

NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold
Kristina Peters
Nina Schrott

AUFSÄTZE

Therapie als Sanktion
ALEXANDER BAUR & LENA KOLKMEYER

Strafrechtlicher Schutz digitaler Gegenstände
– Teil 2 –
KAI CORNELIUS

Die Europäische Menschenrechtskonvention als Kompass?
Ein erweiterter Blick auf das externe Weisungsrecht gegenüber der
Staatsanwaltschaft nach §§ 146, 147 GVG
ANNEKE PETZSCHE

Die strafrechtliche Regulierung persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes
ANJA SCHMIDT

Richterbild „von oben“ oder „von unten“? – Kritische Überlegungen zur
Befangenheit bei richterlicher Vorbefassung
ANDREAS WERKMEISTER

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Das Mordmerkmal der Heimtücke bei schwelenden Konfliktlagen
BGH, Urteil vom 24.9.2025 – 5 StR 423/25
JENNIFER GRAFE

Therapie als Sanktion

Alexander Baur und Lena Kolkmeier, Göttingen*

ABSTRACT

In den letzten 50 Jahren der Entwicklung des Sanktionenrechts dürfte kaum eine andere Idee erfolgreicher gewesen sein als die der „Therapie“ von Straftätern. Was sich hinter dem schillernden Begriff im Strafrecht genau verbirgt, ist dabei ebenso nebulös wie das Verhältnis von strafrechtlicher Sanktionierung und Therapie allgemein. Das hervortretende Verständnis von Kriminalität, ihren Entstehungsbedingungen und Präventionsmöglichkeiten bleibt zudem meist unausgesprochen. Dabei offenbart sich hier eine Denktradition des deutschen Strafrechts, die ein Innehalten verdient.

A. Eine sanktionenrechtliche Bestandsaufnahme

Im geltenden Sanktionenrecht (§§ 38 ff. StGB) herrscht hinsichtlich der „Therapie“ bereits begrifflich Uneinheitlichkeit. Teils ist von psychiatrischer, psycho- oder sozialtherapeutischer Betreuung und Behandlung,¹ teils von (Heil-)Behandlung² die Rede. § 56c III Nr. 1 StGB ergänzt ohne nähere Einordnung die Entziehungskur als besondere Form der Behandlung unter Einwilligungsvorbehalt. Im Recht der Führungsaufsicht findet sich eine Pflicht zu therapeutischem Kontakt (§ 68b I 1 Nr. 11 StGB). An der Schnittstelle zum Sanktionenrecht hat sich im Strafvollzugsrecht mit

* Der Autor *Baur* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie der Georg-August-Universität Göttingen. Kontakt: alexander.baur@jura.uni-goettingen.de.

Die Autorin *Kolkmeier* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl. Kontakt: lenasofia.kolkmeier@jura.uni-goettingen.de.

¹ So in §§ 56c II Nr. 6, 66c I Nr. 1 a), 68b II 2 StGB.

² So in §§ 56c III Nr. 1, 64 S. 2, 68c II 1 Nr. 2 StGB.



dem Konzept eines „Behandlungsvollzugs“³ und der vollzugsrechtlich organisierten Sozialtherapie⁴ ein weiteres Begriffspaar fest etabliert.⁵

Zudem fällt auf, dass die therapeutische Ausrichtung einzelner Sanktionen schlicht unausgesprochen bleibt. Dies gilt bezeichnenderweise gerade für eine der beiden sogenannten „Behandlungsmaßregeln“ des StGB – nämlich die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB). Deren therapeutischer Auftrag ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, sondern folgt erst aus einer Gesamtschau von Anordnungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen: Straftäter mit einem pathologisch begründeten und zugleich gefahrverursachenden Schulddefekt (§§ 20, 21 StGB) sollen in einem Krankenhaus mit psychiatrischen Versorgungsmöglichkeiten untergebracht werden. Dieser Ausgangslage entsprechend soll die Maßregel die Allgemeinheit nicht allein durch eine intramurale Absonderung vor den Gefahren des Unterbrachten schützen, sondern diesen von seinem gefahrverursachenden Zustand möglichst befreien.⁶ Deutlicher ist die therapeutische Ausrichtung bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) gesetzlich angelegt. Hier zeigt sie sich bereits klar in den Anordnungs- und Fortdauervoraussetzungen:⁷ Ist eine Suchtbehandlung nicht erfolgversprechend,⁸ so ist die Anordnung der Unterbringung von vornherein unzulässig (§ 64 S. 2 StGB); scheidet die Behandlung während der Unterbringung, ist sie für erledigt zu erklären (§ 67d V 1 StGB).

Der dritten freiheitsentziehenden Maßregel des deutschen Strafrechts – der Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB) – scheint ein therapeutischer Auftrag hingegen eher fremd.⁹ Ihre bis heute erhalten gebliebene

³ *Schmitt*, in BeckOK Strafvollzug NRW, 23. Ed. 15.7.2025, StVollzG NRW § 3 Rn. 3; *Schatz*, in BeckOK Strafvollzug Hamburg, 21. Ed. 1.4.2025, HmbStVollzG § 4 Rn. 4; *Arloth*, in BeckOK Strafvollzug Bayern, 23. Ed. 1.10.2025, BayStVollzG Art. 3 Rn. 2.

