ISSN 2942-7509
2025 | Heft 4
2. Jahrgang

NSW
Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON
Victoria Ibold
Kristina Peters
Nina Schrott
Thomas Steenbreker

AUFSÄTZE

Analogiegebot im Strafrecht
CARSTEN BÄCKER

Zur „kritischen Strafrechtswissenschaft“
ALEXANDER BAUR, OLIVER HARRY GERSON

Zur Strafvereitelung bei der verhinderten Vollstreckung eines IStGH-Haftbefehls – Eine Untersuchung auf nationaler und völkerstrafrechtlicher Ebene
KILIAN HALLWEGER

Die „Freiheitsentziehung“ zwischen Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht
DAVID KUCH

Deepfakes im Straf- und Strafverfahrensrecht
CHRISTIAN RÜCKERT, MARKUS HARTMANN, MIRIAM ANNA MARGERIE, LORENZ MEINEN & STEFANIE WIEDEMANN

URTEILSANMERKUNGEN

Zwangsweise Entsperrung eines Mobiltelefons
BGH, Beschluss vom 13.3.2025 – 2 StR 232/24
MOHAMAD EL-GHAZI, JASSEM IMSAMEH

K.-o.-Mittel sind kein gefährliches Werkzeug
BGH, Beschluss vom 8.10.2024 – 5 StR 382/24
ANJA SCHMIDT

Gefördert durch
DFG Deutsche Forschungsgemeinschaft

ISSN 2942-7509
2025 | Heft 4
2. Jahrgang

REZENSION

Petzsche/Schuchmann/Steinl/Werkmeister (Hrsg.), Strafrecht und Krise. 10. Symposium des Jungen Strafrechts Berlin 2024 – zugleich eine Bestandsaufnahme nach 15 Jahren Junges Strafrecht

ANNA H. ALBRECHT, JULIA GENEUSS, EROL POHLREICH

Analogiegebot im Strafrecht
Zur Verfassungswidrigkeit der Strafbarkeit vergleichbarer Handlungen nach § 238 I Nr. 8 StGB

Carsten Bäcker, Bayreuth*

ABSTRACT

In § 238 I Nr. 8 StGB ist die Strafbarkeit von Handlungen vorgesehen, die mit anderen, gesetzlich näher bestimmten Handlungen „vergleichbar" sind. Diese Regelung ist mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 103 II GG nicht vereinbar, da das verfassungsrechtliche Analogieverbot nicht durch ein einfachgesetzliches Analogiegebot zurückgedrängt werden kann. Die Strafbarkeit „vergleichbarer Handlungen" ist insb. nicht durch den Verweis auf das Schließen von Strafbarkeitslücken zu rechtfertigen.

A. Ausgangspunkt

In § 238 StGB ist die Nachstellung unter Strafe gestellt.[1] Im Grunddelikt wird danach bestraft, „wer einer anderen Person in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung nicht unerheblich zu beeinträchtigen", indem näher bestimmte Handlungen („wiederholt") vorgenommen werden. Diese Handlungen sind in § 238 I StGB aufgezählt. Dazu zählt es etwa, „die räumliche Nähe dieser Person" aufzusuchen (Nr. 1), zu versuchen, „unter Verwendung von Telekommunika-

* Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Bayreuth. Kontakt: oer4@uni-bayreuth.de.

[1] Eingeführt durch das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen v. 22.3.2007, BGBl. I, 354; geändert durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen v. 1.3.2017, BGBl. I, 386; zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings [...] v. 10.8.2021, BGBl. I, 3513.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2025-21

tionsmitteln […] Kontakt zu dieser Person herzustellen“ (Nr. 2), „eine Abbildung dieser Person […] der Öffentlichkeit zugänglich“ zu machen (Nr. 6), oder „einen Inhalt […], der geeignet ist, diese Person verächtlich zu machen […], unter Vortäuschung der Urheberschaft der Person“ zu verbreiten (Nr. 7). Die folgenden Überlegungen befassen sich mit Nr. 8, wonach es ebenso strafbar sein soll, „eine mit den Nummern 1 bis 7 vergleichbare Handlung“ vorzunehmen. Dieser „Auffangtatbestand“ hat den Sinn, Strafbarkeitslücken zu schließen, die sich aus der Vielgestaltigkeit des generell als strafwürdig erachteten Phänomens der Nachstellung ergeben.[2]

Diese Schließung von Strafbarkeitslücken ist, so die These des vorliegenden Beitrags, als Übertragung der Bestimmung von Strafbarkeit auf die Strafjustiz mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Strafrecht nicht vereinbar, weil sie gegen das Analogieverbot verstößt.[3] Um diese These zu begründen, wird zunächst an den Gesetzlichkeitsgrundsatz gem. Art. 103 II GG erinnert, wobei dessen Vorgaben ins Verhältnis zu allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gesetzesrecht gesetzt werden (B). Sodann werden die beiden für die Beurteilung des § 238 I Nr. 8 StGB relevanten Aspekte des Gesetzlichkeitsprinzips, der Bestimmtheitsgrundsatz einerseits und das Analogieverbot andererseits, in ihrer flankierenden Wechselwirkung zueinander in den Blick genommen (C.). Es folgt die Feststellung, daß der Gesetzgeber mit der Anordnung der Strafbarkeit vergleichbarer Handlungen ein Analogiegebot geschaffen hat, mit dem er das verfassungsrechtliche Analogieverbot durchbricht (D.). Diese Durchbrechung läßt sich durch einen Verweis auf die Vermeidung von Strafbarkeitslücken nicht rechtfertigen; das Analogieverbot gilt strikt und abwägungsfest. § 238 I Nr. 8 StGB ist daher verfassungswidrig (E).

B. Der verfassungsrechtliche Rahmen

Zu den rechtsstaatlichen Leitlinien des Strafrechts zählt der in Art. 103 II GG verfassungsrechtlich verankerte und in § 1 StGB wörtlich

[2] Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 16/3641 v. 29.11.2006, S. 14: „Ein Auffangtatbestand ist im Bereich des Stalking erforderlich, weil vielfältige, häufig wechselnde und immer neue Angriffsformen, die durch konkret umschriebene Handlungsalternativen nicht abschließend erfasst werden können, für dieses Delikt typisch sind“.

[3] In diese Richtung schon *Greco* GA 2012, 452, 461 f., 466.

wiederholte[4] Grundsatz der Gesetzlichkeit:[5]

> „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde".

Diesem Gesetzlichkeitsgrundsatz, der sich dem Ausdruck nach in erster Linie an die Strafjustiz wendet („kann nur bestraft werden, wenn"), werden mehrere Teilgrundsätze zugeordnet.[6] Diese Bindungen sind organisationsrechtlich von herausragender Bedeutung, da sie den verfassungsrechtlichen Rahmen der Kompetenzen des einfachen Strafrechtsgesetzgebers einerseits und der Judikative andererseits konturieren.[7]

Die wesentlichen Koordinaten der im Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG verorteten, an den Gesetzgeber adressierten Gebote werden als Rückwirkungsverbot[8] und als Bestimmtheitsgrundsatz verschlagwortet. Das Rückwirkungsverbot verbietet es dem einfachen Gesetzgeber, eine Handlung mit Wirkung für die Vergangenheit mit Strafe zu bewehren. Ein die rückwirkende Bestrafung anordnendes bzw. ermöglichendes Gesetz wäre verfassungswidrig, und damit auch die Bestrafung einer Tat auf dieser Grundlage. Beide Hoheitsakte, Gesetz und Strafurteil, wären ggf. im Wege der Verfassungsbeschwerde anfechtbar. Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG hat daher nicht nur objektivrechtliche Bedeutung, sondern auch subjektiv-rechtliche Qualität, als sog. grundrechtsgleiches Recht im Sinne des prozeduralen Grundrechtsbegriffs des Art. 94 I 1 Nr. 4a GG.[9] Gleiches gilt für den Bestimmtheitsgrundsatz, wonach der Straftatbestand „bestimmt", mithin für denjenigen, den es angeht, so verständlich wie möglich sein muß.[10] Ist das Gesetz unbestimmt, also: nicht bestimmt genug, ist die Bestrafung ebenso

---

[4] Seit 1975; zu vorherigen Fassungen vgl. nur *Roxin*/*Greco*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 12 ff.

[5] Zur Diskussion um die „staatstheoretischen und strafrechtlichen Wurzeln" *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 18 ff.; *Jäger*, in Systematischer Kommentar StGB, Bd. I, 10. Aufl. 2025, § 1 Rn. 2.

[6] Zur einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG im Überblick *Heinrich* in v. Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 3. Aufl. 2025, 1481, 1482-1488.

[7] Vgl. BVerfGE 105, 135, 153; 126, 170, 199; 160, 284 Rn. 96: „Für die Strafgerichte konkretisiert der Satz ‚nulla poena sine lege' den Grundsatz der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG".

[8] Zur heute kaum noch erhobenen Annahme, daß das Rückwirkungsverbot angesichts der eigenen Regelung in § 2 I StGB nicht im mit § 1 StGB wortgleichen Art. 103 II GG enthalten sein könne, vgl. nur – mit überzeugender ablehnender Positionierung – *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 5 f.; zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund Rn. 15.

[9] Vgl. BVerfGE 85, 69, 72; *Kment*, in Jarass/Pieroth GG, 18. Aufl. 2024, Art. 103 Rn. 62 – mit dem Hinweis: „obwohl er [gem.: Art. 103 II GG] systematisch eine Schranken-Schranke (‚Gesetzesvorbehalt') darstellt".

[10] Zum sich hierin spiegelnden Verständlichkeitsprinzip als allgemeinem Rechtsgrundsatz vgl. *Bäcker* in Kischel/Kube (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 2024, § 48 Rn. 1.

wie das die Bestrafung anordnende bzw. ermöglichende Gesetz verfassungswidrig. In diesem Sinne wird der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG als „Bestimmtheitsgebot“[11] oder als „Verbot unbestimmter Strafgesetze“[12] verschlagwortet.

Beide Grundsätze, das Rückwirkungsverbot wie der Bestimmtheitsgrundsatz, gelten auch jenseits des Strafrechts und jenseits von Art. 103 II GG ganz allgemein für das Gesetzesrecht der durch das Grundgesetz konstituierten Bundesrepublik Deutschland. Die Verankerung dieser beiden Aspekte des Gesetzlichkeitsprinzips in Art. 103 II GG ist dabei keine bloße Doppelung, keine bloß symbolische Betonung ohnehin geltender rechtsstaatlicher Grundsätze für das Strafrecht. Denn die allgemeinen Grundsätze des Rückwirkungsverbots und des Bestimmtheitsgrundsatzes erstarken im Bereich des Strafrechts gleich zweifach. Zum einen, in objektiv-rechtlicher Hinsicht, in ihrer Grenzziehung: das Rückwirkungsverbot gilt im Allgemeinen graduell,[13] im Strafrecht aber kategorial; und für den Bestimmtheitsgrundsatz wird, als Verbot formuliert, im Strafrecht ein spezifisches Untermaß der Bestimmtheit anzusetzen sein – worauf noch zurückzukommen sein wird.[14] Zum anderen, in subjektiv-rechtlicher Hinsicht, durch die ausdrückliche prozessuale Möglichkeit des Geltendmachens eines Verstoßes im Wege der Verfassungsbeschwerde gem. Art. 94 I Nr. 4a GG, die für allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze jedenfalls nicht unmittelbar besteht.[15]

---

[11] Etwa *Jäger* (Fn. 5), § 1 Rn. 13.

[12] *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 7.

[13] Für die Abwägungsfähigkeit des allgemeinen Rückwirkungsverbots sprechen die Differenzierung des BVerfG in eine echte und eine unechte Rückwirkung, wobei letztere grundsätzlich verfassungsgemäß, erstere grundsätzlich verfassungswidrig sein soll – soweit nicht jeweils überwiegende Gründe das gegenteilige Ergebnis (herrschend als Ausnahmen von der Regelmäßigkeit rekonstruiert) verlangen. Zu einer entsprechenden Rekonstruktion des allgemeinen Rückwirkungsverbots als Abwägungsgegenstand vgl. *Bäcker* NVwZ 2017, 1414, 1419.

[14] Das BVerfG verknüpft Art. 103 II GG darüber hinaus mit einer Erhöhung seiner verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte, vgl. BVerfGE 126, 170, 199: „Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung, ob die Strafgerichte diesen aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Vorgaben gerecht geworden sind, ist das Bundesverfassungsgericht nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte“.

[15] Mittelbar subjektiv-rechtliche Qualität erlangen die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze nach der Rechtsprechung des BVerfG freilich durch die Ausweitung des Art. 2 I GG als allgemeine Handlungsfreiheit sowie der Ausdehnung des dortigen Schrankenvorbehalts der „verfassungsmäßigen Ordnung“ auf „alle formell und materiell verfassungsgemäßen Gesetze“ – vgl. BVerfGE 6, 32, 41 – Elfes (Abs. 25): „Verfahrensrechtlich bedeutet das: Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt“.

Aus dem Bestimmtheitsgrundsatz, dessen Adressat der Strafrechtsgesetzgeber ist, folgen mit dem Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung[16] und dem Analogieverbot zwei weitere Elemente des Gesetzlichkeitsprinzips.[17] Diese hegen primär die Strafjustiz ein. Das erste verlangt nach einer gesetzgeberisch, nicht gewohnheitsrechtlich vorgegebenen Strafbarkeitsbestimmung, das zweite erklärt eine den geschriebenen Straftatbestand richterrechtlich erweiternde Anwendung[18] von an sich verfassungskonformen, also (im Sinne des Art. 103 II GG) „gesetzlich bestimmten" Straftatbeständen für verfassungswidrig, wenn und soweit dadurch neue Straftatbestände jenseits der gesetzlichen Regelung geschaffen würden.[19] Es ist dem Richter somit verboten, die Strafbarkeit eines Verhaltens daraus herzuleiten, „dass es einem mit Strafe bedrohten Tun ähnlich und ebenso strafwürdig wie dieses ist"[20]. Das Gewohnheitsrechtsverbot und das Analogieverbot ergänzen das Unbestimmtheitsverbot, indem sie die Bindung der Strafjustiz an die gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit sicherstellen.

Diese drei Vorgaben des Gesetzlichkeitsgrundsatzes unterstreichen denselben liberalistischen, demokratischen und gewaltenhemmenden Grundgedanken,[21] wonach der Gesetzgeber, nicht der Strafrichter, dafür zuständig und verantwortlich ist, zu bestimmen, welches Verhalten strafbar sein soll.[22] Dieser Verantwortung zur Festlegung der Voraussetzungen der Strafbarkeit darf sich der Gesetzgeber nach der Wertung des Art. 103 II GG nicht entziehen.[23] Ihm ist die Flucht ins Gewohnheitsrecht,

---

[16] Und Strafschärfung, vgl. nur *Heinrich* (Fn. 6), 1482 f.

[17] Vgl. BVerfGE 126, 170, 197: „Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt anerkanntermaßen ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung".

[18] Vgl. *Jäger* (Fn. 5), § 1 Rn. 46: „Anwendung eines Rechtssatzes auf einen von ihm nicht erfassten, aber rechtsähnlichen Sachverhalt".

[19] Es ließe sich einwenden, daß eine Analogie keine Norm*kreation*, sondern bloß eine Norm*extension* zur Folge habe. Formal dargestellt: Aus der Norm N_1: T_1 v T_2 v T_3 → OR wird N_1': T_1 v T_2 v T_3 v T_4 → OR (wobei T_4 den bisherigen Merkmalen T_1 bis T_3 hinreichend ähnlich sein muß). Entgegnen läßt sich dem, daß die Norm N_2: T_4 → OR gesetzt wird, i.S. einer Kreation, auch wenn der Grund für die Geltung von N_2 aus der Ähnlichkeit zu N_1 abgeleitet wird. Im Ergebnis ist diese Unterscheidung ohne Belang, da auch im Wege der bloßen Extension T_4 als neuer Straftatbestand geschaffen wird. – Überdies wird das Vorliegen von Analogien i.S.v. Art. 103 II GG weit verstanden. Eine extensive Auslegung wäre danach schon eine Analogie i.S.d. Analogieverbots; vgl. noch unten (Fn. 50).

[20] *Roxin* in Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, 113, 119.

[21] Zu den staatstheoretischen Wurzeln etwas näher *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 18 ff.

[22] Es ist daher nicht fernliegend, den Gesetzlichkeitsgrundsatz als den einen Kerngedanken des Art. 103 II GG zu verstehen („gesetzlich bestimmt"), dem mit dem Rückwirkungsverbot ein zweiter („bevor") an die Seite gestellt ist.

[23] Vgl. BVerfGE 126, 170, 197: „Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den

ins Unbestimmte und ins Richterrecht verboten.[24] Es ist in dieser Hinsicht naheliegend, daß die Vorgaben des Gesetzlichkeitsgrundsatzes sowohl die Judikative als auch die Legislative binden.[25] Das gilt auch für das Analogieverbot.[26] Es umfaßt, wie es Greco formuliert, „ein an den Gesetzgeber gerichtetes Analogiegestattungsverbot“[27], denn es kann dem einfachen Gesetzgeber nicht zukommen, die Judikative von ihren verfassungsrechtlichen Pflichten zu entbinden.[28] § 238 I Nr. 8 StGB erscheint vor diesem Hintergrund als klar verfassungswidrig.[29]

C. Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot

Ganz so klar ist dieses Ergebnis jedoch nicht, wie eine nähere Betrachtung des Zusammenhangs von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot erkennen läßt. Da alle gesetzlich geregelten Straftatbestände in ihrer Sprachlichkeit naturgemäß interpretationsbedürftig sind, kommt dem Bestimmtheitsgrundsatz ein durchaus diffuser Grenzbereich zu. Die Subsumtion unter jeden (Straf-)Tatbestand setzt abstrakt-generelle Definitionen voraus, die den gesetzlichen Bestimmungen einzulegen sind. Diese Definitionen werden kraft Auslegung von den zuständigen Gerichten erarbeitet oder zumindest ermittelt[30] und namentlich vom BGH in Leitsätzen festgehalten.[31] Sie etablieren sich durch Repetition in der

---

Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren“.

[24] Eine allgemeine Flucht ins Unbestimmte beklagte schon *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, für das Strafrecht und die Kritik daran insb. S. 32-38.

[25] Zur Bindung der Judikative an den Bestimmtheitsgrundsatz vgl. insb. BVerfGE 126, 170, 197 ff.

[26] Vgl. *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 44a ff.

[27] *Greco* (Fn. 3), 460; ähnlich schon *Ransiek* in Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), FS Tiedemann, 2008, 171, 183: „Es geht um das Verbot, dem Rechtsanwender durch Gesetz analoge Gesetzesanwendung zu gestatten“.

[28] Ähnlich *Ransiek* (Fn. 27), 184: Es könne nicht sein, „dass der Gesetzgeber durch ein einfaches Gesetz die Bindung des Rechtsanwenders an das Gesetz und das Verbot analoger Rechtsanwendung aufhebt: Es bedürfte dazu der Verfassungsänderung“; s.a. *Greco* (Fn. 3), 460: es sei dem Gesetzgeber „nicht gestattet [...], den Richter von der Einhaltung dieses Verbots zu dispensieren“.

[29] So etwa *Hirsch* in Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), FS Puppe, 2011, 105, 115.

[30] Diese Definitionsbedürftigkeit erstarkt mit zunehmender tatbestandlicher Unbestimmtheit zu einem immer drängenderen Präzisierungsgebot, vgl. BVerfGE 126, 170, 198: „Andererseits ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot). Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat“.

[31] Zum Umgang mit derartigen Leitsätzen und dem Hinweis darauf, daß deren bloße Anführung oder Wiedergabe die Subsumtion des gesetzlichen Tatbestandes verdränge, vgl. *Cirener* in Bäcker (Hrsg.), Methoden des Rechts, 2025, 155, 160. – Zum Problem auch schon *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 35g.

Rechtsprechung und Aufnahme in Kommentare und juristische Lehrbücher bis hin zur sog. herrschenden Meinung.[32] Die Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit ist daher immer auch Sache der Strafgerichte.[33]

Der an den Gesetzgeber gerichtete Bestimmtheitsgrundsatz kann vor diesem Hintergrund sinnvoll nur als prinzipielles Gebot[34] der Einschränkung der Freiheit der Strafgerichte in der Definition der Tatbestandsmerkmale begriffen werden.[35] Der Auslegungsspielraum bzw. die Definitionsfreiheit fällt desto geringer aus, je bestimmter eine gesetzliche Regelung ist; d.h., je enger der mögliche „Wortsinn des Gesetzestextes"[36] ist. Vollständig gesetzgeberisch zu präformieren ist die Auslegung der Gesetze aber naturgemäß nie. Entscheidend für die Verletzung des Unbestimmtheitsverbots[37] ist es daher, welches Untermaß der Bestimmtheit bzw. Übermaß der Unbestimmtheit anzulegen ist. Im Bereich des Strafrechts bzw. des Art. 103 II GG dürfte dieses Maß, im Einklang mit den allgemeinen Kriterien des Wesentlichkeitsgrundsatzes,[38] besonders hoch (Untermaß der Bestimmtheit) bzw. niedrig (Übermaß der Unbestimmtheit) anzusetzen sein, da die Intensität eines Grundrechtseingriffs durch Strafrecht typischerweise als besonders hoch anzusehen ist.[39]

---

[32] Wobei von einem erheblichen Einfluß der akademischen Diskussion auf die Festsetzung gerichtlicher Definitionen ausgegangen werden kann; was sich bisweilen deutlicher, bisweilen undeutlicher zeigt.

[33] Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 28: „In Wahrheit wird also der Inhalt einer Strafvorschrift immer erst durch die richterliche Auslegung im Sinne zweifelsausschließender Deutlichkeit ‚bestimmt'".

[34] Vgl. BVerfGE 105, 135, 155 f.: „Je schwerer die angedrohte Strafe ist, umso dringender ist der Gesetzgeber verpflichtet, dem Richter Leitlinien an die Hand zu geben, die die Sanktion vorhersehbar machen, die bei Verwirklichung des Straftatbestands droht, und den Bürger über die zu erwartende Strafrechtsfolge ins Bild zu setzen". – Im Sinne eines Optimierungsgebots schon *Lenckner* JuS 1968, 304, 305: „Soviel Rechtssicherheit und soviel materielle Gerechtigkeit wie möglich"; ihm folgend *Wassermann*, in AK GG, Bd. 2, 2. Aufl. 1989, Art. 103 GG Rn. 52; s.a. *Schmitz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 1 Rn. 45: „Dem Bestimmtheitsgebot ist vielmehr nur dann genügt, wenn die Tatbestandsmerkmale soweit wie möglich bestimmt sind, der Gesetzgeber also eine bestmögliche Präzision erreicht".

[35] In diesem Sinne ist der Bestimmtheitsgrundsatz die andere Seite der Medaille des Gebotes enger oder restriktiver Auslegung von Strafbarkeitsbestimmungen, wie es in anderen Rechtskreisen vorkommt, worin sich auch seine strukturelle Nähe zum Analogieverbot zeigt; vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 28a.

[36] *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 28.

[37] Der Bestimmtheitsgrundsatz ist, deontologisch betrachtet, ohne inhaltlichen Unterschied als Gebot wie als Verbot darstellbar. Es ist die (hinreichende) Bestimmtheit ebenso geboten (Bestimmtheitsgebot: Ob) wie die (übermäßige) Unbestimmtheit verboten ist (Unbestimmtheitsverbot: F¬b).

[38] Vgl. BVerfGE 105, 135, 155 f.

[39] Dabei könnte das Untermaß je nach Intensität der Strafandrohung steigen oder fallen. Für die Bestimmtheit des mit lebenslanger Strafe bewehrten Mordtatbestandes wären demnach höhere Standards zu setzen als etwa für die Nachstellung, die (im Grunddelikt) mit einem Strafrahmen bis zu drei Jahren bewehrt ist; vgl. oben (Fn. 34). – Komplizierter wird diese Zuschreibung allerdings, wenn

Das Strafurteil ist nicht nur ein besonders intensives ethisches Unwerturteil,[40] sondern auch mit erheblichen Nachteilen für die grundrechtliche Sphäre des Verurteilten verbunden, was typischerweise mit erheblichen Vorfeldeinschränkungen im Strafverfahren einhergeht.

Der Zweck des Bestimmtheitsgrundsatzes, die Begrenzung der Auslegung durch die Strafgerichte, wäre unterwandert, wenn Analogien unbegrenzt zulässig wären. Jedes Strafgericht könnte dann eine richterrechtliche Ausdehnung der Strafbarkeit jenseits des gesetzgeberisch Bestimmten vornehmen – wenn auch ggf. nur unter Wahrung der in der Juristischen Methodenlehre anerkannten,[41] allerdings im Detail wenig scharf umrissenen Voraussetzungen der Begründetheit von Analogien.[42] Damit könnte sich die Strafjustiz der strikten Bindung an die gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit entziehen. Das Analogieverbot flankiert daher den Bestimmtheitsgrundsatz. Dabei ist das Analogieverbot, anders als der Bestimmtheitsgrundsatz, kategorial zu verstehen: Gegen dieses Verbot wird verstoßen, sobald eine Auslegung in eine Analogie umschlägt.[43] Dieses als striktes Verbot jeder Tatbestandsextension gelesene Analogieverbot[44] hat zur Folge, daß ausdrückliche Analogien in der Strafrechtsjudikatur strafbarkeitsbegründend wohl nicht zu finden sein dürften; auch wenn es freilich immer wieder zu verdeckten Analogiebildungen gekommen ist.[45]

---

die Gründe für die Strafrahmenbemessung bzw. das (abstrakte) Gewicht der in Rede stehenden, zu schützenden Rechtsgüter in die Gleichung einbezogen werden können oder müssen. Hier werden gewichtigere Gründe für das Verbot bzw. die Sanktionierung des Mordes gegenüber denen der Nachstellung anzuerkennen sein – was im Ergebnis auf in etwa gleiche Anforderungen der Bestimmtheit hinauslaufen könnte. Eine genauere Untersuchung dieser Zusammenhänge erscheint lohnenswert.

[40] Vgl. BVerfGE 96, 245, 249: „Die Kriminalstrafe stellt die am stärksten eingreifende staatliche Sanktion für begangenes Unrecht dar. Jede Strafnorm enthält ein mit staatlicher Autorität versehenes, sozial-ethisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise, das durch den Straftatbestand und die Strafandrohung näher umschrieben wird“.

[41] Die hierin aufscheinende, eigentümliche normative Wirkung der anerkannten Regeln und Formen der Methodenlehre entstammt für die juristische Interpretation von Gesetzestexten letztlich dem Postulat der Gesetzesbindung. Die Begründung ihrer Normativität führt von da aus ins Grundsätzliche; vgl. nur *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 307: „Sie sind Formen, denen sich die juristische Argumentation zu bedienen hat, wenn sie den in ihr erhobenen Anspruch auf Richtigkeit, der […] insbesondere auch auf die Bindung an das Gesetz bezogen ist, erfüllen will“.

[42] Zur Differenz von Zulässigkeit und Begründetheit von Analogien vgl. *Bäcker* Der Staat 60 (2021), 7, 25 f.

[43] Vgl. *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 26: „Das Analogieverbot stellt die Aufgabe, die zulässige gesetzestreue Auslegung von der verbotenen rechtsschöpferischen Analogie abzugrenzen“. Für Bsp. Rn. 29.

[44] Einschränkend und für die Zulässigkeit von (unechten) Analogien (auf der Grundlage des eindeutig Gewollten) *Ransiek* (Fn. 27), 185; weil so „die bereits vom Gesetzgeber getroffene kriminalpolitische Entscheidung auf im Gesetz nicht genannte […] Konstellationen“ durch den Richter weitergeführt werden könne.

[45] Darunter fallen Auslegungen, die das Gesagte überschreiten, und dies anhand des Gewollten oder, grundsätzlich bedenklicher, anhand des Gesollten begründen. Zu Beispielen vgl. *Roxin*/*Greco*

Bei näherem Hinsehen verschwimmt die vermeintlich kategoriale Grenze zwischen Analogie und Auslegung allerdings. Schon die Abgrenzbarkeit ist umstritten,[46] wie die von Rechtsfortbildung und Rechtsanwendung überhaupt.[47] Einer Grenzziehung bedarf grundsätzlich aber nur die zulässige Rechtsfortbildung oder -anwendung von der unzulässigen Rechtsfortbildung oder -anwendung,[48] und diese Unterscheidung kann in unterschiedlichen Zusammenhängen unterschiedlich ausfallen. Sie kann sich an einer Metaabwägung dreier elementarer Rechtszwecke (Rechtssicherheit, Gesetzmäßigkeit und Gerechtigkeit) orientieren.[49] Für das Strafrecht ist die Schwelle zur verbotenen Analogie nach Art. 103 II GG im Sinne der strikten Gesetzesbindung jedenfalls denkbar niedrig anzusetzen. Insoweit ist, mit dem BVerfG,

> „‚Analogie' nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist (stRspr […])".[50]

Ein Verstoß gegen das Analogieverbot liegt demnach vor, wenn die Wortlautgrenze überschritten ist.[51] Das ist der Fall, wenn das Gesagte

---

(Fn. 4), § 5 Rn. 34: „nicht wenige Fälle, in denen sich die Rspr. ausdrücklich oder stillschweigend über die Wortlautgrenze hinweggesetzt hat". – Auch in der Rechtsprechung des BVerfG läßt sich das Phänomen verdeckter Analogien vielfach entdecken, vgl. *Bäcker* (Fn. 42), 19 ff. Über die Motivation des BVerfG, Analogien zum Verfassungsrecht nur verdeckt anzunehmen, kann nur spekuliert werden; es dürfte aber wenigstens in manchen Fällen darum gehen, der problematischen, da potentiell legitimitätsverringernden Diskussion um die Selbstentgrenzung des BVerfG als Letztinterpreten der Verfassung zu entgehen.

[46] Vgl. nur *Kaufmann*, Analogie und Natur der Sache, 1965, S. 3: „Eingeständnis einer völligen Undurchführbarkeit einer praktikablen Abgrenzung".

[47] Das zugestandene Vorliegen von Zweifelsfällen in der Abgrenzung von Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung stellt allerdings nicht deren Abgrenzbarkeit in Frage; vgl. *Bäcker* (Fn. 42), 12; *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 37.

[48] Vgl. *Borowski* in Darák/Kube/Molnár-Gábor/Reimer (Hrsg.), Rechtsprechung im Dialog der Gerichte, 2020, 39, 59: „Die These der Einheit der juristischen Interpretation relativiert […] zu einem großen Teil die Bedeutung der Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung".

[49] Vgl. *Bäcker* (Fn. 42), 33 ff. Ultimativ kommt es daher auf rechts- bzw. verfassungstheoretische Vorverständnisse an.

[50] BVerfGE 126, 170, 197; s.a. BVerfGE 160, 284 Rn. 99.

[51] Eingehend zur Wortlautgrenze und ihrer grundsätzlichen Anerkennung in der Rspr. *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 26 ff., mit Beispielen aus der (nicht widerspruchsfreien) Rechtsprechung, Rn. 33 ff. („gelegentliche ‚Ausrutscher'") und einer Diskussion von Gegenpositionen, Rn. 36 ff. – Aus jüngerer Zeit etwa BGH NJW 2024, 3735 Abs. 14: „GBL-Tropfen können mithin ohne eine Verletzung der sich aus Art. 103 II GG ergebenden Wortlautgrenze nicht als Werkzeug im Sinne der strafrechtlichen Vorschriften bewertet werden".

überdehnt wird;[52] dem strafrechtlichen Normsatz also eine Norm[53] zugedacht wird, die sich nicht mehr (ohne weiteres) mit dem Normsatz in Einklang bringen läßt.

Für die Einordnung des § 238 I Nr. 8 StGB ist das an dieser Stelle zentrale Problem des Determinierens des Überschreitens der Wortlautgrenze wie ihrer methodologischen Bestimmung sowie methodischen Bestimmbarkeit allerdings nicht entscheidend. Denn der Gesetzgeber hat der Strafjustiz mit dieser Vorschrift ausdrücklich aufgegeben, analogieartige Extensionen der Strafbarkeit jenseits der ausdrücklichen Regelungen vorzunehmen: Die Strafjustiz hat solche Handlungen als strafbar zu erkennen, die gerade nicht schon in den Nrn. 1-7 geregelt sind, aber ebenso wie diese strafbar sein soll(t)en, wenn und soweit diese Handlungen den gesetzlich bestimmten „ihrer Bedeutung nach entsprechen“[54] – womit planwidrige Strafbarkeitslücken bei vergleichbarer Strafwürdigkeit vermieden werden sollen. Der Strafjustiz ist daher eine analoge Anwendung der Nrn. 1-7 aufgegeben. Im Befolgen dieser Vorgabe übe, so scheint es dem Gesetzgeber vorzuschweben, der Rechtsanwender jedoch gerade keine analoge Erweiterung des Straftatbestandes im Sinne des Analogieverbotes aus. Es handele sich lediglich „um eine verfassungsrechtlich zulässige, gesetzlich angeordnete innertatbestandliche Analogie“[55].

Es bleibt unklar, inwiefern sich eine innertatbestandliche (zulässige) Analogie von einer außertatbestandlichen (unzulässigen) wesentlich unterscheidet[56] bzw. warum eine gesetzlich angeordnete (innertatbestandliche) Analogie verfassungsrechtlich zulässig sein soll, wenn die Verfassung der Judikative Analogien schon in einem weiten Sinne der

---

[52] Vgl. für eine adressatenbezogene Sichtweise BVerfGE 87, 209, 224: „Unter diesem Aspekt ist für die Bestimmtheit einer Strafvorschrift in erster Linie der für den Adressaten erkennbare und verstehbare Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes maßgebend, der die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation darstellt“.

[53] Zum hier aufscheinenden semantischen Normbegriff vgl. nur *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 42 ff.

[54] Bericht des Rechtsausschusses v. 29.11.2006, BT-Drs. 16/3641, S. 14: Erfaßt werden sollen Handlungen, die den gesetzlich bestimmten „ihrer Bedeutung nach entsprechen, also sowohl quantitativ als auch qualitativ eine vergleichbare Schwere aufweisen und in ihrem Handlungs- und Erfolgsunwert diesen gleichkommen“.

[55] BT-Drs. 16/3641, S. 14.

[56] Siehe aber *Eisele*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 238 Rn. 30: „Eine solche liegt […] vor, wenn sich der Analogieschluss lediglich auf gesetzlich ausgestaltete Beispiele eines Oberbegriffs bezieht und er auch innerhalb dieses Oberbegriffs erfolgt“. Entscheidendes Merkmal des § 238 I StGB sei das „beharrliche Nachstellen“, die Nrn. 1-7 nur „Regelbeispiele“. – Nach diesem (fraglichen) Verständnis müßte Nr. 8 entweder vollkommen entbehrlich hins. der Strafbarkeitsbegründung sein, oder eben doch auch als „innertatbestandliche Analogie“ strafbarkeitsbegründende Kompetenz übertragen, dann aber dem Analogieverbot unterliegen.

extensiven Auslegung verbietet. Angenommen wird mit dem häufig aufgegriffenen Hinweis auf eine bloß innertatbestandliche Analogie im Ergebnis aber wohl, daß die Strafbarkeit vergleichbarer Handlungen *gesetzlich* angeordnet sei – weswegen schon keine richterrechtlich zu schließende Regelungslücke vorliegen könne, mithin auch keine richterrechtliche Analogie i.S.d. Analogieverbots. Der Richter habe nach dieser Logik nur, wie in jeder anderen Strafbarkeitsbestimmung auch, qua Auslegung des Strafbarkeitslückenschließungsgebots aus Nr. 8 im Lichte der Nrn. 1-7 zu definieren, was vergleichbare Handlungen sind. Nach diesem Verständnis wäre die „vergleichbare Handlung" wie ein (reguläres) gesetzliches Tatbestandsmerkmal zu behandeln. Dies hätte zur Konsequenz, daß es allein als Frage der hinreichenden Bestimmtheit des § 238 I Nr. 8 StGB erscheinen muß, ob die Voraussetzungen des Art. 103 II GG gewahrt sind.

Dieser Lesart scheint sich die Literatur weithin angeschlossen zu haben. So wird die Vorschrift zwar verbreitet als verfassungsrechtlich problematisch angesehen, was aber eher selten am Analogieverbot festgemacht, sondern vor allem „im Lichte des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes"[57] erörtert wird.[58] Die Annahme, die vom Gesetzgeber vorausgesehene und ungewollte Strafbarkeitslücke werde gesetzlich geschlossen, indem die Lückenschließung gesetzlich dem Richter übertragen wird, verkennt jedoch das von Greco schon klar hervorgehobene,[59] eigentliche Problem: Wenn die Strafbarkeit „vergleichbarer Handlungen" vorgesehen wird, ist nicht nur der Tatbestand bedenklich unbestimmt, sondern strafbarkeitsbegründende Kompetenz auf die Judikative übertragen, der nur strafbarkeitsfeststellende Kompetenz zukommt. Damit ist das verfassungsrechtliche Analogieverbot einfachrechtlich umgangen.

---

[57] Monographisch *Zacharias*, Der Unrechtstatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) im Lichte des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, 2015, insb. 312-333; *Karl*, Der Tatbestand der Nachstellung, 2012, insb. S. 188-200. – Für eine hinreichende Bestimmtheit etwa *Gericke*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 238 Rn. 40 ff.; *Schluckebier*/*Werner*, in Satzger/Schluckebier/Werner StGB, 6. Aufl. 2024, § 238 Rn. 20.

[58] Auch die kritischen Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren blieben auf den Bestimmtheitsgrundsatz beschränkt, vgl. BT-Drs. 15/5410, S. 9; BT-Drs. 16/3641, S. 7, 11.

[59] Vgl. *Greco* (Fn. 3), 460 ff.

D. Umgehung des Analogieverbots

Das verbreitete Übersehen der Umgehung des Analogieverbots dürfte in einer Reduktion auf die Bestimmtheitsfrage in der Prüfung gesetzgeberischen Handelns seine Ursache finden.[60] Der Gesetzgeber könne, so ist bisweilen zu lesen, das Analogieverbot selbst nicht verletzen.[61] Die Bestimmtheitsfrage ist jedoch mit dem Analogieverbot eng verwoben. Eine Reduktion der an den Gesetzgeber gerichteten Vorgaben auf den Bestimmtheitsgrundsatz wird dem oben geschilderten Miteinander von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot nicht gerecht.

Ihr flankierendes Verhältnis zeigt sich darin, daß ein Analogieverbot gerade dann besonders bedeutsam ist, wenn der Bestimmtheitsgrundsatz beachtet wird – wenn also eine gesetzliche Strafbarkeitsbestimmung bestimmt genug ist, daß ein als gleichermaßen strafwürdig erachtetes, vergleichbares Verhalten nicht darunter subsumiert werden könnte.[62] Umgekehrt wäre ein Analogieverbot wenig ergiebig, wenn die Tatbestandsmerkmale so unbestimmt blieben, daß jedes als strafwürdig erachtete Verhalten darunter subsumiert werden könnte. In extremer Form wird dieser Zusammenhang besonders deutlich: Wenn das Strafgesetzbuch auf eine einzige, freilich zu unbestimmte Regel reduziert würde, nach der jedes strafwürdige Verhalten zu bestrafen ist („Jedes strafwürdige Verhalten ist strafbar."), so wäre eine Gesetzesanalogie[63] gänzlich entbehrlich, ein Analogieverbot also sinnlos.[64] Umgekehrt wäre der Bestimmtheitsgrundsatz sinnlos, wenn ein allgemeines Analogiegebot im

---

[60] Vgl. *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 44b.

[61] Vgl. *Vogel*/*Brodowski*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 243 Rn. 5: „Gesetzgebung kann das an den Rechtsanwender adressierte Analogieverbot nicht verletzen"; *König*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315 Rn. 41: „Bereits im Ansatz verfehlt ist es namentlich, dem Gesetzgeber einen Verstoß gegen das Analogieverbot vorwerfen zu wollen"; s.a. *Pohlreich*, in Bonner Kommentar GG, 191. Akt., 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 75: „Soweit im Schrifttum vereinzelt aus Art. 103 Abs. 2 GG ein an die Gesetzgebung gerichtetes Analogiegestattungsverbot hergeleitet wird, dürfte dies keine Bindungen begründen, die über das an die Gesetzgebung adressierte Bestimmtheitsgebot hinausgehen".

[62] Vgl. BVerfGE 126, 170, 197: „Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten".

