüfung festzustellen, dass die nach § 362 Nrn. 1-3 StPO zur Wiederaufnahme berechtigenden „Verfahrensmängel“ entgegen der Rhetorik des Gerichts³¹ nicht außergewöhnlich schwer wiegen müssen.³² Anders als in Nr. 5 vorgesehen, müssen nämlich nicht etwa „dringende Gründe“ dafür sprechen, dass der Verfahrensmangel Einfluss auf die Entscheidung hatte. Das mag gegen eine primäre Ausrichtung des geltenden Rechts auf die Korrektur des Ergebnisses sprechen, weckt aber zugleich Zweifel am rechtstaatlichen Gewicht des Verfahrensmangels. Die These von der besonders intensiven Beeinträchtigung der Justizförmigkeit der Entscheidungsfindung als Legitimation der geltenden Wiederaufnahmegründe

²⁶ In diese Richtung auch *Kudlich/Göken* NJW 2023, 3683, 3686; nicht näher bestimmte „Schlupflöcher“ sieht *Mitsch* KriPoZ 2024, 498, 501; ein denkbare wird sogleich dargestellt.

²⁷ Dazu, dass § 362 Nrn. 1-4 StPO nicht zwingend einen Verfahrensfehler voraussetzen, s. Fn. 12.

²⁸ *Bung* HRRS 2022, 109, 112; *Grünwald* JZ 2024, 101, 104; *Mitsch* KriPoZ 2024, 498, 501.

²⁹ Kritisch zum Normbestand etwa auch *Hoven* JZ 2021, 1154, 1162; *Mitsch* KriPoZ 2024, 498, 499.

³⁰ BVerfG NJW 2023, 3698, 3706, Rn. 118.

³¹ BVerfG NJW 2023, 3698, 3707, Rn. 121: „Ein Urteil mit einem solch schwerwiegenden Mangel fehlt die Anforderungen an ein justizförmiges, rechtsgeleitetes Verfahren“.

³² So auch das Minderheitenvotum, NJW 2023, 3712, 3714; *Kudlich/Göken* NJW 2023, 3683, 3684.

erscheint auch insoweit angreifbar, als zahlreiche, nicht zur Wiederaufnahme berechtigende Verfahrensverstöße denkbar sind, die ggf. sogar schwerer wiegen dürften als die in § 362 StPO normierten.³³ Hinzu tritt, dass der etwaige Verfahrensverstoß auch nicht vom Angeklagten bewirkt sein muss und eine Wiederaufnahme selbst bei bereits ergangener (milderer) Verurteilung und jedweder Straftat denkbar ist.³⁴ Wenn diese doch erhebliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit zugunsten der Behebung zumindest als austauschbar erscheinender Verfahrensfehler zulässig ist, (mit guten Gründen) nicht aber die Wiederaufnahme eines Mordverfahrens aufgrund erdrückender Beweismittel, verbleibt ein Störgefühl,³⁵ dem indes nach dem vorliegenden Urteil wohl allenfalls „am anderen Ende“ – also durch restriktivere Ausgestaltung des § 362 StPO – Rechnung getragen werden könnte.

³³ Beispiele bei *Mitsch* KriPoZ 2024, 498, 499.

³⁴ *Hoven* JZ 2021, 1154, 1162

³⁵ Beispiel bei *Hörnle* GA 2022, 184, 188; dagegen *Jäger* JA 2024, 76, 78.

Zur Zueignung im Sinne des § 246 StGB

BGH, Beschluss vom 29.11.2023 – [6 StR 191/ 23](#)

mit einer Anmerkung von Philipp Rhein*

A. Sachverhalt (Zusf. Rhein)

Das Landgericht Neuruppin (Urteil vom 12.12.2022 – 13 KLS 8/21, BeckRS 2022, 54062) hatte den Angeklagten wegen veruntreuender Unterschlagung in fünf Fällen, wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in fünf Fällen und wegen Insolvenzverschleppung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt.