⁴ Zur Entwicklungsgeschichte *Etzler/Moosburner/Rettenberger* FPPK 2020, 95.

⁵ OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2005, 122; *Schmitt*, in BeckOK Strafvollzug NRW, 23. Ed. 15.7.2025, StVollzG NRW § 3 Rn. 2; *Arloth*, in BeckOK Strafvollzug Bayern, 23. Ed. 1.10.2025, BayStVollzG Art. 3 Rn. 2.

⁶ Allgemeine Auffassung und ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BGH NSTZ-RR 2021, 292, 294; *van Gemmeren*, in Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2025, § 63 Rn. 1. Dennoch können auch nicht-krankhafte Störungen trotz wenig Aussicht auf Besserung Anlass für eine Unterbringung sein, so BGH NSTZ 1990, 122, 123.

⁷ Vgl. dazu *Pohlreich*, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 31. Aufl. 2025, § 64 Rn. 1.

⁸ Mit der Überarbeitung des Sanktionenrechts (BGBl. I, 2023, S. 218) hat sich der Gesetzgeber unter anderem entschieden die Erfolgsaussicht enger zu fassen, vgl. *Baur* NSTZ 2023, 74, 77.

⁹ Vielmehr kann die Sicherungsverwahrung gerade als „Auffangbecken“ für nicht therapierbare Fälle dienen, vgl. BT-Drs. 7/1261, S. 7. Gerade bei jüngeren Hangtätern erschien die Hoffnung groß, diese abseits der Sicherungsverwahrung in einer sozialtherapeutischen Anstalt bessern zu können, vgl. BT-Drs. 7/1261, S. 10. Teils wird die Sicherungsverwahrung auch als Mittel des Strafrechts für

Benennung legt in Übereinstimmung mit ihren historischen Ursprüngen nahe,¹⁰ dass ihr eigentlicher Zweck in der sichernden Verwahrung gefährlicher Straftäter besteht. In der gesetzlichen Gestalt, die die Sicherungsverwahrung nach den wegweisenden Entscheidungen des EGMR¹¹ und des BVerfG¹² seit 2013 angenommen hat,¹³ erfährt jedoch auch sie eine therapeutische Aufwertung und Neuausrichtung.¹⁴ Besonders greifbar wird diese in der bundesrechtlichen Rahmensetzung zur Vollzugsgestaltung. Danach ist im Vollzug der Sicherungsverwahrung unter anderem eine psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlung anzubieten (§ 66c I Nr. 1a StGB), die das Ziel hat, eine freiheitsentziehende Unterbringung entbehrlich zu machen.¹⁵

Weitet man den Blick auf die nicht-freiheitsentziehenden Sanktionen aus, sticht insbesondere die Führungsaufsicht hervor. Bereits im Jahr 2007 schuf der Gesetzgeber mit der Vorstellungsweisung (§ 68b I 1 Nr. 11 StGB) und der Therapieweisung (§ 68b II 2 StGB) gleich zwei therapiebezogene Instrumente.¹⁶ Die Umsetzung dieser Weisungsmöglichkeiten und deren Einpassung in das Maßregelrecht sicherte er durch die gesetzliche Anerkennung forensischer Ambulanzen (§ 68a VII StGB) institutionell und mit Offenbarungspflichten von therapeutisch tätigen Personen (§ 68a VIII StGB) bezüglich der Zusammenarbeit mit anderen Akteuren ab. Auf der schuldstrafrechtlichen Sanktionsspur kamen zuletzt im Jahr 2023 zusätzliche Therapieweisungen bei der Bewährungsaussetzung (§ 56c II Nr. 6 StGB) sowie bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59a II 1 Nr. 5 StGB) hinzu.¹⁷ Im Zuge desselben Gesetzgebungsvorhabens hob der Gesetzgeber die Bedeutung der Therapieweisung im Vorfeld und zur Vermeidung einer strafrechtlichen Verurteilung hervor und nahm die Weisung in das Recht der strafprozessualen

„gefährliche Normale“ bezeichnet, weil sie den Gedanken von Liszts aufgreift, „unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher“ unter Kontrolle zu halten, *Drenkhahn/Morgenstern*, in Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2025, § 66 Rn. 4.

¹⁰ MüKo/StGB-*Drenkhahn/Morgenstern*, § 66 Rn. 16 ff. Der Gedanke einer sog. „Sicherheitsmaßregel“ entstammt vordergründig Franz von Liszt, MüKo/StGB-*Drenkhahn/Morgenstern*, § 66 Rn. 17.

¹¹ EGMR NSTZ 2010, 263; NJW 2011, 3423.

¹² BVerfG NJW 2011, 1931.

¹³ Mit Wirkung vom 1.6.2013 durch Gesetz vom 5.12.2012 (BGBl. I, 2012, S. 2425).

¹⁴ MüKo/StGB-*Drenkhahn/Morgenstern*, § 66 Rn. 23; vgl. *Kinzig*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 66 Rn. 2.