[63] Freilich wären begründete Fallanalogien, die ohnehin elementarer Bestandteil der Rechtsanwendung zumal im Strafrecht sind, vgl. nur *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, umso mehr zu fordern, um eine gewisse Rechtssicherheit noch beizubehalten. Dem läßt sich der allgemeine Grundsatz einer umgekehrten Proportionalität entnehmen, wonach in der Anwendung des Strafrechts desto mehr Wert auf begründete Fallanalogien zu legen ist, gerade durch niedere Instanzen, je weniger bestimmt der Tatbestand ist.

[64] Ähnlich *Ransiek* (Fn. 27), 174: „Dürfte ein Tatbestand lauten ‚jeder Schurke wird bestraft', wäre [...] das Analogieverbot ohne sinnvollen Anwendungsbereich".

Allgemeinen Teil verankert würde („Ist eine Tat einer gesetzlich bestimmten Handlung vergleichbar, so ist sie wie diese zu bestrafen."). Vor diesem Hintergrund war es in gewisser Weise ein (insofern performativ widersprüchliches) Unterstreichen der zu überwindenden Gesetzesbindung, wenn im NS-Strafrecht gleich eine Kombination aus gewollter Unbestimmtheit bzw. Ausdehnungsgebot und Analogiegebot verankert worden ist.[65] Daher verlangt das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG beides, sowohl die Bestimmtheit der Straftatbestände als auch das Unterlassen ihrer analogen Anwendung; und mit beidem wird, wie bereits festgestellt, die gesetzgeberische Verantwortung für die Festlegung strafbaren Verhaltens unterstrichen, der er sich eben weder durch eine Flucht ins Unbestimmte noch in ein (allgemeines oder spezielles) Analogiegebot entziehen darf:

> „Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen"[66].

Tatsächlich hat das StGB wohl kaum weniger unbestimmte Tatbestandsmerkmale als jedes andere Gesetz aufzuweisen.[67] Entscheidend im Sinne des Art. 103 II GG ist aber auch nur das Überschreiten der Schwelle eines Untermaßes an Bestimmtheit bzw. eines Übermaßes an Unbestimmtheit. Diese Schwelle bleibt aber ihrem Wesen gemäß unscharf.[68] Die Schwelle zur dem Richter verbotenen Analogie erscheint dagegen, im Strafrecht anders als im Zivilrecht,[69] als klar, soweit sie am Überschreiten der

---

[65] Vgl. § 2 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs der Reichsregierung v. 28.6.1935, RGBl. I, 839-843: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft". – Hins. des Analogiegebots in S. 2 war selbst die zeitgenössische Kommentarliteratur eher zurückhaltend; vgl. *Niethammer*, in Freiesleben/Kirchner/Niethammer StGB, 1936, § 2 S. 24: „Vermag der Richter die durch die Verhandlung nachgewiesene Tat auch bei ausdehnender Auslegung nicht in den Tatbestand eines Strafgesetzes einzuordnen, drängt ihn aber das eigene Rechtsgefühl dazu, die Tat trotzdem für strafwürdig zu erachten, so muß er sorgfältig prüfen, ob die beiden im § 2 bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind. Nur wenn er diese Frage in beiden Beziehungen bejahen kann, darf er einen Schuldspruch fällen". Mit den beiden Beziehungen war das gesunde Volksempfinden und der in einem Gesetz verkörperte, tragende Rechtsgedanke gemeint.

[66] BVerfGE 126, 170, 197.

[67] Dazu nur *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 68; mit dem Hinweis auf einschlägige Rspr. des BVerfG, angesichts der „sich der Gesetzgeber bei der Verwendung von Generalklauseln kaum noch Hemmungen aufzuerlegen" brauche.

[68] Zur Formulierung einer Grenze vgl. *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 75: „Danach ist eine Strafvorschrift dann noch hinreichend bestimmt, wenn und soweit sich ihr ein klarer gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen lässt und der Wortlaut einer beliebigen Ausdehnung der Interpretation immerhin noch Grenzen setzt". – Freilich ist es wenig weiterführend, wenn die Grenze der Bestimmtheit durch den Verweis auf Grenzen der Interpretation bestimmt werden sollen.

[69] Vgl. *Perron* in Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, 211, 216 ff.

Wortlautgrenze orientiert wird. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, daß der Gesetzgeber in § 238 I StGB nicht den (einfacheren) Weg geringerer Bestimmtheit gegangen ist – etwa, indem die Nachstellung ähnlich wie die Beleidigung (§ 185 StGB: „Die Beleidigung wird [...] bestraft.") gänzlich ohne nähere Tatbestandsausformungen für strafbar erklärt worden wäre.[70] Stattdessen ist es unternommen worden, dem Bestimmtheitsgrundsatz einerseits, der Vielgestaltigkeit des zu pönalisierenden Phänomens andererseits, Rechnung zu tragen. Deswegen sind einerseits zunächst vier und später sieben (in sich differenzierte) Varianten der Nachstellungshandlung in den Tatbestand aufgenommen worden – die andererseits um die Klausel der Strafbarkeit vergleichbarer Handlungen ergänzt wurden.

Doch mit dieser Klausel gibt der Gesetzgeber der Strafjustiz auf, gerade das zu tun, was die Verfassung ihr verbietet: Alle (Nachstellungs-)Handlungen, die zwar nicht in den Nrn. 1-7 beschrieben sind, diesen aber (hinreichend) gleichen, sind wie gesetzlich als strafbar bestimmte Handlungen einzuordnen („wird bestraft"). Das verfassungsrechtliche Analogieverbot ist damit durch ein einfachrechtliches Analogiegebot für die Nachstellungshandlung aufgehoben. Damit verpflichtet der Gesetzgeber die Judikative unverblümt zum Verstoß gegen die Verfassung.

E. Das Analogieverbot: Regel unter Ausnahmevorbehalt?

Diese einfachrechtliche Aufhebung des Analogieverbots im Fall des § 238 I Nr. 8 StGB wäre nur dann nicht schlechthin verfassungswidrig, wenn es verfassungsrechtlich akzeptable Gründe gäbe, die diese Aufhebung rechtfertigen könnten. Die vom Gesetzgeber vorgebrachten Gründe einer Annahme der gleichen Strafwürdigkeit vergleichbaren Verhaltens und der Schwierigkeiten einer abschließenden gesetzlichen Bestimmung dieses Verhaltens im Fall der Nachstellung sind nicht akzeptabel, denn beide Gründe ließen sich mehr oder minder für jeden Straftatbestand anführen – das Analogieverbot wäre damit vollkommen entleert, mithin gegenstandslos.[71] Das rechtsstaatliche Strafrecht bleibt jedoch, mit Kühl,

[70] Zu den dann gegebenen Problemen „gewollter Unbestimmtheit" vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 78a.

[71] Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 38: „Die darin liegende Ignorierung eines Verfassungsgebots kann nicht akzeptiert werden".

eine fragmentarische Ordnung,[72] eine umfassende Strafbarkeit jedes strafwürdigen Verhaltens ist nicht angestrebt.

Der Verfassungswidrigkeit des § 238 I Nr. 8 StGB ließe sich allerdings entgegenhalten, daß die vom Gesetzgeber gewählte Variante einer restriktiv zu handhabenden, durch den Verweis auf die Vergleichbarkeit zu den Nrn. 1-7 zudem umzäunten Analogie einer Flucht des Gesetzgebers in die vollkommene tatbestandliche Unbestimmtheit („Die Nachstellung wird [...] bestraft.") im Lichte der Anliegen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes insgesamt klar vorzugswürdig sei.[73] Es handele sich, so ließe sich argumentieren, um das mildere Mittel, das „bessere Gesetz".[74]

Die Verfassungsmäßigkeit eines besseren Gesetzes in diesem Sinne, einschließlich der damit einhergehenden Analogieklausel, würde voraussetzen, daß neben dem Bestimmtheitsgrundsatz auch das Analogieverbot eine abzuwägende Komponente in einer Gesamtponderation des Gesetzlichkeitsgrundsatzes wäre. Demnach wäre das Analogieverbot als ein weiteres prinzipielles Element des Gesetzlichkeitsgrundsatzes im Sinne der Prinzipientheorie zu rekonstruieren – welches im Zusammenspiel mit einer möglichst weitgehenden Bestimmtheit der Straftatbestände (nur) verlangen würde, möglichst wenig Analogien zuzulassen. Ein derartiges Prinzip der Analogievermeidung mag zwar im gesetzeszentrierten Recht jenseits des Strafrechts durchaus anzuerkennen sein; etwa im Sinne eines (gerade nicht unbedingten) Vorrangs des Gesagten vor dem Gewollten oder dem Gesollten im Zivilrecht. Für das Analogieverbot als Element des Gesetzlichkeitsgrundsatzes im Strafrecht wäre eine derartige Prinzipienkonstruktion jedoch nicht adäquat. Das strafrechtliche Analogieverbot gilt kategorial bzw. strikt; es läßt sich, im Vokabular der Prinzipientheorie, nur als Regel konstruieren.

Ist das Analogieverbot eine Regel, so stellt sich gleichwohl die Frage, ob es Gründe geben kann, die das Analogieverbot, besser: die Gründe für das Analogieverbot, überwiegen könnten. Rechtstheoretisch wäre das für ein regelförmiges Verbot nichts Ungewöhnliches; zum Wesen von Regeln gehört die Eigenschaft, Ausnahmen haben zu können (sog.

---

[72] Vgl. *Kühl* in Schneider/Kahlo/Klesczewski/Schumann (Hrsg.), FS Seebode, 2008, 61, 70.

[73] So, mit dem Blick auf §§ 315 I Nr. 4, 315b I Nr. 3 StGB, *Ransiek* (Fn. 27), 184: „Der Tatbestand wird dadurch genauer, die Bindung des Rechtsanwenders größer, nicht kleiner. Auch hier streitet der Sinn des Analogieverbotes für die Zulässigkeit".

[74] Für das Argument des besseren Gesetzes im Kontext des Bestimmtheitsgrundsatzes vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 75a.

Defeasibility).[75] Das gilt auch für Verbote. Derartige Ausnahmen setzten aber voraus, daß das Analogieverbot durch Abwägungen auf der Ebene der Gründe zurückgedrängt werden kann. Grundsätzlich ist dies, wieder nach Maßgabe der Prinzipientheorie, für alle Regeln möglich – es sei denn, sie sind rechtlich abwägungsfest. Eine rechtliche Abwägungsfestigkeit kann strukturell nur höchstrangigem Verfassungsrecht zuerkannt werden.[76] Soweit es eine Ebene höherrangigen Rechts gibt, wäre auf dieser höherrangigen Ebene eine Abwägung der dort verankerten Rechtsprinzipien möglich, die Gründe für und wider das Analogieverbot enthalten könnten. Daher kann nur höchstrangiges Verfassungsrecht strukturell rechtlich abwägungsfest sein. Höchstrangig ist Verfassungsrecht nach dem Grundgesetz, wenn es der (verfassungstheoretisch durchaus problematischen)[77] Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG unterfällt. Für die Grundsätze aus Art. 103 II GG müßte also eine Höchstrangigkeit in diesem Sinne angenommen werden können, um die darin enthaltenen Regeln und insb. das Analogieverbot als strukturell abwägungsfest auszuzeichnen. Soweit der Gesetzlichkeitsgrundsatz hingegen Prinzipien enthält, wie es für den Bestimmtheitsgrundsatz anzunehmen ist,[78] bleiben diese freilich auch als höchstrangige Prinzipien abwägungsfähig.[79]

Wenn der regelförmige Grundsatz des Analogieverbots im Strafrecht als rechtsstaatliche Grundentscheidung der Gesetzesbindung zugeordnet wird, und zwar als essentielles Element, und die Gesetzesbindung als Teil der „in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze“ i.S.v. Art. 79 III GG angesehen wird, und eine Zurückdrängung dieses essentiellen, regelförmigen Elements als Berührung i.S.v. Art. 79 III GG verstanden wird, dann ist eine Abwägungsfestigkeit dieser Regel verfassungsrechtlich höchstrangig verankert. Daß es sich bei dem Analogieverbot um einen essentiellen Grundsatz rechtsstaatlichen Strafens handelt, ist unstreitig. Ebenso unstreitig ist das Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 20 III GG verankert; und es zählt unstreitig zu denjenigen Grundsätzen, die von Art. 79 III GG umfaßt sind, und es wäre durch eine Ausnahme

[75] Zum Begriff der Defeasibility vgl. *Bäcker* RPhZ 2022, 81, 84 f.

[76] Vgl. für eine entsprechende Rekonstruktion der Menschenwürdegarantie als abwägungsfähiges Prinzip, welches durch eine (unabwägbare) Unantastbarkeitsregel wenigstens partiell der Abwägung rechtlich entzogen ist, *Bäcker* Der Staat 55 (2016), 433, 451 ff.

[77] Vgl. *Bäcker* ARSP 111 (2025), 226, 242 ff.

[78] Vgl. oben (Fn. 34).

[79] Wenn auch ggf. nur mit Prinzipien gleicher Rangstufe; auch könnte ein Untermaß der Bestimmtheit auch statisch angenommen werden.

unzweifelhaft berührt. Daher ist festzuhalten: Die Abwägungsfestigkeit des Analogieverbots im Strafrecht ist unter dem Grundgesetz verfassungsrechtlich geschützt.[80]

Demnach kann es keine verfassungsrechtlich zulässigen Gründe höheren Ranges geben, aus denen das regelförmige Analogieverbot zurückgedrängt werden könnte. Eine Durchbrechung des Analogieverbots durch ein partielles einfachgesetzliches Analogiegebot kann daher auch nicht ausnahmsweise verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies gilt ungemindert, wenn nur so eine höhere Bestimmtheit der Strafbarkeit der Nachstellung[81] oder eine Sicherstellung der Strafbarkeit aller Nachstellungshandlungen[82] erreicht werden könnte. § 238 I Nr. 8 StGB ist daher verfassungswidrig.

---

[80] So schon *Bäcker* (Fn. 42), 33, allerdings noch mit diffuserer Begründung.

[81] Was für sich genommen schon fragwürdig ist. Eine höhere Bestimmtheit käme § 238 I StGB jedenfalls ebenso und sogar in noch höherem Maße zu, wenn Nr. 8 entfiele. Dies hätte freilich zur Konsequenz, daß fürderhin erkannte Strafbarkeitslücken durch eine entsprechende, gesetzlich bestimmte Erweiterung des § 238 I StGB zu schließen wären.

[82] Ob die Aufnahme der Strafbarkeit vergleichbarer Handlungen kriminalpolitisch je sinnvoll war, darf mit der Zunahme der Handlungsbeschreibungen in den Varianten des § 238 I StGB zunehmend bezweifelt werden (im ersten Entwurf von 2006 war zunächst von zwei Handlungsvarianten ausgegangen worden, der „andere, ebenso schwerwiegende Handlungen" in einer Nr. 3 an die Seite gestellt werden sollten, vgl. BT-Drs. 16/1030 v. 23.3.2006, S. 5, 7). Zur Verzichtbarkeit schon *Kühl* (Fn. 72), 70; zu Zweifeln an der „Erforderlichkeit" der Regelung im Sinne des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Krehl*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. VII/Teil II, 12. Aufl. 2015, § 238 Rn. 16. – Bislang ist jedenfalls noch keine Verurteilung wegen Nachstellung allein aufgrund § 238 I Nr. 8 StGB bzw. § 238 I Nr. 5 a.F. zu finden, worin sich eine denkbar geringe praktische Bedeutung spiegelt; vielzitiert dazu *Schöch* NStZ 2013, 221, 222: „totes Recht". Für eine Verurteilung aufgrund § 238 I Nr. 2, 4 und 5 StGB aF s. immerhin LG Dortmund, Urt. v. 22.11.2012 (44 KLs 33/12, BeckRS 2013, 17326), wonach „herabsetzende [...] und beleidigende [...] ‚gefälschte [...]' Facebook-Profile [...] andere vergleichbare Handlung[en]" darstellen sollen; nachfolgend BGH NJW 2013, 3383, 3384, wonach es angesichts der Verurteilung wegen § 238 I Nr. 2 und 4 StGB „dahinstehen" könne, „ob die Tatbestandsvariante der ‚anderen vergleichbaren Handlung' ebenfalls verwirklicht ist", Abs. 34.

Zur „kritischen Strafrechtswissenschaft“

Alexander Baur, Göttingen, und Oliver Harry Gerson, Passau*

ABSTRACT

In der ersten Ausgabe der NSW 2025 finden sich Beiträge von Kölbel (NSW 2025, 43 ff.) und Schuchmann (NSW 2025, 58 ff.), in denen spezifische Verständnisse einer „kritischen Strafrechtswissenschaft“ vorgestellt werden. Zahlreiche der darin aufgeworfenen Punkte dürften breit konsensfähig sein. Einige Überlegungen reizen allerdings zum konstruktiven Widerspruch, der im Nachfolgenden versucht wird.

A. Kritische Strafrechtswissenschaft und kriminologische Strafrechtskritik

Unter den Bannern einer „kritischen Strafrechtswissenschaft“ bzw. einer „kriminologischen Strafrechtskritik“ sammeln sich Stimmen, die die vorherrschenden Denk- und Ordnungsmuster des Strafrechts hinterfragen. Angriffspunkte finden die Vertreter der „kritischen Lesart“ vor allem in – vermeintlichen – „blinden Flecken“ der strafrechtlichen Dogmatik: Machtasymmetrien würden verkannt, echte Probleme wegdogmatisiert und insgesamt zu wenig über den Tellerrand geblickt. Der Beitrag setzt sich mit den zentralen Argumentationslinien dieser Ansätze anhand ausgewählter Publikationen auseinander und prüft, ob – und wenn ja, welche – Kritik an der „kritischen Lesart“ geboten ist.

* Der Autor Baur ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Göttingen. Kontakt: alexander.baur@jura.uni-goettingen.de.
Der Autor Gerson ist Privatdozent an der Universität Passau. Kontakt: olivergerson@web.de.
Die Autoren danken Hendrik Uken (Göttingen) für die „kritische“ Durchsicht des Manuskripts.

CC BY ND
https://doi.org/10.61039/29427509-2025-22

I. Kritische Strafrechtswissenschaft – *Schuchmann* NSW 2025, 58

Der Beitrag „*Aufgaben einer kritischen Strafrechtswissenschaft*“ möchte die dominierenden Formen der Kritik innerhalb der Strafrechtswissenschaft durchleuchten und fordert davon ausgehend ein erweitertes Verständnis von „*kritischer Wissenschaft*“. Im Zentrum steht die Frage, ob es möglich ist, eine kritische Haltung zum Strafrecht einzunehmen, ohne es als Ganzes infrage zu stellen. Es folgen Überlegungen zu Maßstäben, die einer derartigen Kritik zugrunde gelegt werden sollten. Zu fordern sei eine Strafrechtswissenschaft, die die politischen und gesellschaftlichen Grundlagen des Strafrechts offenlege und (sich) nicht hinter einem trügerischen Neutralitätsideal verstecke. Historische und gesellschaftliche Kontexte seien zu berücksichtigen, um „*unsichtbare Machtstrukturen*“ und deren Kontinuitäten aufzudecken sowie strukturelle Diskriminierungen sichtbar zu machen.[1]

Dabei wird zwar eingeräumt, dass sich die deutsche Strafrechtswissenschaft aus Tradition als kritische Disziplin verstehe. Sie verfolge jedoch lediglich das Ziel, bestehende Normen zu optimieren, um ihre (Binnen-)Kohärenz zu verbessern,[2] ohne dabei das System infrage zu stellen.[3] Dieser „*criticism*“ diene der Rationalisierung von Kriminalisierungsdiskursen,[4] in denen der Acquis anhand interner Maßstäbe wie Logik, Konsistenz oder Effizienz bewertet werde.[5] Eine radikale Form der Kritik („*critique*“) hinterfrage hingegen die grundlegenden Funktionen und Auswirkungen des Strafrechts.[6] In der Strafrechtswissenschaft spiele diese Kritikform bislang nur eine untergeordnete Rolle und würde häufig als politisch oder aktivistisch diskreditiert.[7] Zugleich wird die Annahme verworfen, dass das Strafrecht „politisch neutral“ sein könne.[8]

---

[1] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 68 f.

[2] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 74.

[3] Anders seit jeher die sog. „Frankfurter Schule“, die Strafrechtswissenschaft als „Strafrechtsbegrenzungswissenschaft“ versteht, vgl. *Vormbaum* ZStW 1995, 734, 744 ff.; *Jahn/Ziemann* JZ 2014, 943 ff. Hierauf verweist Schuchmann ausdrücklich (dazu erneut B.IV.).

[4] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 60 unter Verweis auf Kubiciel.

[5] Beispiele seien die Diskussion über die Angemessenheit der Strafrahmen oder die Frage nach der Subsidiarität des Strafrechts.

[6] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 61 ff.

[7] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 59. Die Wahrnehmung, dass eine strenge Trennung – wohl zu Unrecht – zwischen Rechtsdogmatik und -politik gezogen wurde und wird, teilt auch *Jung*, Kolloquium Jung, 2023, S. 145, 146; dafür wiederum *Vogel* in Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), FS Kühl, 2014, 635, 636.

[8] Ebenso *Jung*, Kolloquium Jung, 2023, S. 145, 149.

Der Versuch, das Strafrecht von politischen Einflüssen freizuhalten, verdecke allenfalls dessen ideologische Prägung.[9]

Ein Dilemma der skizzierten „*kritischen Strafrechtswissenschaft*“ liege im Spannungsfeld zwischen der Kritik am Strafrecht als repressivem Machtinstrument und der Forderung nach strafrechtlichem Schutz marginalisierter Gruppen.[10] Schuchmann schlussfolgert:

> „Vor dem Hintergrund der […] exkludierenden […] Effekte […] lässt sich […] das Projekt des Strafrechts insgesamt in Frage stellen.“[11]

Diese „*kritische*“ (gemeint: ablehnende) Haltung schließe

> „jedoch nicht […] aus, auch Strafrechtserweiterungen zu fordern, sofern dies zur Beseitigung struktureller Gewalt- und Machtverhältnisse dient“[12].

II. Kriminologische Strafrechtskritik – *Kölbel* NSW 2025, 43

In seinem vielzitierten Beitrag „*Die dunkle Seite des Strafrechts – Eine kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik*“ argumentiert Kölbel mit einer Selektivität[13] und Dysfunktionalität des Strafrechts samt dessen Sanktionspraktiken.[14] Im aktuellen NSW-Beitrag „*Kriminologie und Strafrechtswissenschaft: eine Subjekt-Objekt-Beziehung*“ plädiert er dafür, die Strafrechtswissenschaft selbst zum Gegenstand einer kriminologischen Kritik zu machen. Dadurch sollen Bedingungen und Mechanismen der Wissensproduktion und deren Einfluss auf die Kriminalitätskonstruktion einer Analyse unterzogen werden. Ausschließlich mithilfe einer solchen Selbstreflexion könne die Strafrechtswissenschaft ihrer Verantwortung als Akteurin der Strafrechtsherstellung gerecht werden.[15]

Es wird hervorgehoben, dass Sinn und Bedeutungsgehalt von Normen nicht ausschließlich im Gesetzestext enthalten seien, sondern erst durch

---

[9] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 64.

[10] Besonders deutlich zeige sich dies in der feministischen Strafrechtskritik, dazu *Schuchmann* NSW 2025, 58, 72 ff.; *Burghardt/Steinl* KJ 2024, 14 ff.

[11] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 71.

[12] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 74.

[13] *Kölbel* NK 2019, 249, 257 f.; erneut *Kölbel/Kubiciel* GA 2023, 181, 188.

[14] *Kölbel* NK 2019, 249, 261 f. Ebenfalls zu nennen ist *Kölbel/Singelnstein* NStZ 2020, 333 ff.

[15] *Kölbel* NSW 2025, 43, 56.

Anwendungsvorgänge konstituiert werden („*Semantisierungsprozesse*“[16]). Bedeutsam sei dabei die Orientierung der Praxis an eigenen Entscheidungslinien, obergerichtlichen Präjudikaten sowie – weniger invasiv – der Kommentarliteratur und dem sonstigen Schrifttum. Der Strafrechtswissenschaft käme so die Rolle als Helferin der Norminterpretation und Lieferantin von Deutungsangeboten zu.[17]

Unterbelichtet sei in diesem Sinnproduktionsprozess allerdings die empirisch fundierte Bedingungsanalyse, unter denen Normkonstruktionen entstehen. Eine „*kriminologische Beobachtung*“ der Strafrechtswissenschaft solle daher die Funktionsweisen und Effekte der rechtswissenschaftlichen Praxis aus einer distanzierten Perspektive („*Beobachtung zweiter Ordnung*“) untersuchen helfen.[18]

Ein exemplarisches Feld hierfür bilde die juristische Methodenlehre. Zu beobachten seien Unsicherheit und Inkonsistenz in der Rezeption empirischen Wissens in der Dogmatik. Kriminologische Befunde würden selektiv und unsystematisch in Argumentationen integriert („*ungeregelte Spontaneität*“). Ein explizites Problem identifiziert der Beitrag in der Verwendung empirie-ersetzender Alltagstheorien.[19] Alternativ würden empirische Befunde „*zurechtbehauptet*“.[20]

B. Überlegungen zur Strafrechtskritik

I. „Criticism“ und „Critique“ sind keine Antagonisten

Die von Schuchmann herangezogene Unterscheidung zwischen systemimmanenter („*criticism*“) und radikaler Kritik („*critique*“) lässt sich fruchtbar machen.[21] Gerade die Strafrechtswissenschaft sollte nicht in der Binnenperspektive verharren, sondern bedarf der Perturbation „von außen“, um (Soll-)Bruchstellen *innerhalb* des Rechts und strukturelle

[16] *Kölbel* NSW 2025, 43, 44.

[17] *Kölbel* NSW 2025, 43, 46 f. Nach *Morsch*, Kolloquium Jung, 2023, S. 31, 36, sei sie auch Impulsgeberin eines „Agenda-Settings“ in der Strafgesetzgebung.

[18] *Kölbel* NSW 2025, 43, 48 f.

[19] Dies zeige sich besonders bei Konstruktionen wie der „Organisationsherrschaft“ oder der „Goldenen Brücke“ beim Versuchsrücktritt, so *Kölbel* NSW 2025, 43, 54.

[20] *Kölbel* NSW 2025, 43, 55.

[21] Anders *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 339, der „kritisch“ als „differenzierend“ sowie „richtig und falsch trennend“ versteht.

Missstände *außerhalb* des Rechts erkennen zu können. Das ist so richtig wie unumstritten.[22]

Nicht nachvollziehbar ist allerdings, weshalb die beiden „Formen“ der Kritik gegeneinander ausgespielt werden.[23] Zumindest entsteht dieser Eindruck, denn das „*Projekt Strafrecht*“[24] binnenkohärent zu fassen, wird als zu selbstgewiss und machtkonservierend degradiert. Das überdeckt einerseits die Schwierigkeiten einer Kritik „von außen“ und übersieht andererseits die Stärken der Kritik „von innen“.

Notwendig erscheint zunächst der Hinweis auf das grundständige Übersetzungshindernis der Inkommensurabilität; allemal ist eine Betrachtung des Rechts „von außen“ komplex und voraussetzungsreich.[25] Sie setzt schließlich ein Gespräch zwischen verschiedenen Disziplinen voraus. Aufgrund der Transformation von Begriffen in die „Sprache des anderen“ können dabei schwer kompensierbare Unschärfen auftreten. Unter anderem dadurch erklärt es sich auch, dass andere Wissenschaften bei ähnlichen Fragestellungen zu anderen Ergebnissen gelangen. *Produktive Interdisziplinarität*[26] fordert deswegen, dass verstehend geprüft wird, welche Erkenntnisse überhaupt übertragen werden können.

Auch die besondere soziale Funktionalität des Rechts – fortlaufende Antwortproduktion und eindeutige Streitentscheidung – wirkt hinein. Aufgabe des (praktischen) Rechts ist es nicht, Einigkeit bezogen auf die „letzten Dinge“ zu erzwingen.[27] Dem Wissenschaftsdiskurs kommt an dieser Stelle eine stabilisierende Aufgabe zu, die gerade durch die binnenperspektivische Dogmatik erfüllt wird. Gemeint ist damit, dass wissenschaftliche Arbeit die Erkenntnis typischerweise nicht allein im „Außen“ (d.h. in anderen Disziplinen) sucht, sondern die fortschreitende Systematisierung des „Innen“ eine ebenso allgemein anerkannte Betätigungs-

---

[22] *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 341 ff., möchte diese Prozesse durch Strafrechtswissenschaft als „responsive Institution“ eröffnen.

[23] Teilweise auch *Jung*, Kolloquium Jung, 2023, S. 145, 148 f.; *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 336 ff., sieht den Bedarf, nicht nur „Binnenkohäsion“ zu betrachten, spielt aber beide „Perspektiven“ nicht gegeneinander aus.

[24] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 60.

[25] Zu den Abstufungen *Saliger* in Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, 117, 125.

[26] *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 58 ff.

[27] Treffend *Gutmann* in Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, 93, 96: „Würden wir alle Fragen unseres […] Tagesgeschäfts mit einer […] Meta-Analyse überfrachten, müsste das Rechtssystem […] zum Stillstand kommen.“

form darstellt.[28] Die „dogmatisch orientierte Entfaltung" einer Rechtsmaterie (anstelle der rein ideologisch ausgerichteten) hat einen Wert an sich.[29] Es sich als „*kritische Strafrechtswissenschaft*" zur Aufgabe zu machen, die bestehende binnenperspektivische Dogmatik mit einem Federstrich zu pulverisieren, mag zwar eine radikale „*critique*" sein. Wer nicht zugleich ein verlässliches Alternativangebot eröffnet, dürfte damit am Ende jedoch nicht zu einem besseren Recht beitragen, sondern ausschließlich prekäre Lagen für die Praxis des Rechts produzieren.

Es ist somit eine Lanze für die Kritik „von innen" zu brechen: Anders als es die Inferioritätsannahme dogmatischer Arbeit nahelegt, sind Binnenoptimierungen weder nutzlos noch im machttheoretischen Sinne „unkritisch". Denn Binnenkritik ist nicht bloße Zofe des „Machterhalts", sondern schützt aufgrund der ihr inhärenten struktur-konservativen Beharrungskräfte vor (zu) radikalen und dysfunktionalen Umbrüchen. Sie macht das Recht dadurch widerstandsfähig und sichert seine praktischen Funktionen. Sie führt also nicht nur zur Kohärenz, sondern auch zur *Resilienz* des Gesamtsystems. Die damit verbundenen „Beharrungskräfte" mögen dem Statuserhalt dienlich sein, dürften am Ende aber auch den disruptiven „Machtumsturz" effektiver verhindern als eine aufgesetzt-radikale Kritikperspektive.[30]

II. Politische Neutralität und Kontextualisierung des Strafrechts als ambivalente Prämissen

Vertreter der „*critique*" bleiben häufig eine Auflösung des Widerspruchs schuldig, weshalb eine kritisch-kriminologische Strömung das Strafrecht begrenzen, während eine anti-diskriminierende Strömung es gegen bestimmte Gruppen und für bestimmte Sachverhalte sogar verstärkt in Stellung bringen will.[31] Die eingeforderte „Kontextualisierung" generiert also nicht immer klare Handlungsanweisungen. Diese scheinen vielmehr von der Perspektive abzuhängen, mit der man auf das Strafrecht blickt. Welche dabei die „richtige" ist, bleibt opak. Eine „anti-diskriminierende" Färbung erbringt offensichtlich andere Ergebnisse (i.d.R.: Ausweitung *trotz* Dysfunktionalität) als eine „kriminologische" (i.d.R.: Abschaffung

[28] Dazu auch *Bohlander* in Horn/Wigger (Hrsg.), Systematiken und Klassifikationen in der Erziehungswissenschaft, 1994, 341 ff.

[29] *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Aufl. 2023, § 40 Rn. 27.

[30] Sofern nicht „Identisches" reproduziert wird, vgl. *Brodowski*, Kolloquium Jung, 2023, S. 21, 29.

[31] Vgl. u.a. *Burghardt*/*Steinl* KJ 2024, 14 ff. m.w.N.

wegen Dysfunktionalität) oder eine ebenso denkbare „strafrechtsphilosophische“ Prägung[32] (i.d.R.: Modellierung anhand theoretischer Strafzweckerwägungen).

Die von Schuchmann geforderte *historische* Kontextualisierung kann an dieser Stelle nur für wenig Trittsicherheit sorgen. Denn aus der zutreffenden Einsicht, dass Normen „problematische Ursprünge“ aufweisen,[33] folgt eben nicht zwangsläufig, dass sie auch heute noch diskriminierende oder andere dysfunktionale Wirkungen entfalten. Es keimt an dieser Stelle vielmehr der Verdacht, dass nicht ein politisiert-machterhaltendes Strafrecht kritisiert, sondern das Strafrecht unter dem Banner der Kritik seinerseits machtpolitisch instrumentalisiert werden soll[34] – nur unter geänderten Vorzeichen. Schließlich wird zumindest mittelbar ein Schluss hin zu einer Kategorisierung in „gut“ und „böse“ gezogen, der sich darauf stützt, dass Ursprünge des Rechts in einer (angeblich *unerkannt* bemakelten) Vergangenheit vorliegen. Ein solches Framing („alt gleich falsch“) greift jedoch zu kurz. Auch hier zeigt sich erneut der ganz eigene Wert der Binnenkritik: In dieser geht es gerade nicht um moralische Kategorisierung in „gut“ (d.h. politisch erwünscht) und „böse“ (d.h. politisch unerwünscht), sondern um Konsistenz, Kohärenz und Stimmigkeit.[35] Dabei auch geschichts- und ursprungsbewusst zu argumentieren, stellt ein Gebot der Redlichkeit dar, ist über die „historisch-genetische“ Auslegungsmethode ohnehin fester Bestandteil der binnenperspektivischen Methodenlehre[36] und bildet im Übrigen auch einen gewichtigen Teil der Juristenausbildung.[37]

---

[32] Dafür u.a. *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 335.

[33] Einen Überblick über Strafrecht und Strafgesetzgebung in der NS-Zeit bieten *Murmann* JuS 2024, 97 ff. und *T. Zimmermann* JuS 2024, 491 ff.; zum Verfassungsrecht *Wischmeyer* JuS 2024, 481 ff.; zum (Strafun-)Recht in der DDR vgl. nur das siebenbändige Werk „Strafjustiz und DDR-Unrecht“ (ab 2000).

[34] Am Rande sei die „strafrechtskritische“ Frage gestreift, ob Strafrecht überhaupt Instrument sein kann und darf, um in herrschenden Narrativen sedimentierte Diskriminierungsmuster zu bekämpfen. „Ultima ratio“ meint neben einem „Begrenzungsgebot“ (das umstritten ist; vgl. nur *Stuckenberg* ZStW 135 [2023], 904 ff.) schließlich auch den Konsens über die grundsätzlich geringe Nützlichkeit strafrechtlicher Sanktionierung in der Breite; hierzu auch *Gerson*, beck-aktuell v. 11.6.2025; in jüngster Zeit kritisch zum Einwand der Verletzung des Ultima-Ratio-Grundsatzes zum Zwecke der Ablehnung von Strafrechtserweiterungen wiederum *Hoven*, VerfBlog v. 26.9.2025, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/catcalling-straftatbestand/, zuletzt abgerufen am 22.10.2025.

[35] *Mahlmann* (Fn. 29), § 40 Rn. 16, 18, nennt noch explanative Tiefe und empirische Fundierung.

[36] Vgl. statt vieler *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 22.

[37] Vgl. u.a. die kürzliche Änderung des § 5a II 2 DRiG; vgl. hierzu BT-Drs. 19/30503, 21; *Nettersheim* NJW 2022, 1075 ff.; *F. Walter* NJW 2024, 1013 ff.

Ohne Zweifel kann die „*critique*“ klassistische Verzerrungen oder geschlechtsspezifische Diskriminierungen aufzeigen, die im und durch das Strafrecht konserviert wurden (und zum Teil weiterhin werden). Die dem zugrundeliegende Einsicht, dass das Strafrecht nicht „politisch neutral“ ist, ist so richtig wie trivial.[38] Eine gewisse politische „Aufladung“ ist einem menschengemachten, demokratisch vereinbarten und dadurch gestaltbaren Recht immanent.[39] Gerade wegen dieser Politisierung ist es allerdings besonders wichtig und gehört zur grundlegenden Aufgabenbeschreibung eines jeden Rechtswissenschaftlers, zwischen *Meinung* bzw. *Haltung* im politischen Diskurs und *Ahnung* (d.h. fachlicher Expertise) – so gut es geht – zu trennen, diese unterschiedlichen Rollen zu reflektieren und im Auftritt transparent offenzulegen. Politisch motivierte Diskursbeiträge, die als „wissenschaftlich“ etikettiert und dadurch einer egalitären demokratischen Meinungsbildung entzogen werden sollen, stören sowohl die *echten* wissenschaftlichen als auch die politischen Abläufe.[40] Der Streit um die „richtige“ Außenperspektive auf das Recht ist deswegen weder dem wissenschaftlichen noch dem politischen Diskurs entzogen. Dass einige Vorannahmen der Kritik „von außen“ vorrangig in die Sphäre des politischen Diskurses gehören und daher Gegenstand demokratischer Aushandlungsprozesse sein sollten, zeigt sich schon daran, dass die argumentativen Zielpunkte vielfach von vornherein rechtsgestalterisch gesetzt sind.

III. Beliebigkeit, Einseitigkeit und bedingte Tragfähigkeit kritikbegründender Vorannahmen

Eben dieser Pluralismus und die damit verbundene Fungibilität möglicher Außenperspektiven auf das Recht muss bei einer Bewertung des Nutzens, der Gefahren und der möglichen Folgen einer Kritik „von außen“ in den Blick genommen werden: Wer bewahrt eine „*kritische Strafrechtswissenschaft*“ vor einem anderen Kritikparadigma, das nicht mehr „gut“ ist? Was ist also zu tun, wenn „kritisch“ nicht mehr „strafrechtsbegrenzend“ bedeutet, sondern etwa die Kriminologie in eine Lieferantin

[38] Ebenso *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 345.

[39] Letztlich auch *Schuchmann* NSW 2025, 58, 65.

[40] Auch *Morsch*, Kolloquium Jung, 2023, S. 31, 39 f. und *Stuckenberg* ZStW 129 (2017), 349, 356; vertiefend *Münkler* GA 2023, 223 ff.

für eine „Law-and-Order-Policy“ umgewidmet oder gar eine „patriotische Strafrechtswissenschaft“ ausgerufen wird?[41]

Das methodische Problem dahinter: Die Vorannahmen der *„critique“* werden nur selten selbst zum Gegenstand von Kritik gemacht.[42] Die gewählte Außenperspektive wird meist absolut gesetzt, der Pluralismus divergenter Außenperspektiven kaum thematisiert. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass keine Wissenschaft „Gewissheiten“ hervorbringt. Die unbesehene Übertragung einzelner Erkenntnisse in das Recht und seine Praxis scheitert daher regelmäßig an der brüchigen Trittsicherheit der jeweiligen Inhalte. Das gilt auch und gerade für eine sozialwissenschaftliche und empirisch arbeitende Kriminologie. Vor allem eine *„kriminologische Strafrechtskritik“* muss deswegen offenlegen, wie „dünn“ Erkenntnisgrundlagen in der Rechtstatsachenforschung sind: Empirische Erkenntnis steht erstens schon epistemologisch unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit (*„Vermutungswissen“*[43]). Sie ist zweitens reduktionistisch (d.h. bewusst weglassend) und verzerrt, weil stets nur ein ganz bestimmter Wirklichkeitsbereich erfasst werden kann und die verwendeten Forschungsmethoden – sei es aus forschungspraktischen oder forschungsethischen Gründen – in der Kriminologie und der übrigen Rechtstatsachenforschung nie den „Goldstandard“ des Experiments erreichen, in dem Störvariablen annähernd sicher ausgeschlossen oder immerhin kontrolliert werden können. Empirisch bewiesene Kausalitätsaussagen sind im kriminologischen Forschungsfeld deswegen beinahe unmöglich. Die empirische Wissensproduktion wird drittens ihrerseits von Vorannahmen und korrespondierenden Forschungsparadigmen gelenkt und agiert damit unweigerlich selektiv.[44] Manches spricht deswegen dafür, dass das kriminologische Wissen ungleich verteilt ist und die Dysfunktionalitäten des Strafrechts im kriminologischen Wissensbestand eine größere Rolle spielen als in der Wirklichkeit.