Auf die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wurde das Verfahren im Fall II.3 der Urteilsgründe eingestellt. Hinsichtlich des Falles II.2.b der Urteilsgründe hob der Bundesgerichtshof das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen sowie im Ausspruch über die Gesamtstrafe auf. Diesem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Dem Angeklagten war seitens der T. AG ein Tieflader zum Gebrauch überlassen worden. Nachdem aber über das Vermögen des Angeklagten eröffnet wurde, hatte dieser den bestellten Insolvenzverwalter weder über die Existenz noch die Belegenheit dieser Maschine aufgeklärt. Auch gegenüber der T. AG hatte er die Herausgabe des Tiefladers nicht vorbehaltlos angeboten, sondern vielmehr an seinem Besitz festgehalten. Hierdurch verzögerte sich dessen Sicherstellung über ein knappes Jahr.

Im Übrigen wurde die Revision als unbegründet im Sinne des § 349 II StPO abgewiesen.

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht und Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei NEUWERK in Hamburg. Er dankt Jan Bauerkamp für den anregenden Austausch und die wertvollen Anmerkungen.



B. Aus den Gründen

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen veruntreuender Unterschlagung in fünf Fällen, wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in fünf Fällen und wegen Insolvenzverschleppung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten erzielt den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 49 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

[...]

[4] 3. Während die Verurteilungen wegen veruntreuender Unterschlagung in den weiteren Fällen II.2 der Urteilsgründe keinen Bedenken begegnen, hat diejenige im Fall II.2.b der Urteilsgründe keinen Bestand, weil sich der Angeklagte den im Eigentum der T. AG stehenden Tieflader nicht zugeeignet hat.

[5] a) Eine Zueignung im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB setzt nach der von der bisherigen Rechtsprechung abweichenden Auffassung des Senats voraus, dass der Täter sich die Sache oder den in ihr verkörperten wirtschaftlichen Wert wenigstens vorübergehend in sein Vermögen einverleibt und den Eigentümer auf Dauer von der Nutzung ausschließt (vgl. MüKo-StGB/Hohmann, 4. Aufl., § 246 Rn. 36; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl., § 246 Rn. 29; Hohmann/Sander, Strafrecht BT, 4. Aufl., § 37 Rn. 9 ff.; Kudlich/Koch, JA 2017, 184, 185; im Ausgangspunkt ebenso BGH, Beschluss vom 5. März 1971 – 3 StR 231/69, BGHSt 24, 115, 119; unter Betonung der Ent- bzw. Aneignungskomponente Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 191, 196; Samson, JA 1990, 5, 9). Eine bloße Manifestation des Zueignungswillens genügt nicht, kann aber ein gewichtiges Beweisanzeichen für den subjektiven Tatbestand sein.

[6] aa) Gestützt wird dieses Verständnis durch den Wortlaut des § 246 StGB, wonach derjenige eine Unterschlagung begeht, der sich oder einem Dritten eine Sache rechtswidrig zueignet. Mit dieser Formulierung schreibt der Gesetzgeber fest, dass eine Zueignung tatsächlich eingetreten sein muss; die Vorschrift ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet (vgl. Hohmann/Sander, aaO, Rn. 13).

[7] bb) Auch die Gesetzgebungsgeschichte spricht für eine rechtsgutbezogene Auslegung des Begriffs der Zueignung. So wurde der Anwendungsbereich des § 246 StGB mit dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. 1998 I 164), das – neben der Einbeziehung sogenannter Drittzueignungen – den Wegfall des Gewahrsamerfordernisses vorsah (vgl. dazu auch BT-Drucks. 13/8587, 43 f.), erheblich ausgeweitet (vgl. auch MüKo-StGB/Hohmann, aaO, Rn. 30). Um nach der Gesetzesänderung die Tathandlung und den Vollendungszeitpunkt unter Wahrung des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) zu konkretisieren und die Grenze zur Versuchsstrafbarkeit (§ 246 Abs. 3 StGB) konkretisieren zu können (vgl. dazu SSW-StGB/Kudlich, 5. Aufl., § 246 Rn. 17), ist der Unterschlagungsstatbestand – und damit notwendigerweise das Tatbestandsmerkmal „zueignet“ – auf tatsächliche Eigentumsbeeinträchtigungen zu beschränken.