¹⁵ Vgl. TK/StGB-*Kinzig*, § 66 Rn. 2; BT-Drs. 17/9874, S. 14 f.; vgl. dazu auch die strafvollzugsbezogene Regelung in § 66c II StGB.

¹⁶ Zur Abgrenzung beider Weisungen vgl. *Baur*, in Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 68b Rn. 157 ff.

¹⁷ BGBl. 2023 I Nr. 203; vgl. dazu BT-Drs. 20/5913; siehe dazu auch *Baur* NSTZ 2024, 74.

Opportunitätseinstellungen auf (§ 153a I 2 Nr. 8 StPO).¹⁸ Durch die Aufnahme in diese jeweils nicht abschließenden Weisungskataloge¹⁹ mögen sich im Ergebnis zwar keine Änderungen bezüglich der Zulässigkeit entsprechender Weisungen ergeben haben. Ein immerhin symbolischer Bedeutungszuwachs ist dennoch zu verzeichnen.

B. Begriffliche Annäherungen

Angesichts dieser Hochkonjunktur von Therapie im Strafrecht ist es erstaunlich, dass es weder ein gesetzlich niedergelegtes Konzept noch eine rechtsgestaltende Diskussion²⁰ darüber gibt, was „Therapie“ unter dem Vorzeichen einer strafrechtlichen Sanktionierung ist und wodurch sie sich auszeichnet. Nähert man sich begrifflich aus sozialrechtlicher oder familien- und unterbringungsrechtlicher Sicht an, zeigt sich: Therapie ist die Behandlung einer Krankheit mit dem Ziel ihrer Heilung. So versammeln sich etwa im Sozialrecht (§§ 27, 28 SGB-V) unter dem Therapiebegriff eine Vielzahl von Leistungen, deren gemeinsamer Zweck in der Behandlung einer Krankheit liegt²¹ und die dem Wiederherstellen der Gesundheit oder der Besserung des Gesundheitszustands dienen sollen.²² Dabei sind körperlich einwirkende Behandlungen ebenso erfasst wie Angebote der sprechenden Medizin – etwa die psychotherapeutische Behandlung (§ 28 III SGB-V).²³ Da Therapie in diesem Verständnis stets einen Krankheitsbezug aufweisen muss,²⁴ ergibt sich eine Verwachsung von medizinischer Diagnostik und Intervention. Aufgrund dieser Verwachsung setzt eine kunstgerechte Psychotherapie beispielsweise voraus, dass

„das Krankheitsgeschehen als ein ursächlich bestimmter Prozess verstanden wird, der mit wissenschaftlich begründeten Methoden untersucht und in einem Theoriesystem mit einer Krankheitslehre definitiv erfasst ist“²⁵.

¹⁸ BGBl. 2023 I Nr. 203; vgl. dazu BT-Drs. 20/5913; siehe dazu auch *Baur* NSZ 2024, 74.

¹⁹ TK/StGB-Kinzig, § 56c Rn. 3; *Braasch*, in Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 59a Rn. 3 ff.; *Peters*, in Münchener Kommentar StPO, 2. Aufl. 2024, § 153a Rn. 63.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 20/5913.

²¹ *Müller-Götzmann*, in BeckOGK, Ed. v. 15.11.2025, SGB V § 27 Rn. 6.

²² BeckOGK-Müller-Götzmann, SGB V § 27 Rn. 73.

²³ BeckOGK-Müller-Götzmann, SGB V § 28 Rn. 49.

²⁴ M.w.N. *Lang*, in Becker/Kingreen SGB V, 9. Aufl. 2024, § 27 Rn. 38.

²⁵ G-BA, BAnz. 2009, 1399 – Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) über die Durchführung der Psychotherapie vom 19. Februar 2009. Der G-BA wurde am 1.1.2004 durch das Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung gegründet als Gremium aus Vertretern

Davon ausgehend sollen methodisch definierte Interventionen anzuwenden sein.²⁶ Auch das Familienrecht (§ 1831 BGB)²⁷ und das öffentliche Unterbringungsrecht (in Niedersachsen § 21a NPsychKG) fordern etwa bei Zwangsbehandlungen einen entsprechenden Zusammenhang von Krankheit und Behandlung: Bei der Zwangsbehandlung müssen Heilungsaussichten bestehen.

Wendet man sich dem Strafrecht zu, hat sich allenfalls im Strafvollzugsrecht und dort im Konzept des Behandlungsvollzugs²⁸ ein greifbares Begriffsverständnis herausgebildet, das sich bei der Sozialtherapie²⁹ verdichtet. Behandlung bedeutet hier die individuelle Befähigung des Gefangenen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten führen zu können.³⁰ Bei der Sozialtherapie sollen durch psychotherapeutische, sozialpädagogische und arbeitstherapeutische Methoden kriminogene Faktoren aufgelöst werden.³¹ Überraschenderweise fehlt jeder Bezug zur „Krankheit“. Die Zuordnung zum Therapiebegriff begründet sich also allein mit der Nutzung bestimmter Methoden, nicht mit einem medizinischen Ziel: Therapie im Strafvollzugsrecht dient nicht der Heilung, sondern der Kriminalprävention.