Wer vor diesem Hintergrund nunmehr vorgibt, es existierten empirisch-sozialwissenschaftliche Erkenntnisse, die so belastbar seien, dass sie normative Schlussfolgerungen und politische Handlungsanweisungen

---

[41] *Schuchmann* NSW 2025, 58, 66 ff., stellt die Gretchenfrage allerdings nicht: Wollte man nicht schon vor hundert Jahren das (vermeintlich) Beste für die Gesellschaft?

[42] Auch *Schuchmann* NSW 2025, 58, 65 f., 74, fordert diese Reflektion.

[43] *Popper*, Über Wissen und Nichtwissen, in ders.: Auf der Suche nach einer besseren Welt, 16. Aufl. 2011, S. 41, 49.

[44] Für die Kriminologie *Wollinger* NK 2025, 10, 12.

determinieren könnten, überhebt sich nicht nur. Vielmehr entsteht ein gefährlicher Verstärkerkreislauf aus einseitig produzierter und allenfalls vereinzelt[45] epistemologisch hinterfragter empirischer Erkenntnis einerseits sowie darauf gestützten normativen Schlussfolgerungen und rechtspolitischen Argumenten andererseits. In dieser Melange verfestigt sich vor allem neue Voreingenommenheit. Die Konsequenz dieser „*critique*" sind beinahe immer Extrempositionen. So kennt etwa die (Über-)Betonung der „dunklen Seiten" und die damit einhergehende argumentative Verengung der Strafrechtskritik[46] kaum noch Zwischentöne. Die Wissenschaft wird auf diese Weise um ihre kreativen Potentiale gebracht und in der rechtspolitischen Agenda verengen sich die Diskursräume künstlich. Am Ende stehen Polarisierung und Diskursabbruch.

IV. Punitive Einsilbigkeit und Abolitionismus ohne Alternative

Die Beiträge von Schuchmann und Kölbel stehen sichtlich in der Tradition der „Kritischen Theorie". Deren Vertreter tragen häufig vor, dass bestehende Machtverhältnisse durch ideologische Konstrukte verschleiert würden, um dadurch Herrschaftsstrukturen zu stabilisieren.[47] Diese Mechanismen verhinderten ein kritisches Bewusstsein und hielten Individuen in der Konformität.[48] Schuchmanns Beitrag suggeriert, dass aufgrund des überwiegenden Augenmerks auf „*criticism*" in der Diskurspraxis der Strafrechtswissenschaft die eigentlichen machtstrukturellen Missstände verdeckt würden. Kölbel stellt vor allem auf sprachsoziologische Mechanismen ab und kritisiert ein unreflektiertes Weitertreiben von empirisch nicht hinreichend gesicherten Kriminalisierungsaffirmationen,[49] mithilfe derer sich über den Stand der Forschung hinweggesetzt würde.

Es mutet dabei beinahe so an, als wanderte die Strafrechtswissenschaft im dichtesten Nebel und sei – *cum grano salis* – ein Rhetorikclub für Ignoranten. Dieser Unterton schwingt zumindest mit, wenn unterstellt wird, dass Binnenkritik zum einen nichts anderes betreibe als

---

[45] *Kölbel*/*Singelnstein* NStZ 2020, 333 ff.

[46] Kritisch *Hoven* ZStW 136 (2024), 433, 439 ff.

[47] Vgl. nur *Horkheimer*/*Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 1969, S. 177 ff., mit der Darlegung der Unterdrückungsmechanismen im Faschismus.

[48] *Horkheimer*/*Adorno* (Fn. 47), S. IX; vgl. für das Recht *Mahlmann* (Fn. 29), § 21 ff.

[49] *Kölbel* NK 2019, 249, 250; eine differenzierte Analyse des entsprechend bestehenden Zustands der Literatur bieten (insoweit a.A.) *Kölbel*/*Kubiciel* GA 2023, 181 ff. m.w.N.

Herrschaftsabsicherung, zum anderen die unreflektierte Rolle der Rechtswissenschaft als Deutungslieferantin für die Praxis ausschließlich deren zwangskommunikative Schwingkräfte antreibe. Diese Vorwürfe wirken bei Lichte betrachtet allerdings wie eine Reise in Potemkinsche Dörfer.[50] Gerade das Strafrecht bekennt sich mit dem Konzept einer „*Gesamten Strafrechtswissenschaft*“ seit langem zur kritischen Reflexion seiner sozialen Funktionalitäten.[51] Ein kurzer Blick in die Standardlehrwerke zeigt Ausführungen zur Stellung und Bedeutung des Strafrechts in der Gesellschaft, zu den Folgen der Inkriminierung, den menschenrechtlichen Implikationen der Strafrechtspflege und den kriminologischen Grundlagen sowie zu dessen kriminalistischen Besonderheiten.[52] Hinzutritt eine unüberblickbare Zahl an Monographien zu interdisziplinären Fragen und mit Bezug zu den Nachbardisziplinen. Dass die Strafrechtswissenschaft nicht wüsste, dass es eine echte Welt außerhalb der Dogmatik gibt, lässt sich aus dem Ist-Zustand jedenfalls nicht ablesen.

Schließlich: Wer „Machtstrukturen durch Strafrecht aufbrechen“ und in der Folge Strafrecht gänzlich neu denken will, trägt Verantwortung für die Folgen. Wer demnach rechtspolitisch für die (Teil-)Abschaffung des Strafrechts wirbt, darf sich nicht mit dem Hinweis auf „dunkle Seiten“ begnügen, sondern muss ein Gegenkonzept vorlegen und auch dieses einer vergleichbar scharfen Kritik unterziehen. Wer also beispielsweise im Falle einer anti-diskriminierend begründeten Punitivität das Strafrecht ausdehnen und verschärfen möchte, muss mit den dadurch neu generierten Dysfunktionalitäten umgehen. Denn auch ein vorgeblich besonders machtsensibles Strafrechtsverständnis bleibt ein Exklusionsinstrument. Von einer Verantwortungsübernahme für die zusätzlich „kriminalisierten“ Täter liest man jedoch wenig: Was geschieht mit den „neuen“ Tätern im Vollzug? Wie werden sie behandelt und resozialisiert? Oder gilt auch für diese ein spezialpräventives „Nothing Works“?

---

[50] In diese Richtung *Hoven* ZStW 136 (2024), 433, 435 f. m.w.N.

[51] Programmatisch *v. Liszt* ZStW 1 (1881), 1; aufgegriffen von *Hassemer* in Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), FS Eser, 2005, 115 ff.

[52] Vgl. (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) nur *Roxin*/*Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 94e ff., 125r ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2011, 1/1/1 ff.; *Köhler*, Strafrecht AT, 1997, I-IV; *Krey*/*Esser*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2022, §§ 1-6; *Murmann*, GK Strafrecht, 8. Aufl. 2024, §§ 5, 8, 10; *Jesckeck*/*Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, §§ 1-17; *Weigend*, in Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2020, Einl.

V. Wissenschaftliches Erkennen oder politisches Wollen?

Gegen eine „politisch motivierte" Ergebnisorientierung ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Sie birgt allerdings das Risiko, die Wissenschaftlichkeit zu verlassen, indem sie gegen das Postulat der *Werturteilsfreiheit* verstößt.[53] Dieses mahnt dazu, wissenschaftliche Ahnung und persönliche Weltanschauung nicht zu vermengen. Wissenschaft tritt an, um die Welt so zu beschreiben, wie sie *ist*. Die deskriptive Frage „Wie ist die Welt?" ist dabei von der präskriptiv-normativen „Wie sollte die Welt sein?" strikt zu trennen. Für eine empirisch-sozialwissenschaftliche Kriminologie ist dies eine unmittelbar anwendbare Maxime. Die Rechtswissenschaft als „normative"[54] Disziplin (bzw. Geistes- und Kulturwissenschaft[55]) scheint hingegen nicht unmittelbar adressiert. Verstanden als allgemeines Redlichkeitsgebot kann sie jedoch auch in der Rechtswissenschaft eine Funktion erfüllen:[56] Auch der normativ argumentierende Wissenschaftler muss sich seiner teils offenen, teils unterschwelligen Werturteile bewusstwerden und ihren Einfluss auf Überlegungen erkennen, um eine Trübung seiner Erkenntnis zu verhindern.[57] Verletzt ist das Gebot auch in einer nicht-empirischen Wissenschaft jedenfalls dann, wenn ein Werturteil im Fachdiskurs argumentativ-strategisch in Stellung gebracht wird. Gemeint ist damit, dass das Werturteil unter dem Deckmantel der Fachlichkeit Einzug in die wissenschaftliche Argumentationskette findet, es also als Fachmeinung camoufliert wird, um die eigene Position emotional, ideologisch oder politisch zu munitionieren. Hier spätestes hört der „denkende Forscher" auf und fängt der „wollende Mensch" an.[58] Die „denkende Ordnung" der Welt als wissenschaftliche

---

[53] Vgl. Hirsch/Klinge (Hrsg.), Zur Wertfreiheit verpflichtet? Gegenwärtige Berechtigung und Bedeutung des Postulats einer wertfreien Wissenschaft, 2025, und hierin *Gerson* und *Hirsch* zur Bedeutung der Werturteilsfreiheit für die Strafrechtswissenschaft; vgl. auch *Peters* in Peters/Schrott (Hrsg.), Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts, 2023, 35 ff.; *Engländer* NSW 2024, 5 ff.

[54] Im engsten Sinne ist Rechtswissenschaft nicht „normativ", denn wenngleich die Normen, die sie zum Gegenstand hat, *präskriptiv* sind, ist deren Beschreibung und Systematisierung *deskriptiv*. Die Rechtswissenschaft ist zwar „Normwissenschaft", aber nur bedingt „normative" Wissenschaft; vgl. dazu *Gerson* (Fn. 53), S. 275 ff., 279.

[55] Vgl. zur „Rechtwissenschaft als Kulturwissenschaft" das gleichnamige ARSP-Beiheft, hrsg. von Senn/Puskás, 2007.

[56] Hierzu *Gerson* (Fn. 53), S. 292: „Der (Mehr-)Wert [...] für die Rechtswissenschaft ist [ambivalent]. [Dass] die subjektive Auffassung des Rechtswissenschaftlers seine Arbeit nicht behindern soll, ist so zutreffend wie trivial [...]. [Dass] die Arbeit mit dem Recht spezifische Unschärfen aufweist, die Möglichkeiten für Missbrauch eröffnen, ist altbekannt und nicht vollständig lösbar."

[57] *Weber* in ders. (Hrsg.), MWG, Bd. I/7, hrsg. von Wagner, 2018, S. 142, 149.

[58] *Weber* (Fn. 57), S. 142, 157.

Methode ist daher auch in der Rechtswissenschaft von der „fühlenden Begeisterung“ für eine Weltanschauung zu trennen.[59]

Sollte die Strafrechtswissenschaft „neutral“ sein, d.h. zwischen subjektivem Werturteil und angenähert-objektivem Fachurteil scheiden? Ja![60] Zumindest sollte sie das anstreben, wenn sie weiterhin Strafrechts*wissenschaft* und nicht Strafrechts*wollenschaft* sein möchte. Die Kritik „von innen“ (s.o.) dürfte hier bereits strukturell im Vorteil sein, weil sie das Recht schon gar nicht nach moralischen oder ideologischen Kategorien beurteilen will.[61]

Sollte eine „gesamte Strafrechtswissenschaft“ – mit der Kriminologie als integralem Bestandteil – als Lieferantin richtiger oder falscher Lösungen auftreten? Nein![62] Denn dann drohten die Unterschiede zwischen Normativität und Empirie verschliffen und die erforderlichen politischen Aushandlungsprozesse beschnitten zu werden. Ohne weiteres kann zwar auch die Strafrechtswissenschaft wahrheitsfähige Aussagen über bestimmte (Rechts-)Tatsachen treffen und insoweit „richtige“ Lösungen erarbeiten, so etwa auf die Frage, ob ein Diebstahl als solcher strafbar oder wie das Institut der Notwehr ausgestaltet ist. Dabei handelt es sich jedoch um eine deskriptive Betätigung, die weder einer empirischen noch einer werturteilsbehafteten Grundierung bedarf. Die Verwendung von abseits der rechtswissenschaftlichen Methode deduzierten empirischen Erkenntnissen über deren Tragkraft hinaus und die scheinbare Verwissenschaftlichung politischer Meinungen bewirken hingegen lediglich eine Verfestigung der Polarisierung.

C. Metakritik, Objektivitätsstreben und wissenschaftliche Zurückhaltung

I. Was es nicht braucht: Pauschalisierungen und Sprachverhexungen

Bei aller hier vorgetragenen Kritik an der „kritischen Strafrechtswissenschaft“ darf ein Umstand nicht aus den Augen geraten: Zahlreiche der in

---

[59] *Weber* (Fn. 57), S. 142, 154, 232.

[60] So auch *Brodowski*, Kolloquium Jung, 2023, S. 21, 30.

[61] *Engländer* NSW 2024, 5, 14 f.

[62] *Wollinger* NK 2025, 10, 12. Ähnlich *Hoven* ZStW 136 (2024), 433, 449: Zumindest sei Fundamentalopposition nicht zielführend; gegen Fundamentalopposition auch *Kölbel/Kubiciel* GA 2023, 181, 184; anders *Burghardt/Steinl* KJ 2024, 14, 25: *„Eine feministische Kriminalisierungstheorie muss eine politische Theorie des Einsatzes von Strafrecht sein.“*; a.A. auch *Jung*, Kolloquium Jung, 2023, S. 145, 149: Recht müsse dem demokratischen Prozess *„Vorgaben machen“*. *Mahlmann* (Fn. 29), § 22 Rn. 11 ff., warnt davor, geschlechterspezifische Vorstellungen von Recht, Vernunft oder Moral zu unterstellen.

den Beiträgen von Schuchmann und Kölbel enthaltenen Aussagen und Überlegungen bilden einen breiten Konsens ab, auf dem auch dieser Beitrag ruht. Wie oft ist es aber auch hier ein Streit um (zum Teil aufgeladene) Worte, der die Gedanken trübt.

Was ist „*die*“ Strafrechtswissenschaft?[63] Kein ernst zu nehmender Teilnehmer des wissenschaftlichen (gemeint ist: strafrechtlichen) Diskurses übersieht die gesellschaftlichen und historischen Implikationen des Strafrechts vollends oder blendet sie gar bewusst aus. Mithin bedarf es dieser Konfrontationslinie schlicht nicht. Das Plädoyer für eine radikale(re) Kritik ist zwar erfrischend und kann helfen, bestehende Machtstrukturen und Diskriminierungen aufzudecken. Es übergeht jedoch den Ist-Zustand einer ohnehin nicht lediglich „von innen“ arbeitenden Rechtswissenschaft und muss sich daher vor allem auch eine mangelnde Anamnese vorwerfen lassen. Man muss „*die*“ Strafrechtswissenschaft nicht aus dem Dornröschenschlaf erwecken, damit sie die Probleme der Zeit erkennt.

Was heißt „*kritisch*“? Wenn es aussagen soll, dass nach vernünftigen Gründen gesucht wird, dann ist eine Strafrechtswissenschaft, die sich als *Wissenschaft* versteht, unabdingbar darauf angewiesen, „*kritisch*“ zu argumentieren.[64] Kritisch sein kann man „von innen“ und „von außen“. Wird ein solches Verständnis als „*kritische Strafrechtswissenschaft*“ gefasst, ist dies tautologisch. Bedeutet „*kritisch*“ hingegen strafrechtsgestaltend unter Zugrundelegung bestimmter Vorannahmen, ist dies *politisch*. Die Vorannahmen einer in dieser Lesart „*kritischen*“, d.h. *politischen* Strafrechtswissenschaft lassen sich mit dem Verweis auf ihre „Wissenschaftlichkeit“ nicht dem demokratischen Meinungsbildungsprozess entziehen. Sie müssen sich vielmehr im streitigen Diskurs behaupten. Adelt man die Vorannahme gar zum wissenschaftlichen Paradigma, entsteht eine Unantastbarkeit zutiefst subjektiver und weltanschaulicher Prägung im Gewand wissenschaftlichen Arbeitens, die mit einem aufgeklärten und sinnstiftenden Wissenschaftsverständnis unverträglich ist. Wissenschaft ist keine freischwebende Deutungs-

[63] Die Frage stellt auch *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 334; ebenfalls kritisch *Wollinger* NK 2025, 10, 12.

[64] So auch *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 339 ff.

industrie – deren Akteure sollten sich daher auch nicht wie Vertreter einer solchen verhalten.

Was meint „*politisch*“? Meint „*politisch*“, dass eine ideologische Stoßrichtung innerhalb des Diskurses vorgegeben ist, die die Gründe hinter den Argumenten ordnet, steht das der Wissenschaftlichkeit entgegen. Meint „*politisch*“ hingegen im Sinne Hannah Arendts, dass das Strafrecht einen öffentlichen Raum bilden muss, in dem Individuen sicht- und hörbar werden, „Macht“ das Produkt gemeinschaftlichen und konsensorientierten Handelns ist,[65] „Gewalt“ den Konsens zerstört und das „*Recht, Rechte zu haben*“[66] das oberste Prinzip bildet, dann ist das Strafrecht mit guten Gründen „*politisch*“[67] – allerdings das Strafrecht als Ganzes, nicht die Strafrechtswissenschaft allein. Ansonsten verfängt man sich in einer Idiosynkrasie: „*Politische Strafrechtswissenschaft*“ ist je nach Perspektive entweder „Macht“ oder „Gewalt“ und dreht sich damit im Kreis.[68]

II. Was es braucht: Kritisches Denken ohne Scheuklappen

Welche Schlüsse lassen sich aus all dem ziehen? Eine Metakritik der Strafrechtswissenschaft – oder wenigstens der Versuch einer objektiven Herangehensweise frei von politischen Vorannahmen – ist unabdingbar. Sie gelingt nicht immer, sollte aber die Blickrichtung vorgeben.[69] (Politische) Vorannahmen müssen nicht nur offengelegt, sondern selbst (und selbstkritisch) hinterfragt werden. Die wissenschaftliche Arbeit verlagert sich also „nach vorne“.

Auch die empirische Wissensproduktion wird von Vorannahmen gelenkt. Es darf dabei nicht deren einzige Aufgabe sein, bestimmte normative Grundannahmen zu zerstören; sie muss auch dazu genutzt werden, konstruktiv zu erschaffen, was im Anschluss normativ integriert werden kann.[70] Was sich empirisch – in all seiner Vorläufigkeit und Ausschnitthaftigkeit – belegen lässt, *kann* Teil der normativen Argumentationsstruktur werden. Das, was sich nicht empirisch belegen lässt, *darf* Teil

---

[65] U.a. *Arendt*, Viva activa, 4. Aufl. 2006, S. 252; Über die Revolution, 2019, S. 11.

[66] U.a. *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 10. Aufl. 2005, S. 222, 245, 601 ff.

[67] Vgl. auch *Zabel* in Hilgendorf/Hochmayr/Małolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), FS Joerden, 2023, 333, 345; in gewisser Weise auch *Schuchmann* NSW 2025, 58, 65.

[68] Zweifel an „wissenschaftlicher Kriminalpolitik“ hegen auch *Vogel* in Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), FS Kühl, 2014, 635, 636 und *Brodowski*, Kolloquium Jung, 2023, S. 21, 29.

[69] Welche nach *Jung*, Kolloquium Jung, 2023, S. 145, 147, sowohl „vor-“ als auch „rückwärts“ gerichtet sein kann.

[70] So auch *Wollinger* NK 2025, 10, 18 f.

der normativen Argumentationsstruktur werden. In beiden Fällen trifft den Wissenschaftler die Begründungslast, weshalb vom vorläufigen empirischen Wissensstand abgewichen oder trotz fehlenden „Beweises" dennoch entsprechend argumentiert wird: Die Wissenschaftlichkeit besteht schließlich nicht in der ergebnisorientierten Beliebigkeit der Wirklichkeitsnutzung, sondern in der kohärenten Begründung, für welche Deutung des Sachstands sich aus welchen Erwägungen heraus entschieden wurde.[71] Die Rechtswissenschaft muss dabei von ihrem Werk womöglich auch mal einen Schritt zurücktreten, um es sich aus der Entfernung und damit einem weiteren Winkel zu besehen.[72]

Je weniger Prädikate sich die Strafrechtswissenschaft vor den Namen stellt, desto besser. Wissenschaft hinterfragt Bestehendes ohnehin. Klar ist auch, dass Recht ein politisch gestaltetes und soziales Phänomen ist. Und unbestritten ist, dass es in der Praxis des Bestrafens „dunkle Seiten" gibt. Dass kein System fehlerfrei ist, überrascht nicht.[73] Der Diskurs zwischen Wissenschaft und Politik ist zum Teil eklektisch, zum Teil verzerrt und in der Regel durchweg *zufällig*.[74] Dass die Wissenschaft nur „die Fackel tragen" müsse, damit Gesetzgeber und Richter diesem Lichte folgen,[75] ist ein zwar schönes, allerdings auch viel zu romantisches Bild der tatsächlichen Arbeits- und Funktionenzusammenhänge. Gelingensbedingung für den Austausch ist es daher,[76] die strukturellen Asymmetrien in den Willensbildungsprozessen zu akzeptieren, um gerade dadurch aus einem Momentum der Geduld heraus den entscheidenden Anstoß setzen zu können.[77]

Wenn es denn überhaupt der „Empfehlung" gegenüber der Disziplin bedarf, kann diese in der Entwicklung eines verschärften Blicks für

---

[71] Weiterführend *Wollinger* NK 2025, 10, 18: „Wenn die Kriminologie es schafft, selbst Themen zu platzieren, wird [...] vermieden, [dass] kriminologische Wissenschaftler:innen sich immer wieder an Forderungen wie [...] der Herabsetzung der Strafbarkeitsgrenze abarbeiten müssen und die aus der Sicht der Disziplin relevanten Debatten nicht geführt werden."

[72] Vgl. auch *Brodowski*, Kolloquium Jung, 2023, S. 21, 28: Innovationen lassen sich in „geschützten Räumen" weitaus besser konzipieren.

[73] Treffend *Hoven* ZStW 136 (2024), 433, 447.

[74] So auch *Morsch*, Kolloquium Jung, 2023, S. 31, 42; differenzierter *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023.

[75] Nach *Binding* ZStW 1 (1881), 4, 29.

[76] Eine empirisch-politologische Untersuchung „zwischen Strafrechtspopulismus und Experteneinfluss" legen *Wenzelburger*/*Brodowski* GA 2023, 204 ff. vor.

[77] *Jung*, Kolloquium Jung, 2023, S. 145, 155: „Der zündende Funke allein reicht nicht; es gehört auch methodische Gründlichkeit dazu. Wissenschaft braucht also Zeit."; *Kuhli*/*Asholt* GA 2023, 192, 193 f., weisen auf die fehlende demokratische Legitimation der Lehre sowie die Uneinheitlichkeit der vertretenen Auffassungen hin.

Instrumentalisierungstendenzen bestehen: dem Erkennen der (sicherlich gut gemeinten) Ideologisierung des Strafrechts unter dem Deckmantel politischer Agenden und Techniken sowie dem Erlernen von Praktiken, um diesen Umdeutungen zu begegnen. Denn einmal unterwandert, hilft auch Wehklagen nicht mehr, um den „kritisch angefixten“ Leviathan wieder zu bändigen.

Zur Strafvereitelung bei der verhinderten Vollstreckung eines IStGH-Haftbefehls – Eine Untersuchung auf nationaler und völkerstrafrechtlicher Ebene

Kilian Hallweger, Freiburg*

ABSTRACT

Anlässlich eines möglichen Staatsbesuchs Netanjahus in Deutschland untersucht der Beitrag, ob sich oberste politische Entscheidungsträger nach §§ 258 I, 258a StGB strafbar machen würden, wenn aktiv auf das Überstellungsverfahren an den IStGH Einfluss genommen wird. Das Tatbestandsmerkmal der rechtswidrigen Tat entpuppt sich als wesentlicher Aspekt gegen eine Strafbarkeit. Das Rom-Statut hält in seinem Art. 70 I keine hinreichende Lösung für die Vereitelung einer Überstellung an den IStGH bereit.

A. Einleitung

Der IStGH ist bekanntlich ein Riese ohne Arme und Beine.[1] Mangels eigener Vollzugskräfte ist er auf die (Rechts-)Hilfe seiner Vertragsstaaten angewiesen. Angesichts der sachlichen Zuständigkeit des IStGH für die völkerrechtlichen Kernverbrechen versteht sich von selbst, dass im hochpolitisierten Völkerrecht nationalstaatliche Interessen und Kalküle das Recht zu überlagern drohen. Standen lange Zeit Staaten der Afrikanischen Union, die sich weigerten den damaligen Präsidenten des Sudan,

* Der Verf. ist akademischer Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht sowie Strafrecht der Digitalisierung, Prof. Dr. Frank Zimmermann, (Institut für Straf- und Strafprozessrecht, Abt. 3) an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Allen Korrekturlesenden sei gedankt. Dieser Beitrag wurde im Rahmen des von der Fritz Thyssen Stiftung geförderten Projektes „Grenzüberschreitende Strafrechtspflege in einer globalisierten Gesellschaft“ verfasst.

Kontakt: kilian.hallweger@jura.uni-freiburg.de.

[1] So *Cassese* zum ICTY, European Journal of International Law 1998, 1, 13.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2025-23

Al-Bashir, an den IStGH zu überstellen, im Rampenlicht,[2] geraten nun europäische Staaten in den Verdacht, dem IStGH die Gefolgschaft zu verweigern. So sehen sich etwa Italien,[3] für die nicht erfolgte Überstellung von Osama Elmasry Njeem in der Situation Libyen, und Ungarn,[4] für die fehlende Vollstreckung des Haftbefehls gegen Netanjahu, jeweils Verfahren nach Art. 87 VII Rom-Statut ausgesetzt. In diese Aufzählung von europäischen Staaten könnte sich alsbald Deutschland einreihen: So stieß der frisch designierte Bundeskanzler Friedrich Merz auf Kritik,[5] als er verkündete, er wolle „Mittel und Wege“[6] finden, Netanjahu bei einem Staatsbesuch nicht an den IStGH überstellen zu müssen, obwohl nach gefestigter Rechtsprechung des IStGH[7] ein Immunitätsausschluss nicht greift und damit eine völkerrechtliche Überstellungspflicht besteht.

Sollte Netanjahu deutschen Boden betreten, ist innerstaatlich nach § 8 I IStGH-G die Generalstaatsanwaltschaft und das OLG zuständig, in deren Bezirk Netanjahu ergriffen werden würde. Die Ausschreibung zur Festnahme erfolgt durch die Generalstaatsanwaltschaft, § 9 II 2 IStGH-G. Das zuständige OLG ordnet daraufhin (vorläufige) Überstellungshaft gem. §§ 10, 12 I IStGH-G an. Hinsichtlich der Anordnung der Haft hat das OLG keinerlei Ermessen.[8] Nach erfolgter Inhaftnahme darf die Überstellung nach § 20 IStGH-G nur nach Bewilligung, § 6 IStGH, vorgenommen werden. Für exekutive Einmischungen gibt es demnach zwei mögliche Einfallstore: Einerseits könnte der Generalstaatsanwalt gem. § 147 I Nr. 2 GVG vom zuständigen Landesminister angewiesen werden, einen IStGH–Haftbefehl nicht zu vollstrecken.[9] Andererseits könnte das Bundesjustizministerium die Bewilligung verweigern.

---

[2] *Horsthemke*, Immunitäten für Staatsoberhäupter und hochrangige Regierungsmitglieder vor dem IStGH, 2019, S. 211 f.

[3] Antrag des Chefanklägers auf Einleitung eines Verfahrens nach Art. 87 VII Rom-Statut, v. 25.2.2025, ICC-01/11-163-Red2; vgl. zu Verfahrensabläufen in Italien *Rossetti*, EJIL:Talk! v. 27.1.2025, abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/the-failure-to-arrest-and-surrender-osama-elmasry-njeem-that-awful-mess-in-rome/, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

[4] IStGH, Ankläger v. Netanjahu, PTC I, Entsch. v. 24.7.2025, ICC-01/18-462, Rn. 13 f.

[5] *Ambos*, Rechtsbruch mit Ansage, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/rechtsbruch-netanjahu-merz-festnahme-haftbefehl-rechtswidrig/, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

[6] Zitiert nach *Schwartz*, Tagesschau.de v. 28.2.2025, abrufbar unter: https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/bundesrepublik-netanjahu-festnahme-104.html, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

[7] IStGH, Ankläger v. Al Bashir, AC, Entsch. v. 6.5.2019, ICC-02/05-01/09-397, Rn. 114; IStGH, Ankläger v. Putin, PTC II, Entsch. v. 24.10.2024, ICC-01/22-90, Rn. 30 f.

[8] *Keller* in Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 5. Hauptteil 3. Teil Rn. 170.

[9] So etwa *Ambos*, Rechtsbruch mit Ansage, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/rechtsbruch-netanjahu-merz-festnahme-haftbefehl-rechtswidrig/, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

Die Folge einer solchen Verweigerungshaltung wäre nicht weniger als eine handfeste Rechtsstaatskrise. Neben den – zugegeben recht zahnlosen – völkerrechtlichen Konsequenzen, die Art. 87 VII Rom-Statut bereithält, könnte eine Intervention durch Regierungsmitglieder auf Bundes- oder Landesebene strafrechtliche Konsequenzen zeitigen. Im vorliegenden Beitrag sollen die hierfür zentralen Vorschriften des § 258 StGB im deutschen und Art. 70 Rom-Statut im Völkerstrafrecht näher beleuchtet werden.

B. Die deutsche Rechtslage – Strafvereitelung gem. § 258 I StGB?

Die Eigenheiten der dem Beitrag zugrundeliegenden Situation unterscheiden sich deutlich von Fällen der Strafvereitelung, die sich nur im Inland abspielen. Die Inhaftnahme betrifft eine Person, die nicht nach rein nationalem Strafrecht vor einem deutschen Gericht verfolgt wird – gar werden kann –, sondern nach Völkerrecht vor einem internationalen Strafgericht. Zudem gehört die Überstellung zum Rechtshilfeverkehr, es geht also grundsätzlich um eigene staatliche Handlungen zur Unterstützung eines fremden Strafverfahrens. Aus der deutschen Perspektive fragt sich also, ob §§ 258 I, 258a StGB tatbestandlich erfüllt sein können, wenn durch eine aktive Intervention in das judikative Überstellungsverfahren eingegriffen wird. Auf tatbestandlicher Ebene[10] offenbaren sich insgesamt drei mögliche Sollbruchstellen, nämlich das Tatbestandsmerkmal der rechtswidrigen Tat (I.), der damit korrespondierende Schutzzweck (II.) und die mögliche Vereitelungshandlung (III.).

I. Die erste Hürde: Die rechtswidrige Tat gem. § 258 I StGB

Bei § 258 I StGB muss die Bestrafung wegen einer *rechtswidrigen Tat* i.S.d. § 11 Nr. 5 StGB vereitelt werden. Wird die Vollstreckung eines IStGH-Haftbefehls verhindert, könnte angedacht werden, an die dem Haftbefehl zugrundeliegenden Kernverbrechen nach dem Römischen Statut anzuknüpfen. Eine direkte Bezugnahme von § 11 I Nr. 5 StGB auf die Vorschriften des völkervertraglichen Rom-Statuts hätte jedoch zur Folge, dass auf Normen einer anderen Rechtsordnung verwiesen werden

[10] Insofern könnte aufgrund der vorgebrachten Sicherheit Israels als deutsche Staatsräson ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 I StGB angedacht werden. Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf Entscheidungen politischer Amtsinhaber wirft einige Probleme (vgl. *F. Zimmermann*, Die Straflosigkeit politischer Entscheidungsträger, im Erscheinen) auf, die im Rahmen dieser Untersuchung nicht beantwortet werden können.

würde, die nicht der Disposition des deutschen Gesetzgebers untersteht. Die Sachlage erinnert insofern an die einer verbotenen dynamischen Verweisung auf fremde Legislativakte.[11] Das Rom-Statut sieht jedoch in Art. 121 V Rom-Statut vor, dass Erweiterungen der Kernverbrechen nur für diejenigen Staaten verbindlich sind, welche den Ergänzungen zugestimmt haben. Dadurch unterscheidet sich das Rom-Statut signifikant von der dynamischen Verweisung: Während im Falle von letzterem die Disposition des deutschen Gesetzgebers komplett ersetzt wird, behält der Bund die Entscheidungshoheit über die Ergänzungen im Ratifikationsakt. Letztlich scheitert der unmittelbare Verweis auf den völkerrechtlichen Vertrag an der allgemeinen Lesart der rechtswidrigen Tat i.S.d. § 11 Nr. 5 StGB: Sie bezeichnet den Tatbestand eines *deutschen* Strafgesetzes.[12] Ein völkerrechtlicher Vertrag erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Das verwundert jedoch nicht: Die herrschende Meinung wird die mögliche verweigerte Überstellung an ein Internationales Strafgericht nicht vor Augen gehabt haben.

Dementgegen ist das Transformationsgesetz zum Rom-Statut gem. Art. 59 II GG Bundesgesetz. Die Art. 6 – 8bis Rom-Statut enthalten die materiell strafbaren Handlungen,[13] sind aber lediglich als Zuständigkeitsbeschreibung ausgestaltet.[14] Angesichts dieser Ausgestaltung wird kein strafrechtlich relevantes Verhalten beschrieben. Die Vortat des § 258 StGB muss jedoch eine Verbotsnorm erfüllen.[15] Deshalb handelt es sich bei den mittels Transformationsgesetz deutsches Recht gewordenen Art. 6 – 8bis Rom-Statut nicht um Strafgesetze, und folglich nicht um rechtswidrige Taten.[16] Daran ändert nichts, dass die Kernverbrechen völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Strafnormen sind. § 11 I Nr. 5 StGB muss i.V.m. Art. 103 II GG so verstanden werden, dass eine lex scripta vorliegt.

Zuletzt gerät das VStGB in das Blickfeld. Die Tatbestände im VStGB sind unstrittig Strafgesetze. Auf das VStGB kann jedoch aus zwei Gründen nicht abgestellt werden: Zuerst greift § 20 I GVG. Einer Bestrafung

---

[11] Vgl. BVerfGE 143, 38, 56.

[12] *Saliger*, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 11 Rn. 53; *Hecker*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 11 Rn. 41; *Kindhäuser* GA 2022, 563, 564.

[13] *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 188.

[14] *Satzger* NStZ 2002, 125, 126; *A. Zimmermann,* in Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. 2022, Art. 5 Rome Statute Rn. 15.

[15] Vgl. *Walter*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 258 Rn. 20.

[16] *F. Zimmermann/Hallweger* ZfIStw 2025, 454, 456.

Netanjahus nach dem VStGB steht als Strafverfolgungshindernis[17] seine personelle Immunität entgegen. Die personelle Immunität gilt auf zwischenstaatlicher Ebene aufgrund des Prinzips der Staatengleichheit selbst bei der Verfolgung von Völkerstraftaten.[18] Eine Strafvereitelung kommt bei einem vorliegenden Strafverfolgungshindernis jedoch nicht in Betracht.[19] Des Weiteren würde mit der Verhinderung der Überstellung nicht die Bestrafung *nach* der rechtswidrigen Vortat verhindert werden, sondern nur eine Bestrafung nach Tatbeständen, die mit den völkerrechtlichen Normen *weitgehend deckungsgleich* sind. Die derzeitige Konzeption des § 258 StGB fordert die Besserstellung des Vortäters hinsichtlich einer möglichen Verfolgung nach *der*[20] und nicht nach einer *ähnlichen, auswärtigen* Vortat. Die von § 258 StGB geforderte rechtswidrige Tat bindet § 258 StGB eng an rein nationale Vorstellungen eines Strafgesetzes. Letztlich stößt der Wortlaut von § 258 StGB dort an seine Grenze, wo in einem internationalen Strafverfahren an internationale Vorschriften angeknüpft wird.

II. Die zweite Hürde: Der Schutzzweck der Norm

Wenn die Vortat nur eine solche nach einem deutschen Strafgesetz sein kann, kann der von § 258 I StGB abgesicherte Strafanspruch nur ein deutscher sein.[21] Nach herrschender Lesart in Literatur[22] und Rechtsprechung[23] ist deshalb das Schutzgut von § 258 I StGB die staatliche, deutsche Strafrechtspflege. Im Umkehrschluss wird dementsprechend postuliert, dass die Vereitelung der ausländischen Strafverfolgung den Tatbestand nicht erfülle.[24] Diese Eingrenzung wird allerdings kaum argumentativ untermauert. Walter nennt als Begründung, dass die staatliche Strafrechtspflege ein Gemeinrechtsgut sei, das nur inländische

---

[17] *Ambos*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 134.

[18] IGH Belgien v. Kongo, Urteil v. 14.2.2002, Rn. 51 ff., 55; IStGH, Ankläger v. Putin, PTC II, Entsch. v. 24.10.2024, ICC-01/22-90, Rn. 30.

[19] *Cramer*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 258 Rn. 8; *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 31. Aufl. 2025, § 258 Rn. 11.

[20] *Altenhain*, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 49, 50; LK/StGB-*Walter*, § 258 Rn. 20.

[21] Vgl. *Hecker* in Hilgendorf/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz, 2012, 714, 725 f.

[22] MüKo/StGB-*Cramer*, § 258 Rn. 3; TK/StGB-*Hecker*, § 258 Rn. 1; vgl. ähnlich LK/StGB-*Walter*, § 258 Rn. 3 f.

[23] BGHSt 43, 82, 84; 45, 97, 101.

[24] NK/StGB-*Altenhain*, § 258 Rn. 6; *Jahn*, in SSW StGB, 6. Aufl. 2024, § 258 Rn. 2; *Hoyer*, in Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. V, 9. Aufl. 2019, § 258 Rn. 9; *Lutz*, in Fischer StGB, 72. Aufl. 2025, § 258 Rn. 2.

Einrichtungen und Interessen erfasse.[25] Andere bringen grundsätzlich vor, dass der ausländische Staat und seine hoheitlichen Tätigkeiten generell vom deutschen Strafrecht ausgeschlossen[26] und der Schutz des ausländischen Strafrechts eben nicht die Aufgabe der deutschen Rechtsordnung seien.[27] Diese Begründungen sind auf ihre Tragfähigkeit angesichts eines IStGH-Verfahrens zu untersuchen.

1. Der Strafanspruch des IStGH als Teil der deutschen Strafrechtspflege?

Die Besonderheit eines IStGH-Verfahrens im Gegensatz zur staatlichen ausländischen Strafverfolgung liegt darin, dass das Gericht nicht durch Staatensouveränität vom deutschen Rechtskreis separiert ist. IStGH-Verfahren werden von einem internationalen Gerichtshof geführt, dessen Gerichtsbarkeit Deutschland mit dem Rom-Statut selbst anerkannt und durch das Ratifikationsgesetz zum Teil der eigenen Rechtsordnung gemacht hat. Im Fall von ausländischen Staaten ist es wegen der Trennung der beiden staatlichen Strafrechtsordnungen durchaus sinnvoll, dass das deutsche Strafrecht nicht zum Schutze einer völlig fremden Rechtsordnung eintritt. Würde man die ausländische Strafrechtspflege ohne ordre public-Einschränkung zum Schutzzweck des § 258 StGB erheben, so würde deutsches Strafrecht diejenigen ausländischen Verfahren schützen, die nicht mit unserem Verständnis von Justizförmigkeit und Rechtsstaat in Einklang stehen.

Für international integrierte Gerichtsbarkeiten schlägt dieses Argument jedoch nicht durch. Bereits im Jahre 2010 stellten Esser/Fischer fest, dass die herkömmliche Auslegung von § 258 StGB wegen der Internationalisierung der Strafrechtspflege kaum mehr zeitgemäß sei.[28] Im Befund ist Esser/Fischer zuzustimmen: Öffnet sich die deutsche Rechtsordnung für internationale Einflüsse, so geraten auf eine geschlossene Staatlichkeit abzielende Ansätze in Erklärungsnot. Indes ist eine Erfassung der durch den nationalen Souverän selbst gewählten internationalen Gerichtsbarkeit geboten.

Dem IStGH begegnet die Sorge einer fehlenden Justizförmigkeit und rechtsstaatlichen Ordnung nicht. Im Rom-Statut und der

---

[25] LK/StGB-*Walter*, § 258 Rn. 16.

[26] Vgl. *Schröder* JZ 1968, 241, 244 zum Strafanwendungsrecht, *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 234, 781.