[8] cc) Für dieses Ergebnis streiten zudem gesetzessystematische Erwägungen. So setzt die Zueignungsabsicht beim Diebstahl voraus, dass sich der Täter unter dauerhaftem Ausschluss der Nutzungsmöglichkeit des Berechtigten die Sache oder den in ihr verkörperten Wert seinem Vermögen zumindest vorübergehend einverleiben will (st. Rspr., vgl. für viele BGH, Urteil vom 26. September 1984 – 3 StR 367/84, NJW 1985, 812; Beschluss vom 10. Oktober 2018 – 4 StR 591/17, BGHSt 63, 215, 219 mwN). Der in § 242 Abs. 1 StGB verwendete Begriff der Zueignung entspricht demjenigen des § 246 Abs. 1 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 5. März 1971 – 3 StR 231/69, BGHSt 24, 115, 119); der Unterschied besteht (lediglich) darin, dass diese bei der Unterschlagung in die Tat umgesetzt sein muss, während beim Diebstahl die Absicht hierzu genügt (vgl. SKStGB/Hoyer, aaO, Rn. 9; SSW-StGB/Kudlich, aaO, Rn. 11; Hohmann/Sander, aaO, Rn. 7). Der Umstand, dass sich der Täter zivilrechtlich eine fremde Sache nicht erfolgreich „zueignen“, sondern an ihr allenfalls im Wege der §§ 946 ff. BGB Eigentum erwerben kann (vgl. auch SSW-StGB/Kudlich, aaO, Rn. 11: „scheinbare Eigentümerstellung“), steht einem – strafrechtsautonom zu beurteilenden – Zueignungserfolg nicht entgegen.

[9] dd) Schließlich ist dieses Begriffsverständnis auch aus teleologischer Sicht geboten. So ist bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zueignet“ die Begrenzung des Strafrechts als „ultima ratio“ zu beachten (vgl. Hohmann/Sander, aaO, Rn. 9). Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung muss somit in jedem Fall zum Schutz des Eigentums erforderlich

sein; dieser Vorgabe ist durch eine präzise Beschreibung des Unrechts des § 246 StGB – die nach dem 6. StrRG nur durch das (einzige) Tatbestandsmerkmal „zueignet“ erfolgen kann – Rechnung zu tragen (MüKo-StGB/Hohmann, aaO, Rn. 30; Hohmann/Sander, aaO). Eine Zueignung setzt demnach mindestens voraus, dass die Befugnisse des jeweiligen Eigentümers – also sein Nutzungs- oder sein Ausschlussrecht aus § 903 BGB – beeinträchtigt werden. Hingegen würde eine vom Rechtsgut des § 246 StGB losgelöste Interpretation den zulässigen Anwendungsbereich des Strafrechts überdehnen, denn der Unterschlagungstatbestand könnte in Folge des Wegfalls des Gewahrsamserfordernisses Konstellationen erfassen, in denen Eigentümerinteressen nicht einmal abstrakt gefährdet würden (vgl. Hohmann/Sander, aaO, Rn. 11 mwN).