C. Bedeutung von Therapie im Sanktionenrecht

I. Therapie als kriminalpräventive Krankheitsbehandlung

Versucht man die therapiebezogenen Regelungen des Sanktionenrechts nach ihrer Bedeutung zu ordnen und berücksichtigt dabei ihre Entstehungszusammenhänge, Anordnungsvoraussetzungen und praktischen

der für die Gesundheitsversorgung verantwortlichen Kostenträgern (gesetzliche Krankenkassen) und Leistungserbringern (Krankenhäusern, niedergelassenen Ärzten, Psychotherapeuten und Zahnärzten) sowie mitberatenden Patientenvertretern. Der Gesetzgeber hat dem G-BA die Kompetenz erteilt, Richtlinien zu erlassen, die für Anbieter von Gesundheitsleistungen, Krankenkassen und Patienten gleichermaßen bindend sind. Rechtsgrundlage ist das SGB V.

²⁶ G-BA, BAnz. 2009, 1399.

²⁷ Vgl. auch BVerfGE 128, 282, 300; *Kieß*, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 7. Aufl. 2022, § 14 Rn. 25.

²⁸ Vgl. allgemein dazu *Dessecker* Forum Strafvollzug 2017, 7.

²⁹ Zur Entwicklung der Sozialtherapie im deutschen Justizvollzug: *Etzler/Moosburner/Rettenberger* FPPK 2020, 95.

³⁰ Siehe etwa *Schmitt*, in BeckOK Strafvollzug NRW, 23. Ed. 15.7.2025, StVollzG NRW § 3 Rn. 1; *Schatz*, in BeckOK Strafvollzug Hamburg, 21. Ed. 1.4.2025, HmbStVollzG § 4 Rn. 4; m.w.N. *Arloth*, in BeckOK Strafvollzug Bayern, 23. Ed. 1.10.2025, BayStVollzG Art. 3 Rn. 2; vgl. auch OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2005, 122.

³¹ Zu den Kennzeichen integrativer Sozialtherapie siehe etwa Arbeitskreis Sozialtherapeutische Anstalten im Justizvollzug, Forum Strafvollzug 2007, 100, 101.

Aufgaben, lassen sich drei Gruppen bilden. Die Kategorisierung dürfte dabei nicht zuletzt für Fragen der (verfassungsrechtlichen) Legitimation bedeutsam sein.³²

In einer ersten Gruppe finden sich die Behandlungsmaßregeln der §§ 63, 64 StGB. Wie alle Maßregeln der Besserung und Sicherung dienen auch sie letzten Endes der Kriminalprävention. Die Verwobenheit strafrechtlicher Sanktionierung mit therapeutischer Einwirkung auf den Unterbrachten ist für sie jedoch wesensbestimmend. Bereits die Anordnungsvoraussetzungen beider Maßregeln stellen einen untrennbaren Zusammenhang zwischen dem Anlassdelikt, einem behandlungsbedürftigen Zustand mit Krankheitswert und der Notwendigkeit einer gefahrreduzierenden Intervention her. Der eigentliche therapeutische Auftrag ergibt sich demnach für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus aus § 20 StGB, den § 63 S. 1 StGB in seinen Anordnungsvoraussetzungen in Bezug nimmt. Dabei folgt § 20 StGB zwar einem eigenständigen juristischen Krankheitsverständnis,³³ seine biologisch-psychologischen Eingangsvoraussetzungen lassen sich jedoch einer medizinischen Kategorisierung immerhin annähern und in der Praxis jedenfalls mit gängigen Diagnosemanualen wie dem ICD 10/11³⁴ oder dem DSM-V³⁵ in Deckung bringen.³⁶ Nach § 63 StGB untergebrachte Personen sind deswegen in aller Regel im medizinischen Sinne krank und in der Folge auch behandlungsbedürftig. Im Falle des § 64 StGB wird seit der Neuregelung 2023 der kriminogene Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, ausdrücklich als Substanzkonsumstörung mit Krankheitswert gedeutet.³⁷ Damit sind die Anordnungsvoraussetzungen der Maßregel gängigen medizinischen Diagnosekategorien und Begrifflichkeiten weitgehend angenähert.³⁸ Sowohl bei § 63 StGB als auch bei § 64 StGB kann deshalb regelhaft eine

³² Angesichts des beschränkten Umfangs dieses Beitrags müssen weiterführende Fragen der Legitimation an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben.

³³ *Streng*, in Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2025, § 20 Rn. 12 ff.; kritisch *Schiemann* KriPoZ 2019, 338.

³⁴ BfArM (Hrsg.), ICD-10-GM Version 2026, Systematisches Verzeichnis, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, Stand: 1.1.2026, <https://klassifikationen.bfarm.de/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2026/index.htm>.

³⁵ American Psychiatric Association (Hrsg.), DSM-5-TR Version 2022, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5. Ed., Stand: 18.3.2022, <https://doi.org/10.1176/appi.books.9780890425787>.

³⁶ So im Ergebnis auch MüKo/StGB-*Streng*, § 20 Rn. 13.