[27] *Ruß*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 258 Rn. 1.

[28] *Esser/Fischer* JZ 2010, 217, 225.

Verfahrensordnung sind der Schutz von Angeklagten, Zeugen und Opfern verankert, um ein faires Verfahren (i.S.d. Art. 6 EMRK) zu garantieren. Die Justizförmigkeit allein kann natürlich nicht das entscheidende Kriterium sein, um nicht-inländische Strafansprüche von § 258 I StGB zu erfassen, denn dieses Kriterium erfüllen nahezu[29] sämtliche Staaten der Europäischen Union.

Hinzu tritt aber die besondere Funktion des IStGH. Der Gerichtshof soll ausweislich seiner Präambel und Art. 17 Rom-Statut die nationale Gerichtsbarkeit nicht ersetzen, sondern *ergänzen*. Der IStGH steht mit der Gerichtsbarkeit seiner Vertragsstaaten deshalb in einem Korrespondenzverhältnis. So kann etwa nicht ernsthaft betriebene nationale Strafverfolgung dazu führen, dass ein Verfahren vor dem IStGH zulässig wird.[30] Ein abgeschlossenes IStGH-Verfahren kann wiederum für die nationale Strafverfolgung ein Verfahrenshindernis im Sinne des ne bis in idem-Grundsatzes gem. Art. 20 II Rom-Statut schaffen.[31] Den Entscheidungen des IStGH wohnt somit eine Bindungswirkung für die nationale Rechtsordnung inne.[32] Beide Normen zeigen, dass durch die Ratifizierung des Rom-Statuts die innerstaatliche Rechtspflege in Wechselbeziehung zur IStGH-Rechtspflege steht.

Zuletzt muss ein Augenmerk auf Art. 24 I GG gelegt werden. Bei Ratifizierung des Rom-Statuts wurden dem IStGH gem. Art. 24 I GG Hoheitsrechte übertragen.[33] Konkret wirkt sich das beim Erlass eines Haftbefehls nach Art. 58 Rom-Statut aus: Dem Haftbefehl kommt eine sog. Durchgriffswirkung zu,[34] womit der IStGH die Möglichkeit erhält, die körperliche Freiheit Einzelner (sogar deutscher Staatsbürger) ohne innerstaatliche Transformation zu beschränken.[35] Wenn nun der IStGH bei dem Erlass eines Haftbefehls mit Staatsgewalt handelt, die Deutschland partiell an ihn delegierte, kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass es sich um einen rein externen Sachverhalt handelt, der die

---

[29] Zur Rechtshilfe mit diesen Staaten, *F. Zimmermann* EuCLR 2022, 4, 8.

[30] IStGH, Ankläger v. Al Gaddafi, AC, Entsch. v. 24.7.2014, ICC-01/11-01/11-565, Rn. 214 ff.

[31] *Nuridzhanian*, The Principle of ne bis in idem in International Criminal Law, 2024, S. 111.

[32] *Hallweger* GA 2024, 256, 261.

[33] BT-Drs. 14/2682, S. 6; *Keller* in Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 5. Hauptteil 3. Teil Rn. 94 ff.

[34] *Keller* in Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 5. Hauptteil 3. Teil Rn. 119.

[35] *Wollenschläger*, in Dreier Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 24 Rn. 28, 34; *Classen*, in Huber/Voßkuhle GG, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 24 Rn. 6.

deutsche Strafrechtspflege nicht tangiert. Der Haftbefehl soll zwar das Verfahren in einem anderen Forum als dem deutschen ermöglichen, jedoch bedient sich der IStGH dafür Maßnahmen, die – den Übertragungsakt hinweggedacht – der deutschen Strafrechtspflege zugestanden hätten. Die Durchsetzung des (Überstellungs)-haftbefehls ist somit *doch* eine Angelegenheit der deutschen Rechtspflege.

Dem partiellen Übertragungsakt wohnt zugleich ein begrenzendes Element inne. Durch den strafanwendungsrechtlichen inländischen Erfolgsort gem. §§ 3, 9 StGB[36] unterläge beispielsweise eine ausländische Zeugenbeeinflussung vor dem IStGH ebenfalls deutscher Strafgewalt. Durch die Übertragung deutscher Hoheitsgewalt ist die Rechtspflege des IStGH jedoch nur insoweit eine Angelegenheit der deutschen Rechtspflege, als dass es sich um Vorgänge handelt, die mit der übertragenen Hoheitsgewalt in Verbindung stehen. Bei einer ausländischen Zeugenbeeinflussung oder der Verweigerung eines anderen Staates eine Person an den IStGH zu überstellen, ist dies ersichtlich nicht der Fall. So kann zugleich die Ausweitung des Schutzzwecks von § 258 StGB auf die Rechtspflege des IStGH maßvoll begrenzt werden.

2. Der Schutz kollektiver Rechtsgüter: Die Europäisierung des Strafrechts als Blaupause

Zuletzt gilt zu untersuchen, ob der Verweis auf das Kollektivrechtsgut der innerdeutschen Strafrechtspflege genügt, um IStGH-Verfahren vom Schutzbereich auszuschließen. Der von Walter eingangs angeführte Hinweis, wonach Kollektivrechtsgüter sich nur in inländischen Einrichtungen und Interessen äußern würden, greift schlicht zu kurz. Im StGB finden sich einige Regelungen, die internationale (europäische) Gemeinschaftsinteressen schützen, wie etwa §§ 90c, 102 ff., 108d StGB. Der deutschen Rechtsordnung ist – entgegen aller Kritik[37] – nicht per se fremd, ausländische Kollektivrechtsgüter zu schützen. Ein solch pauschaler Hinweis allein trägt demnach den Ausschluss von IStGH-Verfahren aus § 258 StGB nicht.

Ein affirmatives Argument ist indes damit nicht gewonnen. Bei dem Versuch, § 258 I StGB für spezifische internationale Einflüsse zu öffnen, könnten Anleihen bei den Aussagedelikten genommen werden. Satzger

[36] BGHSt 44, 52, 56 f.; 45, 97, 100.
[37] *Fahrner* ZIS 2021, 365, 370 f.; *Hoven* JZ 2020, 835, 841.

hat bereits früh dafür plädiert, in Reaktion auf eine international zunehmend verwobene Welt eine völkerrechtskonforme Auslegung von deutschen Straftatbeständen zuzulassen, sodass diese die Verletzung von supranationalen Interessen schützen.[38] Hinsichtlich des Rechtsguts der Aussagedelikte hat Satzger vorgeschlagen, über eine unionskonforme Auslegung nach Art. 4 III 3 UA 2 EUV den Schutz deutscher Gerichte durch §§ 153 ff. StGB auf europäische Gerichte zu erweitern.[39] § 162 I StGB käme dann nur eine rein deklaratorische Wirkung zu.[40] Nähme man also die Integration der deutschen Rechtsordnung in die europäische Gemeinschaftsordnung gem. Art. 23 I GG ernst, ginge damit zwangsläufig jedenfalls die *Möglichkeit* einher, den strafrechtlichen Schutz auf internationale Kollektivrechtsgüter zu erweitern.

Die zu §§ 153 ff. StGB skizzierten Grundsätze können nicht direkt auf § 258 StGB übertragen werden: Die europarechtskonforme Auslegung von §§ 153 ff. StGB beruht auf dem Gedanken, dass eine Falschaussage vor einem europäischen Gericht die Integrität der Rechtspflege des europäischen Gerichts in gleichem Maße tangieren würde, wie eine falsche Aussage vor einem deutschen Gericht.[41] Aufgrund des Grundsatzes der effektiven und loyalen Zusammenarbeit dürfe der Schutz des europäischen Gerichts nicht hinter dem der nationalen Gerichte zurückstehen. Ein solcher ausdrücklicher Grundsatz existiert im Rom-Statut nicht.

Für eine Erweiterung des Schutzzwecks auf IStGH-Verfahren kann jedoch die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Verfassung ins Feld geführt werden. In ständiger Rechtsprechung[42] betont das BVerfG, dass aus einer Gesamtschau verschiedener Vorschriften des GG eine dreidimensionale Völkerrechtsfreundlichkeit folge, wonach unter anderem die deutschen Staatsorgane verpflichtet sind, die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen.[43] Ferner diene die Völkerrechtsfreundlichkeit als Auslegungsmaxime, um Konflikte des innerstaatlichen

---

[38] *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 11. Aufl. 2025, § 6 Rn. 1, § 9 Rn. 110 ff.

[39] *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, 2000, S. 578; *Grillo*, Nationale Strafbarkeit für Falschaussagen vor Internationalen Gerichten nach § 162 Abs. 1 StGB, 2017, S. 98; krit. *Pabsch*, Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, 1965, S. 150.

[40] So *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 11. Aufl. 2025, § 8 Rn. 15.

[41] *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, 2000, S. 576, 577.

[42] BVerfGE 141, 1, 26 ff.; 128, 326, 366; 123, 267, 345.

[43] BVerfGE 141, 1, 27.

Rechts mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen zu vermeiden.[44] § 258 I StGB kommt zu tragen, weil der Völkerrechtsverstoß gegen die Überstellungspflicht die von Deutschland vorgesehene Möglichkeit eines IStGH-Verfahrens zunichtemacht. Die erwähnte Dimension der Völkerrechtsfreundlichkeit könnte deshalb um ein Element der negativen Generalprävention angereichert werden: Eine drohende strafrechtliche Sanktion aus § 258 I StGB, die mittelbar auf dem Völkerrechtsverstoß beruht, könnte Personen hinter den Staatsorganen insofern abschrecken, „Mittel und Wege" zu finden, eine Überstellung an den IStGH zu verweigern.

Ein solch drastischer Ansatz ist jedoch nicht nötig, da bereits die auslegungsleitende Facette der Völkerrechtsfreundlichkeit aktiviert werden kann. § 258 I StGB steht im Kern nicht unmittelbar in einem Konflikt mit einer völkerrechtlichen Verpflichtung. Ein ausschließlich auf den nationalen Strafanspruch abstellender Schutzzweck entzieht dem IStGH jedoch die Unterstützung Deutschlands, um einer Beeinträchtigung der Rechtspflege des IStGH bereits auf nationaler Ebene entgegenwirken zu können.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die herkömmlichen Begründungen für die Beschränkung des § 258 StGB auf die rein innerstaatliche Rechtspflege einen Ausschluss von IStGH-Verfahren nicht tragen können. Es wäre möglich, über Art. 24 I GG und die Völkerrechtsfreundlichkeit methodisch den Schutzzweck auf internationale Straftribunale, denen Deutschland Hoheitsgewalt übertragen hat, auszuweiten. Wie bereits von Ambos vorgeschlagen,[45] könnte der Gesetzgeber ebenso legislativ reagieren und § 258 StGB auf von Deutschland anerkannte internationale Straftribunale erstrecken.

III. Die dritte Hürde: Der Vereitelungserfolg im Überstellungsverfahren

1. Die Vereitelung der Überstellungshaft

Nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 10 ff. IStGH-G ist die betroffene Person in Überstellungshaft zu nehmen. Es könnte, angelehnt an die in der Literatur diskutierte Frage, ob die *Auslieferung*shaft eine

[44] BVerfGE 141, 1, 29, 30; BVerfGK 10, 116, 123.

[45] *Ambos*, Rechtsbruch mit Ansage, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/rechtsbruch-netanjahu-merz-festnahme-haftbefehl-rechtswidrig/, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

vereitelte Strafe i.S.d. § 258 I StGB darzustellen vermag,[46] argumentiert werden, dass bereits die fehlende Inhaftnahme der zu überstellenden Person den Strafanspruch für geraume Zeit unverwirklicht lässt.[47] Die Überlegungen zur Auslieferungshaft können übertragen werden. Wie in der horizontalen Rechtshilfe dient die Überstellungshaft der Verfahrenssicherung.[48] Aufgrund dieser verfahrenssichernden Funktion kommt der Überstellungshaft aber – anders als es der Wortlaut „bestraft" erfordert – kein strafender Charakter zu.[49]

2. Die Übergabe an den Gerichtshof

Zeitlich der Überstellungshaft nachgeordnet ist die Übergabe der Person an den Gerichtshof, §§ 2, 20 I IStGH-G, welche in Ermangelung der Vollstreckung des Haftbefehls ebenfalls nicht erfolgen würde.

Die Besonderheit in der vorliegenden Situation lässt sich schlagwortartig auf „Strafvereitelung in der Rechtshilfe" kondensieren. Bereits Ende der 1990er hatte der BGH zu entscheiden, ob sich ehemalige Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit wegen der Verhinderung der Auslieferung von ehemaligen RAF-Terroristen aus der DDR in die Bundesrepublik strafbar gemacht haben.[50] Der BGH entschied, dass mangels völkerrechtlicher Auslieferungspflicht der DDR keine tatbestandsmäßige Strafvereitelung vorliegen konnte.[51] Die Formulierung

> „mangels einer entsprechenden völkerrechtlichen Rechtspflicht der DDR keine rechtswidrige Erfüllung des Tatbestandes des § 258 StGB"[52]

kann allerdings so gelesen werden, dass eine Verhinderung der Auslieferung dann den Tatbestand der Strafvereitelung erfüllt, wenn eine solche völkerrechtliche Pflicht besteht.[53]

---

[46] S. bereits *Ruß*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 258 Rn. 1; NK/StGB-*Altenhain*, § 258 Rn. 7.

[47] Zum Vereitelungserfolg BGHSt 45, 97, 100; LKH/StGB-*Heger*, § 258 Rn. 4; TK/StGB-*Hecker*, § 258 Rn. 14.

[48] *Keller* in Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 5. Hauptteil 3. Teil Rn. 168.

[49] LK/StGB-*Walter*, § 258 Rn. 33; MüKo/StGB-*Cramer*, § 258 Rn. 4; NK/StGB-*Altenhain*, § 258 Rn. 7; a.A. SSW/StGB-*Jahn*, § 258 Rn. 10.

[50] BGHSt 44, 52.

[51] BGHSt 44, 52, 57.

[52] BGHSt 44, 52, 58.

[53] Vgl. *Schroeder* JR 1998, 425, 429.

Für ein pflichtwidriges Unterlassen einer Auslieferung kommt es für den BGH entscheidend darauf an, ob eine völkerrechtliche Verpflichtung besteht. Das folgt bereits aus den Eigenheiten des Rechtshilfeverkehrs. Der Rechtshilfeverkehr ist traditionell in zwei Abschnitte eingeteilt: Die gerichtliche Zulässigkeits- und die politische Bewilligungsebene. Im vertragslosen Verfahren bleibt es der Bewilligungsbehörde unbenommen, die Auslieferung aus politischen Erwägungen zu verweigern. Das Gesetz selbst sieht im vertragslosen Rechtshilfeverkehr vor, eine Person nicht auszuliefern, obwohl die sonstigen Voraussetzungen der Auslieferung gem. §§ 3 ff. IRG vorliegen. Ob das ausländische Strafverfahren durch die Auslieferung der angeklagten Person unterstützt wird, steht somit im politischen Ermessen. Eine *gesetzeswidrige* Besserstellung[54] in Form der Bestrafungsvereitelung ist damit nicht gegeben. Anders ist der Fall im vertraglichen Rechtshilfeverkehr gelegen. Durch die völkerrechtliche Verpflichtung ist das Ermessen der Bewilligungsbehörde regelmäßig auf Null reduziert.[55] Rein politische Erwägungen können im vertraglichen Bereich die eingegangene Pflicht nicht negieren. Sollte dann die Auslieferung doch verhindert werden, träte eine gesetzeswidrige Verbesserung der Position der auszuliefernden Person ein, da der ersuchte Staat sich bereits im Vorfeld abstrakt zur Unterstützung des ausländischen Strafverfahrens verpflichtet hatte.

Für eine Überstellung an den IStGH lässt sich aus der BGH-Entscheidung Folgendes ableiten: Art. 86 Rom-Statut etabliert eine allgemeine völkerrechtliche Verpflichtung des Vertragsstaates, die durch Art. 89 I Rom-Statut konkretisiert wird.[56] Wie aus einer Gesamtschau mit Art. 86, 89 I, 93 III Rom-Statut hervorgeht, sind im vertikalen Verhältnis zum IStGH allgemeinpolitische Erwägungen bedeutungslos.[57] Zwar wurde in § 6 IStGH-G weiterhin die aus der horizontalen Rechtshilfe bekannte Differenzierung zwischen Zulässigkeit und Bewilligung beibehalten, doch soll die Bewilligungsbehörde lediglich bei Schwierigkeiten in der Vollstreckung des Rechtshilfeersuchens Konsultationen nach

[54] MüKo/StGB-*Cramer*, § 258 Rn. 23; NK/StGB-*Altenhain*, § 258 Rn. 54.

[55] *Schierholt*, in Schomburg/Lagodny IRG Kommentar, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 1, 13.

[56] *Meißner*, Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut, 2003, S. 39, 109.

[57] *Keller* in Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 5. Hauptteil 3. Teil Rn. 73; Schomburg/Lagodny-*Nemitz/Schomburg/Trautmann*, Einführung IStGH-G Rn. 14.

Art. 97 Rom-Statut anstrengen.[58] Durch den nicht rechtlich, sondern vor allem diplomatisch geprägten Konsultationsmechanismus des Art. 97 Rom-Statut[59] wird zudem untermauert, dass politische Erwägungen keinesfalls einseitig zur Nichterfüllung des Ersuchens führen dürfen. Wird die Bewilligung des zuständigen Bundesjustizministeriums verweigert, weil beispielsweise der Bundeskanzler von seiner Richtlinienkompetenz Gebrauch macht, läge somit eine tatbestandliche Vereitelungshandlung vor.

Abweichend von der BGH-Entscheidung ist vorliegend vor allem auf eine mögliche, (rechtswidrige)[60] Weisung an den zuständigen Generalstaatsanwalt abzustellen. Durch diese Weisung wird aktiv darauf hingewirkt, dass die Überstellung nicht erfolgt. Wegen der Weisung handelt die deutsche Staatsgewalt entgegen ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung. Das Resultat deckt sich dann wiederum mit dem der BGH-Entscheidung: Der Strafanspruch des verfolgenden Gerichts wird trotz vorher verpflichtend zugesagter Unterstützung wegen Abwesenheit der angeklagten Person im Verfahrensforum für geraume Zeit unmöglich gemacht.

IV. Zusammenfassung für die deutsche Ebene

Für die deutsche Rechtslage lässt sich festhalten, dass de lege lata eine Strafbarkeit gem. §§ 258, 258a StGB für politische Entscheidungsträger, die aktiv auf eine Überstellungsverhinderung hinwirken, ausscheidet. Dies ist jedoch nur deshalb der Fall, weil das Tatbestandsmerkmal der rechtswidrigen Tat mit der deutschen Rechtsordnung eng verwurzelt ist. Der Schutzzweck könnte auf die Strafrechtspflege von durch Deutschland anerkannte Straftribunale erweitert werden. Eine mögliche Vereitelungshandlung kommt ebenfalls in Betracht. Die für den Schutzzweck lediglich klarstellende Einführung eines § 258 VII StGB-E könnte zu einer Internationalisierung der rechtswidrigen Tat i.S.d. § 11 Nr. 5 StGB führen. Optiert der Gesetzgeber für eine internationale Erweiterung des § 258 StGB, dann müsste – um dem Willen des Gesetzgebers Genüge zu tun – eine für internationale Belange offene Auslegung der „rechtswidrigen Tat“ einhergehen. Dass de lege ferenda ein § 258 VII StGB-E

[58] *Keller* in Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 5. Hauptteil 3. Teil Rn. 160.

[59] *Prost* Journal of International Criminal Justice 16 (2018), 363, 370.

[60] Vgl. *Ambos*, Rechtsbruch mit Ansage, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/rechtsbruch-netanjahu-merz-festnahme-haftbefehl-rechtswidrig/, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

geschaffen wird, ist allerdings aus politischen Gründen derzeit sehr unwahrscheinlich.

C. Die völkerstrafrechtliche Ebene – Art. 70 Rom-Statut

Mangels einer einschlägigen deutschen Regelung bleibt zu erörtern, ob auf völkerstrafrechtlicher Ebene mit Art. 70 Rom-Statut eine Vorschrift existiert, die eine verweigerte Überstellung sanktioniert.

I. Zuständigkeit des IStGH

Soweit bisher bekannt, wurde noch nie ein Art. 70-Verfahren gegen politische Entscheidungsträger[61] wegen der Verweigerung einer Überstellung eingeleitet. Die Anwendbarkeit von Art. 70 Rom-Statut im Vorverfahren ist – trotz seiner systematischen Stellung im Abschnitt „Hauptverfahren" – aufgrund des Anliegens eines möglichst umfassenden Rechtsgüterschutzes möglich.[62] Die Zuständigkeit ratione loci ergibt sich bei Art. 70 Rom-Statut nicht aus Art. 12 Rom-Statut, der gem. Art. 70 II Rom-Statut i.V.m. Regel 163 II Rules of Procedure and Evidence (RPE) nicht anwendbar ist. Da mangels Anwesenheit der angeklagten Person nicht in das Hauptverfahren eingetreten werden und damit nicht die Beurteilung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit erfolgen kann, wird das Gericht davon abgehalten, das Strafverfahren zu führen. Der IStGH ist folglich als Gericht, an dem die Rechtspflegebeeinträchtigung eintritt, zuständig, siehe Regel 163 I RPE i.V.m. Regel 162 II lit. e).

II. Die verweigerte Überstellung im Tatbestand des Art. 70 I Rom-Statut

Für den vorliegenden Fall kommt allein Art. 70 I lit. c) Rom-Statut in Betracht, dessen authentische englische Sprachfassung lautet:

> „Corruptly influencing a witness, obstructing or interfering with the attendance or testimony of a witness, retaliating against a witness for giving testimony or destroying, tampering with or interfering with the collection of evidence."

---

[61] Vgl. *Caba*, Obstruction of Justice at the International Criminal Court, 2021, S. 499; s. Statement Chefankläger Khan, in dem er betonte Einschüchterungs- und Beeinflussungsversuche des Gerichts stärker nach Art. 70 Rom-Statut zu verfolgen, abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

[62] *Piragoff*, in Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. 2022, Art. 70 Rome Statute Rn. 6.

Bereits der Wortlaut scheint einer Subsumtion des Angeklagten unter „obstructing with the attendance of a *witness*“[63] eine Absage zu erteilen. Im Fall Bemba entschied die Rechtsmittelkammer allerdings, dass der Zeugenbegriff des Art. 70 I lit. c) Rom-Statut weiter zu fassen sei als der des Buchstaben a) und deshalb

> „anyone who knows or is believed to know something of relevance to the judical proceedings“[64]

als Zeuge i.S.d. Art. 70 I lit. c) Rom-Statut zu sehen sei. Unter diese sehr breite Definition ließe sich durchaus der Angeklagte subsumieren. Allerdings muss ein Zeuge gem. Art. 69 I Rom-Statut immer unter Eid stehen. Art. 67 I lit. h) Rom-Statut ermöglicht dem Angeklagten vor allem, ein „unsworn statement“ abzugeben. Zudem fehlt im Rom-Statut und den RPE eine Regel 85 lit. c) ICTY-RPE nachgebildete Vorschrift, wonach klargestellt wird, dass der Angeklagte als Zeuge ein Statement abgibt.[65] Die im Rom-Statut angelegte Differenzierung zwischen Zeugen und dem Angeklagten kann zudem, an Art. 67 I lit. e) Rom-Statut „the witnesses against him or her“ (der angeklagten Person, Anm. d. Verf.) und Art. 67 I lit. h) Rom-Statut „make an unsworn oral or written statement in his or her defence“ festgemacht werden.

Die Rechtsmittelkammer in Bemba schränkte die sehr weite Definition sofort wieder ein, indem sie festhielt, dass sie so auch den Begriff des „witness“ in Art. 54 III lit. b) und Art. 68 I Rom-Statut verstehe.[66] In Gesamtschau dieser beiden Vorschriften lässt sich ableiten, dass der Angeklagte jedenfalls im eigenen Verfahren kein Zeuge sein kann. Somit ist die Verhinderung des Erscheinens des Angeklagten nicht gem. Art. 70 I lit. c) Rom-Statut tatbestandsmäßig.

Der Vollständigkeit halber sei hier zudem erwähnt, dass basierend auf der Historie der Norm die andere denkbare Handlungsalternative „collection of evidence“ so zu verstehen ist, dass damit sonstige, nicht-zeugenschaftliche Beweismittel gemeint sind.[67] Diese Deutung findet eine Stütze im Wortlaut des Art. 70 I lit. c) Rom-Statut: In den zuvor

---

[63] Herv. d. Verf.

[64] IStGH Ankläger v. Bemba/Kilolo et al., AC, Entsch. v. 8.3.2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red, Rn. 720.

[65] *Kreß* in Fischer/Kreß/Lüder (Hrsg.), International and National Prosecution of Crimes under International Law, 2001, 322.

[66] IStGH Ankläger v. Bemba/Kilolo et al., AC, Entsch. v. 8.3.2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red, Rn. 720.

[67] *Piragoff*, in Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. 2022, Art. 70 Rome Statute Rn. 20; *Caba*, Obstruction of Justice at the International Criminal Court, 2021, S. 549 ff.

beschriebenen Tathandlungen wird ausschließlich der Zeuge adressiert. Sollte von der letzten Tathandlung der Zeuge erfasst sein, ist nicht ersichtlich, wieso der Wortlaut dann nicht vom Zeugen, sondern nur pauschal von Beweismittel, spricht. Zudem ist „destroying, tampering with or interfering with the collection of evidence“ als letzte Handlung in Buchstabe c) gelistet, weshalb systematisch davon ausgegangen werden kann, dass dieser Handlungsalternative eine Auffangfunktion für sonstige Beweismittel zukommt. Wenn jedoch bereits der Zeuge nicht von der letzten Handlungsalternative erfasst ist, dann erst recht nicht der Angeklagte.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Verweigerung der Überstellung einer Person, gegen die ein IStGH-Haftbefehl ergangen ist, keine Strafbarkeit der nationalen Entscheidungsträger gem. Art. 70 I Rom-Statut begründet.

D. Resümee

Der Beitrag untersuchte, ob sich politische Entscheidungsträger auf Bundes- oder Landesebene, die aktiv darauf hinwirken, eine Überstellung einer im Inland befindlichen Person an den IStGH zu vereiteln, strafbar machen. Auf nationaler Ebene steht dem vor allem das Merkmal der rechtswidrigen Tat entgegen. Der Schutzzweck könnte methodisch im Hinblick auf Art. 24 I GG und der allgemeinen völkerrechtsfreundlichen Ausrichtung der deutschen Rechtsordnung zwar auf anerkannte internationale Straftribunale erweitert werden, eine Internationalisierung der Strafvereitelung scheitert aber an der engen Verwurzelung des § 258 I StGB in rein nationalen Strafnormen. Auf völkerstrafrechtlicher Ebene wäre der IStGH zwar zuständig, jedoch erfüllt eine Behinderung der Überstellung keinen Tatbestand des Art. 70 Rom-Statut. Somit ist zu konstatieren, dass de lege lata keine strafrechtlichen Konsequenzen drohen.

Dessen ungeachtet bleibt die Gefahr, dass die politischen Entscheidungsträger mit ihrem gesetzeswidrigen Handeln eine handfeste Justizkrise auslösen könnten, sollte die Exekutive wie in Italien[68] in das judikative Überstellungsverfahren intervenieren. Die Erbschuld Deutschlands

[68] ECCHR v. 31.1.2025, abrufbar unter: https://www.ecchr.eu/pressemitteilung/italien-vereitelt-festnahme-eines-mutmasslichen-kriegsverbrechers/, zuletzt abgerufen am 8.10.2025.

gebietet, der Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen entgegenzuwirken – egal wo, wann und von wem diese Verbrechen begangen werden.

Die „Freiheitsentziehung“ zwischen Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht

David Kuch, Konstanz*

ABSTRACT

Der Beitrag befasst sich mit einem Begriff im Schnittfeld von Strafrecht und Verfassungsrecht: mit der „Freiheitsentziehung“ (Art. 104 II 1 GG), die einen massiven und zugleich strafrechtstypischen Grundrechtseingriff darstellt. Zunächst wird ein herkömmliches verfassungsrechtliches Begriffsverständnis anhand der strafvollzugsrechtlichen Ausgestaltung der Freiheitsstrafe der Kritik unterzogen. Im Anschluss fragt der Beitrag nach den legitimationstheoretischen Konsequenzen eines vollständigeren Begriffs der Freiheitsentziehung.

A. Treffpunkt von Straf- und Verfassungsrecht

Die Beziehung zwischen Verfassungsdogmatik und Strafrechtswissenschaft gestaltete sich in jüngerer Zeit nicht immer einfach. Wenngleich Reibungen auch produktive Irritationen bewirkt haben dürften, bleibt auf strafrechtlicher Seite mitunter der Eindruck zurück, die zunehmende Konstitutionalisierung und Europäisierung der Kriminalpolitik löse die Eigenheiten des Strafrechts in weichen Maßstäben, wie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,[1] auf oder verflüssige sie in prozeduralen

* Prof. Dr. David Kuch ist Inhaber der Professur für öffentliches Recht mit den Schwerpunkten Verwaltungsrecht und Grundlagen des Rechts an der Universität Konstanz.

Kontakt: david.kuch@uni-konstanz.de.

[1] Freilich auch im öffentlichen Recht schon lange als „großer Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe“ bekannt: *Ossenbühl* VVDStRL 39 (1981), 189 (Diskussionsbemerkung); ausgewogene Behandlung aus strafrechtlicher Sicht bei *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; aus privatrechtlicher Perspektive bei *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2025-24

Legitimationsprinzipien, wie dem der Demokratie[2] – und entkerne dadurch die angestammte Kritikfunktion der Strafrechtswissenschaft gegenüber sicherheitspolitisch motivierter Strafrechtsexpansion.[3]

Demgegenüber möchte der vorliegende Beitrag zu einer konzilianteren Zusammenarbeit der juristischen Teildisziplinen anregen. Er versteht sich als Versuch, bestimmte Wissensbestände des Strafrechts – besonders des Strafvollzugsrechts – für die verfassungsrechtliche Perspektive zu erschließen. Im Zentrum steht ein Begriff, der dazu prädestiniert ist, weil er im Schnittfeld der beiden Forschungsrichtungen liegt, ja gewissermaßen ihren Treffpunkt markiert: die „Freiheitsentziehung". Dieser Begriff beschreibt einerseits den Modus der Freiheitsstrafe als der Hauptstrafe des modernen Kriminalstrafrechts (§§ 12, 38 StGB); andererseits bezeichnet er einen der am schwersten wiegenden Grundrechtseingriffe, die unsere Verfassungsordnung (Art. 104 II GG) kennt.

Seine nähere Analyse lässt das herkömmliche verfassungsrechtliche Begriffsverständnis (B) vor dem Hintergrund einiger Grundstrukturen des Strafvollzugsrechts (C) als unterkomplex erscheinen (D). Ein entsprechend nachgeschärftes Verständnis kann für die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Freiheitsstrafe bedeutsam sein (E).

B. Herkömmliche Sicht: Freiheitsentziehung als Fortbewegungshindernis

Wenn man die Freiheitsstrafe vom Grundgesetz aus in den Blick nimmt, stellt sie sich zentral als Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person dar, welches die Art. 2 II 2 und 104 GG schützen. Befragt man das Verfassungsrecht weiter daraufhin, was dem Strafgefangenen durch diesen Eingriff des Näheren „entzogen" wird, erhält man allerdings keine allzu deutliche Antwort, da die Auslegung jenes Grundrechts je nach Autor oder Autorin stark variiert und schon lange umstritten ist.[4] Die Mehrzahl der Grundrechtsinterpreten dürfte aber auf die „körperliche Bewegungsfreiheit" verweisen, worunter sie wesentlich die „Möglichkeit sich

[2] Vgl. einerseits *Gärditz* Der Staat 49 (2010), 331, andererseits *Zaczyk* Der Staat 50 (2011), 295.

[3] Siehe die gründliche Bestandsaufnahme bei *Greco* ZStW 135 (2023), 378, 406 ff.; zur zunehmenden „Punitivität" *Schlepper*, Strafgesetzgebung in der Spätmoderne, 2014; grundlegend *Garland*, Kultur der Kontrolle (The Culture of Control, 2001), dt. 2008.

[4] *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 21 ff., 59 ff.; im Überblick *ders.* ZJS 2023, 939, 940 ff.

weg zu bewegen“, also seinen gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen, verstehen.[5]

Diese in Rechtsprechung und Lehre weitverbreitete Lesart der Freiheit der Person beruht auf einer ganz bestimmten Vorstellung vom Freiheitsentzug (Art. 104 II GG) im Allgemeinen, von der Freiheitsstrafe im Besonderen. Insofern kann eine Kurzbeschreibung des Bundesverfassungsgerichts, derzufolge bei einer Freiheitsentziehung die Bewegungsfreiheit „nach allen Seiten hin aufgehoben wird“, als maßgeblich betrachtet werden.[6] Diese Formulierung legt den Akzent auf das Eingesperrtsein des Gefangenen, das gewissermaßen *pars pro toto* für seine Rechtsposition genommen wird. Sie zeichnet ein klaustrophobisches Bild von diesem Zustand, der den Bewegungsradius einer Person „nach allen Seiten hin“ einengt:[7]

> „Freiheitsentziehung ist der allseitige Ausschluss der Bewegungsfreiheit einer Person durch Einsperren in einem eng umgrenzten örtlichen Bereich, etwa einem Raum oder einem Gebäude.“[8]

Ob diese Perspektive auf den Freiheitsentzug überzeugt, hängt von verschiedenen Gesichtspunkten ab. Einerseits muss die Begriffsbildung auf der Verfassungsebene als der höchsten Normenschicht allgemein und offen genug bleiben, um Spielraum für unterschiedliche demokratische Gestaltungsmöglichkeiten auf den Folgeebenen zu lassen. Diesem Maßstab genügt die oben zitierte Definition der Freiheitsentziehung zweifellos. Andererseits sollte eine solche Umschreibung trotz ihrer Generalität den Kern des inmitten stehenden Grundrechtsproblems treffen, damit sich im Wege methodengerechter Verfassungskonkretisierung die Grenzen grundrechtskonformer Ausgestaltung entwickeln lassen. Diese Passgenauigkeit erscheint jedoch, wie nachfolgend anhand ausgewählter verfassungsrechtlicher Bezüge des Strafvollzugsrechts gezeigt wird, durchaus fraglich.

---

[5] Stellvertretend *Stepanek-Bühringer*, in Huber/Voßkuhle GG-Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 455 (Hervorh. im Orig., D.K.); *Lang*, in BeckOK GG, 62. Ed., Stand 15.6.25, Art. 2 Rn. 290.

[6] So zu unterschiedlichen Formen des Freiheitsentzugs: BVerfGE 94, 166, 198; 149, 293, 319; BVerfG NStZ 2011, 529, 530; zusammenfassend *Radtke*, in BeckOK GG, 62. Ed., Stand 15.6.25, Art. 104 Rn. 3; *Mehde*, in Dürig/Herzog/Scholz GG-Kommentar, 107. Aufl. 2025, Art. 104 Rn. 60; *Jarass*, in Jarass/Pieroth GG-Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 104 Rn. 11; allg. auch *Marschner*, in ders./Lesting/Stahmann, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 7. Aufl. 2024, A Rn. 3.

[7] *Heidebach*, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, 2014, S. 3 f. mit Sammelfußnoten.

[8] Zusammenfassend *Gusy*, in Huber/Voßkuhle GG-Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 104 Rn. 20.

C. Alternativdeutung: Freiheitsentziehung als Grundrechtsschranke

I. Gefangene als Grundrechtsträger wie jedermann

Zur durchgängigen Verrechtlichung des Strafvollzugs kam es in der Bundesrepublik vor kaum 50 Jahren. Erst mit den Fortschritten der sog. Großen Strafrechtsreform, die ihren Abschluss 1969 in der Verabschiedung zweier bedeutsamer Reformgesetze fand,[9] gewann auch das in Fachkreisen schon länger angemahnte Projekt einer Vollzugsreform genügend Zugkraft, um auf die politische Tagesordnung zu gelangen.[10] Die Arbeit der 1967 eingesetzten Strafvollzugskommission brachte schließlich das Strafvollzugsgesetz des Bundes von 1976 hervor,[11] das inzwischen großteils durch Landesrecht abgelöst wurde.[12]

Als verfassungsrechtlicher Impuls der gesamten Rechtsentwicklung wirkte der Strafgefangenenbeschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1972. In ihm wurde der Anwendung der überkommenen Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis“ auf Strafgefangene eine klare Absage erteilt:[13]

> „Auch die Grundrechte Strafgefangener können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.“[14]

– so der erste Leitsatz der Entscheidung. Damit war die Verrechtlichung des Strafvollzugs nicht mehr nur politisch gewollt, sondern verfassungsrechtlich geboten. Den parlamentarischen Gesetzgeber traf die Pflicht, den vordem maßgeblich durch Verwaltungsvorschriften geregelten Strafvollzug umfassend normativ zu ordnen. Die in diesem Kontext notorischen grundrechtlichen Konfliktfelder konnten nicht länger dem Verwaltungsermessen überantwortet, sondern mussten einer differen-

---

[9] BGBl. 1969 I S. 645 bzw. 717; zur historischen Einordnung *Herbert*, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 2014, S. 839 f.

[10] Zur alles andere als linearen Entwicklung *Ramsbrock*, Geschlossene Gesellschaft, 2020, S. 68 ff.

[11] Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (StVollzG) v. 16.3.1976 (BGBl. I S. 581), in Kraft getreten zum 1.1.1977; vgl. *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 120 ff. m.w.N.

[12] Seit im Zug der Föderalismusreform I (BGBl. 2006 I S. 2034) die Gesetzgebungskompetenz auf die Länder übergegangen ist, gilt das StVollzG des Bundes nach Maßgabe des Art. 125a GG fort. Da es im Folgenden auf die Einzelheiten der inzwischen ergangenen Landesstrafvollzugsgesetze nicht ankommt, wird der Einfachheit halber auf die Regelungen des StVollzG des Bundes verwiesen. Umfassende Analyse der Zuständigkeitsreform bei *Jünemann*, Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2012, pass. hier insb. S. 71 ff.

[13] Kontextualisierend *Günther* KritV 83 (2000), 298, 299 ff.

[14] BVerfGE 33, 1, Ls. 9 [1972]; später zum Jugendstrafvollzug gleichsinnig E 116, 69, 81 [2006].

zierten formellgesetzlichen Ausgestaltung zugeführt werden. Das betraf alle Bereiche des Haftlebens – von der Grundversorgung (Unterbringung, Ernährung, Gesundheit, Religion) über die Außenkontakte und die Beschäftigung Gefangener bis hin zur Freizeitgestaltung –, die der Gesetzgeber je für sich und in ihrem Zusammenhang unter Berücksichtigung der Gefangenenrechte (neu) ausmaß.

Rote Fäden des Gesetzeswerks sollten die in den Anfangsparagrafen niedergelegten Prinzipien bilden, wobei man dem kurz nach dem Strafgefangenenbeschluss ebenfalls höchstrichterlich anerkannten Resozialisierungsgrundsatz eine Schlüsselposition als „Vollzugsziel" zuwies.[15] Am Ende stand ein Gesetz, das bei all seinen Schwächen[16] erstmals die mit dem Freiheitsentzug verbundenen Grundrechtsprobleme auf abstrakt-genereller Ebene würdigte und die seinerzeitige Rechtslage umfassend konsolidierte. Das Grundkonzept des Gesetzes hat sich über die Föderalismusreformen hinweg bis heute erhalten.[17]

II. Strafvollzug als „Eingliederungslage"

Trotz Anpassung des Strafvollzugs an die verfassungsrechtlichen Standards steht außer Zweifel, dass ein Leben in Haft viel strenger reglementiert ist als ein Leben „in Freiheit"[18]. Eben dadurch wird die Strafe, verfassungsrechtlich gesprochen, zu einem Übel.[19] Massive unterbringungstypische Freiheitsverluste betreffen etwa das Familienleben, den Privatsphäreschutz oder die Pflege von Sozialkontakten innerhalb wie außerhalb der Vollzugsanstalt.[20]

Der Unterschied zum 1972 verabschiedeten „besonderen Gewaltverhältnis" ist daher nicht materieller, sondern *formeller* Art:[21] Rechtsinhaltlich

---

[15] Vgl. § 2 S. 1 StVollzG; Anerkennung des subjektiv aus der Menschenwürde und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, objektiv aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 I, 20 I GG) hergeleiteten Resozialisierungsgrundsatzes durch BVerfGE 35, 202, 235 f. [1973]; aus jüngerer Zeit insb. E 166, 196 [2023].