[10] b) Soweit es hingegen die Rechtsprechung (vgl. RG, Urteil vom 10. Juli 1939 – 3 D 513/39, RGSt 73, 253, 254; BGH, Urteile vom 19. Juni 1951 – 1 StR 42/51, BGHSt 1, 262, 264; vom 17. März 1987 – 1 StR 693/86, BGHSt 34, 309, 311 f.; vom 6. September 2006 – 5 StR 156/06, NStZ-RR 2006, 377; Beschluss vom 5. März 1971 – 3 StR 231/69, BGHSt 24, 115, 119) bisher für eine Zueignung im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB ausreichen lässt, dass sich der Zueignungswille des Täters in einer nach außen erkennbaren Handlung manifestiert („weite Manifestationstheorie“, für eine Beschränkung auf „eindeutige“ Handlungen vgl. etwa Lackner/Kühl/Heger, 30. Aufl., § 246 Rn. 4; ähnlich Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB, 30. Aufl., § 246 Rn. 10; vgl. ferner jeweils mit einem Überblick über den Meinungsstand nach dem 6. StrRG SK-StGB/Hoyer, aaO, Rn. 9 ff.; NK-StGB/Kindhäuser/Hoven, 6. Aufl., § 246 Rn. 11 ff.; Kudlich, JuS 2001, 767), überzeugt dies aus den zuvor ausgeführten Gründen nicht. Auch wenn ein solcher Manifestationsakt häufig mit einer Eigentumsbeeinträchtigung einhergehen dürfte und als Beweisanzeichen für den subjektiven Tatbestand gewertet werden kann (vgl. MüKo-StGB/Hohmann, aaO, Rn. 31), so sind doch Fälle denkbar, in denen der jeweilige Täter sich als Eigentümer „geriert“, gleichwohl aber keinerlei Verkürzung der Positionen des Berechtigten droht (vgl. Sander/Hohmann, NStZ 1998, 273, 276). Eine Bestrafung wegen vollendeter Unterschlagung würde zu einem Wertungswiderspruch zu den allgemeinen Grundsätzen der – nach § 246 Abs. 3, §§ 22, 23 Abs. 1 StGB möglichen – Versuchsstrafbarkeit führen, die regelmäßig voraussetzt, dass das geschützte Rechtsgut (bereits) durch den Tatplan unmittelbar gefährdet

wird (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12. August 1997 – 1 StR 234/97, BGHSt 43, 177, 180).

[11] c) Trotz der Divergenz war ein Anfrageverfahren gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG nicht veranlasst. Denn nach beiden Auffassungen hat der Angeklagte in den Fällen II.2.c, f und g den Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt, während im Fall II.2.b der Urteilsgründe in Bezug auf den Tieflader weder ein Zueignungserfolg noch ein Manifestationsakt festgestellt ist.

[12] aa) So liegt in dem bloßen Unterlassen der geschuldeten Rückgabe sicherungsübereigneter Gegenstände keine vollendete Zueignung, denn ein solches beeinträchtigt die Eigentümerbefugnisse nicht weitergehend, als bereits durch die im Rahmen des Miet- oder Leasingvertrags erfolgte Gebrauchsüberlassung geschehen. Verbirgt oder verkauft der Täter allerdings Gegenstände, die sich in seinem Besitz befinden oder gebraucht er sie in einer Weise, mit der ein erheblicher Wertverlust einhergeht – wie in den Fällen II.2.c, f und g –, liegt ein nach der Ansicht des Senats notwendiger Zueignungserfolg vor, denn der Täter verleibt sich hierdurch die jeweiligen Sachen bzw. deren Sachwert wenigstens vorübergehend in sein Vermögen ein und schließt den Berechtigten – hier der jeweilige Sicherungsnehmer – insoweit von seinen Nutzungsmöglichkeiten aus. Hingegen ist im Fall II.2.b in Bezug auf den Tieflader lediglich festgestellt, dass der Angeklagte nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens „weder den Insolvenzverwalter über die Existenz und den Standort (...) in Kenntnis setzte, (...) noch gegenüber der T. vorbehaltlos die Herausgabe (...) anbot, sondern diese(n) weiterhin in Besitz behielt“ und dessen Sicherstellung erst „ein knappes Jahr später (...) durch einen für die T. tätigen Sichersteller“ gelang. Eine Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse der T. AG, die einen Zueignungserfolg im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB begründen könnte, ergibt sich aus diesem „bloßen“ Unterlassen der Herausgabe nicht.