³⁷ BT-Drs. 20/5913, S. 44.

³⁸ BT-Drs. 20/5913, S. 44 ff.

medizinische Diagnose gestellt werden, aus der ein klarer Therapieauftrag folgt. Am Ende entsteht bei den Behandlungsmaßregeln folglich ein zwangloser Gleichlauf: Ein Zustand mit Krankheitswert ist kriminogen und damit ursächlich für die Gefahr weiterer Straftaten. Da Krankheit und Kriminalität derart miteinander verwoben sind, fallen die Behandlung der Erkrankung und der kriminalpräventive Zweck des Maßregelrechts praktisch zusammen.

II. Therapie als Ventil für kriminalpräventiven Druck

Der zweiten Gruppe sind die Sicherungsverwahrung und bestimmte Fälle der Führungsaufsicht zuzuordnen. Ihr gemeinsames Merkmal ist, dass therapeutische Maßnahmen kriminalpräventiven Druck ableiten sollen.

Die Sicherungsverwahrung nähert sich in ihrem Therapieverständnis dem Strafvollzugsrecht an. Ihre Anordnungsvoraussetzungen legen nämlich gerade nicht nahe, dass sich Untergebrachte aufgrund einer Krankheit in einem kriminalitätsgefährlichen Zustand befänden. Die maßgebliche Anordnungsvoraussetzung ist vielmehr ein in seinen Ursachen nicht näher bestimmter Hang zu erheblichen Straftaten (§ 66 I 1 Nr. 4 StGB). Dieser muss gerade nicht auf einen Zustand mit Krankheitswert zurückführbar sein oder *per se* selbst Krankheitswert haben.³⁹ Gleichwohl soll der Vollzug der Sicherungsverwahrung therapeutisch auszugestalten sein (§ 66c I Nr. 1a StGB). Ganz ähnliches gilt für bestimmte Eintrittsgründe der Führungsaufsicht. Tritt sie etwa im praktisch häufigsten Fall nach der Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe ein (§ 68f I StGB), ergibt sich daraus ebenfalls nicht, dass sich eine verurteilte Person in einem behandlungsbedürftigen Zustand mit Krankheitswert befände. Gleichwohl sollen auch dann die Vorstellungsweisung (§ 68b I 1 Nr. 11 StGB) und die Therapieweisung (§ 68b II 2 StGB) anwendbar sein und ohne medizinische Diagnose gerichtlich erteilt werden dürfen. Die Erstreckung beider Interventionsinstrumente auf diese Fälle – insbesondere die therapeutische Anbindung nicht vorbehandelter Täter aus dem Strafvollzug – entspricht dabei dem ausdrücklichen Willen

³⁹ Viele Sicherungsverwahrte werden psychiatrisch auffällig sein; vgl. dazu und m.w.N. BVerfG NJW 2011, 1931 Rn. 123, wonach nur etwa 30 % der Sicherungsverwahrten therapeutisch behandelt werden, obwohl 79,3 % der Untergebrachten behandlungsbedürftige Auffälligkeiten zeigen. Vgl. dazu auch *Höffler/Stadtland* StV 2012, 239.

des Gesetzgebers.⁴⁰

Die seit 2013 im Recht der Sicherungsverwahrung niedergelegte Pflicht zu therapeutischen Angeboten lässt sich als ein Ventil für einen verfassungsrechtlich aufgebauten „Besserungsdruck“ verstehen: Dem tief-schneidenden Eingriff der Sicherungsverwahrung in die Freiheitsrechte des Untergebrachten ist mit einem „*freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug*“⁴¹ Rechnung zu tragen. Der seit den 70er Jahren für den Strafvollzug verfassungsrechtlich formulierte Resozialisierungsauftrag⁴² verdichtet sich in der Sicherungsverwahrung zu einem Therapieauftrag. Im Hintergrund steht die (normative) Annahme, dass es „*unverbesserliche Hangtäter*“⁴³ unter Geltung des Grundgesetzes nicht gibt. Therapieangebote adressieren wahlweise die vorhandenen Besserungspotentiale eines Untergebrachten oder sollen eine initiale Besserungsfähigkeit herstellen. Unter leicht verschobenen Vorzeichen gilt ähnliches für die Führungsaufsicht. Auch ihre therapeutischen Maßnahmen zielen zunächst einmal auf zuvor ungenutzte Besserungspotentiale. Tatsächlich zeigt sich bei vielen Straftätern eine therapeutische Ansprechbarkeit erst nach der Entlassung aus dem Vollzug.⁴⁴ Zugleich dienen die therapeutischen Interventionsmöglichkeiten aber auch der negativen Spezialprävention; sie scheinen ein Ventil für einen rechtspolitisch ansteigenden „Sicherungsdruck“ zu sein: Ist eine intramurale Sicherung nicht länger möglich, soll eine fortbestehende Gefährlichkeit von Straftätern in Freiheit mit therapeutischer Fachkunde kontrolliert⁴⁵ und durch therapeutisches Einwirken gedämpft werden.⁴⁶

III. Therapie zur Vermeidung freiheitsentziehender Sanktionen

Die dritte Gruppe bilden therapeutische Maßnahmen, die sich im Kern auf Straftäter mit positiver Legalprognose beziehen. Im Schlepptau der 2007 neu geschaffenen therapiebezogenen Weisungen im Recht der

⁴⁰ BT-Drs. 16/1993, S. 19 f.; vgl. dazu Baur in Baur/Kinzig (Hrsg.), Die reformierte Führungsaufsicht: Ergebnisse einer bundesweiten Evaluation, 2015, 310 ff.