[16] S. etwa *Dünkel* in Driebold (Hrsg.), Strafvollzug, 1983, 25, 38 f., 49 ff.

[17] Vgl. zur Kontinuität statt vieler *Jünemann*, Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2012, S. 463 ff. m.w.N.

[18] Diese Entgegensetzung etwa in BVerfG (K), Beschl. v. 30.8.2006 – 2 BvR 1803/05, Rn. 12; auch Beschl. v. 25.10.2011 – 2 BvR 979/10, Rn. 19.

[19] In dessen Rechtfertigung nicht nur vollzugsspezifische, sondern auch weitere Strafzwecke, wie insbesondere „Prävention, Schuldausgleich, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht" (BVerfGE 64, 261, 271), einfließen.

[20] Zusammenfassend *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 149 ff., 377 f.; auch *Jünemann*, Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2012, S. 20 f.

[21] Prägnant *Merten*, in Herzog u.a., Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, Sp. 1132, 1137.

bleibt der Strafvollzug für die Gefangenen ein Zustand verminderter Freiheit. Während aber die mit dem Strafgefangenenbeschluss überwundene Rechtslage die Gefangenengrundrechte „in einer unerträglichen Unbestimmtheit zu relativieren“ drohte, müssen Eingriffe seither zumindest gesetzlich positiviert und anhand eines „von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes“[22] legitimiert werden. Für die Rechtswissenschaft ergab sich daraus eine neue Problemstruktur: Einerseits gilt für den Gefangenenstatus nunmehr – wie für das allgemeine Staat-Bürger-Verhältnis – das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip.[23] Andererseits bricht sich die am konstruktiven Ausgangspunkt unbegrenzte Freiheit Strafgefangener an den vielen besonderen, d.h. speziell diese Gruppe treffenden vollzugsbedingten Einschränkungen. Ihre Rechtsposition stellt sich, obgleich strukturell als gewöhnliche Erscheinungsform der Grundrechtssubjektivität verstanden, *inhaltlich* als grundrechtlicher „Sonderstatus“ dar.[24]

Um diese Gemengelage zu systematisieren, hat sich im Verfassungsrecht eine Lehre gefestigt, die die Zuschreibung eines solchen Sonderstatus an eine Person als deren Eintritt in eine „Eingliederungslage“ deutet.[25] Dieser Rechtsvorgang – hier also die Begründung des „Gefangenenverhältnisses“[26] – beinhaltet einen anfänglichen, für die Eingliederungslage konstitutiven Grundrechtseingriff, der weniger in der Herbeiführung eines klar definierbaren tatsächlichen Zustands besteht als in der Herbeiführung einer *Rechtsstellung*, welche für den Betroffenen – *als* „Gefangenen“ – künftig mit weiteren, nämlich der Operationalisierung der Eingliederungslage dienenden Grundrechtseingriffen einhergeht. In dieser Blickachse erscheint die Freiheit der Person als „eine Art Substrat für die Entfaltung personalen menschlichen Lebens überhaupt“, deren vorgängige Einschränkung viele weitere Grundrechte in Mitleidenschaft zieht.[27] Der Eintritt in den Gefangenenstatus lässt die uneingeschränkte Grundrechtsberechtigung zwar bestehen, konfrontiert sie aber mit den die

---

[22] Zitate aus BVerfGE 33, 1, 10 f.

[23] Dazu nur *Hofmann* Der Staat 34 (1995), 1, 14 f.

[24] Etwa *Bleckmann* DVBl. 1984, 991 ff.; der Begriff „Sonderstatus“ hat verfassungstheoretische Wurzeln bei *Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 8. Aufl. 1993, S. 182.

[25] Statt vieler *v. Kielmansegg*, Grundrechte im Näheverhältnis, 2012, hier S. 324 ff. et pass.; von den unterschiedlichen Fällen solcher Eingliederungslagen (z.B. Schulverhältnis, Beamtenverhältnis u.a.) interessiert vorliegend nur das Gefangenenverhältnis (dazu weiter im Text).

[26] Vgl. *Wimmer*, Rechtsverhältnisse im öffentlichen Recht, 2019, S. 398 ff.

[27] *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang, 1969, S. 126; eine verfassungsrechtliche Ausarbeitung dieses Gedankens findet sich bei *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 173–191.

Freiheitsstrafe legitimierenden „gemeinschaftsbezogenen Zwecken“[28]. Trotz der uneingeschränkten Grundrechtsberechtigung Gefangener erscheint es deshalb so, als wären ihre Rechte (doch) nicht prinzipiell unbegrenzt, sondern prinzipiell *begrenzt*.[29]

Diese Zusammenhänge erleichtern die verfassungsrechtliche Einordnung freiheitsentziehender Maßnahmen wie der Freiheitsstrafe. Wenn sich der (gerechtfertigte) Freiheitsentzug als komplexes Ausübungshindernis für zahlreiche Gefangenengrundrechte auswirkt, dann liegt es nahe, seine verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 104 II GG als immanente Schranke dieser Rechte zu lesen: Juristisch bedeutet „Freiheitsentzug“ dann die Anwendung dieser Grundrechtsschranke auf die Grundrechte einer Person.[30] Der materiell-rechtliche Unterschied zwischen der „Eingliederungslage“ und dem Leben „auf freiem Fuße“ besteht in erster Linie darin, dass dem Gefangenen aus dieser Schranke ein nahezu alle grundrechtlich geschützten Lebensbereiche durchziehender normativer Widerpart erwächst. Die sich ergebende kontinuierliche Ausgleichsbedürftigkeit verweist zugleich auf das dritte und letzte der hier zu betrachtenden Merkmale der Freiheitsstrafe: ihre Verfahrensprägung.

III. Verfahrensprägung des Strafvollzugs

Am Ausgangspunkt ist der Strafgefangene Grundrechtsträger wie jedermann.[31] Die Begründungslast für einen Eingriff in seine Rechte trifft alle Adressaten der Grundrechtsbindung entlang der rechtsstaatlichen

---

[28] S.o. bei und in Fn. 19 und 22.

[29] In der (älteren) strafvollzugsrechtlichen Literatur begegnet die Rede von einer „prinzipielle[n] Umkehr der menschlichen Befindlichkeit“ bzw. der „Konversion“ der Freiheitsrechte Gefangener (nochmals *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang, 1969, S. 126 bzw. 86 nach *Tiedemann,* Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, 1963), die sich auch nach Überwindung der Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis“, materiell-rechtlich betrachtet, nicht erledigt haben dürfte. Der Anschein prinzipieller Begrenztheit der Gefangenenrechte lässt sich etwa an der Systematik der Strafvollzugsgesetze verdeutlichen: Auch wenn den Gefangenen hinsichtlich eines bestimmten Verhaltens kein ausdrücklich normiertes Verbot trifft, kann daraus – anders als im allgemeinen Freiheitsstatus – nicht bereits der Schluss auf die Erlaubtheit des Verhaltens gezogen werden. Vielmehr eröffnen vollzugsrechtliche Generalklauseln – als „Angstklauseln“ bekannt (vgl. *Wißmann*, Generalklauseln, 2008, S. 263 f. m.w.N.) – der Verwaltung weitere Eingriffsbefugnisse (zB. § 4 II 2 StVollzG); ferner kann das Hausrecht der Anstalt z.T. Grundrechtseingriffe legitimieren, vgl. *Lübbe-Wolff*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, 2016, S. 71 f.

[30] S. im Einzelnen *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 128 ff.; bereits *Morlok* in Bemmann/Manoledakis (Hrsg.), Probleme des staatlichen Strafens unter besonderer Berücksichtigung des Strafvollzugs, 1989, 45, 49 ff., *Hoffmeyer*, Grundrechte im Strafvollzug, 1979, S. 114 ff.

[31] S.o. C. I.

Bindungshierarchie (Art. 1 III, 20 III GG), sodass der Gefangenenstatus primär durch den Gesetzgeber und sekundär durch Verwaltung und Justiz auszuformen ist. Zu den Formprinzipien der Gefangenenrechte zählt allerdings die übergreifende verfassungsimmanente Schranke aus Art. 104 II GG, die auf allen Bindungsebenen die Funktionsfähigkeit des Strafvollzugs diesen Rechten gegenüber in Stellung bringt.[32]

Infolgedessen zielt das Gefangenenverhältnis unter Ausschöpfung der Entscheidungsressourcen gewaltenteiliger Rechtserzeugung auf die Herstellung praktischer Konkordanz[33] zwischen diesen und allen übrigen Belangen. Das verleiht dem Strafvollzugsrecht innere Dynamik und Entwicklungsoffenheit. Allgemein lässt sich von einer Verfahrensprägung des Strafvollzugs sprechen: Nach dem gesetzlichen Modell ist er „als Interaktionsprozess" angelegt, der verschiedene Phasen durchläuft und typische Lebenssituationen der Inhaftierten koordiniert.[34] Eingeleitet wird dieser Prozess mit Rechtskraft des Strafurteils durch die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde, die den verurteilten Straftäter zum Haftantritt lädt (§ 457 II 1 StPO). Daran schließen sich das Aufnahmeverfahren und eine Phase der Vollzugsplanung an (§§ 5 ff. StVollzG), die anhand verschiedener Differenzierungsmerkmale (z.B. Geschlecht, Gefährlichkeit, Alter, Wohnort, u.a.) die Zuordnung zu einer Anstalt und einer Vollzugsform – insbesondere offener oder geschlossener Vollzug (§ 10 StVollzG) – gewährleisten.[35] Auch während der Unterbringung unterliegt der individuelle Vollzugs- oder Resozialisierungsplan fortlaufender Konkretisierung im Hinblick auf die (Chancen zur) Erreichung des Vollzugsziels, § 7 III StVollzG. Die letzte Vollzugsphase bilden Entlassungsvorbereitung und Entlassung.[36] Von der Austragung hafttypischer Grundrechtskonflikte während all dieser Phasen unterrichten die zahlreichen einschlägigen Judikate des Bundesverfassungsgerichts.[37]

Ein frühzeitiger allgemeiner Hinweis auf die Verfahrensnatur der gesamten Strafrechtsverwirklichung findet sich in einem Urteil des

---

[32] S.o. C. II.

[33] Im Sinne von *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 72.

[34] Zusammenfassend *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 17, 299 ff.

[35] Übersichtlich *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 63 ff. (Anstalten), 299 ff. (Ablauf); *Kett-Straub*, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 69 Rn. 66 ff.

[36] Zu den hier nicht im Einzelnen interessierenden Entlassungsarten (besonders auch nach § 57 StGB) *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 652 ff.

[37] Dazu die verdienstvolle Sammlung von *Lübbe-Wolff*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, 2016.

Bundesverfassungsgerichts von 1962, in dem das Gericht verschiedene prozessuale Abschnitte zu einem „Gesamtvorgang des Freiheitsentzugs“ verklammert.[38] Besonders deutlich spricht die Verfahrensprägung der Freiheitsstrafe aber wiederum aus dem Wissenschaftsdiskurs der Reformphase um 1970. Sie wird in Stellungnahmen unterschiedlicher theoretischer Provenienz betont. Noch immer vielzitiert ist die Bemerkung Schüler-Springorums, dass diese Kriminalsanktion im Unterschied zu allen anderen „nicht nur ‚vollstreckt‘, sondern darüber hinaus ‚vollzogen‘ wird“.[39] Der Vollzug ist somit als eigenes Stadium der Strafrechtsverwirklichung erkannt und in den Mittelpunkt juristischer Aufmerksamkeit gerückt. Mit systemtheoretischer Grundierung findet sich ein ähnlicher Gedanke im selben Zeitkontext bei Calliess ausgesprochen, der die Strafe als „dialogischen Prozess“ begreift, an dem der Straftäter als Verfahrenssubjekt mit eigenen Rechten und Pflichten teilnimmt.[40] Andere Autorinnen und Autoren mit rollentheoretischem oder organisationssoziologischem Ansatz bevorzugen demgegenüber den von Goffman geprägten Begriff der „totalen Institution“, um die Asymmetrien und Abhängigkeiten zum Ausdruck zu bringen, durch welche die Interaktion zwischen dem Personal und den Insassen einer Justizvollzugsanstalt gekennzeichnet sind.[41]

IV. Zwischenfazit

Drei allgemeine, verfassungsrechtlich (mit-)bedingte Merkmale einer Freiheitsentziehung wurden anhand des Strafvollzugsrechts herausgestellt: Kraft grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts bedarf eine Freiheitsentziehung formellgesetzlicher Ausgestaltung; im Verhältnis zu den Gefangenengrundrechten manifestiert sich die Freiheitsentziehung als verfassungsimmanente in Art. 104 II GG vorgesehene Grundrechtsschranke; die daraus resultierende Ausgleichsbedürftigkeit zwischen Gefangenenrechten und Funktionserfordernissen des Strafvollzugs ist schließlich ein Hauptgegenstand des Vollzugs als Verfahren. Wie verhält

[38] BVerfGE 14, 174, 186 [1962].

[39] *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang, 1969, S. 125; aufgegriffen etwa bei *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 12.

[40] *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974, hier S. 97 ff.

[41] Insb. *Eisenhardt*, Strafvollzug, 1978, S. 67 ff., im Rekurs auf *Goffman*, Asyle (Asylums, 1961), mittlerweile 21. Aufl. 2018.

sich diese Bestandsaufnahme über die Freiheitsstrafe nun aber zur herkömmlichen Definition der Freiheitsentziehung?

D. Kritik der herkömmlichen Definition

Nach verbreiteter Vorstellung ist eine Freiheitsentziehung ein allseitiges Fortbewegungshindernis.[42] Vielen gilt das Eingesperrtsein einer Person als *pars pro toto* für deren Gefangenschaft. Entzogen ist dem Gefangenen danach im Wesentlichen die Freiheit, den Raum, in dem er sich befindet, wieder zu verlassen.[43] Die obigen Betrachtungen nähren allerdings Zweifel an der Passgenauigkeit dieses Bildes. Denn offenbar blendet es zentrale Aspekte freiheitsentziehender Maßnahmen aus:

Erstens reduziert es den verfahrensrechtlich gestuften „Gesamtvorgang"[44] auf eine bloße Situationsbeschreibung. Jedoch stellen sich die Freiheitsentziehung im Allgemeinen, die Freiheitsstrafe im Besonderen, als komplexe, rechtlich geordnete „Interaktionsprozesse"[45] dar, deren Dynamik und Gestaltbarkeit die herkömmliche verfassungsrechtliche Definition nicht widerspiegelt. Der von ihr beschriebene Zustand des Eingesperrtseins mag zwar eine rechtliche und tatsächliche *Folge* jenes Gesamtvorgangs sein.[46] Den Vorgang als solchen erfasst sie aber nicht.

Zweitens ist diese Zustandsbeschreibung zu eng, weil sie nur ein einzelnes Stadium jenes Gesamtvorgangs, nämlich die geschlossene Unterbringung der betroffenen Person, erfasst. Mag diese Belastungssituation auch häufig mit einer Freiheitsentziehung, zumal mit der Freiheitsstrafe, einhergehen, erfährt sie doch erhebliche Relativierungen. Beispielsweise bildet der offene Vollzug eine Standardmodalität des modernen Strafvollzugs (§ 10 StVollzG). Entsprechende Haftanstalten sehen „keine oder nur verminderte Vorkehrungen gegen Entweichungen" vor (§ 141 II StVollzG), sodass Gefangene in relativ selbstbestimmter Weise einer geregelten Arbeit außerhalb der Anstalt nachgehen und ihre

---

[42] S.o. sub B.

[43] Ähnlich wie die eingangs zitierte Literatur die Begriffsbestimmung in § 415 II FamFG: „Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit insbesondere in einer abgeschlossenen Einrichtung, wie einem Gewahrsamsraum oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses, die Freiheit entzogen wird." Der einzige gehaltvolle Teil dieser im Übrigen tautologischen Definition („Freiheitsentziehung", „wenn Freiheit entzogen") liegt im Hinweis auf die genannten geschlossenen Räumlichkeiten.

[44] S.o. bei und in Fn. 38.

[45] S.o. bei und in Fn. 34.

[46] Vgl. in diesem Zusammenhang *Merten*, in ders./Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2011, Rn. 7: Bewegungsfreiheit als „Folge eines wirksamen Verhaftungsschutzes".

Sozialkontakte pflegen können. Und selbst der geschlossene Vollzug in einer ausbruchsicheren Haftanstalt umfasst reguläre Vollzugslockerungen, wie Ausführung, Freigang, Hafturlaub oder Außenbeschäftigung.

Drittens schließlich – und dieser Punkt ist verfassungsrechtlich zentral – geht die herkömmliche Kurzformel am eigentlich relevanten Grundrechtsproblem vorbei. In gewisser Hinsicht bewegt sich die Idee von der Freiheitsentziehung als Fortbewegungshindernis fast noch in den Bahnen der Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis". Denn sie verengt die mit der anstaltsmäßigen „Eingliederung"[47] einer Person verbundenen Freiheitsverluste auf einen kleinen Ausschnitt der Grundrechte, nämlich den der ungehinderten räumlichen Fortbewegung, wodurch die *insgesamt* eintretende Verengung des Freiheitsradius aus dem Blick gerät. Stellt man hingegen die uneingeschränkte Grundrechtsberechtigung Gefangener mit dem Strafgefangenenbeschluss an den Ausgangspunkt der Betrachtung, dann zeigt sich, dass die Freiheitsentziehung weit mehr an „Freiheit" als die Möglichkeit zur Ortsveränderung nimmt: Sie reglementiert die Lebensführung der Gefangenen *im Ganzen* – von den Vitalbedürfnissen (Wohnen, Ernährung, Gesundheit) über die Sozialkontakte (Familie, Beruf) bis zur Freizeitgestaltung – und involviert dementsprechend Einschränkungen sämtlicher der damit zusammenhängenden Grundrechte. Sie alle sind mit den objektiven Funktionserfordernissen des Vollzugs zum Ausgleich zu bringen. In der Summe wird dem Gefangenen geradezu „seine Erwachsenenrolle verweigert"[48]. Nicht in der „verschlossenen Tür" besteht also das eigentliche Grundrechtsproblem, sondern in jenem übergreifenden Ausübungshindernis, welches die vor der Freiheit der Person (Art. 2 II 2 GG) gerechtfertigte verfassungsimmanente Schranke nach Art. 104 II GG für die allermeisten übrigen Freiheitsrechte (Art. 6, 8, 9, 11, 13 GG)[49] bildet. Nicht im Eingesperrtsein des Gefangenen, sondern in dem Umstand, dass seiner Autonomie aus dieser Schranke ein omnipräsenter normativer Widerpart erwächst, liegt das eigentliche Übel einer Freiheitsentziehung. Nur in diesem übertragenen Sinn ist seine Freiheit „nach allen Seiten hin aufgehoben": Der Gefangene

---

[47] S.o. bei und in Fn. 25.

[48] *Laubenthal* in Dreier/Forkel/Laubenthal (Hrsg.), FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, 169.

[49] Auch an das Wahlrecht (Art. 38 I 1 GG) wäre zu denken, §§ 13, 15 II Nr. 1 BWahlG i.V.m. § 45 I, II und V StGB; kritisch *Peters*, in Michl, NK-BWahlG im Ersch., § 45 StGB Rn. 17 ff.

sieht praktisch all seine Grundrechte unablässig mit jenem Kollisionswert aus Art. 104 II GG konfrontiert.

Zusammengefasst ist die herkömmliche Definition doppelt fehlproportioniert: Einerseits geht sie freiheitstheoretisch zu weit, da sie den genannten Eingriff als durchgängiges Eingesperrtsein umschreibt, obwohl die „Geschlossenheit" reguläre Relativierungen kennt. Andererseits geht sie aber auch nicht weit genug, weil der Freiheitsentzug – in gleich welcher Vollzugsform – gerade nicht „nur" die Fortbewegung des Gefangenen, sondern seine Selbstbestimmung im Ganzen einschränkt. Fragen wir abschließend, welche Schlussfolgerungen ein im Dialog von Verfassungsrecht und Strafvollzugsrecht geschärftes Verständnis der Freiheitsstrafe mit Blick auf deren Rechtfertigung erlaubt.

E. Freiheitsentziehung im Spiegel der Strafzwecke

I. Verfassungsrechtliche Tragweite des Strafübels

Wenn man die Freiheitsstrafe vom Grundgesetz aus in den Blick nimmt und bereit ist, sich von dem Bild des „hinter Schloss und Riegel" gebrachten Kriminellen zu lösen, offenbart sich der eintretende Freiheitsverlust erst in seiner ganzen Reichweite: Kaum ein Grundrecht bleibt von dieser Strafform unberührt, die Beschreibung als „Freiheitsentziehung" erscheint insofern durchaus treffend.[50]

Dieser Befund zieht eine in der strafvollzugsrechtlichen Literatur erkennbare Tendenz in Zweifel, die Fülle an Grundrechtsbetroffenheiten, die eine Freiheitsstrafe mit sich bringt, als „Nebenwirkungen"[51], „Reflexwirkungen"[52] oder „Annexwirkungen"[53] des (eigentlich) auf die Freiheit der Person abzielenden Eingriffs zu deuten; dann erscheinen sie als bloß indirekte, rein „faktisch" bewirkte, also unbeabsichtigte, lediglich in Kauf genommene Nebenfolgen der Freiheitsstrafe. Tatsächlich *manifestiert* sich ein Eingriff in eben jenes Recht aus Art. 2 II 2, 104 GG aber

[50] Eigentlich handelt es sich dabei um einen gewöhnlichen Grundrechtseingriff i.S.d. Art. 2 II 3 GG, jedenfalls keinen Grundrechts-„Entzug"; in der Bezeichnung kommt die außerordentlich weitreichende freiheitstheoretische Dimension des Eingriffs aber gut zum Ausdruck.

[51] *Walter*, Strafvollzug, 2. Aufl. 1999, Rn. 360.

[52] *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug, 5. Aufl. 2002, § 5 Rn. 52.

[53] *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 244.

gerade darin, zahlreiche „Folgegrundrechte“ mit zu erfassen.[54] All diese Wirkungen sind somit integrale Bestandteile, gewissermaßen „Hauptwirkungen“ einer Freiheitsstrafe.

Soll von dieser Strafform also kaum ein Grundrecht verschont bleiben, bildet sie geradezu das Negativ zu dem umfassenden Freiheitsversprechen des Grundgesetzes.[55] Dementsprechend herausfordernd gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der *Eingriffsrechtfertigung*. Sie kann hier zwar nicht ausdiskutiert, doch zumindest in ihrem Ansatz akzentuiert werden.

II. Strafübel und Dauerkrise der Resozialisierung

Einen wesentlichen Aspekt der Prüfung der Sachlegitimation bildet die Identifikation legitimer Eingriffszwecke, aufgrund derer sich die Freiheitsstrafe im Weiteren als geeignet, erforderlich und angemessen im Verhältnis zu den Grundrechtsbetroffenheiten auf Seiten der verurteilten Straftäter erweisen muss.[56] Welcherart Zwecke legitimieren nun aber einen Eingriff der oben beschriebenen Qualität, der nahezu sämtliche für eine selbstbestimmte Lebensführung relevanten Grundrechte so massiv beschneidet, dass man dem Betroffenen geradezu die „Erwachsenenrolle verweigert“?[57]

Viele verweisen hier an erster Stelle auf das Vollzugsziel der *Resozialisierung*, das in der Formationsphase des deutschen Strafvollzugsrechts zum (verfassungs-)rechtlichen Paradigma der Freiheitsstrafe wurde.[58] Allerdings scheint der Strafvollzug dieses Ziel nur sehr eingeschränkt erfüllen zu können. Die Rede von einer „Krise der Resozialisierung“ ist in etwa genauso alt wie das Bundesstrafvollzugsgesetz von 1976 selbst.[59] Auch neuere empirische Studien weisen eine zu hohe Rückfallquote aus, um dem Strafvollzug eine sonderlich ausgeprägte Effizienz in puncto

---

[54] *Neubacher*, in Laubenthal u.a., Strafvollzugsgesetze, 12. Aufl. 2015, B Rn. 97; auch *Kett-Straub*, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 69 Rn. 49 („notwendige Folge“).

[55] Zur überragenden Bedeutung der Grundrechte in der deutschen Verfassungsordnung *Dreier* in ders. (Hrsg.), Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, 2014, 37, 60 f.; *ders.* DÖV 2024, 413.

[56] Jüngst etwa *Bohn* NSW 2025, 1, 4 ff.

[57] S.o. bei und in Fn. 48.

[58] S.o. bei und in Fn. 15.

[59] *Ramsbrock*, Geschlossene Gesellschaft, 2020, S. 284 ff. (zit. 285), 295 ff.

positiver Spezialprävention bescheinigen zu können.[60] Begibt man sich auf Ursachenforschung, führt der Weg alsbald zurück zu den angesprochenen Merkmalen des rechtfertigungsbedürftigen Eingriffs, d.h. der Freiheitsentziehung: Gerade der Umstand des weitgehenden gesellschaftlichen Ausschlusses der Gefangenen verstärkt nach Ansicht vieler älterer, aber auch jüngerer Beobachter des Strafvollzugs die Entstehung resozialisierungsungünstiger Bedingungen, wie z.B. eine „Prisonisierung" der Haftinsassen oder eine durch Gewaltbereitschaft geprägte Subkultur.[61] So gewendet, ist die Dauerkrise der Resozialisierung bei der Freiheitsstrafe, jedenfalls in ihrer klassischen, geschlossen vollzogenen Form, geradezu vorprogrammiert.

Wenn aber ein solcher Problemzusammenhang zwischen Freiheitsentzug und Resozialisierung besteht, schwächt er von vornherein die Rechtfertigungskraft dieses Zwecks für jenen Eingriff und lenkt den Blick auf Strafzwecke, die stärker an das Moment der *Übelszufügung* anknüpfen. Eine problemsensible Betrachtung wird zwar völlig zurecht darauf drängen, „die als Übelszufügung verhängte Freiheitsstrafe zu Resozialisierungszwecken zu nützen"[62], wird realistischerweise aber nicht umhinkommen, Eingriffszwecke repressiverer Grundausrichtung ins Auge zu fassen.

III. „Schuldausgleich" und die unscharfen Grenzen der Strafe

Die Strafe in ihrer Qualität als „repressive Übelszufügung"[63] ist Ausfluss der retributiven Strafzwecke „Schuldausgleich, Sühne und Vergeltung"[64]. Die strafbegründende Legitimationskraft entsprechender Lehren, deren Wirksamkeit historisch weit zurückreicht, wird bekanntermaßen vielfach bestritten und mag an dieser Stelle dahinstehen.[65] Setzt man

---

[60] *Kett-Straub*, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 69 Rn. 24 f., mit vorsichtiger Interpretation relevanter Daten; eine tiefe Kluft zwischen Resozialisierungsanspruch und Vollzugsrealität konstatierten jüngst auch *Neubacher/Kant* KrimOJ 7 (2025), 227; ernüchternde Darstellung der Realität der Resozialisierungsidee aus Sicht eines Ex-Anstaltsleiters bei *Galli*, Weggesperrt, 2020, S. 38 ff.

[61] Zu älteren Diskursen nochmals *Ramsbrock*, Geschlossene Gesellschaft, 2020, S. 251 ff., 277 ff.; aus jüngerer Zeit etwa *Neubacher/Boxberg* in Maelicke/Suhling (Hrsg.), Das Gefängnis auf dem Prüfstand, 2018, 195 ff.

[62] *Böhm*, Strafvollzug, 3. Aufl. 2003, Rn. 26.

[63] BVerfGE 109, 133, 173 [2004] u.ö.

[64] Zur verfassungsgerichtlichen Anerkennung dieser Zwecke schon oben in Fn. 19; Überblick zur neueren „Renaissance retributiver Straftheorien" bei *Lichtenthäler* ZJS 6/2020, 566, 570 ff.

[65] Umfassend zur Kritik solcher Ansätze *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 8 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 134 ff., mit

sie einmal voraus, stellt sich als nächstes die Frage nach der genaueren Funktionsweise jenes „Schuldausgleichs“. Ihre Beantwortung gestaltet sich allerdings schwierig.

Um dem Grundgedanken eines gerechten Ausgleichs Sinn zu verleihen, wird man nämlich annehmen müssen, dass sich die individuelle Strafhöhe in objektiv bestimmbaren und damit *bemessbaren* „Strafquanten“[66] ausdrücken lässt. Bei der Freiheitsstrafe bereitet eine solche Quantifizierung nun jedoch nicht nur in Anbetracht der außerordentlich weitreichenden Partizipationsverluste Schwierigkeiten. Darüber hinaus fließen in diese Rechnung noch weitere kaum quantifizierbare „Unbekannte“ ein, die dem Vergeltungsgedanken eine ganz beträchtliche Unschärfe verleihen:

Da wäre erstens die Problematik finanzieller Überschuldung Strafgefangener, die in einem komplexen Zusammenhang zum staatlichen Sanktionssystem steht. Neben Schadensersatzansprüchen der Opfer tragen etwa Anwalts- und Gerichtskosten, aber auch das „Schuldenwesen“ der Häftlinge untereinander innerhalb der Justizvollzugsanstalten oftmals zur Entstehung eines regelrechten Schuldenbergs bei.[67] Dieser Umstand erschwert nicht nur die Resozialisierung, sondern verunklart als der Freiheitsstrafe diffus anhaftender Belastungsfaktor auch die materiellen Konturen jenes „Ausgleichs“.

In ähnlicher Weise wirkt sich zweitens die nur partielle Einbeziehung der Strafgefangenen in die sozialen Sicherungssysteme aus.[68] Speziell ihre Nichteinbeziehung in die Rentenversicherung[69] schlägt sich in der Berechnung ihrer Altersrente nieder. Als „Spätfolge der Freiheitsstrafe“[70] lässt sie deren Übelscharakter also auch noch weit nach Strafverbüßung

---

prononciert verfassungsrechtlicher Argumentation. – Das legitimationstheoretische Kapital der Vergeltungstheorien (besonders gegenüber Präventionstheorien) mag freilich darin liegen, nicht nur die „Nützlichkeit“ der Strafe, sondern ihre *moralische* Rechtfertigung zu problematisieren, vgl. *Cavell*, Der Anspruch der Vernunft (The Claim of Reason, 1979), dt. 2016, S. 484 ff.

[66] *Streng*, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 46 Rn. 26 ff.

[67] *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 648; *ders.* BAG-S Informationsdienst Straffälligenhilfe 25 (2/2017), 26, 29.

[68] Einbezogen sind sie in die Arbeitslosenversicherung, § 26 I Nr. 4 SGB III, wenngleich es eine Reihe von Unklarheiten gibt, vgl. BSG, Urt. v. 17.12.24 – B 11 AL 10/23 R, Rn. 21 ff.

[69] Der Gesetzgeber schob die Einbeziehung bei Legiferierung des StVollzG (1976) zunächst auf (§§ 198 III, 190) und konnte sich bis jetzt nicht zu diesem (kostspieligen) Schritt entschließen; die neuere Rechtsprechung zur Gefangenenvergütung (BVerfGE 166, 196 [2023]) gibt der Diskussion darüber wieder Nahrung, vgl. aus der vergangenen Legislaturperiode die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage von Abgeordneten der Partei Die Linke, BT-Drs. 20/11837.

[70] *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 479.

(wieder) aufleben und verwischt so die zeitlichen Ränder des „Schuldausgleichs“.

Drittens schließlich sind die registerrechtlichen Folgen von Straftaten in Gestalt der Eintragungen in das Bundeszentralregister nicht zu vergessen. Sie werden nach Maßgabe des § 32 BZRG auch in das Führungszeugnis übernommen, das einem prospektiven Arbeitgeber typischerweise vorzulegen ist. Mögen Präventionsgesichtspunkte diese Praxis auch mitunter stützen, so liegt doch im schwer greifbaren sozialen Stigma der Vorstrafe[71] ein zusätzlicher, ebenfalls nicht quantifizierbarer Entgrenzungsfaktor der „Vergeltung“.

IV. Schlussbemerkung

Aus alldem wird deutlich: Der „Gesamtvorgang“ der Freiheitsstrafe hat eine noch sehr viel weitere, unschärfere Ausdehnung als oben im Zuge der grundrechtlichen Analyse festgehalten wurde. Umso schwieriger gestaltet sich aber seine Rechtfertigung. Über die beschriebenen grundrechtlichen Autonomieverluste hinaus wird man dabei gerade auch jene Fernwirkungen berücksichtigen müssen. Sollten auf dieser Blickachse nun weitere „Treffpunkte“ zwischen dem Strafrecht und dem öffentlichen Recht (etwa dem Sozialrecht) liegen, wäre das für beide eine gute Gelegenheit, den Austausch fortzusetzen.

[71] *Goffman*, Stigma (1963), 1986, S. 12, fasst „imprisonment” unter die soziale Zuschreibungskategorie „blemishes of individual character perceived as weak will, domineering or unnatural passions, treacherous and rigid beliefs, and dishonesty”.

Deepfakes im Straf- und Strafverfahrensrecht

Christian Rückert, Markus Hartmann, Miriam Anna Margerie,
Lorenz Meinen und Stefanie Wiedemann, Bayreuth/Köln*

ABSTRACT

Deepfakes stellen seit einigen Jahren eine neue gesellschaftliche und speziell auch rechtliche Herausforderung dar. Unter dem Begriff Deepfake versteht man nach Art. 3 Nr. 60 KI-VO (VO (EU) 2024/1689) einen durch KI erzeugten oder manipulierten Bild-, Ton- oder Videoinhalt, der wirklichen Personen, Gegenständen, Orten, Einrichtungen oder Ereignissen ähnelt und einer Person fälschlicherweise als echt oder wahrheitsgemäß erscheinen würde. Die sich stetig verbessernden Deepfake-Technologien versprechen Kriminellen wie Strafverfolgern völlig neue Möglichkeiten. Bislang stehen im Fokus des strafrechtlichen Diskurses beinahe ausschließlich die Strafbarkeit verletzender Deepfakes de lege lata und ferenda. Andere Fragestellungen fristen weitgehend ein Schattendasein.[1] Dieser Beitrag soll einen Überblick über Deepfakes im Kontext des Strafrechts mit besonderem Fokus auf diese Fragestellungen liefern. Für ein umfassendes Verständnis der Materie ist zunächst erforderlich die technischen Hintergründe nachzuvollziehen (A.). Nach einer Untersuchung der Strafbarkeit verletzender Deepfakes (B.), wird ein Blick auf die

* Der Beitrag wurde gefördert durch das Bayerische Forschungsinstitut für Digitale Transformation (bidt), einem Institut der Bayerischen Akademie der Wissenschaften unter dem Förderkennzeichen KON-024-008 (Projekt: For the greater Good? Deepfakes in der Strafverfolgung).

Prof. Dr. Christian Rückert ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht an der Universität Bayreuth. Kontakt: lehrstuhl.str2@uni-bayreuth.de.

LOStA Markus Hartmann ist Leitender Oberstaatsanwalt bei der Generalstaatsanwaltschaft Köln und Leiter der ZAC NRW.

OStA.in Miriam Anna Margerie ist Oberstaatsanwältin bei der ZAC NRW bei der Generalstaatsanwaltschaft Köln. Kontakt: miriam.margerie@gsta-koeln.nrw.de.

Lorenz Meinen ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Christian Rückert.

Stefanie Wiedemann ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Wirtschaftsinformatik und humanzentrische Künstliche Intelligenz an der Universität Bayreuth.

[1] Siehe aber: *Margerie/Hartmann* EuDIR 2025, 73 ff.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2025-25

Möglichkeiten geworfen, die Deepfakes für die Strafverfolgung eröffnen könnten (C.) und abschließend wird skizziert, wie die Verbreitung laienfreundlicher Deepfake-Technologien das Beweisrecht der StPO herausfordern werden (D.).

A. Technische Einführung

Der Begriff Deepfakes ist auf die beiden Wörter Deep Learning und Fake zurückzuführen, wobei Deep Learning die Methode beschreibt, die zur Erzeugung solcher Manipulationen genutzt wird. Deep Learning ist ein Teilgebiet des maschinellen Lernens, das wiederum eine Unterdisziplin der künstlichen Intelligenz ist. Das Rückgrat des Deep Learning bilden künstliche neuronale Netze (KNN). Mit diesen wird versucht, die Funktionsweise des menschlichen Gehirns zu simulieren. Ein KNN besteht aus Knotenpunkten, sogenannten Neuronen, die in Schichten organisiert sind. Jedes Netz besitzt eine Eingabeschicht, eine Ausgabeschicht und mindestens eine dazwischenliegende sogenannte versteckte Schicht (engl. hidden layer), in der relevante Merkmale aus den Eingabedaten gezogen werden. Dazu sind die einzelnen Knoten einer Schicht mit den Knoten aus der vorausgehenden bzw. nachfolgenden Schicht über gewichtete Verbindungen, sogenannte Kanten, verbunden. Ziel ist es, die Gewichte dieser Verbindungen mithilfe von Trainingsdaten so zu modellieren, dass der Fehler zwischen der Ausgabe des KNN und dem tatsächlichen Wert minimiert wird. So lernt das KNN Vorhersagen oder Entscheidungen für unbekannte Eingabedaten zu treffen.[2]

Diese Technologie eröffnet eine Vielzahl an Manipulationsmöglichkeiten. Im Bild- und Videobereich kommen Verfahren wie Face Swap, also der Austausch von Gesichtern, Face Reenactment sowie Puppeteering zum Einsatz. Letzteres umfasst die Kontrolle von Lippenbewegungen, Mimik, Kopf- und Körperbewegungen.[3] Darüber hinaus sind auch Editierung und Synthetisierung möglich, also die Anpassung oder Erzeugung bestimmter Bild- oder Videomerkmale.[4] Im Audiobereich zählen Technologien zur Umwandlung von geschriebenem Text in mit synthetischen Stimmen gesprochenen Text[5] und die Umwandlung einer Stimme in die

[2] Zum Ganzen *Döbel* et al., Maschinelles Lernen – Eine Analyse zu Kompetenzen, Forschung und Anwendung, 2018, S. 11 f.

[3] *Mirsky/Lee*, The Creation and Detection of Deepfakes: A Survey, 2021, S. 3 f.

[4] *Mirsky/Lee*, The Creation and Detection of Deepfakes: A Survey, 2021, S. 4.

[5] *Khanjani* et al., Audio Deepfakes: A Survey, 2022, S. 8.

Stimme einer anderen Person, auch genannt Voice Conversion, zu den zentralen Verfahren.[6]

Das Voranschreiten der Technologie macht es notwendig, dass Detektionsmöglichkeiten entwickelt werden. Vielfach ist die Detektion noch durch genaues Betrachten des Mediums möglich. Deepfakes enthalten oft Anomalien, die mit bloßem Auge erkennbar sind, wie fehlerhafte Bewegungen, unnatürlich wirkende Gesichtszüge, anatomisch unrealistische Details oder inkonsistente Lichtverhältnisse und unpassende Schatten. Dazu werden aber auch immer mehr technische Möglichkeiten der Detektion entwickelt, die selbst Deep Learning Methoden verwenden, um Anomalien zu erkennen.[7]

B. Deepfakes im materiellen Strafrecht

Deepfakes werden zunehmend zu strafbaren Zwecken eingesetzt. Die relevanten Delikte lassen sich grob in zwei Kategorien unterteilen.

In der ersten Kategorie können Strafbarkeiten durch den konkreten Einsatz oder die Herstellung (unabhängig vom Inhalt) des Deepfakes begründet werden. Hierunter fallen im Kernstrafrecht insbesondere § 263 StGB (bspw. durch den Enkeltrick oder CEO-Fraud[8]) und § 253 StGB (bspw. durch Sextortion[9]).[10] Auch im Nebenstrafrecht finden sich Strafbarkeiten dieser Kategorie. So können sich die Hersteller von Deepfakes nach §§ 106, 108 UrhG aufgrund der Verletzung von Urheber- und verwandten Schutzrechten strafbar machen.[11] Außerdem sind identifizierende Darstellungen personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO, weshalb die Herstellung und Verbreitung von Deepfakes auch nach § 42 BDSG strafbar sein kann, wenn die dort genannten sehr spezifischen Voraussetzungen erfüllt sind.[12]

Die zweite Kategorie bilden die Delikte, die durch persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalte von Deepfakes begangen werden. Die sich hier ergebenden und bislang ungeklärten Deepfake-spezifischen Besonderheiten

---

[6] *Khanjani* et al., Audio Deepfakes: A Survey, 2022, S. 12.