[13] bb) Auch nach Ansicht der bisherigen Rechtsprechung ist für eine Unterschlagung sicherungsübereigneter Gegenstände erforderlich, dass der Täter – über ihr „Behalten“ hinaus – ein Verhalten an den Tag legt, aus dem geschlossen werden kann, dass er sich als Eigentümer „geriert“, wobei ein Verbergen (vgl. RG, Urteil vom 7. November 1938 – 3 D 769/38), ein Verkauf (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 1961 – 1 StR 382/61, NJW

1962, 116, 117), aber auch ein Gebrauch der Gerätschaften ausreichen kann, wenn mit ihm ein erheblicher Wertverlust einhergeht (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1987 – 1 StR 693/86, BGHSt 34, 309, 311 f. mwN). Während das Landgericht ein solches Vorgehen in den weiteren Fällen II.2 jeweils festgestellt hat, lässt sich dies Fall II.2.b der Urteilsgründe nicht entnehmen. Insbesondere ergibt sich ein solches nicht aus der E-Mail des Angeklagten vom 23. Mai 2019, in der er mit der T. AG über die Herausgabe des Tiefladers „verhandelte“, weil er zu diesem Zeitpunkt – das Insolvenzverfahren wurde am 27. Mai 2019 eröffnet – seine Verfügungsbefugnis noch nicht verloren hatte (§ 80 Abs. 1 InsO). Auf das ihm am 28. Mai 2019 unterbreitete Angebot einer Ablösesumme hat der Angeklagte indes nicht mehr reagiert.

[14] 4. Die Verfahrenseinstellung im Fall II.3 und die Aufhebung der Verurteilung im Fall II.2.b lassen die insoweit verhängten Strafen entfallen und ziehen die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich. Die Feststellungen hierzu bleiben von dem aufgezeigten Rechtsfehler unberührt und können deshalb bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Sie können durch ihnen nicht widersprechende ergänzt werden.

[15] 5. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine Strafkammer des Landgerichts zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 3 StPO), denn die im Fall II.2.b der Urteilsgründe im Raum stehende Straftat des § 246 StGB gehört zu ihrer Zuständigkeit. Er hält es für möglich, dass Feststellungen getroffen werden können, die eine Verurteilung wegen veruntreuender Unterschlagung des Tiefladers zu tragen vermögen.

C. Würdigung von Philipp Rhein

I. Einleitung

Mit seinem Beschluss grenzt sich der 6. Strafsenat ausdrücklich von der bislang herrschenden Rechtsprechung¹ ab und setzt damit einen Akzent in der fortwährenden Diskussion² um den Zueignungsbegriff des § 246 StGB. Diese als obiter dictum³ verfasste Stellungnahme mutet eher wie

¹ Pars pro toto BGHSt 34, 309 = NJW 1987, 2242, 2243.

² Historischer Überblick etwa bei Sinn NSStZ 2002, 64, 64 ff.

³ Vgl. BGH NJW 2024, 1050 Rn. 11; ebenso *Lichtenthäler* FD-StrafR 2024, 806422.

ein wissenschaftlicher Exkurs an; gerade das macht den Beschluss so bemerkenswert und fordert zur Auseinandersetzung auf.

II. Die Rechtsauffassung des 6. Strafsenates

1. Einführung

Eigentlich scheint das Verständnis des Senates von der tatbestandsmäßigen Unterschlagungshandlung eindeutig formuliert:

„Zueignung im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB setzt [...] voraus, dass der Täter sich die Sache oder den in ihr verkörperten wirtschaftlichen Wert wenigstens vorübergehend in sein Vermögen einverleibt und den Eigentümer auf Dauer von der Nutzung ausschließt“⁴

Der 6. Strafsenat vertritt daher, dass nicht die bloße Manifestation eines Zueignungswillens⁵, sondern erst der Eintritt eines Zueignungserfolges den Tatbestand von § 246 StGB erfülle und schließt sich damit grundsätzlich den objektiven Theorien⁶ an.⁷ Die Beschaffenheit des Zueignungserfolges ist innerhalb der objektiven Theorien im Einzelnen umstritten.⁸ Der Senat fordert diesbezüglich prima facie, dass beide Elemente der Zueignung – die mindestens vorübergehende Aneignung sowie die dauernde Enteignung – tatsächlich eintreten.⁹

2. Zweifel

Secunda facie liegen die Dinge indessen nicht so eindeutig.¹⁰ Bei genauem Blick auf die Gründe offenbaren sich Inkongruenzen in der Argumentation und Subsumption des 6. Strafsenates, die diesen Maßstab in Zweifel ziehen.¹¹ Betroffen ist hierbei weniger die generelle Wendung hin zu einem objektiven Verständnis als deren konkrete Anforderungen.