⁴¹ BVerfG NJW 2011, 1931 Rn. 101.

⁴² BVerfGE 33, 1, 10 f.; BVerfGE 35, 202, 235; BVerfGE 45, 187, 238 f.; BVerfGE 98, 169, 201; BVerfGE 166, 196.

⁴³ v. Liszt ZStW 3 (1883), 1, 36 ff.

⁴⁴ Vgl. Baur in Baur/Kinzig (Hrsg.), Führungsaufsicht, 2015, 96 ff.

⁴⁵ Besonders deutlich für die Vorstellungsweisung des § 68b I 1 Nr. 11 StGB, vgl. BT-Drs. 16/1993, S. 19 f. und LK/StGB-Baur, § 68b Rn. 114.

⁴⁶ Vgl. dazu BT-Drs. 16/1993, S. 19 f.

Führungsaufsicht haben sich solche Maßnahmen ausgeweitet. Den vorläufigen Schlusspunkt setzen die Neuregelungen 2023 im Recht der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56c II Nr. 6 StGB), bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59a II 1 Nr. 5 StGB) und im Weisungskatalog des § 153a I 2 StPO. Ihnen ist gemein, dass sie in ihren Anordnungsvoraussetzungen keinerlei systematischen Bezug zu einer behandlungsbedürftigen Erkrankung aufweisen. Sie adressieren zudem allesamt Tätergruppen mit eher geringer Gefährlichkeit. § 56c II Nr. 6 StGB zielt auf Verurteilte mit positiver Legalprognose (vgl. § 56 I und II StGB; § 57 I und II StGB). Gleiches gilt für die Verwarnung mit Strafvorbehalt (vgl. § 59 I StGB) und erst recht für Opportunitätseinstellungen nach § 153a StPO,⁴⁷ die beide obendrein noch eher bagatelhafte Kriminalität betreffen.⁴⁸

Therapie soll in diesen Regelungszusammenhängen den Weg für nicht-freiheitsentziehende Sanktionsalternativen oder auch den gänzlichen Verzicht auf eine formelle strafrechtliche Sanktionierung eröffnen. Therapieweisungen haben hier einen freiheitswahrenden oder gänzlich strafrechtsvermeidenden Auftrag. Sie sind im Kern gefahrverringende Maßnahmen, die den Verzicht auf härtere strafrechtliche Sanktionen vertretbar erscheinen lassen. Zugleich geht damit jedoch eine Ausweitung strafrechtlicher Zugriffsmöglichkeiten bei einer gleichzeitigen Absenkung von Eingriffsschwellen einher.⁴⁹ Rechtspolitisch dürfte sich hier ein *Trickle-Down-Effekt* zeigen: Ein als erfolgreich bewertetes Konzept für bestimmte besonders gefährlich eingeschätzte Tätergruppen sickert allmählich nach unten in die Peripherien des Sanktionensystems durch.⁵⁰

D. Problembereiche der sanktionenrechtlichen Therapiekonzeption

I. Kriminalpräventive Spannungsfelder

Ausgehend von dieser Einordnung kristallisieren sich einige zentrale Merkmale einer sanktionenrechtlichen Therapiekonzeption heraus. Im

⁴⁷ Sofern nur ein geringes kriminalpräventives Interventionsbedürfnis besteht, etwa aufgrund fehlender Wiederholungsgefahr, kann das öffentliche Interesse im Rahmen des § 153a StPO durch Auflagen und Weisungen beseitigt werden, *Beukelmann*, in BeckOK StPO, 58. Ed. 1.1.2026, § 153a Rn. 18.

⁴⁸ Zu den Anordnungsvoraussetzungen vgl. *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2019, S. 57 ff., 126 ff.

⁴⁹ *Baur R&P 2025*, 1.

⁵⁰ So etwa auch die eAÜ-Regelungen in § 68b I 1 Nr. 12 StGB; vgl. dazu die letzten Initiativen zur Verwendung der eAÜ in Fällen häuslicher Gewalt, BT-Drs. 21/4082.