[7] *Mirsky/Lee*, The Creation and Detection of Deepfakes: A Survey, 2021, S. 27 ff.

[8] Hierbei geben sich Täter als ein Vorgesetzter des Täuschungsadressaten aus und veranlassen diesen zu Zahlungen an ein bestimmtes Konto.

[9] Hier werden intime Aufnahmen als Nötigungsmittel genutzt, um Erpressungstaten zu begehen.

[10] Siehe auch *Valerius* CyberStR 2025, 1, 3.

[11] Vgl. *Valerius* CyberStR 2025, 1, 3 m.w.N.

[12] Vgl. *Valerius* CyberStR 2025, 1, 3 m.w.N.

werfen die Frage auf, ob das Strafrecht Schutzlücken in Bezug auf persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes aufweist. Davon geht wenigstens der Bundesrat aus[13] und hat in Folge zweimal beschlossen, den Gesetzesentwurf § 201b StGB-E (Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch digitale Fälschung) in den Bundestag einzubringen.[14] Ob solche Schutzlücken tatsächlich bestehen, wird im Folgenden untersucht.

I. §§ 185 ff. StGB

Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist stets auch an die Ehre und damit an §§ 185 ff. StGB zu denken. Die erste Besonderheit bei Deepfakes ergibt sich bei der Unterscheidung von Tatsachenbehauptung und Werturteil. Eine Tatsachenbehauptung ist jede Äußerung, deren Wahrheitsgehalt überprüfbar ist.[15] Ein Werturteil dagegen ist eine Äußerung, die nicht dem Beweis zugänglich ist und von Elementen der Stellungnahme geprägt ist.[16] Für die Abgrenzung ist das Verständnis der Äußerung aus Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Empfängers relevant.[17] Ausschlaggebend ist, ob das Deepfake vom Durchschnittsbetrachter leicht als solches enttarnt werden kann. Ist dem nicht so, liegt dem Deepfake die Tatsachenbehauptung zu Grunde, das Portraitierte sei tatsächlich geschehen.[18] Ist diese Tatsachenbehauptung dann ehrverletzend, kommen insbesondere die §§ 186 f. StGB in Betracht.[19] Eine Ehrverletzung liegt vor, wenn der betroffenen Person Mängel nachgesagt werden, die bei tatsächlichem Vorliegen den Geltungswert des Betroffenen mindern würden.[20] Im Deepfake Kontext kommen hier insbesondere zwei Fallgruppen in den Sinn: pornographische oder sonst nackte Darstellungen (ganz vorwiegend sind Frauen betroffen[21]) und Personen, denen Worte in den Mund gelegt werden, die sie nie oder nicht in dieser

[13] BR-Drs. 222/24, S. 8.

[14] BR-Drs. 222/24; BR-Drs. 272/25.

[15] BGH NJW 1994, 2614, 2615.

[16] BVerfG NJW 1983, 1415, 1415.

[17] *Valerius*, in BeckOK StGB, 66. Edition 1.8.2025, § 186 Rn. 6.

[18] Im rein fotografischen Kontext so auch: BVerfG NJW 2005, 3271, 3273.

[19] Vgl. *Fischer/Anstötz*, in Fischer StGB, 72. Aufl. 2025, § 186 Rn. 4; *Sinn*, in Satzger/Schluckebier/Werner Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 2024, § 186 Rn. 9.

[20] BGH NJW 1989, 3028, 3028.

[21] *Pawelec/Bieß*, Deepfakes Technikfolgen und Regulierungsfragen aus ethischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive, 1. Aufl. 2021, S. 53 f.

Form von sich gegeben haben (insbesondere Menschen der politischen Öffentlichkeit[22]).

1. Pornographie/Nacktheit

Bislang ist noch ungeklärt, ob die Darstellung von Nacktheit oder der Mitwirkung an pornographischen Inhalten stets oder nur in bestimmten Kontexten ehrenrührig ist. Gegen die Annahme einer per se vorliegenden Ehrenrührigkeit spricht jedenfalls, dass weder Nacktheit noch Mitwirkung an Pornographie an sich durch die Rechts- oder Gesellschaftsordnung missbilligt werden.[23] In welchen Einzelfällen dennoch eine Ehrenrührigkeit und daher eine Strafbarkeit nach den §§ 185 ff. StGB begründet ist, kann in diesem kurzen Beitrag nicht beleuchtet werden. Die Rspr. wird hier bestimmte Fallgruppen herausbilden müssen.

2. Zuschreibung von Äußerungen

Werden einer Person fremde Worte in den Mund gelegt, entsteht der Eindruck, dass die Person das Geäußerte als eigene Überzeugung repräsentiert. Steht diese vermeintliche Überzeugung nicht im Einklang mit der Rechtsordnung, wird man das Deepfake als ehrenrührig qualifizieren müssen.[24] Besonders Menschen im politischen Leben sehen sich diesem Risiko ausgesetzt. In diesem Kontext ist immer an § 188 StGB zu denken. Allerdings muss dann auch im Rahmen des § 193 StGB eine Abwägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Freiheiten des Art. 5 GG vorgenommen werden,[25] wobei der Meinungsfreiheit bei öffentlichem Interesse ein gesteigertes Gewicht zukommt.[26] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (hier in Ausprägung des sozialen Geltungswerts) überwiegt dennoch regelmäßig, wenn Darstellungen, die einen Wahrheitsanspruch erheben, diesem nicht gerecht werden.[27] Deepfakes dieser Art dürften ihrem Wahrheitsanspruch nur selten gerecht werden und daher zu einer

---

[22] Bspw. das Video von Olaf Scholz, in dem dieser vermeintlich ein Verbot der AfD fordert: *Schmalzried*, Scholz-Deepfake, abrufbar unter: https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/scholz-deepfake-sind-ki-faelschungen-verboten,TwzZ6nE, zuletzt abgerufen am 13.10.2025.

[23] Vgl. *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 3. Aufl. 2023, § 3 Rn. 172.

[24] Vgl. *Meinicke* DSRITB 2020, 981, 990.

[25] *Hilgendorf*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 193 Rn. 6.

[26] BVerfG NJW 2020, 2622, Rn. 29.

[27] Vgl. allgemein zum APR: BGH NJW 2009, 3576, Rn. 19; BVerfG NJW 2008, 39, Rn. 90.

Strafbarkeit der Verbreitung führen.[28]

II. § 201a StGB

§ 201a StGB schützt den höchstpersönlichen Lebensraum.[29] Im Deepfakekontext ist hauptsächlich an pornographische oder sonst nackte Darstellungen zu denken. § 201a StGB setzt in allen Varianten eine Bildaufnahme voraus. Es kommt also darauf an, ob Deepfakes eine Bildaufnahme darstellen können. Im Rahmen des Abs. 1 versteht man darunter die visuell erfassbare Reproduktion eines realen Geschehens durch technische Mittel.[30] Ein Deepfake ist keine solche Reproduktion eines realen Geschehens. Gänzlich synthetische Medien scheiden von vornherein aus. Manipulationen von „echten" Bildaufnahmen (bspw. Face-Swaps) verletzen den höchstpersönlichen Lebensraum regelmäßig erst durch die nachträgliche Veränderung. § 201a I StGB ist aber nur einschlägig, wenn bereits das Original tatbestandlich ist.[31] Deepfakes sind also in den (wohl einzig relevanten) Fällen, in denen erst die Manipulation eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bewirkt, nicht von § 201a I StGB erfasst.[32]

Im Rahmen des Abs. 2 wird dies von Teilen der Literatur anders gesehen.[33] Anders als Abs. 1 knüpft Abs. 2 nicht an den Schaffensprozess (Herstellen oder Übertragen) an. Es braucht (nur) die Zugänglichmachung. Diese Unterscheidung scheint der einzige Anknüpfungspunkt für eine extensivere Auslegung des Begriffs der Bildaufnahme in Abs. 2 zu sein.[34] Jedoch suggeriert der Wortteil „Aufnahme" auch losgelöst von den Tathandlungen des „Herstellens" oder „Übertragens" nach allgemeinem Sprachgebrauch die Reproduktion tatsächlichen Geschehens. Gegenstand einer Aufnahme kann demnach nur sein, was sich in Wirklichkeit zugetragen hat. Es ist daher höchst fraglich, ob eine so extensive Auslegung vor dem Hintergrund der Wortlautgrenze des Art. 103 II GG

---

[28] Denkbar ist hier im Wesentlichen die synthetische Nachstellung eines tatsächlich vorgefallenen Ereignisses. Dabei muss man sich fragen, wie realitätsgetreu die Nachstellung ausfallen muss.

[29] LK/StGB-*Valerius*, § 201a Rn. 11.

[30] Fischer/StGB-*Fischer/Anstötz*, § 201a Rn. 4; LK/StGB-*Valerius*, § 201a Rn. 25.

[31] LK/StGB-*Valerius*, § 201a Rn. 25; *Graf*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 201a Rn. 26.

[32] So auch: *Lantwin* MMR 2020, 78, 79; *Valerius* CyberStR 2025, 1, 2.

[33] Statt vieler: *Bosch*, in SSW StGB, § 201a Rn. 18; *Lantwin* MMR 2020, 78, 79; *Meinicke* DSRITB 2020, 981, 987.

[34] So wohl *Lantwin* MMR 2020, 78, 79; ähnliche Argumentation bei: *Valerius* CyberStR 2025, 1, 2.

Bestand haben kann. Nach diesem Verständnis scheiden gänzlich synthetische Medien per se aus. Aber auch manipulierte echte Medien können nicht anders behandelt werden, sonst würde Abs. 2 einen weitergehenden Veränderungsschutz als Abs. 1 bieten, was bedeuten würde, dass den abgebildeten Personen bei Bildaufnahmen, deren Herstellung bereits strafbar ist, ein geringerer Schutz zukommt als bei Bildaufnahmen, bei welchen sich die Strafbarkeit auf mittelbare Eingriffe in das Recht am eigenen Bild beschränkt.[35]

Sollte man Deepfakes dennoch als Bildaufnahmen ansehen, muss das Deepfake geeignet sein, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden. Bei Deepfakes, die Nacktheit oder pornographische Inhalte darstellen, wird das bei Herstellung ohne Einwilligung oft pauschal bejaht.[36] Das entspricht aber nicht den zu § 201a II StGB entwickelten Grundsätzen. So zeigt der Umkehrschluss zu Abs. 3, dass die bloße Darstellung von Nacktheit nicht zwingend unter § 201a II StGB fallen soll.[37] Auch explizitere sexuelle Handlungen werden nur als ansehensschädigend verstanden, wenn sie „ungewöhnlicher Art“ sind.[38] Daher wird eine Strafbarkeit der verbreitenden Person selbst bei unterstellter Anwendbarkeit des §201a II StGB auf Deepfakes nicht der Regel entsprechen.[39]

III. § 33 KUG

§ 33 KUG stellt den Verstoß gegen die §§ 22, 23 KUG unter Strafe.[40] Die Frage lautet daher, ob Deepfakes Bildnisse i.S.d. Norm darstellen können. Die offene Formulierung des KUG ermöglicht es auch Medieninhalte, die durch technische Innovation geschaffen wurden, unter die Norm zu fassen.[41] Ein Bildnis i.S.d. § 22 KUG ist die Abbildung einer Person, also die Darstellung der Person in ihrer wirklichen, dem Leben entsprechenden Erscheinung.[42] Ausschlaggebend ist die Erkennbarkeit der

---

[35] LK/StGB-*Valerius*, § 201a Rn. 26 und *Valerius* CyberStR 2025, 1, 2 f.

[36] Bspw.: *Kumkar/Rapp* ZfDR 2022, 199, 209; *Meinicke* DSRITB 2020, 981, 987.

[37] LK/StGB-*Valerius*, § 201a Rn. 61; *Eisele*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 201a Rn. 41; ohne Begründung auch: BT-Drs. 18/2601, S. 36.

[38] *Cornelius* NJW 2017, 1893, 1894; dem folgend: LK/StGB-*Valerius*, § 201a Rn. 61.

[39] *Völzmann* ZUM 2025, 1, 5.

[40] Der Beitrag unterstellt die weitere Anwendbarkeit des KUG nach Inkrafttreten der DSGVO. Sehr ausführlich hierzu: *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, 2021, S. 27 ff.

[41] *Kumkar/Rapp* ZfDR 2022, 199, 204 f.

[42] *Specht-Riemenschneid*er, in Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz, 8. Aufl. 2025, § 22 KUG Rn. 1.

jeweils abgebildeten Person.[43] Deepfakes lassen die dargestellte Person schon ab einer relativ geringen Qualität erkennen. Daher liegt häufig ein Bildnis vor, dessen Veröffentlichung nach § 22 KUG untersagt ist.[44] Eine Schrankenregelung des § 23 KUG wird nur selten einschlägig sein, da nicht als solche erkennbare Manipulationen regelmäßig die berechtigten Interessen des Abgebildeten nach § 23 II KUG verletzen.[45] Tatbestandlich ist § 33 KUG also ein geeignetes Werkzeug, um die Verbreitung von Deepfakes zu regulieren. Die Ausgestaltung als Privatklagedelikt nach § 374 I Nr. 8 StPO führt aber auf Rechtsdurchsetzungsseite zu erheblichen Schwierigkeiten.

IV. Ergebnis

Auch in der zweiten Kategorie gibt es also prinzipiell strafrechtlichen Schutz gegen Deepfakes (zumindest § 33 KUG). Da dieser aber erhebliche Schwierigkeiten auf Rechtsdurchsetzungsebene bereitet und nicht klar ist, ob er das verwirklichte Unrecht (insbesondere bei der Verbreitung von pornographischen Deepfakes, die nach den o.g. Maßstäben zumindest in vielen Fällen nicht unter die Strafbarkeit nach §§ 185 ff. StGB fallen) adäquat unter Strafe stellt, scheint die Implementation einer neuen Strafnorm zunächst sinnvoll. Ob § 201b StGB-E dazu geeignet ist, muss jedoch stark bezweifelt werden.[46]

C. Deepfakes in der Strafverfolgung

Deepfakes sind im strafrechtlichen Kontext vorwiegend negativ konnotiert. In der öffentlichen Wahrnehmung wird der Begriff hauptsächlich mit Manipulationen in sozialen Netzwerken oder Desinformationskampagnen in Verbindung gebracht. Im strafrechtlichen Diskurs bleibt das technologische Potenzial von Deepfakes als Ermittlungsinstrument bislang unterbeleuchtet. Dies ist schon insoweit überraschend, als der Gesetzgeber bereits 2020 mit der Einfügung des § 184b VI Nr. 1 StGB die Tür zu dem Einsatz (audio-)visueller Manipulation im Ermittlungsverfahren ausdrücklich geöffnet und den Einsatz von Deepfakes in dem speziellen

---

[43] Dreier/Schulze/Urheberrechtsgesetz-*Specht-Riemenschneid*er, § 22 KUG Rn. 3; a.A.: *Hartmann* K&R 2020, 350, 352 f.

[44] *Kumkar/Rapp* ZfDR 2022, 199, 209; *Lantwin* MMR 2020, 78, 79; *Valerius* CyberStR 2025, 1, 3.

[45] BGH GRUR 2006, 255 Rn. 16 f.

[46] Dazu in Tiefe*: Woerlein* MMR-Aktuell 2024, 01624; *Vassilaki* CR 2024, 701 ff.; ausführliche Kritik auch bei *Valerius* CyberStR 2025, 1, 4 ff.

Bereich der Bekämpfung der Verbreitung von dem Gesetz so bezeichneter kinderpornographischer Inhalte ermöglicht hat.[47] Infolge des seitdem erreichten Fortschritts der KI-Technologie liegt es nahe, dass Deepfake-Technologien auf Basis künstlicher Intelligenz der Strafverfolgung auch über den Anwendungsbereich des § 184b VI StGB vielversprechende Ansätze – insbesondere bei der Aufklärung von Straftaten der organisierten Kriminalität – bieten können. Beispielsweise könnte es die computergenerierte Nachbildung einer bestimmten menschlichen Stimme („Voice Cloning") Ermittlern ermöglichen, verdeckt in geschlossene Täterstrukturen einzudringen. Strafverfolger könnten so gezielt ansonsten nur schwer zugängliche Informationen wie etwa zu Tatplänen oder Bandenstrukturen erlangen.

Während nationale Vorschriften wie die StPO zum Einsatz von KI-Technologien zum Zwecke der Strafverfolgung bislang schweigen, hat die KI-VO bereits den Weg hin zu einer technologisch effektiven Strafverfolgung geebnet. Dabei verfolgt die KI-VO einen risikobasierten Ansatz, wonach KI-Systeme unterschiedlich klassifiziert und je nach Risikostufe unterschiedlichen Regulierungen unterworfen werden.[48] Deepfakes sind danach nicht generell verboten. Für Strafverfolgungszwecke sieht Art. 50 IV 2 KI-VO bei Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage sogar ausdrücklich eine Ausnahme von der im Übrigen erforderlichen Kennzeichnungspflicht für die Betreiber von KI-Systemen vor. Die KI-VO geht also davon aus, dass Deepfake-Technologien im Bereich der Strafverfolgung einsetzbar sein können, verlangt für ihre Nutzung jedoch eine Ermächtigungsgrundlage.

Diese Ermächtigungsgrundlage ist auch nach nationalem Recht erforderlich. Zwar erlauben die §§ 161, 163 StPO grundsätzlich eine weitestgehend flexible und damit insbesondere auch mit Elementen der Heimlichkeit und Täuschung versehene Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens, allerdings gebietet die in § 160 StPO normierte Sachaufklärungspflicht der Behörden keine Wahrheitserforschung um jeden Preis. Erforderlich ist immer, dass eine anzuwendende Ermittlungsmaßnahme im Einklang mit dem Rechtsstaatsprinzip steht, so dass jeder Eingriff in die Rechte Betroffener durch staatliches Handeln einer gesetzlichen

[47] Zu vgl. BT-Drs. 19/16543, S. 11 referenziert ausdrücklich mittels KI generierte Bilder und stellt in bemerkenswerter Einfachheit fest, dass die für das KI-Training verwandten Bilder kein Bestandteil der dann vollständig künstlich erzeugten Aufnahmen seien.

[48] Ausführlich dazu: *Rostalski/Weiss* ZfDR 2021, 329, 335 ff.

Grundlage bedarf, die das Ausmaß und die Voraussetzungen des Eingriffs klar und nachvollziehbar umreißt.[49]

Aufgrund der Ausgestaltung der Datenverarbeitung als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt[50] könnten trotz der zunehmenden Verbreitung öffentlich zugänglicher Stimmproben insbesondere in den sozialen Medien selbst diese durch Ermittlungsbehörden nur bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage verarbeitet werden. Sogar in den Fällen, in denen die zu reproduzierende Person in die Verarbeitung ihrer Stimmdaten einwilligen würde, was nach datenschutzrechtlichen Vorschriften[51] grundsätzlich möglich und auch nach der JI-RL (RL (EU) 2016/680) zulässig wäre, würde dies eine ausdrückliche Ermächtigung durch eine spezialgesetzliche Norm voraussetzen.[52]

Wenngleich die StPO eine Reihe verdeckter Ermittlungsmaßnahmen (z.B. §§ 100a ff., 110a ff. StPO) kennt und mit der Referenznorm des § 184b VI StGB sogar die Verbreitung KI-generierter Bilder in ihrem engen Anwendungsfeld für zulässig erachtet, ist der generelle Einsatz von Deepfake-Technologien bislang strafprozessual nicht ausdrücklich geregelt.[53] Dass strafprozessuale Eingriffsbefugnisse jedoch grundsätzlich auch auf Maßnahmen angewendet werden können, die nach dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der jeweiligen Normierung noch nicht denkbar waren, ist möglich und eine von der Rechtsprechung dem Grunde nach gebilligte Praxis.[54] Vor diesem Hintergrund ist zu erwägen, den Einsatz von Stimm- und Sprachklonen auf bereits bestehende Vorschriften der StPO zu stützen.

Hier kämen – bei wohlwollender Auslegung – zunächst die Vorschriften der §§ 100a, 100c, 100f StPO in Betracht. Mag jedoch vielleicht die Gewinnung einer Stimmprobe dem Wortlaut zufolge noch von den vorgenannten Vorschriften zur Telekommunikations- und Wohnraumüberwachung umfasst sein, so dürfte jedoch die anschließende Verwendung der aufgenommenen Stimme zur Generierung eines Klons und dessen

---

[49] *Jarass*, in Jarass/Pieroth GG, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 77 ff.

[50] *Schröder*, Datenschutzrecht für die Praxis, 6. Aufl. 2025, S. 17.

[51] Art. 6 DSGVO, § 51 I BDSG.

[52] *Wolff/Stemmer*, in BeckOK Datenschutzrecht, 53. Edition 1.5.2025, § 51 BDSG Rn. 1; *Rückert,* Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 579.

[53] Ausführlich dazu: *Margerie/Hartmann* EuDIR 2025, 73 ff.

[54] Vgl. etwa BVerfGE 124, 43, 60 f. zur Beschlagnahme von Daten nach § 94 StPO, obwohl die Beschlagnahmevorschriften ursprünglich nur auf körperliche Gegenstände zugeschnitten waren.

anschließende Nutzung nicht nur weit über den Sinn und Zweck dieser Normen hinausgehen und damit dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen widersprechen. Aufgrund der grundrechtlichen Sensibilität strafrechtlicher Ermittlungen betont das Bundesverfassungsgericht immer wieder, dass die gesetzliche Ermächtigung umso detaillierter und normativ klarer ausfallen muss, je intensiver der Eingriff ist.[55] Angesichts der Mehraktigkeit der Maßnahme, bestehend aus Aufzeichnung, Verarbeitung und Einsatz der Stimme, wird auch eine isolierte Betrachtung der einzelnen Teilschritte den Einsatz nicht legitimieren können, denn das Kombinieren bestehender Ermächtigungsgrundlagen zur Ermöglichung des Einsatzes neuer technischer Ermittlungsmethoden ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[56] unzulässig.

Eine weitere denkbare Möglichkeit wäre es, den Einsatz eines Stimmklons aus dem Instrumentarium des verdeckten Ermittlers herzuleiten. Allerdings regeln die Vorschriften über den Einsatz verdeckter Ermittler (§§ 110a ff. StPO) keine derart weitreichenden technischen Manipulationen. Auch eine Analogie dürfte sich angesichts der Wesentlichkeit und Intensität des Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Position des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des daraus entwickelten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sowie des Rechts am eigenen Bild und Wort verbieten.

Die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO sind aufgrund des besonders schutzwürdigen Vertrauens des Betroffenen in die Identität seines Gegenübers ebenfalls keine geeignete Grundlage für eine das Persönlichkeitsrecht derart tiefgreifend tangierende Maßnahme.[57] Selbiges gilt für die technische Möglichkeit, einen lediglich modulierten Stimmabdruck der zu reproduzierenden Person zu erzeugen, denn auch Imitationen können den Achtungsanspruch der betroffenen Person verletzen und ihr Selbstbestimmungsrecht über die Darstellung der eigenen Person untergraben.[58]

Während Technologieunternehmen ihre neuesten KI-Technologien präsentieren, die es nunmehr jedermann ermöglichen, verblüffend echt

---

[55] BVerfG NJW 1993, 317.
[56] BGH MMR 2007, 237, 239.
[57] BVerfGE 120, 274, 310.
[58] BGH NJW 2000, 2195; *Lennartz* NJW 2023, 3543, 3544.

wirkende synthetisch generierte Videoclips nebst Tonspur und sogar Live-Fakes zu erzeugen, ist de lege lata zu konstatieren, dass die Strafverfolgungsbehörden derzeit über keine Ermächtigungsgrundlage verfügen, die ihnen den Einsatz von Stimm- und Sprachklonen erlaubt. Die rechtspolitische Diskussion um den Einsatz von Deepfakes durch Strafverfolgungsbehörden muss jedoch dringend geführt werden. Denn technologischer Fortschritt und wirksame Strafverfolgung sind nur dann in grundrechtsschonende Konkordanz zu bringen, wenn jenseits einer anlasslosen Massenüberwachung den Strafverfolgungsbehörden der zielgerichtete und strafprozessual eingehegte Einsatz moderner und wirksamer Ermittlungsinstrumente ermöglicht wird. Der Gesetzgeber sollte sich auf dem mit § 184b VI StGB beschrittenen Weg weiter voran bewegen. Dabei steht er vor der Herausforderung, eine ausgewogene gesetzliche Ermächtigung zu schaffen, die angesichts des disruptiven Fortschritts der KI-Entwicklung den strafprozessualen Einsatz rechtssicher und grundrechtsschonend ermöglicht.

D. Deepfakes im Beweisrecht des Strafverfahrens

Eine besondere Herausforderung sind Deepfakes für das strafprozessuale Beweisrecht. Bislang gelten multimediale Beweise als „starke“ Beweismittel. Ist auf einem Überwachungsvideo eindeutig der Angeklagte als Täter zu sehen, scheint die Beweiswürdigung einfach.

Was bedeutet es aber für den Wert solcher Beweismittel, wenn durch die leichte Zugänglichkeit und Qualität von Deepfake-Technologien Medien trivial und mit hervorragender Qualität gefälscht werden können?

I. Überprüfungspflicht des Tatgerichts bei multimedialen Beweismitteln

Zunächst stellt sich durch die leichte Zugänglichkeit von Deepfake-Technologie die Frage, ob das Tatgericht in allen Fällen zur Überprüfung der Echtheit von multimedialen Beweismitteln verpflichtet ist.

Bislang war die Rspr. zurückhaltend mit der Verpflichtung der Tatgerichte zur Berücksichtigung möglicher alternativer Sachverhalte. So müssen Gerichte weder jeder denktheoretisch möglichen Sachverhalts-

variante nachgehen[59] noch zugunsten des Angeklagten für ihn günstige Annahmen machen, wenn das Beweisergebnis für diese Annahmen keine konkreten Anhaltspunkte gebracht hat.[60] Die Prinzipien der lückenlosen und erschöpfenden Beweiswürdigung aus § 261 StPO und die Darstellungsanforderungen aus § 267 StPO verlangen nach dem BGH vom Tatgericht nicht, dass es alle denkbaren Sachverhaltsvarianten würdigt, sondern nur alle „naheliegenden" und „erheblichen" Beweistatsachen ausdrücklich in seine Würdigung einbezieht.[61] Dabei ist der unbestimmte Rechtsbegriff des „Naheliegens" weiterer Auslegung zugänglich. Bartel[62] schlägt in Anschluss an die Rspr.[63] vor, alle Sachverhaltsvarianten als „naheliegend" zu betrachten, mit denen die Beweisanzeichen ebenso zu vereinbaren sind, wie mit der vom Gericht zunächst angenommenen Sachverhaltsvariante. Lässt das Tatgericht eine solche „naheliegende" Möglichkeit außer Acht, liegt ein Verstoß gegen § 261 StPO vor.[64]

Daher muss das Tatgericht der Frage, ob ein Deepfake vorliegt, zumindest dann nachgehen, wenn sich aus der Beweisaufnahme Hinweise auf eine mögliche Fälschung ergeben. Das ist unabhängig von anderen Beweismitteln jedenfalls dann der Fall, wenn sich bereits aus der Betrachtung des Bildes, etc. Hinweise auf Fälschung ergeben. Da eine erste Sicht- oder Hörprüfung auf auffällige Merkmale (siehe A.) leicht zu bewerkstelligen ist und die Technologie zur Erstellung von Deepfakes leicht zugänglich und bedienbar ist, ist das Tatgericht zumindest zu einer intensiven Sichtkontrolle von Bildern und Videos sowie einer intensiven Hörkontrolle von Tonaufnahmen (z.B. auf künstlich wirkende Sprachmuster) verpflichtet.

Fraglich ist, wie mit einer Situation umzugehen ist, in denen der Angeklagte die Behauptung aufstellt, ein Bild, Video oder eine Tonaufnahme seien mittels Deepfake-Technologie gefälscht.[65] Hier geht der BGH davon aus, dass – auch unter Geltung des Zweifelsgrundsatzes – das Tatgericht dieser Behauptung weder einfach so folgen muss noch darf, wenn sich

---

[59] BGH NStZ-RR 2005, 147, 148.

[60] BGH NStZ 2004, 35, Rn. 7.

[61] BGH BeckRS 2022, 29364.

[62] *Bartel,* in Münchener Kommentar StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 261 Rn. 104.

[63] BGH NJW 1974, 2295.

[64] Vgl. BGH NJW 1974, 2295.

[65] Siehe zu einem Fall aus den USA: *Zimmermann*, LTO v. 29.4.2023, abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/ki-als-ausrede-elon-musk-kuenstliche-intelligenz-midjourney-huang, zuletzt abgerufen am 13.10.2025.

aus dem Inhalt der übrigen Beweisaufnahme keine konkreten Anhaltspunkte für die behauptete Sachverhaltsvariante ergeben. Auch Einlassungen des Angeklagten müssen kritisch auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft werden.[66] Eine entsprechende Pflicht zur Überprüfung des in Frage stehenden multimedialen Beweismittels ergibt sich aus einer entsprechenden Einlassung also nur, wenn diese bei kritischer Würdigung unter Berücksichtigung des sonstigen Beweismaterials nicht nur die (stets mögliche) abstrakt-theoretische Möglichkeit einer Fälschung beinhaltet, sondern die konkrete Möglichkeit einer Fälschung zumindest genauso gut zu den bisherigen Beweisergebnissen passt, wie die mögliche Echtheit des Bildes.

Eine bislang offene Frage – die auch in diesem kurzen Beitrag (noch) nicht endgültig beantwortet werden kann – ist, ob die Möglichkeit des Vorliegens eines Deepfakes allein durch die leichte Zugänglichkeit der Deepfake-Technologie stets „naheliegend" und damit durch das Tatgericht zu überprüfen ist. Dies dürfte zu verneinen sein. Zwar ist es mittlerweile auch für Laien möglich, mit hinreichender Hardware-Ausstattung und ausreichendem Bild-, Video- und/oder Tonmaterial täuschend echte Deepfakes von Aussehen und Stimme einer Person zu erstellen. Dementsprechend ist stets von der „Möglichkeit" einer Fälschung auszugehen. Allerdings genügt diese generelle Möglichkeit nach der o.g. Rspr. gerade nicht, um die Tatgerichte stets zu einer vollumfänglichen Prüfung des Materials auf ihre mögliche Deepfake-Eigenschaft hin zu verpflichten. Es müssen weitere Beweisanzeichen dazukommen, welche eine Fälschung nahelegen. Praxisrelevante Beispiele dürften hier sein: Belastungsinteresse von Personen, die Zugang zum Beweismaterial hatten, Widersprüche des Bild- oder Tonmaterials zu anderen Beweismitteln (z.B. Zeugenaussagen), Herrühren des Bildes aus besonders fälschungsanfälligen Quellen (z.B. Soziale Medien), Eigenschaften der betroffenen Person, welche die Erstellung von Deepfakes wahrscheinlich(er) machen (z.B. Status als Person des öffentlichen Lebens oder große Verfügbarkeit von Bild- und Tonmaterial im öffentlich zugänglichen Internet). Angesichts des einfachen Zugangs zu Deepfake-Technologien muss das Tatgericht bei Vorliegen solcher Anhaltspunkte allerdings grds. davon ausgehen, dass eine Fälschung zumindest technisch möglich war und diese Möglichkeit dann als naheliegend behandeln.

---

[66] Zum Ganzen: BGH NStZ 2023, 757.

Ist nach diesen Maßstäben eine Überprüfung des fraglichen multimedialen Beweismittels für das Tatgericht verpflichtend, stellt sich die Frage, wie eine solche Überprüfung nach dem Beweisrecht der StPO vorzunehmen ist.

II. Konstellation 1: Technisch mögliche Deepfake-Erkennung

Wenn es sich um Deepfakes handelt, bei denen die Erkennung als Fälschung aus technischer Sicht möglich ist, gibt das bisherige Beweisrecht der StPO bereits die Lösung des Falles vor.

Zwar wird die Beweiswürdigung grundsätzlich von § 261 StPO allein dem Tatgericht überantwortet. Allerdings schränken sowohl die StPO selbst als auch die ständige Rspr. des BGH zur sog. objektiv tragfähigen Tatsachengrundlage die freie richterliche Beweiswürdigung erheblich ein. So ist das Tatgericht gesetzlich verpflichtet, den Sachverhalt so umfassend wie möglich aufzuklären (§ 244 II StPO). Zur Sachverhaltsaufklärungspflicht gehört auch die Pflicht, Beweismittel, welche die Schuld oder Unschuld des Angeklagten oder strafzumessungsrelevante Gesichtspunkte nachweisen sollen, auf ihre Zuverlässigkeit hin zu überprüfen.[67] Denn ohne Informationen über die Zuverlässigkeit, kann der Wert des Beweismittels nicht geklärt und damit der Sachverhalt nicht optimal aufgeklärt werden.[68] Bei digitalen Beweismitteln gehört zu dieser Aufklärung insbesondere die Feststellung, ob die Authentizität (Ursprungsechtheit) und die Integrität (Unverändertheit) des Beweismittels gewährleistet sind.[69] Die Frage, ob ein multimediales Beweismittel echt oder gefälscht ist, betrifft beide dieser Eigenschaften. Ist ein Bild, Video oder eine Tonaufnahme vollständig künstlich erstellt, so stammt das Beweismittel nicht aus der angegebenen Quelle. Wurde dagegen eine tatsächlich bestehende Aufnahme, Bild oder Video nachträglich mit Deepfake-Technologie verändert, so fehlt es an der Integrität des Beweismittels. Dementsprechend verpflichtet die Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO das Tatgericht dazu, die Frage der Echtheit eines multimedialen Beweismittels aufzuklären.

---

[67] Hierzu bereits *Rückert* GA 2023, 361, 368.
[68] Hierzu bereits *Rückert* GA 2023, 361, 368.
[69] Siehe *Rückert,* Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 687 f.

Auf Ebene der Beweiswürdigung ist eine erschöpfende und lückenlose Beweiswürdigung gefordert.[70] Hierzu gehört auch, dass das Tatgericht zur Zuverlässigkeit der verwerteten Beweismittel Stellung nehmen muss, was auch die Frage der Authentizität und Integrität umfasst.[71] Das Tatgericht muss sich daher in seiner Beweiswürdigung mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Bild, Video oder eine Tonaufnahme echt oder gefälscht ist.

Zur Aufklärung dieser Frage wird das Tatgericht mangels eigener Sachkunde in der Regel Multimedia-Forensiker als Sachverständige mit der Prüfung des Bildes, Videos oder der Tonaufnahme beauftragen müssen. In bestimmten Fällen kommen auch andere Beweismittel zum Nachweis der Echtheit eines multimedialen Beweismittels in Betracht. So kann die Quelle eines Bildes z.B. durch die Befragung von Zeugen zur Herkunft des Bildes aufgeklärt werden. Das setzt allerdings voraus, dass der Zeuge glaubwürdig ist (also z.B. kein Belastungsinteresse hat) und die Zeugenaussage glaubhaft und ausreichend belegt, dass die Authentizität und Integrität des multimedialen Beweismittels gewahrt sind. In vielen Fällen – v.a. bei Bildern aus dem Internet, etwa aus sozialen Medien – wird diese Methode jedoch mangels verfügbarer Zeugen ausscheiden.[72]

Da die bisherigen technischen Methoden zur Enttarnung von Deepfakes fehleranfällig sind und nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die Echtheit oder Unechtheit eines Mediums feststellen können,[73] stellt sich schließlich die Frage, wie Gerichte mit einer entsprechenden Aussage eines Sachverständigen umgehen müssen. Da die Methoden der Deepfake-Erkennung auf wissenschaftlichen Methoden beruhen, können hier die Grundsätze zum Umgang mit sog. Erfahrungssätzen angewendet werden.[74] Aufgrund der Tatsache, dass die Deepfake-Erkennung keine vollständige Sicherheit bietet, scheidet jedenfalls eine Bindung an das Ergebnis als „gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis“ aus.[75] In Betracht

---

[70] Vgl. zu diesem Erfordernis: BGH NJW 1980, 2423; BGH StV 1997, 8; BGH NJW 2019, 945, 945.

[71] *Rückert,* Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 670 f.

[72] Vgl. hierzu allgemein (nicht spezifisch für Deepfakes): *Mysegades*, Software als Beweiswerkzeug, 2022, S. 134 f.

[73] Vgl. *Abbasi et al.* Appl. Sci. 2025, 15 (3), 1225, https://doi.org/10.3390/app15031225.

[74] Vgl. hierzu BGHSt 29, 18, 21; 10, 208, 211; BGHSt 21, 157; BGHSt 31, 86, 89 f.; BGH NStZ 2002, 656, 658; *Eschelbach,* in BeckOK StPO, 56. Edition 1.7.2025, § 261 Rn. 39 ff.; MüKo/StPO-*Bartel,* § 261 Rn. 94 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 103; jeweils m.w.N.

[75] Vgl. BGHSt 21, 157, 159; 29, 18, 21; 37, 89, 91 f.; *Schluckebier*, in Satzger/Schluckebier/Werner Strafprozessordnung, 6. Auflage 2025, § 261 Rn. 20; MüKo/StPO-*Bartel,* § 261 Rn. 95 f.;

kommt dagegen die Einordnung solcher Methoden als Erfahrungssatz mit aus wissenschaftlichen Methoden basierender Richtigkeitswahrscheinlichkeit. Dies setzt voraus, dass die konkrete Richtigkeitswahrscheinlichkeit durch wissenschaftliche Studien hinreichend nachgewiesen ist. In diesem Fall wäre das Tatgericht zwar nicht an das Ergebnis, aber an die Richtigkeitswahrscheinlichkeit der Deepfake-Erkennung gebunden.[76] Kann die Richtigkeitswahrscheinlichkeit einer Erkennungsmethode (noch) nicht mit wissenschaftlichen Methoden angegeben werden (z.B. nur aus Erfahrungswerten im Einsatz oder nicht unabhängig geprüften Herstellerangaben), so entspricht die Deepfake-Erkennungsmethode nur einem „einfachen" Erfahrungssatz mit Indizwert, aber keiner Bindungswirkung.[77]

III. Konstellation 2: Unaufklärbarkeit der Echtheit

Deutlich schwieriger zu beurteilen ist der Fall, wenn die Echtheit eines multimedialen Beweismittels weder durch die Anwendung von Deepfake-Erkennungstechnologie noch durch andere Beweismittel aufklärbar ist. Hat das Tatgericht alle Möglichkeiten zur Aufklärung ausgeschöpft und sich in der Beweiswürdigung mit der Frage einer Fälschung auseinandergesetzt, liegen jedenfalls keine Verstöße gegen die Aufklärungspflicht und zur Pflicht der lückenlosen Beweiswürdigung vor. Fraglich ist dann, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen a) das Tatgericht nach den o.g. Maßstäben verpflichtet ist, der naheliegenden Möglichkeit des Vorliegens eines Deepfakes nachzugehen und b) es trotz Einsatzes von Sachverständigen und einer umfassenden sonstigen Beweiswürdigung nicht möglich ist, die Echtheit oder Unechtheit mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit festzustellen. Hier scheint eine Parallele zur Rspr. des BGH zu sonstigen Beweismitteln, bei denen keine Auskunft über deren Zuverlässigkeit möglich ist, angezeigt: solche Beweismittel sind ungeeignet und dürfen nicht verwertet werden.[78]

Stuckenberg, in KMR StPO, 135. Aktualisierung 2025, § 261 Rn. 34; *Sander*, in Löwe/Rosenberg StPO, Bd. 7, 27. Auflage 2021, § 261 Rn. 68; jeweils m.w.N.

[76] Zu dieser Fallgruppe siehe: BGH NJW 1973, 1411; MüKo/StPO-*Bartel,* § 261 Rn. 97; BeckOK/StPO-*Eschelbach,* § 261 Rn. 41; *Eisenberg,* Beweisrecht der StPO, Rn. 103; siehe auch BGHSt 37, 157 und BGHSt 38, 320.

[77] Vgl. BGHR StPO, § 261 Erfahrungssatz 2; BGH NStZ-RR 1998, 267; BeckOK/StPO-*Eschelbach,* § 261 Rn. 41; KMR/StPO-*Stuckenberg*, § 261 Rn. 36.

[78] Vgl. BGHSt 44, 308; BGH NStZ 2011, 474.