⁴ BGH NJW 2024, 1050 Rn. 5.

⁵ So die h.M.; statt vieler *Bosch*, in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 246 Rn. 10 m.w.N.

⁶ Die Terminologie ist diesbezüglich nicht eindeutig, vgl. Schönke/Schröder-*Bosch*, § 246 Rn. 11 („streng objektiver Zueignungsbegriff“), *Brodowski*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 25 („Zueignungslehren“), *Hohmann*, in Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2021, StGB § 246 Rn. 29 ff. („Ansätze einer einschränkenden Auslegung“).

⁷ Eine Auseinandersetzung hiermit findet sich bei *Hoven* NJW 2024, 1051, 1051; *Hahn* NSTZ 2024, 289, 289 f.; *Jäger* JA 2024, 515, 517 f.

⁸ Übersicht bei LK-StGB-*Brodowski*, § 246 Rn. 25 ff.

⁹ Ähnlich insbesondere *Kargl* ZStW 103 (1991) 136, 182; *Hoyer*, in Systematischer Kommentar StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 20 ff.

¹⁰ Anders scheinbar *Hoven* NJW 2024, 1051, 1051; *Lichtenthäler* FD-StrafR 2024, 806422.

¹¹ Solche Inkongruenzen erkennen auch *Hahn* NSTZ 2024, 289, 289 f.; *Jäger* JA 2024, 515, 517 f.

So meint der Senat, dass auch nach seiner nunmehr vertretenen Lesart des § 246 StGB nicht nur ein Verkauf der Sache¹² oder eine deren Wert mindernde Verwendung eine vollendete Zueignung darstellen könne, sondern gar ein bloß vorübergehendes Verbergen.¹³ Denn

„der Täter verleibt sich hierdurch die jeweiligen Sachen bzw. deren Sachwert wenigstens vorübergehend in sein Vermögen ein und schließt den Berechtigten [...] insoweit von seinen Nutzungsmöglichkeiten aus.“¹⁴

Ein Ausschluss des Berechtigten „insoweit“¹⁵ durch Verbergen stellt jedoch keine *dauernde* Enteignung¹⁶ dar. Eine solche liegt vielmehr erst dann vor, wenn die Sache dem Berechtigten ad urnam verborgen bleibt.¹⁷ Schon hier zeigt sich, dass der Senat seine streng-objektive Position nicht konsequent durchhält.

An anderer Stelle schließlich weicht der Senat gänzlich vom eingangs dargelegten Maßstab ab – nämlich in seiner Subsumption zu Fall II.2.g des LG Neuruppin¹⁸:

Nach den diesbezüglichen – im Folgenden stark vereinfacht wiedergegebenen – Feststellungen des LG Neuruppins hatte der Angeklagte hinsichtlich zweier Baukräne zunächst eine Leasing-, später eine Ratenkaufvereinbarung geschlossen, wobei das Eigentum vorbehalten blieb.¹⁹ Nachdem der Erwerb wegen Zahlungsverzuges und Eröffnung der Insolvenz scheiterte, hatte der Angeklagte versucht, einer Sicherstellung durch falsche Angaben im Vollstreckungsverfahren entgegenzuwirken – letztendlich erfolglos, denn beide Kräne konnten sichergestellt und an den Eigentümer herausgegeben werden.²⁰ Hierin erschöpft sich die Darstellung des LG Neuruppin jedenfalls hinsichtlich einiger Kranteile.²¹

¹² Bereits dies sei laut *Hahn* NSTZ 2024, 289, 289: „nach der Logik des Senats allerdings fraglich“.

¹³ BGH NJW 2024, 1050 Rn. 12.

¹⁴ BGH NJW 2024, 1050 Rn. 12.

¹⁵ Angesichts der Syntax im obigen Zitat bezieht sich „insoweit“ auf die Aneignung und ist daher in zeitlicher Hinsicht als „insoweit vorübergehend“ lesbar.