Einklang mit dem Zweck der (meisten⁵¹) strafrechtlichen Sanktionen dient Therapie der Verhinderung einer erneuten Straffälligkeit des verurteilten Straftäters. Auch bei den Behandlungsmaßregeln der §§ 63, 64 StGB ist die angestrebte Heilung einer gegebenenfalls medizinisch zugrundeliegenden Krankheit allein Mittel zum Zweck.⁵²

Daraus entstehen die für die strafrechtliche Kriminalprävention üblichen Spannungsfelder.⁵³ Kriminalpräventives und therapeutisches Ziel können nämlich auseinandergehen. So mag kontrollierter und organisierter Suchtmittelkonsum kriminalpräventiv erfolgversprechend, suchttherapeutisch aber möglicherweise dysfunktional sein oder jedenfalls nicht immer den üblichen Behandlungsstandards entsprechen.⁵⁴ Vollzugslockerungen bei freiheitsentziehenden Unterbringungen können therapeutisch sinnvoll und wünschenswert, kriminalpräventiv aber problematisch und schwer vertretbar sein. Zielambivalenzen ergeben sich auch dort, wo therapeutisches Handeln zum Bestandteil einer fortlaufenden Risikoeinschätzung wird.⁵⁵ Konfliktlagen spitzen sich hier häufig bei Offenbarungs- und Mitteilungspflichten (etwa § 68a VIII StGB) zu, die den Aufbau eines therapeutischen Vertrauensverhältnisses stören können.⁵⁶

II. Direkter oder indirekter Therapiezwang

In engem Zusammenhang damit steht das Freiwilligkeitserfordernis einer strafrechtlich veranlassten Therapie. Auf den ersten Blick sind zwangstherapeutische Maßnahmen die Ausnahme. Körperlich wirksame und meist medikamentöse Zwangsbehandlungen sind während des freiheitsentziehenden Vollzugs strafrechtlicher Sanktionen derzeit nur unter eng gesteckten Voraussetzungen zulässig. Sie sind dementsprechend vollzugsrechtlich geregelt (für Niedersachsen etwa in §§ 93 NJVollzG, §§ 8a, 8b Nds. MVollzG).⁵⁷ Ambulante therapeutische Maßnahmen ste-

⁵¹ Unklarheiten mögen hier bei der Einziehung als einer „dritten“ Sanktionsspur bestehen, vgl. zu deren Zwecken *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2019, S. 407 ff.

⁵² M.w.N. MüKo/StGB-van Gemmeren, § 63 Rn. 1; *Ziegler*, in BeckOK StGB, 68. Ed. 1.2.2026, § 63 Rn. 1; TK/StGB-Kinzig, § 64 Rn. 1; vgl. BVerfGE 91, 1.

⁵³ Vgl. *Baur/Kolkmeier/Schaffeld* BewHi 2025, 113.

⁵⁴ *Querengässer et al.* R&P 2023, 3.

⁵⁵ So etwa § 68b I 1 Nr. 11 StGB, vgl. dazu LK/StGB-Baur, § 68b Rn. 114 ff.

⁵⁶ Die Praxis löst diese Konflikte meist erfolgreich auf, vgl. *Baur* in *Baur/Kinzig* (Hrsg.), Führungsaufsicht, 2015, 212, 642; *Baur/Kolkmeier/Schaffeld* BewHi 2025, 113.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 128, 282; BVerfG R&P 2021, 246 m. Ann. *Baur*.

hen hingegen, wenn sie mit einem körperlichen Eingriff verbunden oder suchttherapeutisch ausgerichtet sind, unter einem Einwilligungsvorbehalt (§ 56c III Nr. 1 Alt. 1 StGB). Eine zwangsweise Inanspruchnahme von Angeboten der sprechenden Medizin – namentlich der Psychotherapie – soll in den Augen des Gesetzgebers schon mangels Geeignetheit unzulässig sein, weil sie in der Sache nicht erfolgversprechend wäre.⁵⁸ Seinen Ausdruck findet dies in der Abschichtung der strafbewehrten Vorstellungswweisung (§ 68b I 1 Nr. 11 StGB in Verbindung mit § 145a StGB) von der nicht strafbewehrten Therapiewweisung (§ 68b II 2 StGB).⁵⁹

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass das Sanktionenrecht verschiedene Formen eines als noch legitim anerkannten Therapiezwangs kennt. Die Grenze zwischen unzulässigem Zwang⁶⁰ und einer noch zulässigen Verhaltenssteuerung verläuft *de lege lata* unscharf. Unkritisch ordnet der Gesetzgeber etwa eine Pflicht zum regelmäßigen Therapeutenkontakt ein, die das Ziel hat, Risiken fachkundig einzuschätzen. Die Vorstellungspflicht des § 68b I 1 Nr. 11 StGB ist dabei sogar mit einem Vorführungsbefehl unmittelbar zwangsweise durchsetzbar (§ 463a III StPO). Im ambulanten Setting soll es zudem legitim sein, mit der Vorstellungswweisung einen „Initialzwang“⁶¹ zur Aufnahme einer Therapie auszuüben und diesen zwangsweise hergestellten Kontakt therapiemotivierend zu nutzen („Zwang in das Behandlungszimmer“⁶²). Im Sanktionenrecht wird zudem teils erheblicher Druck und dadurch indirekter Zwang auf Beschuldigte oder verurteilte Personen ausgeübt, indem Vergünstigungen – namentlich Verfahrenseinstellungen oder Bewährungsaussetzungen – von einem bestimmten künftigen Verhalten abhängig gemacht werden. Ähnliches zeigt sich im Recht der Führungsaufsicht, wenn dort die Therapiewweisung zwar nicht strafbewehrt ist, ein Verstoß gegen sie aber in bestimmten Fällen einen Widerruf der Bewährungsaussetzung (§ 67g I 1 Nr. 2 StGB) oder eine Entfristung der strafrechtlichen Kontrolle (§ 68c II StGB) zur Folge haben kann. Kriminalpräventiv sind solche