E. Deepfakes als kriminalpolitische Herausforderung

Deepfakes stellen die Justiz, die Kriminalpolitik und die Rechtswissenschaft vor neue Herausforderungen. Einige dieser neuen Problemfelder – wie der tatgerichtliche Umgang mit (möglichen) Deepfakes in der Beweiswürdigung – können bereits jetzt durch die konsequente Anwendung bestehender Rechtsinstitute gelöst werden. Andere – wie etwa die angemessene strafrechtliche Erfassung persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes und der Einsatz von Deepfakes für verdeckte Ermittlungen – erfordern ein Tätigwerden des Gesetzgebers, um bestehende Lücken zu schließen.

Zwangsweise Entsperrung eines Mobiltelefons

BGH, Beschluss vom 13.3.2025 – 2 StR 232/24

mit einer Anmerkung von Mohamad El-Ghazi und Jassem Imsameh*

Amtlicher Leitsatz

Der Versuch der Ermittlungsbehörden, Zugang zu den auf einem Mobiltelefon eines Beschuldigten gespeicherten Daten durch zwangsweises Auflegen von dessen Finger auf den Fingerabdrucksensor zu erlangen, ist von § 81b Abs. 1 StPO in Verbindung mit §§ 94 ff. StPO als Ermächtigungsgrundlage jedenfalls dann gedeckt, wenn eine zuvor nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO richterlich angeordnete Durchsuchung gerade auch dem Auffinden von Mobiltelefonen dient und der beabsichtigte Datenzugriff trotz seiner Eingriffsintensität verhältnismäßig ist.

A. Sachverhalt

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freispruch im Übrigen wegen Verstoßes gegen das Berufsverbot in zwei Fällen, davon in einem Fall tateinheitlich mit Herstellen kinderpornographischer Schriften, sowie wegen Besitzes kinderpornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. [...]

[3] Der Angeklagte war bis 2017 in verschiedenen Kindertagesstätten als Erzieher tätig. Nachdem er im Rahmen seiner Betreuertätigkeit den unbekleideten Genitalbereich eines zweijährigen Mädchens gefilmt hatte,

* Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi ist Inhaber der Professur für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier sowie geschäftsführender Direktor des Trierer Instituts für Geldwäsche- und Korruptionsstrafrecht.
Kontakt: elghazi@uni-trier.de.

Jassem Imsameh ist Rechtsanwalt bei der Kanzlei Feigen Graf in Frankfurt am Main und Doktorand an der Universität Trier. Kontakt: imsameh@feigen-graf.de.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2025-26

wurden am 15. März 2017 bei ihm anlässlich einer Wohnungsdurchsuchung mindestens eine kinderpornographische Videodatei und 2.316 kinderpornographische Fotodateien auf verschiedenen Speichermedien aufgefunden. Das Landgericht München I verurteilte den Angeklagten aufgrund dessen am 15. Oktober 2019 wegen Herstellens kinderpornographischer Schriften in Tateinheit mit Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen und mit Besitz kinderpornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und einem Monat, [...]. Zugleich sprach es gegen den Angeklagten ein lebenslanges Verbot aus, als Sozialarbeiter, Sozialpädagoge, Erzieher, Pfleger und Betreuer von Kindern und Jugendlichen tätig zu sein. Das Urteil ist am 13. November 2019 in Rechtskraft erwachsen.

[4] Im Jahr 2020 beschloss der Angeklagte, die aufgrund der COVID-19-Pandemie erfolgte Schließung von Kindertagesstätten und Kindergärten auszunutzen, um entgegen dem Berufsverbot als privater Babysitter tätig zu werden. Deshalb meldete er sich über verschiedene Internetportale auf von Eltern geschaltete Inserate und wurde bis um 12. März 2021 für insgesamt acht Familien als Betreuer von minderjährigen Kindern tätig. [...]

[5] Anlässlich eines Termins, an dem der Angeklagte die Betreuung der Zwillingstöchter der Familie E. übernahm, fertigte er von den beiden vollständig unbekleideten, bäuchlings in einer mit nur wenig Wasser befüllten Badewanne liegenden Mädchen Lichtbilder an sowie eine Bildserie von einem der Mädchen, das im Bereich des Unterkörpers nur mit einer Unterhose und Socken bekleidet war. Außerdem fertigte der Angeklagte eine Serie von mehreren Bildern, die eines der Mädchen beim An- oder Ausziehen der Unterhose zeigt, wobei die Kamera von unten nach oben zwischen die Beine des Mädchens gerichtet war. Auf den Bildern ist das unbekleidete Gesäß zu sehen. Diese Bilder speicherte der Angeklagte teilweise auf seinem Smartphone LG G5 SE, im Übrigen auf seinem Smartphone Google Pixel 4a (Fall II.2 der Urteilsgründe).

[8] Die Strafkammer hat das Verhalten des Angeklagten im Fall II.1 der Urteilsgründe als einen Verstoß gegen das Berufsverbot gemäß § 145c StGB gewertet. Im Fall II.2. der Urteilsgründe ist sie von einem weiteren Verstoß gegen das Berufsverbot ausgegangen, der in Tateinheit mit dem Herstellen kinderpornographischer Schriften gemäß

§ 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB (in der bis zum 30. Juni 2021 geltenden Fassung) stehe. […]

B. Aus den Gründen

[16] Die den Fall II.2 der Urteilsgründe betreffende Verfahrensrüge, mit der die Revision ein Verwertungsverbot hinsichtlich der auf den Mobiltelefonen des Angeklagten gespeicherten Bilder geltend macht, dringt nicht durch.

[17] Ihr liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

[18] Aufgrund des gegen den Angeklagten bestehenden Verdachtes eines Verstoßes gegen das Berufsverbot gemäß § 145c StGB ordnete der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Köln auf Antrag der Staatsanwaltschaft am 11. März 2021 gemäß §§ 102, 105 Abs. 1 StPO die Durchsuchung der Wohnräume des Angeklagten einschließlich seiner Person an. […]

[19] Bei der sodann am 12. März 2021 erfolgten Durchsuchung fanden die Polizeibeamten zwei Mobiltelefone. Da der Angeklagte nicht bereit war, die Mobiltelefone freiwillig zu entsperren, ordnete ein Polizeibeamter an, dass der rechte Zeigefinger des Angeklagten durch unmittelbaren Zwang auf den Fingerabdrucksensor der Mobiltelefone gelegt werden solle, um die Sperre aufzuheben. Die Maßnahme wurde entsprechend der Anordnung umgesetzt und die entsperrten Mobiltelefone wurden an den bei der Durchsuchung anwesenden Datensicherer übergeben. […]

[20] Am ersten Hauptverhandlungstag widersprach der Verteidiger des Angeklagten der Erhebung und Verwertung der auf den Mobiltelefonen aufgefundenen Beweise. […]

[26] 2. Auch soweit die Revision ihre Annahme eines Verwertungsverbots auf das Entsperren der Mobiltelefone gegen den Willen des Angeklagten durch Auflegen eines Fingers auf den Gerätesensor stützt, bleibt ihr der Erfolg versagt.

[27] a) Die Beweismittelgewinnung war rechtmäßig.

[28] Zwar unterfällt der Versuch der Ermittlungsbehörden, Zugang zu auf einem Mobiltelefon gespeicherten personenbezogenen Daten zu erlangen, dem Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 […]; der

einwilligungslose Zugriff auf ein Mobiltelefon mit dem Ziel, für die Zwecke strafrechtlicher Ermittlungen Zugang zu den darauf gespeicherten Daten zu erlangen, stellt einen schwerwiegenden oder sogar besonders schwerwiegenden Eingriff in das Recht des Beschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG) sowie in die von Art. 7 und 8 GRC (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens bzw. Recht auf Schutz personenbezogener Daten) verbürgten Grundrechte dar. Dies steht indes dem zwangsweisen Entsperren eines Mobiltelefons mittels Fingerabdruck nicht grundsätzlich entgegen (nachfolgend aa und bb). Der Versuch der Ermittlungsbehörden, auf diese Weise Zugang zu den auf einem Mobiltelefon eines Beschuldigten gespeicherten Daten zu erlangen, findet in § 81b Abs. 1 StPO in Verbindung mit §§ 94 ff. StPO die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage (nachfolgend cc) und ist hiervon jedenfalls dann gedeckt, wenn – wie hier – eine zuvor nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO richterlich angeordnete Durchsuchung gerade auch dem Auffinden von Mobiltelefonen dient (nachfolgend dd) und der beabsichtigte Datenzugriff trotz seiner Eingriffsintensität verhältnismäßig ist (nachfolgend ee).

[32] […] Dass der Körper des Beschuldigten dadurch, dass sein Finger als „Schlüssel“ zur Entsperrung des Mobiltelefons verwendet wird, zum Mittel der Überführung werden kann, verletzt – entgegen der Auffassung der Revision – auch nicht die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten, da diese lediglich vor der aktiven Mitwirkung an der eigenen Überführung, nicht aber vor dem Dulden von Ermittlungsmaßnahmen schützt […].

[33] (2) Der einwilligungslose Zugriff auf die auf einem Mobiltelefon gespeicherten Daten stellt aber einen schwerwiegenden oder sogar besonders schwerwiegenden Eingriff in das Recht des Beschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG) sowie in die auch von Art. 7 und 8 GRC verbürgten Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens beziehungsweise auf Schutz personenbezogener Daten dar. Zwar erfolgt der Zugriff bei zwangsweisem Entsperren des Mobiltelefons mittels Fingerabdruck als offene Maßnahme, was es dem Beschuldigten ermöglicht, diesem entgegenzutreten und – etwa durch die Anrufung von Gerichten –zu überwachen (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2009 – 2 BvR 902/06, BVerfGE 124, 43, 62, 65 f.; vgl. auch Neuhaus, StV 2020, 489 f.). Allerdings befindet sich im Speicher von Mobiltelefonen regelmäßig eine Vielzahl an vertraulichen und höchstpersönlichen Daten, etwa in Form von Kommunikation, Lichtbildern,

Videoaufnahmen, Notizen oder Kalendereinträgen, die bei dem Zugriff auf ein Mobiltelefon potentiell der Kenntnisnahme der Ermittlungsbehörden unterliegen. Der Zugang auf solche auf einem Mobiltelefon gespeicherte Daten kann detaillierte Informationen über die persönlichen Verhältnisse und die Lebensführung eines Beschuldigten eröffnen oder genaue Schlüsse auf politische, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zulassen. Der staatliche Zugriff auf einen solchen umfassenden Datenbestand ist folglich mit dem Risiko verbunden, dass die erhobenen Daten in einer Gesamtschau weitreichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Bildung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen ermöglichen (BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274, 323).

[35] cc) Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die zwangsweise Entsperrung eines biometrisch gesperrten Mobiltelefons mit dem Finger der beschuldigten Person ist § 81b Abs. 1 StPO in Verbindung mit §§ 94 ff. StPO [...].

[36] (1) Das Auflegen des Fingers eines Beschuldigten auf den Sensor des Mobiltelefons ist vom Wortlaut des § 81b Abs. 1 StPO umfasst. Danach dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden, soweit dies für Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens oder für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist.

[37] Es kann dahinstehen, ob das Führen des Fingers auf den Sensor des Mobiltelefons bereits eine Aufnahme von Fingerabdrücken im Sinne des § 81b Abs. 1 StPO darstellt (vgl. Bäumerich, NJW 2017, 2718, 2721). Die Maßnahme erweist sich nämlich jedenfalls als „ähnliche Maßnahme“ im Sinne der Norm. Hierzu zählen solche, die der Feststellung der körperlichen Beschaffenheit eines Beschuldigten dienen (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 1986 – 3 StR 551/85, BGHSt 34, 39, 44 f.; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., § 81b Rn. 8; BeckOK-StPO/Goers, 54. Ed., § 81b Rn. 4). Eine solche Feststellung äußerer, dauerhafter Körpermerkmale erfolgt bei der Entsperrung eines Mobiltelefons mittels biometrischer Daten durch den Sensor des Smartphones (Rottmeier/Eckel, NStZ 2020, 193, 195; Neuhaus, StV 2020, 489, 491; aA Hecken/ Ziegler, jurisPR-ITR 10/2023 Anm. 5; Nicolai, StV-S 2023, 148, 149). Denn dieser gleicht die Merkmale des Fingers mit jenen Merkmalen ab, die – gleichsam einem Schlüssel – im Gerätespeicher hinterlegt sind.

[38] Damit ist die Entsperrung eines Mobiltelefons mit dem Finger auch dem äußeren Anschein nach nicht von der von § 81b Abs. 1 StPO ausdrücklich gestatteten Aufnahme von Fingerabdrücken, die regelhaft zum Zwecke der Durchführung daktyloskopischer Vergleichsuntersuchungen erfolgt, zu unterscheiden. In beiden Fällen wird der Finger des Beschuldigten – ggf. unter Anwendung unmittelbaren Zwangs – auf eine Vorrichtung gepresst, um die Papillarlinien des Fingers festzustellen bzw. zu dokumentieren und mit zuvor gespeicherten Daten zu vergleichen.

[39] (2) Dass der Gesetzgeber Maßnahmen wie die hier in Rede stehende ersichtlich nicht im Blick hatte, als § 81b Abs. 1 StPO im Jahr 1933 bzw. 1950 (vgl. zur Gesetzeshistorie BGH, Urteil vom 9. April 1986 – 3 StR 551/85, BGHSt 34, 39, 44; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81b Rn. 5) normiert wurde, vielmehr erkennungsdienstliche Zwecke im Vordergrund standen, steht der Anwendung der Norm auf die Entsperrung eines Mobiltelefons mittels des Fingers eines Beschuldigten nicht entgegen.

[40] (a) Auch nach seinem Sinn und Zweck ist § 81b Abs. 1 StPO nicht auf bestimmte erkennungsdienstliche Maßnahmen beschränkt. Vielmehr spricht die Norm in der ersten Alternative offen von der „Durchführung des Strafverfahrens“ als zulässigem Zweck […]. Damit sind auch solche Maßnahmen umfasst, die allgemein zum Beweis der Schuld oder Unschuld des Beschuldigten dienen […]. § 81b Abs. 1 StPO will durch die Aufnahme der „ähnlichen Maßnahmen“ in den Gesetzeswortlaut dem Gesetzesanwender einen weitreichenden, dem jeweiligen Stand der Technik im Rahmen neuer Entwicklungen angepassten Handlungsspielraum mit Blick auf die zulässigen Ermittlungsmöglichkeiten einräumen […], obwohl dies bei der ursprünglichen Normierung technisch noch nicht möglich war und die Eingriffsintensität sich dadurch eingedenk weitergehender Speichermöglichkeiten vertieft hat. […]

[41] (b) Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der mit dem Gesetz zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Vertretung in der Berufungsverhandlung und über die Anerkennung von Abwesenheitsentscheidungen in der Rechtshilfe vom 17. Juli 2015 (BGBl. I 2015, Nr. 31) eingeführten gesetzlichen Überschrift des § 81b StPO. Anliegen des Gesetzgebers war es zwar auch zu verhindern, dass selbsterstellte Überschriften in Kommentaren die gesetzgeberische Intention und den Regelungsgehalt unzutreffend wiedergeben (vgl. BR-Drucks. 491/14, S. 81). Weder der

Gesetzesbegründung noch der Verschlagwortung in der gesetzlichen Überschrift auf den Hauptanwendungsfall der Norm lässt sich aber entnehmen, dass der Gesetzgeber die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 81b Abs. 1 Alt. 1 StPO bei Gelegenheit der Einführung der gesetzlichen Überschrift verändern wollte. Dazu hätte er sich naheliegend in der Gesetzesbegründung verhalten, was aber gerade nicht geschehen ist.

[42] (3) Der Zulässigkeit der zwangsweisen Entsperrung eines biometrisch gesperrten Mobiltelefons mit dem Finger der beschuldigten Person steht auch nicht entgegen, dass § 81b Abs. 1 StPO weder auf bestimmte (schwere) Straftaten beschränkt ist noch den durch den Fingerabdruck ermöglichten Zugriff auf die Daten des Mobiltelefons erfasst, sondern nur zur Vornahme des eigentlichen Entsperrvorgangs des Mobiltelefons ermächtigt (vgl. MüKo-StPO/Trück, 2. Aufl., § 81b Rn. 8). Denn insoweit wird § 81b Abs. 1 StPO flankiert durch § 110 Abs. 1 und 3, § 94 Abs. 1 und 2 StPO, die – wie bei nicht mit PIN oder Fingerabdrucksensor gesicherten Daten – ergänzende Rechtsgrundlage für die Auslesung des Mobiltelefons und die anschließende Sicherung der Daten sind. Aus §§ 94 ff. StPO ergeben sich zugleich hinreichend klar und für den Bürger erkennbar die Voraussetzungen und der Umfang der zulässigen Beschränkungen der grundrechtlich gesicherten Rechte der von der Maßnahme betroffenen Person (insbesondere des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung).

[44] (b) Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass die auf Mobiltelefonen gespeicherten Daten gemäß § 94 Abs. 1 StPO beschlagnahmefähig sind […]. Die regelhaft vor der Beschlagnahme erfolgende Durchsicht der auf einem Mobiltelefon gespeicherten Daten kann im Einklang damit auf § 110 StPO gestützt werden […].

[45] (c) §§ 94 ff. StPO und §§ 102 ff. StPO genügen den verfassungsrechtlichen und den sich aus der RL 2016/680/EU ergebenden Anforderungen hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und den hierauf gespeicherten Daten.

[46] (aa) Für den vom Datenzugriff Betroffenen ist hinreichend erkennbar, dass die §§ 94 ff. StPO die Sicherstellung und Beschlagnahme des Datenträgers und der hierauf gespeicherten Daten ermöglichen (BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005 – 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29, 51). Die strafprozessualen Beschlagnahmeregelungen genügen der insbesondere für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geltenden Vorgabe,

wonach der Gesetzgeber den Verwendungszweck der erhobenen Daten bereichsspezifisch und präzise bestimmen muss; der den Datenzugriff begrenzende Verwendungszweck ist unter Beachtung des Normzusammenhangs, in welchen die §§ 94 ff. StPO eingebettet sind […]. Die Ermittlungsmethoden der Strafprozessordnung sind zwar im Hinblick auf die Datenerhebung und den Datenumfang weit gefasst. Normimmanent stehen die jeweiligen Eingriffsgrundlagen aber unter einer strengen Begrenzung auf den Ermittlungszweck; darüber hinaus setzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem staatlichen Handeln Grenzen. Eine weitergehende Eingrenzung der Eingriffsbefugnisse ist wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte von Verfassungs wegen nicht geboten (BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005 – 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29, 51).

[49] bb) Auch die RL 2016/680/EU fordert nicht, wie der Europäische Gerichtshof klargestellt hat, dass der Zugang zu auf einem Mobiltelefon gespeicherten Daten nur zur Bekämpfung bestimmter, schwerer Kriminalität zugelassen wird; andernfalls wären die Ermittlungsbefugnisse der zuständigen Behörden im Sinne der RL 2016/680/EU in Bezug auf Straftaten im Allgemeinen eingeschränkt, woraus sich in Anbetracht der Bedeutung, die solche Daten für strafrechtliche Ermittlungen haben können, eine erhöhte Gefahr der Straflosigkeit solcher Taten ergäbe (EuGH (Große Kammer), Urteil vom 4. Oktober 2024 – C-548/21, NVwZ 2025, 321, 325 Rn. 97). […]

[50] Eine im Lichte der RL 2016/680/EU gebotene gesetzliche Eingriffsermächtigung (Gesetzesvorbehalt) wird den an sie zu stellenden Erfordernissen auch dann gerecht, wenn sie – wie nach dem aufgezeigten Regelungskonzept der deutschen Strafprozessordnung – die Begrenzung der Eingriffsbefugnisse einer aufgrund objektiv nachvollziehbarer Umstände des Einzelfalles vorzunehmenden, gesetzlich verankerten Zweckbindung und Verhältnismäßigkeitsprüfung und deren gerichtlicher Überprüfung überantwortet. Der Gesetzesvorbehalt schließt nicht aus, dass die fragliche Einschränkung offen formuliert ist, um Anpassungen an verschiedene Fallgruppen und an Änderungen der Lage zu erlauben (Meyer/Hölscheidt/Schwerdtfeger, GRC, 6. Aufl., Art. 52 Rn. 31 mwN). Der europarechtliche Begriff „Gesetz“ ist im hier maßgeblichen Kontext in seiner materiellen und nicht in seiner formellen Bedeutung zu verstehen; „Gesetz“ ist der anwendbare Rechtstext in seiner Auslegung durch die zuständigen Gerichte (vgl. EuG, Urteil vom 27. April 2022 – T-710/21,

T-722/21, T-723/21, Rn. 81). Gemäß den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgezeigten Auslegungs- und Anwendungsgrundsätzen werden den Strafverfolgungsbehörden hinreichend klare Vorgaben für die Anwendung des § 81b Abs. 1 StPO in Verbindung mit §§ 94 ff. StPO gemacht und so ein hinreichender Schutz gegen etwaige willkürliche Eingriffe gewährleistet.

[51] dd) Im Lichte der RL 2016/680/EU und mit Blick auf die besondere Eingriffsintensität erfordert der Zugang zu den auf einem Mobiltelefon gespeicherten personenbezogenen Daten – außer in hinreichend begründeten Eilfällen – eine vorherige Kontrolle durch ein Gericht, um zu gewährleisten, dass der den Datenzugriff begrenzende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall durch eine Gewichtung aller relevanten Gesichtspunkte gewahrt wird (EuGH (Große Kammer), Urteil vom 4. Oktober 2024 – C-548/21, NVwZ 2025, 321, 325 Rn. 102, 104). Dies wird durch eine nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO – bei hinreichendem Tatverdacht und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit – richterlich angeordnete Durchsuchung gewährleistet, die gerade auch dem Auffinden von Mobiltelefonen dient.

[54] (2) Ausgehend hiervon ist das verfahrensgegenständliche Vorgehen der Polizeibeamten rechtlich nicht zu beanstanden.

C. Würdigung von Mohamad El-Ghazi und Jassem Imsameh

I. § 81b I StPO kann entgegen der Wertung des BGH sowie der vorgehenden Entscheidungen des OLG Bremen bzw. des LG Ravensburg[1] nicht als Ermächtigungsgrundlage für das zwangsweise Entsperren des Mobiltelefons mittels Auflegens des Fingers des Beschuldigten auf den Fingerabdrucksensor herhalten. Die von der Rechtsprechung präferierte Interpretation stellt eine unzulässige Zweckerweiterung dar. § 81b I StPO ermächtigt „nur“ zur Erhebung von (körperlichen) Identifikationsmerkmalen zu Beweiszwecken. Sie gestattet nicht die Nutzung des Fingerabdrucks als Schlüssel zur Gewinnung weiterer Beweismittel.

Insofern kann die verfahrensgegenständliche Maßnahme aus teleologischen Gründen nicht als „ähnliche Maßnahme“ i.S.d. § 81b I StPO verstanden werden. Richtigerweise stellt der BGH im Ausgangspunkt zutreffend dar, dass zu den „ähnlichen Maßnahmen“ im Sinne der Vorschrift

[1] OLG Bremen NStZ-RR 2025, 847; LG Ravensburg NStZ 2023, 446.

solche zählen, die der Feststellung der körperlichen Beschaffenheit eines Beschuldigten dienen. Richtig ist auch, dass das Mobiltelefon körperliche Merkmale zur Identifikation des Mobiltelefonnutzers abgleicht. Dass die Ausnutzung der Identifikationsfunktion des Mobiltelefons allein aber nicht die Anwendbarkeit des § 81b I StPO herbeiführen kann, wird bei Betrachtung des Normzwecks deutlich.[2] Die Vorschrift dient dazu, Erkennungsmerkmale als Beweismittel (Abs. 1 Alt. 1) oder für die Zwecke des Erkennungsdienstes zu erheben.[3] Der für die Entsperrung verwendete Finger(abdruck) dient vorliegend aber mitnichten als Beweismittel. Der alleinige Zweck der Maßnahme besteht in der Erlangung des Zugriffs auf Smartphonedaten. Anders als im originären Anwendungsbereich der Vorschrift erfolgt aber keine Speicherung der körperlichen Merkmale.[4] Es handelt sich um eine einmalige Entschlüsselungsaktion.

Der vom historischen Gesetzgeber vorgesehene Telos manifestiert sich in der amtlichen Überschrift der Norm: „Erkennungsdienstliche Maßnahmen bei dem Beschuldigten". Der Gesetzgeber hat die Vorschrift nicht ohne Grund so „getauft". Im Zuge der Einführung der amtlichen Überschrift hat sich der Gesetzgeber zwar nicht dazu verhalten, ob diese „Namensgebung" zu einer tatbestandlichen Einengung der Zwangsmaßnahme führen sollte. Im Jahre 2015 bestand hierzu aber auch kein Anlass, weil die Frage nach einem weiten Verständnis damals noch nicht zur Diskussion stand. Damit lässt sich dem Schweigen des Gesetzgebers letztlich nichts entnehmen. Allein der amtlichen Überschrift kommt daher (beschränkte) Bedeutung bei der Auslegung des § 81b I StPO zu und diese streitet gegen eine Nutzung der Fingerabdrücke zur Überwindung von technischen Zugangsbarrieren.

Eine weite Auslegung des § 81b I StPO lässt sich auch nicht über den Topos der Technikoffenheit erreichen. Die Vorschrift ist in der Tat technikoffen ausgestaltet. Die Technikoffenheit bezieht sich aber nur auf die Beweiserhebungsmittel. Die Ermittlungsbehörden sind (natürlich) nicht auf alle Ewigkeit zur Abnahme von Fingerabdrücken mit Stempelkissen und Papier verdammt. Der Topos der Technikoffenheit erlaubt es mithin, dass der Zweck der Maßnahme – in gewissen Grenzen – mit technisch fortschrittlicheren Mitteln erreicht wird; er erlaubt aber eben nicht die

[2] In diese Richtung auch *Schrott* NSW 2024, 286, 295.
[3] *Pschorr* jurisPR-StrafR 13/2025, Anm. 1.
[4] *Stam* JZ 2023, 1070, 1078.

Erweiterung des ursprünglichen Zweckes der gesetzlichen Maßnahme.[5] Über den Topos „Technikoffenheit“ dürfen keine „weiten Generalklauseln durch die Hintertür“[6] geschaffen werden.

Aus den genannten Gründen vermag auch der vom BGH angeführte Vergleich zur Beschlagnahme von Daten nicht zu überzeugen. Richtig ist: § 94 StPO gestattet auch die Beschlagnahme von Daten. Dieses Verständnis des § 94 StPO hat aber eben gerade keine Zweckerweiterung der Beschlagnahme zum Resultat. Auch bei der Beschlagnahme von Daten geht es um die (gegenständliche) Sicherung potenzieller Beweismittel für das Strafverfahren und um nichts anderes.[7]

Zum Teil wurde von den Gerichten argumentiert, die hier in Rede stehende Maßnahme besitze eine niedrigere Eingriffsqualität als die reguläre erkennungsdienstliche Abnahme von Fingerabdrücken, da mit ihr keine dauerhafte Speicherung der Fingerabdruckdaten verbunden sei.[8] Dabei wird übersehen, dass die Entsperrung des Smartphones den Zugriff auf alle Mobiltelefondaten ermöglicht, was einen deutlich tiefgreifenderen Eingriff darstellt. Dieses Argument übernimmt der BGH bezeichnenderweise nicht.

II. Die Entsperrung des Mobiltelefons mittels Fingerabdrucks öffnet den Ermittlungsbehörden das Tor zum Datenbestand des Smartphones. Wenn die Ermittlungsbehörden auf diesen Datenbestand keinen Zugriff nehmen dürften, wäre auch die vorherige zwangsweise Entsperrung des Mobiltelefons (als vorgelagerte (Hilfs-)Maßnahme) unzulässig. Hier verhält es sich nicht anders als bei klassisch „analogen“ Zwangsmaßnahmen: Darf eine Wohnung nicht durchsucht werden, ist das gewaltsame Öffnen der Wohnungstür ebenfalls unzulässig.[9]

Die Ermächtigungsgrundlage für den Zugriff auf den Datenbestand liefert nach Meinung des Senats § 94 I StPO. Die Eignung des Beschlagnahmeregimes als Grundlage für den Zugriff auf komplexe IT-Geräte, zu denen nicht nur das Smartphone, sondern auch alle anderen Systeme zählen,

---

[5] *Grzesiek/Zühlke* StV-S 2021, 117, 119.
[6] *Bock/Fülscher* StraFo 2023, 386, 387.
[7] *Hauschild*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 94 Rn. 1.
[8] OLG Bremen NStZ-RR 2025, 847 Rn. 8.
[9] Zu diesem Analogiegedanken schon *Zerbes/El-Ghazi* NStZ 2015, 425, 427 f.

> „deren Datenbestand einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten“[10],

wurde zuletzt zunehmend in Frage gestellt.[11]

Der 2. Senat kann für seine Position in der Tat auf Referenzentscheidungen des BVerfG rekurrieren.[12] Diese Entscheidungen müssen aber als von der technischen Entwicklung überholt angesehen werden. Die allgegenwärtige Integration hochleistungsfähiger IT-Systeme in unseren Alltag, die permanente Konnektivität des Einzelnen mit seinen Geräten und die Zunahme datenverarbeitender Kapazitäten dieser Gerätschaften haben unser Leben nachhaltig verändert. Eine gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ist ohne Nutzung moderner Mobiltechnologie heute nicht mehr möglich. Diese Entwicklungen erzeugen nicht nur faktische, sondern auch normative Verschiebungen, die eine Neubewertung bestehender rechtlicher Kategorien und Schutzmechanismen erforderlich machen. Als Ausdruck einer solchen Neubewertung kann die im Vordringen befindliche Position angesehen werden, die das auf die Online-Durchsuchung gemünzte Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (IT-Grundrecht)[13] auch bei der offen erfolgenden Beschlagnahme von Smartphones als betroffen ansieht.[14] Smartphones (und andere komplexe IT-Geräte) sind gerade aufgrund ihres außerordentlichen Datenbestands in besonderer Weise schutzbedürftig. Sie sind es nicht nur deshalb, weil bei der Online-Durchsuchung der Zugriff i.d.R. ohne Kenntnis des Geräteinhabers stattfindet. Auch insofern gilt nichts anderes als bei anderen Grundrechtsgewährleistungen: Die Modalität der Heimlichkeit/Offenheit beeinflusst nur die Intensität, aber nicht den verfassungsrechtlichen Grundcharakter des Eingriffs. So ist es auch im Verhältnis von strafprozessualer Wohnungsdurchsuchung (§§ 102 ff. StPO) und dem Lauschangriff auf die

---

[10] BVerfGE 120, 274, 314.

[11] *El-Ghazi*, DJT-Gutachten 2024, Bd. 1, Gutachten C; *El-Ghazi* NJW-Beil 2024, 46 ff.; *Cornelius* NJW 2024, 2725; *Greco* StV 2024, 276, 278; *Knauer/Schmorl* AnwBl 2024, 252, 253 f.; *Hiéramente* StV 2024, 611 ff.; *Stam* JZ 2023, 1070, 1073, 1080; *Grzesiek/Zühlke* StV-S 2021, 117, 121 f.; *Eschelbach*, in SSW StPO, 6. Aufl. 2025, § 94 Rn. 8 ff.

[12] BVerfGE 113, 29 ff. = NJW 2005, 1917.

[13] BVerfGE 120, 274 = StV 2008, 169.

[14] OLG Bremen NJW 2025, 847, 849; *El-Ghazi*, Gutachten 74. DJT/I/C, S. 56 ff.; *Stam* JZ 2023, 1070, 1072 Fn. 21; *Cornelius* NJW 2024, 2725, 2726; *Greco* StV 2024, 276, 280; *Rückert*, Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 197 f.

Wohnung (§ 100c StPO): beide unterfallen dem Art. 13 GG – die Heimlichkeit des Eingriffs indiziert jedoch eine größere Intensität des Eingriffs.

Es ist gut, dass sich der Senat veranlasst sah, hier „einen schwerwiegenden oder sogar besonders schwerwiegenden Eingriff" in die Rechte des Beschuldigten anzuerkennen. Schlecht ist aber, dass der Senat keine (echte) Aussage dazu treffen will, ob er das IT-Grundrecht auch bei einem offenen Zugriff auf das Smartphone als betroffen ansieht. Schlecht ist auch, dass der Senat weiterhin keine verfassungsrechtlichen Bedenken darin erblickt, dass § 94 StPO den staatlichen Zugriff auf den Datenschatz des Smartphones unter vergleichsweise niedrigen Anforderungen gestattet. Smartphone-Daten sind, wenn man sich nur die niedrigen Anforderungen an eine Beschlagnahmeanordnung im Vergleich zu den Voraussetzungen des § 100b StPO vor Augen führt, unzureichend vor dem analogen Zugriff von Seiten der Ermittlungsbehörden geschützt.[15] Der Gesetzgeber muss den Anlass, den Zweck und die Grenzen des Eingriffs in das IT-Grundrecht (oder auch die informationelle Selbstbestimmung) hinreichend bereichsspezifisch und präzise festlegen.[16] Dies ist eine Forderung aus der Wesentlichkeitstheorie. Aktuell wird das Gesetz diesem Erfordernis nicht (ansatzweise) gerecht.

III. Mit besonderer Spannung wurde in Fachkreisen erwartet, wie die deutschen Strafgerichte mit der Landeck-Entscheidung des EuGH[17] umgehen werden. Diese Entscheidung vom Oktober 2024 ist im Anwendungsbereich der JI-Richtlinie (EU) 2016/680 ergangen, deren sachlicher Anwendungsbereich sich gem. Art. 2 I u.a. auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten bezieht. Erfreulich ist, dass der Senat – anders wiederum das OLG Bremen – den Anwendungsbereich als eröffnet ansieht. Schon der Versuch, Zugang zu den Daten auf dem Smartphone zu bekommen, sei als Datenverarbeitung im Sinne der Richtlinie zu bewerten. Nach Ansicht des EuGH steht die Richtlinie einer nationalen Regelung, die die Verarbeitung von Daten auf dem Mobiltelefon gestattet, nicht entgegen, wenn diese Regelung (1) die Art oder die Kategorien der betreffenden Straftaten hinreichend präzise definiert, (2) die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gewährleistet und (3) die Ausübung dieser Möglichkeit,

---

[15] *El-Ghazi*, DJT-Gutachten 2024, Bd. 1, Gutachten C, These 1; *Schrott* NSW 2024, 286, 301 f.
[16] Wesentlichkeitstheorie: BVerfGE 120, 274, 315 f.; BVerfGE 113, 348, 375.
[17] C-548/21, NVwZ 2025, 321 ff.

außer in hinreichend begründeten Eilfällen, einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle unterwirft.[18]

Beeindruckend ist vor allem, wie der BGH über das Präzisierungserfordernis (oben Rn. 50) „hinweggeht" – oder besser: dieses übergeht: Der Senat erwähnt das Verlangen nach einer Art oder Kategorie der Straftat präzisen Rechtsgrundlage vom EuGH in seinem Beschluss noch nicht ausdrücklich.

Vor der BGH-Entscheidung schien uns unerfindlich, wie man behaupten können will, die Eingriffsgrundlage in § 94 I StPO würde hinreichend präzise definieren, bei welcher „Art oder Kategorien von Straftaten" der Zugriff auf den Datengoldschatz des Smartphones zulässig sein soll. Der Senat ist aber erfinderisch: Der BGH will anknüpfend an den im EU-Recht gängigen materiellen Gesetzesbegriff genügen lassen, wenn die Präzisierung der Rechtsgrundlage erst durch die Rechtsprechung erfolgt. Allein die vom BGH angegebenen Referenzen aus einer Kommentierung zur GRCh und aus der Rechtsprechung des EuG[19] tragen für sich aber nicht die zugrundeliegende Prämisse, dass die Präzisierung der formellen Rechtsgrundlage auch allein von der Rechtsprechung übernommen werden kann – materieller Gesetzesbegriff hin oder her. Beide Nachweise befassen sich – in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EGMR – mit der Frage, ob auch ungeschriebenes Recht (für common-law-Rechtsordnungen) und Rechtsakte sowie Rechtsinstrumente niedrigeren Rangs vom Begriff des Gesetzes erfasst sind.

Aber auch wenn das Präzisierungsgebot hinsichtlich der Rechtsgrundlage von der dritten Gewalt verwirklicht werden dürfte, würde § 94 StPO auch dann nicht den vom EuGH in der Landeck-Entscheidung formulierten Anforderungen genügen. Der deutschen Rechtsprechung ist es mitnichten gelungen, hinreichend präzise Gesichtspunkte zu formulieren, bei deren Vorliegen ein Zugriff auf den Datenbestand des Smartphones erfolgen darf. Geschweige denn, lassen sich aus der Rechtsprechung zu § 94 StPO „die Art oder die Kategorien der betreffenden Straftaten", bei denen eine solche Zwangsmaßnahme zulässig sein soll, hinreichend präzise herauslesen.

---

[18] EuGH NVwZ 2025, 321 Rn. 99, 102 ff.

[19] EuG, Urt. v. 27.4.2022 – T-710/21, T-722/21, T-723/21, Rn. 81; *Schwerdtfeger*, in Meyer/Hölscheidt GRC, 6. Aufl. 2024, Art. 52 Rn. 31 mwN (gemeint wohl ff.).

K.-o.-Mittel sind kein gefährliches Werkzeug

BGH, Beschluss vom 8.10.2024 – 5 StR 382/24 (vorgesehen für BGHSt)

mit einer Anmerkung von Anja Schmidt*

A. Sachverhalt

(6) Der Angeklagte und die Lebensgefährtin der Nebenklägerin kannten sich aus der sogenannten Swinger-Szene; spätestens seit 2018 oder 2019 gab es indes keine sexuellen Kontakte mehr zwischen ihnen. Am Vorabend eines Konzertes, das im August 2022 in der Nähe des Wohnorts des Angeklagten stattfand, besuchten die Nebenklägerin und ihre Freundin den Angeklagten und dessen Verlobte, um bei ihnen zu übernachten. Der Austausch sexueller Handlungen war nicht vorgesehen.

(7) Im Laufe des Abends entschloss sich der Angeklagte gleichwohl, der bereits stark angetrunkenen Nebenklägerin und seiner Verlobten heimlich Gamma-Butyrolacton (GBL) zu verabreichen. Er wollte die Frauen dadurch sexuell enthemmen, um dann mit und an ihnen sexuelle Handlungen zu vollziehen und sich durch gegenseitige sexuelle Handlungen der Frauen sexuell zu erregen. Er tropfte das GBL mittels einer Pipette in ein nicht alkoholisches Getränk, das er der Nebenklägerin gab, die es nichtsahnend austrank. Ein weiteres „sehr wahrscheinlich“ ebenfalls mit GBL versetztes Getränk gab er „sehr wahrscheinlich“ seiner ebenso ahnungslosen Verlobten, die es ebenfalls austrank. Dabei erkannte er und nahm billigend in Kauf, dass die Frauen in einen Bewusstseinszustand bis zur Bewusstlosigkeit versetzt werden könnten, in dem sie sich gegen solche Handlungen nicht würden wehren können. Ihm war bewusst, dass die Verabreichung der Tropfen, insbesondere in Verbindung

* PD Dr. Anja Schmidt, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.
Kontakt: anja.schmidt@jura.uni-halle.de.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2025-27

mit Alkohol, erhebliche gesundheitliche Risiken bis hin zu einer Todesgefahr in sich barg.

(8) Das GBL, das im Körper zu Gamma-Hydroxybuttersäure (GHB; gemeinhin bekannt als „Liquid Ecstasy“ und „K.O.-Tropfen”) umgewandelt wird, zeitigte die vom Angeklagten erwünschte Wirkung. Die ansonsten verschlossene Nebenklägerin begann zunächst im Wohnzimmer mit der Verlobten des Angeklagten ausgelassen zu tanzen. Im weiteren Verlauf zogen sich die Frauen gegenseitig aus, legten sich auf die Couch und küssten sich. Während die Nebenklägerin dieses ihr gänzlich wesensfremde Verhalten an den Tag legte, lag oder stand ihre Lebensgefährtin neben den beiden anderen Frauen. Im weiteren Verlauf trat der Angeklagte hinzu, küsste die Nebenklägerin und streichelte sie zumindest an ihrer mit einem BH bedeckten Brust und über ihrer mit einem Slip bedeckten Vulva. Er erkannte, dass die Nebenklägerin aufgrund der Wirkung des GBL nicht mehr in der Lage war, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu äußern. Ohne die heimliche Gabe der GBL-Tropfen hätte die Nebenklägerin sich nicht auf den erheblich älteren und ihr erst seit kurzer Zeit bekannten Angeklagten eingelassen.