¹⁶ Abweichend LK-StGB-Brodowski, § 246 Rn. 32, wonach der Enteignungserfolg als Dauererfolg – vergleichbar mit Dauerdelikten – bereits mit „Beginn der Enteignung“, d.h. mit Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position, vollendet sei.

¹⁷ Anders nur, wenn die Sache nicht lediglich verborgen, sondern darüber hinaus zugleich weiter wertmindernd ge- bzw. verbraucht wird.

¹⁸ BGH NJW 2024, 1050 Rn. 12.

¹⁹ LG Neuruppin BeckRS 2022, 54062 Rn. 29 ff.

²⁰ LG Neuruppin BeckRS 2022, 54062 Rn. 46 ff.

²¹ LG Neuruppin BeckRS 2022, 54062 Rn. 47.

Bezüglich dieser Kranteile können die Feststellungen daher keine dauernden Enteignung – weder von Sachsubstanz noch Sachwert – tragen.²² Gleichwohl bestätigte der 6. Strafsenat die Verurteilung wegen vollendeter Unterschlagung.²³ Insofern wird nicht nur das im eingangs formulierte Maßstab aufgestellte Erfordernis einer objektiven Enteignungskomponente des Zueignungserfolges relativiert, sondern vielmehr vollends aufgegeben.

3. Fazit

Der 6. Strafsenat bekennt sich zwar unmissverständlich zum Erfordernis eines Zueignungserfolges. Hinsichtlich dessen Enteignungskomponente verschleiern jedoch Inkongruenzen den Blick auf die Rechtsauffassung des Senates. Hierbei handelt es sich keineswegs um bloße Unschärfen im Detail. Vielmehr ist das Verständnis des Enteignungserfolges ein zentraler Streitpunkt innerhalb der objektiven Theorien²⁴; denn strenge Anforderungen an die Enteignungskomponente kollidieren mit Strafbarkeitserwägungen.²⁵ Insofern weist die dogmatische Vagheit der Entscheidungsgründe letztlich implizit auf die Schwierigkeiten des eigenen Ansatzes hin.

Diese Unklarheiten erschweren eine genaue Standortbestimmung²⁶ und damit die weitere argumentative Auseinandersetzungen. Denn eine Argumentation kann immer nur in Bezug auf die zu stützende Schlussfolgerung hin bewertet werden.

Woher die Diskrepanz zwischen Maßstab und Subsumption stammt, lässt sich nur vermuten: Einerseits ist kaum vorstellbar, dass die Entscheidungsgründe die zugrundeliegende Rechtsauffassung nur missverständlich ausformulieren. Andererseits erscheint es wenig plausibler, anzunehmen, dass der Strafsenat nicht in der Lage sei, seine eigene Rechtsauffassung konsequent umzusetzen.

²² Die (knappen) Feststellungen des LG Neuruppin tragen wohl nicht einmal die Annahme eines Enteignungsgefahrenerefolges, hierzu *Degener* JZ 2001, 388, 398.

²³ BGH NJW 2024, 1050 Rn. 12.

²⁴ Überblick bei LK-StGB-Brodowski, § 246 Rn. 25.

²⁵ Vgl. statt vieler LK-StGB-Brodowski, § 246 Rn. 21 m.w.N.

²⁶ Ähnlich *Jäger* JA 2024, 515, 517: „Was aber nach seinem Verständnis [...] unter eine endgültige Zueignung fallen soll, wird nicht recht deutlich.“

III. Schlussbemerkung

Angesichts der dargelegten Unklarheiten liegt die zentrale Bedeutung des Judikats weniger in seinem argumentativen Gehalt als im Bruch mit der herrschenden Ansicht. Es bildet einen höchstrichterlichen Ankerpunkt für die bislang ausschließlich in der Literatur vertretenen objektiven Theorien und schafft so die Möglichkeit, die wissenschaftliche Diskussion zur Unterschlagungshandlung – mit dem Prädikat der Praxisrelevanz – wiederzubeleben. Die damit einhergehende (vorübergehende) Rechtsunsicherheit ist als Preis für ein dogmatisch fundierteres Verständnis der Unterschlagung hinzunehmen.