(9) Nach Beendigung dieser sexuellen Handlungen war die Nebenklägerin zunächst nicht mehr auffindbar. Sie wurde schließlich im Garten des Wohngrundstückes auf der Erde liegend, schlafend, nicht ansprechbar und nur mit einem durchnässten Bademantel bekleidet gefunden. Aufgrund der starken Bewusstseinseintrübung und der Übelkeit bestand das Risiko des Erstickens durch Bewusstlosigkeit und das Rutschen der Zunge in den Schlund oder durch das Aspirieren von Fremdkörpern infolge Erbrechens.

B. Aus den Gründen

(12) b) Es hält aber der materiell-rechtlichen Prüfung nicht stand, dass die Strafkammer das Verabreichen von GBL mittels einer Pipette als ein Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des Qualifikationstatbestands des § 177 Abs. 8 Nr. 1 Alt. 2 StGB gewertet hat.

(13) aa) GBL-Tropfen stellen für sich genommen kein Werkzeug dar. Eine solche Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut der Norm nicht in Einklang bringen (vgl. zur Bedeutung der Wortlautgrenze BVerfG, Beschluss vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, BVerfGE Band 160, 284, NJW 2022, 1160 Rn. 96 ff.); auf die Frage der konkreten Dosierung oder der Gefährlichkeit

des Mittels kann es daher nicht maßgeblich ankommen (in diesem Sinne aber möglicherweise BGH, Beschlüsse vom 6. März 2018 – 2 StR 65/18, NStZ-RR 2018, 141; vom 15. Juli 1998 – 1 StR 309/98). Insoweit gilt:

(14) (1) Bei einem Werkzeug handelt es sich nach allgemeinem Sprachgebrauch um einen für bestimmte Zwecke geformten Gegenstand, mit dessen Hilfe etwas bearbeitet wird (Duden Band 10, Das Bedeutungswörterbuch, 5. Aufl., Stichwort „Werkzeug“ unter 1.a, S. 1121). Unter einem Gegenstand versteht man gemeinhin nur feste Körper. Da Flüssigkeiten, wie hier die GBL-Tropfen, aber auch Gase keine feste Form haben, sind sie keine Gegenstände und ihnen kann damit auch keine Werkzeugqualität zukommen. GBL-Tropfen können mithin ohne eine Verletzung der sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Wortlautgrenze nicht als Werkzeug im Sinne der strafrechtlichen Vorschriften bewertet werden (vgl. zu alldem MüKo-StGB/Hardtung, 4. Aufl., § 224 Rn. 15 mwN; ebenso LK/Grünewald, StGB, 13. Aufl., § 224 Rn. 20).

(15) (2) Dies wird von systematischen Erwägungen gestützt. Das Merkmal des gefährlichen Werkzeugs wird auch in anderen insoweit wortlautgleichen Qualifikationstatbeständen genutzt; für denjenigen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass ein Mittel, das erst nach einem Stoffwechselprozess im Körper sedierend oder narkotisierend wirkt, kein (gefährliches) Werkzeug ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. März 2018 – 2 StR 65/18 Rn. 4; vom 27. Januar 2009 – 4 StR 473/08 Rn. 2; aA LK/Hörnle, StGB, 13. Aufl., § 177 Rn. 305; wohl auch – indes nicht tragend – BGH, Beschluss vom 20. April 2017 – 2 StR 79/17, StV 2019, 93, 94). Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb für § 177 Abs. 8 Nr. 1 Alt. 2 StGB etwas anderes gelten sollte, zumal ein Gleichlauf dem Willen des Gesetzgebers entspricht, der den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 177 StGB nicht anders verstanden haben wollte als in dem – wiederum an § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB angelehnten – Qualifikationstatbestand des § 250 StGB (vgl. BT-Drucks. 13/9064, S. 13, 18).

(16) bb) Dass der Angeklagte die GBL-Tropfen mittels eines Gegenstandes, hier einer Pipette, in ein für die Nebenklägerin bestimmtes Getränk träufelte, führt nicht zu einer anderen Beurteilung.

(17) (1) Für § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, an den die Vorschrift des § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB angelehnt ist, gilt:

(18) Eine Körperverletzung wird „mittels“ einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs begangen, wenn sie unmittelbar durch ein von außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes potentiell gefährliches Tatmittel verursacht wird (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 – 3 StR 585/17, BGHSt 63, 138, 153; Beschluss vom 15. August 2023 – 4 StR 514/22 Rn. 17; jeweils mwN). Ein Gegenstand ist danach gefährlich, wenn er nach Art seiner konkreten Anwendung im Einzelfall geeignet ist, unmittelbar eine erhebliche Verletzung herbeizuführen. Dies kann beim Einsatz von Flüssigkeiten, Gasen oder auch Strahlen der Fall sein, wenn sie durch einen Gegenstand auf den Körper gerichtet und mit diesem in Verbindung gebracht werden. Voraussetzung ist indes, dass durch den Gegenstand unmittelbar von außen auf den Körper eingewirkt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2012 – 3 StR 186/12, NStZ-RR 2012, 308; Urteil vom 27. Januar 2011 – 4 StR 487/10, NStZ-RR 2011, 275, 276; MüKo-StGB/Hardtung, 4. Aufl., § 224 Rn. 15; LK/Grünewald, StGB, 13. Aufl., § 224 Rn. 20; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., § 224 Rn. 6 mwN).

(19) Daran fehlt es hier. Denn der Angeklagte verwendete die Pipette lediglich als Dosierungshilfe und brachte mit ihr die Tropfen weder unmittelbar dem Körper der Nebenklägerin bei, noch hatte dieses – für sich genommen in der konkreten Verwendungsart ungefährliche – Instrument (insoweit möglicherweise weitergehend zur besonderen Form der Verabreichung eines Narkosemittels per Infusion: BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2018 – 1 StR 418/18, NStZ 2019, 273) selbst Kontakt zum Körper der Nebenklägerin. Die Pipette war hier lediglich ein Mittel, um die GBL-Tropfen mit dem Körper der Nebenklägerin mittelbar in Verbindung zu bringen, die ihre gesundheitsschädliche Wirkung – nach Konsum des Getränks über einen Stoffwechselprozess – erst noch entfalten mussten. Sie war daher nicht geeignet, unmittelbar und von außen einwirkend eine Körperverletzung zu verursachen; ihr haftete die erforderliche potentielle Gefährlichkeit nicht an. Die Pipette war danach kein gefährliches Werkzeug, sondern lediglich Mittel der Beibringung eines gesundheitsgefährdenden Stoffes; Handlungen unter Verwendung solcher Art Tatmittel unterfallen aber § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. LK/Grünewald, StGB, 13. Aufl., § 224 Rn. 11 mwN). Für die Tasse als bloßes Trinkgefäß, aus der die Nebenklägerin den mit GBL versetzten Apfelsaft selbständig trank, gilt erst recht nichts anderes.

(20) Dies steht im Einklang mit früherer Rechtsprechung zu der Einordnung von ätzender Säure, die dem Opfer ins Gesicht gegossen wird, als gefährliches Werkzeug (vgl. BGH, Urteile vom 21. November 1950 – 4 StR 20/50, BGHSt 1, 1; vom 22. Dezember 1993 – 3 StR 419/93), die der Gesetzgeber bei der Überführung und Erweiterung des Tatbestandes der Vergiftung (§ 229 StGB aF) in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I 1998 S. 164) übernommen hat (vgl. BT-Drucks. 13/9064, S. 18), und der entsprechenden rechtlichen Bewertung eines Pfeffersprayeinsatzes (BGH, Urteil vom 12. Januar 2012 – 4 StR 499/11). Denn anders als bei der Beibringung der Tropfen vermittelt über ein Getränk können die mit einem Gegenstand von außen auf den Körper gebrachten Stoffe unmittelbar zu erheblichen Köperverletzungen führen.

(21) (2) Es handelt sich bei der Variante „Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs“ in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch nicht um den „Oberbegriff“ zur Variante der Begehung durch „Beibringung von Gift oder anderen gesundheits-schädlichen Stoffen“ in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit der Folge, dass ein gesundheitsschädlicher Stoff stets auch ein gefährliches Werkzeug wäre; § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nicht lex specialis zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., § 224 Rn. 6; Krüger/Maurer, JA 2018, 321, 323; aA für den Fall, dass Flüssigkeiten, Gase oder gar Strahlen mit einem Gegenstand auf den Körper gerichtet und mit diesem in Verbindung gebracht werden LK/Grünewald, StGB, 13. Aufl., § 224 Rn. 20; BeckOK StGB/Eschelbach, 62. Ed., § 224 Rn. 29).

(22) Spezialität als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den infrage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren Gesichtspunkt erfasst, also spezieller ist (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa BGH, Urteil vom 10. November 2022 – 5 StR 283/22, NJW 2023, 1973, 1976 mwN).

(23) Dies ist im Verhältnis von § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB schon mit Blick auf den aufgezeigten Wortlaut nicht der Fall. Aber auch ungeachtet des Umstands, dass Gift oder ein anderer gesundheitsgefährdender Stoff für sich genommen keine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug darstellen, gibt es auch kein weiteres, den Sachverhalt genauer erfassendes Merkmal in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB, das in Nr. 2 nicht

enthalten ist; vielmehr stehen sich einerseits die „Beibringung“ in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB und andererseits die Begehung der Körperverletzung „mittels“ der Waffe oder dem gefährlichen Werkzeug in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegenüber, ohne dass das eine im anderen enthalten wäre.

(24) Gegen ein Spezialitätsverhältnis spricht zudem, dass der Gesetzgeber durch das 6. StrRG zwar den in § 229 StGB aF geregelten Tatbestand der Vergiftung abschaffen und dieses Unrecht (unter anderen Voraussetzungen) in § 224 Abs. 1 StGB integrieren wollte, die Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen als weiterer Qualifikationstatbestand aber hinzukommen sollte (vgl. BT-Drucks. 13/9064, S. 15 f.). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich kein Anhalt, dass die neu in § 224 Abs. 1 StGB eingeführte Variante lediglich ein Unterfall der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs sein sollte. Es folgt hieraus vielmehr nur, dass der Gesetzgeber trotz Abschaffung des Vergiftungstatbestands in § 229 StGB aF dem erhöhten Unrechtsgehalt einer Giftbeibringung durch eine Verschärfung des § 223 StGB-E Rechnung tragen wollte (BT-Drucks. 13/8587, S. 35 f.). Es wäre systematisch im Hinblick auf die Regelungstechnik jedenfalls unüblich (vgl. allerdings BGH, Beschluss vom 20. Februar 2018 – 3 StR 612/17, NStZ-RR 2018, 140; Urteil vom 5. März 2003 – 2 StR 494/02, NStZ 2003, 604 zum Verhältnis von § 249 und §§ 253, 255 StGB), die „Auffangvariante“ des gefährlichen Werkzeugs in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu regeln, zugleich dieser den „Spezialfall“ in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB aber voranzustellen. Schließlich spricht auch der Rechtszustand vor der Reform nicht für ein Spezialitätsverhältnis, da es sich bei § 223a StGB aF und § 229 StGB aF um zwei unterschiedliche Strafvorschriften handelte.

(25) (3) Für die Auslegung des Merkmals des gefährlichen Werkzeugs in § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB kann nichts anderes gelten.

(26) Die von der Strafkammer angestellten teleologischen Erwägungen, nach der angesichts vergleichbarer Gefährlichkeit die Gleichbehandlung der Verwendung von sedierend wirkenden Substanzen und beispielsweise „Holzknüppeln“ geboten sei, negieren die aufgezeigten Ergebnisse der grammatikalischen, historischen und systematischen Auslegung; allein auf Gerechtigkeitserwägungen gestützt kann insbesondere nicht die Wortlautgrenze und damit letztlich der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG außer Acht gelassen werden (in diesem Sinne auch

MüKo-StGB/Hardtung, 4. Aufl., § 224 Rn. 18). Soweit sich das Landgericht mit dem Vergleich zu Holzknüppeln auf das oben erwähnte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. November 1950 (4 StR 20/50, BGHSt 1, 1) bezogen haben sollte, in dem diese ebenfalls genannt werden, hätte es verkannt, dass der damalige Angeklagte dem Raubopfer Salzsäure aus einem Topf unmittelbar ins Gesicht schüttete und damit den Tatbestand der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs erfüllte.

(27) Ungeachtet dessen bedürfte es der von der Strafkammer vorgenommenen Auslegung des Werkzeugbegriffs auch nicht, um zu einer schuldangemessenen Ahndung von Fällen der Verabreichung sedierender Substanzen im Rahmen des § 177 StGB zu kommen. Denn es ist dem Tatgericht unbenommen, solche Taten, in denen der Täter – wie hier – ein sehr gefährliches und in seiner konkreten Wirkungsweise, gerade in Kombination mit erheblichen Mengen Alkohol, kaum zu kontrollierendes Mittel im Sinne des § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB bei sich führt und sogar für die Tatbegehung einsetzt, bei der Strafzumessung entsprechend zu würdigen. Der Gesetzgeber hat bei den Strafobergrenzen in den Strafrahmen des § 177 Abs. 7 und 8 StGB keinen Unterschied gemacht (§ 38 Abs. 2 StGB).

(28) c) Obschon der Angeklagte nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen durch das Verwenden des K.O.-Mittels zugleich § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB in Tateinheit mit § 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 5 StGB verwirklichte (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 24. Mai 2016 – 5 StR 163/16 Rn. 3), sieht sich der Senat daran gehindert, den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO selbst abzuändern. Denn nach den Feststellungen liegt es jedenfalls nicht fern, dass der Angeklagte auch die Qualifikation des § 177 Abs. 8 Nr. 2b StGB (Herbeiführung einer konkreten Todesgefahr für das Opfer) verwirklichte.

(29) Zwar hat das Landgericht in der Beweiswürdigung ausgeführt, dass es nur von einer „jedenfalls“ abstrakten Lebensgefahr ausgegangen ist. Dies steht aber in einem Spannungsverhältnis zu den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zur Auffindesituation. Danach bestand bei der Nebenklägerin „aufgrund der starken Bewusstseinseintrübung und der Übelkeit das Risiko des Erstickens durch Bewusstlosigkeit wie das Rutschen der Zunge in den Schlund oder durch das Aspirieren von Fremdkörpern infolge Erbrechens“. Es erscheint danach nicht ausgeschlossen, dass dieses Risiko im zweiten Rechtsgang als eine konkrete Todesgefahr bewertet werden kann. Dies gilt auch in subjektiver Hinsicht: Denn nach den Feststellungen war dem Angeklagten bewusst, dass die

Verabreichung der Tropfen, insbesondere in Verbindung mit Alkohol, erhebliche gesundheitliche Risiken bis hin zu einer Todesgefahr in sich barg. Das Verböserungsverbot steht einem Austausch des Qualifikationsmerkmals – gegebenenfalls nach entsprechenden Hinweisen (§ 265 Abs. 1 StPO) – nicht entgegen (BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2020 – 4 StR 519/19 Rn. 7 mwN).

[…]

C. Würdigung von Anja Schmidt

Der 5. Strafsenat des BGH hat in seinem Beschluss vom 8.10.2024 entschieden, dass K.-o.-Mittel nicht unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 177 VIII Nr. 1 StGB fallen. Der ausführlich begründete Beschluss beruht auf einer Auslegung des Wortlautes des § 177 VIII Nr. 1 StGB im systematischen Zusammenhang mit §§ 250 II Nr. 1 sowie 224 I Nr. 1 und 2 StGB.

I. Argumentation des BGH

1. Kern der Argumentation ist das Gebot gesetzlicher Bestimmtheit nach Art. 103 II GG. Es verstoße gegen die Wortlautgrenze der Auslegung, wenn nicht feste Substanzen unter den Begriff des Werkzeugs gefasst werden.[1]

Dass Werkzeuge feste Objekte sind, entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, der durch den Duden dokumentiert wird. Demnach ist ein Werkzeug ein Gegenstand, der für bestimmte (handwerkliche) Zwecke geformt wird, um etwas herstellen oder bearbeiten zu können.[2] Ein Gegenstand ist dem Duden zufolge ein „[kleiner, fester] Körper".[3] Zwar lässt sich das Wort Werkzeug auch in einem übertragenen Sinn als Mittel verstehen, um einen bestimmten Zweck zu erreichen,[4] allerdings werden solche Mittel dann eben nur in einem übertragenen Sinn als Werkzeug bezeichnet.

2. Zudem stützt sich der BGH auf die systematische Erwägung, dass der Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 250 II Nr. 1 StGB durch den BGH

---

[1] BGH, 8.10.2024, 5 StR 382/24, Rn. 13 f.
[2] https://www.duden.de/rechtschreibung/Werkzeug, zuletzt abgerufen am 10.10.2025.
[3] https://www.duden.de/rechtschreibung/Gegenstand, zuletzt abgerufen am 10.10.2025.
[4] Dahingehend *Lichtenthäler* FD-StrafR 2024, 824459.

bislang für narkotisierende oder sedierend wirkende Mittel ebenso ausgelegt worden sei.[5] In den beiden in Bezug genommenen Entscheidungen hatten der 2. und 4. Strafsenat des BGH diese Frage für § 250 II Nr. 1 StGB jedoch offengelassen, weil jedenfalls die Dosierung oder Zusammensetzung der K.-o.-Mittel nicht für eine gefährliche Wirkung gereicht habe.[6] Zutreffend führt der 5. Strafsenat jedoch aus,[7] dass der Gesetzgeber davon ausging, dass die Qualifikation in § 250 II StGB der in § 177 VIII StGB entspricht.[8]

3. Das Wortlautargument allein würde nicht dagegensprechen, in Tablettenform verabreichte betäubende Substanzen unter den Werkzeugbegriff zu fassen. Der BGH argumentiert jedoch überzeugend, dass es – wie bei der Abgrenzung zwischen gesundheitsgefährdendem Stoff und gefährlichem Werkzeug bei §§ 224 I Nr. 1 und 2 StGB – darauf ankommt, ob der Stoff, bspw. Pfefferspray, mittels eines Gegenstandes unmittelbar auf den Körper aufgebracht wird oder ob er so in den Körper verbracht wird, dass er dort aufgrund von Stoffwechselprozessen seine schädliche Wirkung entfalten kann.[9] Betäubende Substanzen wie K.-o.-Mittel werden unabhängig von ihrer Form über Stoffwechselprozesse im Körper wirksam, so dass sie auch bei der Verabreichung in fester Form nicht unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs fallen.

K.-o.-Tropfen oder andere flüssige oder gasförmige Substanzen sind demnach kein gefährliches Werkzeug gem. § 177 VIII Nr. 1 und auch §§ 177 VII Nr. 1, 224 I Nr. 2, 250 I Nr. 1a), II Nr. 2 StGB.[10]

II. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Die Entscheidung des BGH überzeugt zwar, legt aber gesetzgeberischen Handlungsbedarf offen.

1. Die heimliche Gabe von betäubenden Substanzen fällt unter den Gewaltbegriff des § 177 V Nr. 1 StGB. Zudem greift § 177 VII Nr. 2 StGB, weil

---

[5] BGH, 8.10.2024, 5 StR 382/24, Rn. 15.

[6] BGH NStZ-RR 2018, 141, 141; NStZ 2009, 505, 506.

[7] BGH, 8.10.2024, 5 StR 382/24, Rn. 15.

[8] BT-Drs. 13/9064, S. 13.

[9] BGH, 8.10.2024, 5 StR 382/24, Rn. 19 f.

[10] Ebenso *Jahn* JuS 2025, 276, 279; *Jäger* JA 2025, 79, 81; *Müller* jM 2025, 88, 89; vgl. zu § 224 I Nr. 2 StGB OLG Dresden NStZ-RR 2009, 337, 337 f.; *Hardtung*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 224 Rn. 15; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 14; *Sternberg-Lieben*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 14; *Eckstein* NStZ 2008, 125, 126.

K.-o.-Mittel sonstige Mittel sind, die ein Täter bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Allerdings gilt dann nur der Mindeststrafrahmen von drei Jahren Freiheitsstrafe des § 177 VII StGB, nicht aber die Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren in § 177 VIII StGB.

Der 5. Strafsenat führt aus, dass dennoch eine schuldangemessene Bestrafung möglich sei, weil die Strafrahmenobergrenzen bei § 177 VII und VIII StGB gleich sind.[11] Allerdings bleibt es dabei, dass der Gesetzgeber nur die Verwendung von Waffen oder gefährlichen Werkzeugen und eben nicht die von sonstigen Mitteln gegenüber deren Beisichführen als unrechts- und schulderhöhend einstuft, obwohl ihre Verwendung genauso gefährlich sein kann wie die von gefährlichen Werkzeugen. Dies gilt insbesondere für betäubende Mittel, die zur Ermöglichung sexueller Übergriffe eingesetzt werden. Bspw. kann bei der Gabe von GHB Bewusstlosigkeit mit der Gefahr einer Atemdepression bis hin zu einem tiefen Koma eintreten, Alkohol wirkt verstärkend.[12]

2. Auch § 177 VIII Nr. 2b) StGB, auf den der 5. Strafsenat für den konkreten Fall verweist, weil die Umstände auf eine konkrete Todesgefahr deuten,[13] genügt nicht, um alle relevanten Fälle aufzufangen. Denn diese Qualifikationsalternative setzt eine konkrete Todesgefahr für die betroffene Person voraus.[14] Diese wird aber nicht in jedem Einzelfall objektiv und subjektiv nachzuweisen sein. Bei der Verwendung von Waffen oder gefährlichen Werkzeugen genügt es hingegen, wenn sie ihre gefährliche Wirkung entfalten können, wobei die Gefahr erheblicher Verletzungen, also auch eine konkrete Gefahr für die Gesundheit, ausreicht.[15]

3. Hinzu kommt die naheliegende Vermutung, dass das Thema von erheblicher praktischer Relevanz ist. Das zeigt nicht nur der öffentlich gewordene Fall Pelicot aus Frankreich. Es dürfte auch ein erhebliches

---

[11] BGH, 8.10.2024, 5 StR 382/24, Rn. 27; zustimmend *Jäger* JA 2025, 79, 82.

[12] Vgl. *Loddo/Beike/Rothschild* Forens Psychiatr Psychol Kriminol, 2009, 287, 288.

[13] BGH, 8.10.2024, 5 StR 382/24, Rn. 29; kritisch dazu *Müller* jM 2025, 88, 89.

[14] Vgl. BGH NJW 2001, 836, 837; *Renzikowski*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 177 Rn. 180; *Eisele*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 177 Rn. 121; *Eschelbach*, in Matt/Renzikowski StGB, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 158; *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 31. Aufl. 2025, § 177 Rn. 26. Dies gilt auch für § 250 II Nr. 3 b) StGB, vgl. dazu TK/StGB-*Eisele*, § 250 Rn. 34; *Sander*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 250 Rn. 67; Matt/Renzikowski-*Eschelbach*, § 250 Rn. 43.

[15] Vgl. TK/StGB-*Eisele*, § 177 Rn. 117; *Schumann*, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 177 Rn. 57; Matt/Renzikowski-*Eschelbach*, § 177 Rn. 154; vgl. auch MüKo/StGB-*Renzikowski*, § 177 Rn. 177.

Dunkelfeld geben: Die STRG_F-Recherche zu „Vergewaltigernetzwerken auf Telegram“ hat Telegramgruppen aufgedeckt, in denen sich mehrere hundert bis zehntausende Männer, zu denen auch deutsche Nutzer gehören, darüber austauschen, wie sie Frauen betäuben und sexuelle Übergriffe bis hin zu Vergewaltigungen an ihnen begehen können; teilweise werden Liveaufnahmen von solchen Übergriffen an bewusstlosen Frauen in diesen Gruppen geteilt und Anweisungen oder Anregungen zum konkreten Vorgehen von anderen Chatteilnehmern ausgeführt.[16] Außerdem dürften viele Fälle unentdeckt bleiben, weil für Betroffene schwer zu erkennen ist, ob sie K.-o.-Mittel verabreicht bekommen haben und was ihnen während der Bewusstlosigkeit widerfahren ist. K.-o.-Mittel sind in den Körpersubstanzen nicht lange nachweisbar und es werden teils Stoffe verwendet, die noch nicht als solche gelten, nach denen also bei der labortechnischen Analyse typischerweise nicht gesucht wird.[17]

III. Gesetzesentwurf des Bundesrates

Eine gesetzgeberische Gleichstellung mit gefährlichen Werkzeugen hinsichtlich der Verwendung betäubender Substanzen bei einem sexuellen Übergriff ist damit angezeigt. Der Bundesrat hat einen entsprechenden Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht.[18] Demnach soll angelehnt an § 224 I Nr. 1 StGB nach § 177 VIII Nr. 2 und § 250 II Nr. 2 StGB-E bestraft werden, wer „zur Ausführung der Tat dem Opfer Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe beibringt“. Angesichts des Zusammenwirkens mehrerer Personen in Bezug auf die Ausführung konkreter Taten sollte zudem geprüft werden, ob die Qualifikation einer bandenmäßigen Begehung parallel zu § 250 I Nr. 2 StGB eingeführt werden sollte.[19]

---

[16] Abrufbar unter: https://www.youtube.com/watch?v=GLrzyOLJUtk; vgl. zu einem deutschen Fall *Beer/Ströh*, Frauen betäubt und gefilmt, v. 10.7.2025, abrufbar unter: https://www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama/archiv/2025/frauen-betaeubt-und-gefilmt-das-netzwerk-der-vergewaltiger,vergewaltiger-netzwerk-100.html, zuletzt abgerufen am 10.10.2025.

[17] Vgl. *Loddo/Beike/Rothschild* Forens Psychiatr Psychol Kriminol, 2009, 287, 292.

[18] BT-Drs. 21/551.

[19] Eine gemeinschaftliche Begehung gem. § 177 VI Nr. 2 StGB dürfte mangels aktiven Zusammenwirkens unmittelbar am Tatort nicht vorliegen, vgl. MüKo/StGB-*Renzikowski*, § 177 Rn. 163.

Petzsche/Schuchmann/Steinl/Werkmeister (Hrsg.), Strafrecht und Krise. 10. Symposium des Jungen Strafrechts Berlin 2024 – zugleich eine Bestandsaufnahme nach 15 Jahren Junges Strafrecht

Nomos, Baden-Baden 2025, 242 S., Broschur € 59.

Anna H. Albrecht, Potsdam, Julia Geneuss, Potsdam,
und Erol Pohlreich, Frankfurt (Oder)*

Das „Junge Strafrecht“ gibt es nunmehr seit 15 Jahren und 10 Tagungen. Anders als die Assistententagungen im Öffentlichen Recht und im Zivilrecht, die längst eine jahrzehntelange Tradition entfaltet haben, ist es damit im wahrsten Sinne des Wortes immer noch jung. Ursprünglich war es die Idee von Andreas Popp, Georg Steinberg und Brian Valerius, dem strafrechtswissenschaftlichen Nachwuchs ein eigenes Forum zu schaffen. Sie organisierten die erste Tagung 2010 in Köln. Hier wurde Beatrice Brunhöber als Sprecherin gewählt, die die Idee mit viel Engagement und enormem Zeiteinsatz beharrlich weiterverfolgte und ohne die es das Junge Strafrecht heute nicht gäbe.

Das Junge Strafrecht füllte eine Lücke: Bis dahin fehlte ein gesamtstrafrechtswissenschaftliches Forum, das sich speziell an Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler richtete. Die Symposien des Jungen Strafrechts eröffnen dem Nachwuchs – von Studierenden bis zu Privatdozentinnen – die Möglichkeit, eigene Projekte in einem größeren Forum und zugleich in einem geschützten Raum zu präsentieren, in

* Anna H. Albrecht ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafrechtsvergleichung an der Universität Potsdam. Kontakt: anna.albrecht@uni-potsdam.de.
Julia Geneuss, LL.M. (NYU) ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Potsdam. Kontakt: julia.geneuss@uni-potsdam.de.
Erol Pohlreich ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Sanktionenrecht und Menschenrechte an der Europa-Universität Frankfurt (Oder). Kontakt: pohlreich@europa-uni.de.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2025-28

kollegialer Atmosphäre zu diskutieren und sich auch jenseits des fachlichen Programms kennenzulernen und zu vernetzen. Damit entstand eine Plattform, die fachlichen Austausch ebenso fördert wie den Austausch über die Unwägbarkeiten einer wissenschaftlichen Karriere. Viele der damaligen Vortragenden und Organisatorinnen und Organisatoren sind heute selbst Professorinnen und Professoren. Dass sie nun ihrerseits den eigenen Nachwuchs ausdrücklich zur Teilnahme ermutigen, zeigt die andauernde Verbundenheit zum Jungen Strafrecht und die Relevanz der Symposien auch für individuelle akademische Biografien.

Seit dem 14.11.2016 ist das Junge Strafrecht als gemeinnütziger Verein organisiert. Die durchaus aufwendige Vereinsgründung – wir erinnern uns an nächtliche Arbeiten an Satzung, Logo und Homepage, zähes Ringen mit dem Finanzamt und ein lustiges Gründungstreffen –, sollte dem Forum eine festere Struktur verleihen, Spenden und Mitteltransfer erleichtern und damit finanziellen Druck von den Organisationsteams nehmen.

Der Aufwand scheint sich gelohnt zu haben. Nach dem Kölner Auftakt folgten Tagungen in Berlin, Frankfurt am Main, Göttingen, Erlangen/Nürnberg, Potsdam, Hamburg, München, Zürich, wieder Berlin und nun Freiburg.[1] Die Nachhaltigkeit des Konzepts belegt auch die inzwischen auf zehn Tagungsbände angewachsene Reihe, deren Sichtbarkeit und Rezeption durch Nomos gesichert ist. Sie gehört heute zu einem festen Bestandteil der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft, was auch der geschickten Wahl der zugleich grundlegenden wie aktuellen Themen zu verdanken ist. So liegt es auch bei dem hier besprochenen Band zum zehnten Symposium, das 2024 in Berlin zum Thema „Strafrecht und Krise“ stattfand. Organisiert wurde es von Anneke Petzsche, Inga Schuchmann und Andreas Werkmeister von der HU Berlin und Leonie Steinl von der Universität Münster, die damit auch als Herausgebende fungieren.

Der Band eröffnet in seinem ersten, mit „Grundlagen“ überschriebenen Teil mit zwei Beiträgen, die den Krisendiskurs begrifflich und ideengeschichtlich rahmen. Hannah Ofterdinger entwickelt anhand der Beispiele der Reform der §§ 277, 279 StGB in der Covid-Pandemie und die Einführung des § 184j StGB nach der sogenannten „Kölner

[1] Informationen zu den Tagungsthemen, Tagungsberichten und Tagungsbänden sowie zum Jungen Strafrecht e.V. allgemein finden sich unter www.jungesstrafrecht.de.

Silvesternacht“ den Begriff des „reaktiven Strafrechts“: Strafrecht, das in kurzer Zeit unter dem Eindruck einer als existentiell empfundenen Bedrohung geschaffen wird und dabei sehr unterschiedlich und zum Teil rein symbolisch wirkt. Sie mahnt, dass symbolisches Strafrecht nicht nur ineffektiv ist, sondern das Strafrecht selbst in Legitimationskrisen stürzen kann. Florian Rebmann und Simon Schlicksupp spüren den Linien der „sozialnormtransformativen Kriminalpolitik“ nach, die in der kritischen Kriminalwissenschaft der 1960er Jahre mit ihrer im Kern strafrechtsbegrenzenden Tendenz wurzelt, das Strafrecht jedoch auch als Mittel zur Veränderung unerwünschter gesellschaftlicher Verhältnisse und Normen versteht. Sie weisen darauf hin, dass die Effektivität eines so verstandenen Strafrechts unklar ist, und mahnen an, dass das sozialnormtransformative Paradigma den zunehmenden Einzug von Gesinnungsmerkmalen ins Strafrecht zu begünstigen scheine. Gemeinsam ist beiden Beiträgen, dass sie Ambivalenz sichtbar machen: Strafrecht kann in Krisenlagen handlungsfähig machen und soziale Prozesse beeinflussen, ist aber immer auch anfällig für Missbrauch und Überlastung. Dabei stellen beide Beiträge keine simplen politischen Forderungen, sondern insistieren auf Differenzierung und markieren zugleich den Grundton des Tagungsbandes, skeptisch gegenüber einem als Allzweckmittel missverstandenen Strafrecht zu sein.

Der zweite Teil befasst sich mit dem Strafrecht in der Klimakrise und konkretisiert so das Thema des Bandes anhand eines nicht nur akuten, sondern auch strukturellen und globalen Krisentypus. Nina Schrott zeichnet die Konturen eines „Klimakrisenstrafrechts“. Ihr Beitrag zeigt, dass das Strafrecht das Klima über manche Straftatbestände des Besonderen Teils bislang allenfalls mittelbar schützt. Über Art. 20a GG ließen sich klimaschutzrelevante Aspekte in der Auslegung berücksichtigen, sofern die Tatbestände hierfür offen seien. Für ein zukünftiges Klimakrisenstrafrecht müssten jedoch sowohl neue Tatbestände geschaffen als auch die dogmatische Grundherausforderung der Zurechnung überwunden werden. Der Beitrag von Jennifer Grafe schließt nahtlos an, indem er den Möglichkeiten nachgeht, die Verschwendung von Lebensmitteln in Zeiten einer mit der Klimakrise zusammenhängenden globalen Nahrungsmittelkrise zu kriminalisieren. Dabei reduziert Grafe das Problem nicht auf die Einzelfrage des Containerns, sondern weist darauf hin, dass die geltende Rechtslage – anders als in Frankreich oder Italien – das strukturelle Problem der Lebensmittelverschwendung nicht angehe.

Grafe erörtert die Idee eines Straftatbestands, der Nahrungsmittelverschwendung auch von Privatpersonen pönalisiert. Tjarda Tiedeken untersucht klimaaktivistische Sitzblockaden. Für sie verdient bei deren strafrechtlicher Beurteilung besondere Aufmerksamkeit, dass die Klimabewegung mit der Begrenzung der Erderwärmung auf möglichst 1,5 °C ein bereits gesetzlich festgeschriebenes Ziel verfolge. Zwar könne dies bei der Prüfung von § 34 StGB oder der Verwerflichkeitsklausel des § 240 StGB berücksichtigt werden. Andererseits erfolge der durch „Staatsversagen" gerechtfertigte Eingriff gegenüber Privaten, und § 34 StGB sei ungeeignet, gesellschaftliche Konflikte aufzulösen. Auch könnten die Strafzwecke durch eine Sanktionierung von Klimaaktivisten nicht (hinreichend) erreicht werden. Letztlich bleibe das Strafrecht für die Lösung gesellschaftlicher Grundkonflikte ein zu grobes Instrument. Die drei Beiträge eint eine gemeinsame Einsicht: Das Strafrecht kann die Klimakrise nicht „lösen". Es kann punktuell reagieren, Missstände markieren oder symbolisch begleiten – aber es stößt an seine systemischen Grenzen. Auffällig ist, dass die ökonomischen Hauptverursacher der Klimakrise – multinationale Unternehmen, globale Märkte – im kriminalpolitischen Fokus kaum präsent sind. Diese Leerstelle verweist auf ein strukturelles Problem: Das Strafrecht tendiert dazu, individuelle Verantwortung zu adressieren, während kollektive Ursachen unsichtbar bleiben.

Im dritten Teil rücken die Grenzen des Strafrechts in Krisenzeiten in den Vordergrund. Franziska Gruber analysiert die gesetzgeberische Reaktion auf die sogenannte „Flüchtlingskrise" und stellt eingangs fest, dass der Begriffsprägung weniger die Not der Geflüchteten, denn der Umgang der europäischen Staaten zugrunde liegt. Sie macht eine Verrechtlichung und insbesondere Verstrafrechtlichung der Migration aus, die jeweils ambivalent wirken: Die Verrechtlichung biete den Geflüchteten theoretisch durch Aufzeigen von Bleibeperspektiven Planungssicherheit. Allerdings würden migrationsrechtliche Debatten oft mit den Mitteln des Strafrechts ausgefochten. Diese Verstrafrechtlichung wirke repressiv gegen Schutzsuchende, könne vereinzelt aber auch zum Schutz der Geflüchteten eingesetzt werden. Linda Bläsi untersucht in ihrem Beitrag die schweizerischen Notverordnungen in der Pandemie. Ihr Befund ist deutlich: Freiheitsstrafen in exekutiven Notverordnungen verletzen die Anforderungen von Bestimmtheit, Vorhersehbarkeit und Gesetzesvorbehalt. Bläsi zeigt damit, wie schnell rechtsstaatliche Standards in Krisen

ins Rutschen geraten können – und dass gerade das Strafrecht in solchen Situationen einer besonders strengen Rechtfertigung bedarf. Die Gemeinsamkeit beider Beiträge liegt darin, dass sie die rechtsstaatlichen Fesseln des Strafrechts betonen. Während der zweite Teil noch die Frage stellte, ob Strafrecht Krisen wirksam adressieren kann, zeigt der dritte Teil, dass es selbst in Krisen an seine legitimen Grenzen gebunden bleibt. Die Gefahr besteht nicht im „zu wenig", sondern im „zu viel" Strafrecht.

Der vierte und abschließende Teil öffnet den Blick auf das Thema „Krise und Strafrechtskritik" – und damit auf die inneren Krisen des Strafrechts. Laura Midey nimmt die „Haustyrannen"-Rechtsprechung in den Blick und unterzieht das Notwehrrecht einer feministischen Kritik. Ihr Beitrag zeigt, wie die Auslegung des Notwehrrechts patriarchale Denkmuster reproduziert, indem Gewalt in Partnerschaften als Notstand, nicht als dauerhafter Angriff interpretiert wird. Ihr Vorschlag, häusliche Gewalt als kontinuierlichen Angriff im Sinne von § 32 StGB zu werten, ist normativ weitreichend und würde die Verantwortung neu verteilen: weg von der Erwartung an das Opfer, staatliche Hilfe zu mobilisieren, hin zur Anerkennung der strukturellen Gewalt. Pascale Fett widmet sich der Jugenddelinquenz. Der zahlenmäßige Anstieg in den Kriminalstatistiken der Jahre 2022/2023 dient ihr als Anlass, das Verhältnis von Krise und Jugendkriminalität zu reflektieren. Ihr Befund: Jugend ist selbst eine Krisenzeit, die von Grenzüberschreitungen geprägt ist. Verstärkt durch Pandemie-Folgen wie Isolation und familiäre Belastungen erklärt sich die Zunahme ohne Rückgriff auf eine vermeintliche „Verrohung der Jugend". Konsequent weist Fett Forderungen nach Absenkung der Strafmündigkeit zurück und betont, dass Kinder und Jugendliche in erster Linie soziale Stärkung brauchen, nicht strafrechtliche Stigmatisierung. Felix Butz schließlich wagt den Schritt in die Zukunft: trans- und posthumanistische Szenarien. Sein Beitrag verdeutlicht, dass die Krise des Strafrechts auch in den Grundlagen unseres Menschenbildes liegen kann. Transhumanistische Eingriffe stellen die Frage, wie lange das Strafrecht genetische Manipulation verbieten kann. Posthumanistische Entwürfe, die den Menschen als Kategorie überwinden wollen, entziehen sich einer klassischen strafrechtlichen Analyse, stoßen aber unweigerlich auf die Grundnorm der Menschenwürde. Butz zeigt, dass das Strafrecht schon heute posthumane Züge trägt, etwa im Umweltstrafrecht oder bei der Nebenklage juristischer Personen. Diese Beiträge verbindet, dass sie die Krise nicht von außen, sondern von innen denken: Das Strafrecht selbst steht

auf dem Prüfstand – sei es wegen patriarchaler Dogmen, generationeller Zuschreibungen oder anthropologischer Selbstverständlichkeiten. Damit weitet der vierte Teil den Blick und macht deutlich, dass „Krise“ nicht nur Ausnahmezustand, sondern auch Strukturproblem sein kann.

Den Herausgebenden ist es gelungen, zu einem Thema am Puls der Zeit eine Vielfalt überwiegend kritischer Perspektiven und richtungsweisender Zugriffe auf das Strafrecht in der Krise zu versammeln. Als nicht mehr ganz so junge (aber jung gebliebene!) Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, die das Projekt einige Jahre intensiv mitbegleitet haben, wünschen wir dem Jungen Strafrecht auch weiterhin derart ertragreiche Tagungen und, dass es in Zukunft seine eigene jahrzehntelange Tradition entfalten möge!