⁵⁸ Sofern der Zwangsmoment über den Initialzwang hinaus geht, vgl. BT-Drs. 16/1993, S. 19; Jäger ZRP 2001, 28 ff. Anderer Ansicht, da die Eigenmotivation ein erstes Therapieziel darstelle, und m.w.N. Lau Psychiat. Prax. 2003, 119, 122; Rudel/Wähler J. Neurol. Neurochir. Psychiatr. 2009, 34, 38; vgl. Sauter/Voss/Dahle Nervenarzt 2015, 571, 577; m.w.N. Pfäfflin/Roß/Sammet/Weber in Kröber/Dahle (Hrsg.), Sexualstraftaten und Gewaltdelinquenz, 1998, 156.

⁵⁹ BT-Drs. 16/1993, S. 19.

⁶⁰ Zu den Diskussionen um die Zulässigkeit einer ambulanten Zwangsbehandlung außerhalb des Strafrechts vgl. krit. Zinkler R&P 2024, 2 f. und Baur R&P 2026, 1.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 16/1993, S. 19 f.

⁶² Vgl. BT-Drs. 16/1993, S. 19 f.; Baur in Baur/Kinzig (Hrsg.), Führungsaufsicht, 2015, 180 ff., 312 ff.

Mechanismen stimmig. Sie sind Bestandteil einer „*robusten Hilfe*“⁶³, wie sie für das Sanktionenrecht typisch ist. Es stellt sich gleichwohl die schwierige Frage, ob die an sich vorausgesetzte Freiwilligkeit bei therapeutischen Maßnahmen dadurch nicht faktisch ausgehöhlt wird. Besonders drängend ist sie dort, wo bestimmte besonders eingriffsintensive Maßnahmen ausdrücklich unter einen gesetzlichen Einwilligungsvorbehalt gestellt sind (§ 56c III StGB).

III. Therapie ohne Diagnose

Wenn eine Therapie im Sanktionenrecht begrifflich bereits dann anzunehmen sein soll, wenn mit therapeutischen Methoden Kriminalitätsgefahren ausgeräumt oder verringert werden, ist diese nicht länger als ein strukturierter Heilungsprozess zu verstehen. Therapie wird vielmehr zum Bestandteil eines kriminalpräventiven Risikomanagements⁶⁴ im Interesse der Allgemeinheit. Wird der Zusammenhang von diagnostizierter Krankheit und heilender Therapie auf diese Weise gelöst, entsteht daraus ein System der „*Therapie ohne Diagnose*“.⁶⁵ In der Praxis hat dies zur Folge, dass die therapeutische Arbeit – insbesondere außerhalb der Behandlungsmaßregeln – häufig nicht störungs- und damit diagnosebezogen ausgerichtet ist, sondern schwerpunktmäßig auf die Deliktbearbeitung und die Rückfallvermeidung zielt.⁶⁶

Problematisch ist daran, dass Diagnosen eine wichtige therapieleitende Funktion haben. Wird die Diagnose durch eine unklar definierte kriminalpräventive Risikoeinschätzung ersetzt, fehlt es in der Folge auch an evidenzbasierten Leitlinien für das therapeutische Einwirken.⁶⁷ An empirisch abgesicherten, kriminalpräventionsspezifischen Diagnosen und daran anknüpfenden evidenzbasierten Behandlungsleitlinien mangelt es in der Straftätertherapie deswegen nach wie vor. Wie bei dieser Ausgangslage zu erwarten, zeigt sich rechtstatsächlich, dass der konkret

⁶³ Baur/Kolkmeier/Schaffeld BewHi 2025, 113.

⁶⁴ So etwa OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.7.2016 – 65/15, BeckRS 2016, 13057.

⁶⁵ Kritisch dazu schon *de Tribolet-Hardy/Lehner/Habermeyer* FPPK 2015, 164; *Borchard/Gerth* FPPK 2020, 197, die für ein System abseits von ICD und DSM plädieren; kritisch darauf *Habermeyer/Mokros/Briken* FPPK 2020, 212.

⁶⁶ *Rettenberger et al.* BewHi 2017, 162, 170; vgl. Baur in Baur/Kinzig (Hrsg.), *Führungsaufsicht*, 2015, 191 ff.

⁶⁷ Vgl. etwa DGPPN, S3-Leitlinie Schizophrenie vom 15.10.2025, <https://register.awmf.org/de/leitlinien/detail/038-009> (zuletzt abgerufen am 16.2.2026).

verfolgte Behandlungsansatz stark therapeutenabhängig⁶⁸ und insbesondere nicht systematisch erfolgskontrolliert ist. Die fehlende Ausarbeitung von Behandlungskonzepten oder -richtlinien durch den Gesetzgeber geht deswegen weitgehend ins Leere. Aus dieser Gemengelage erwächst ein verfassungsrechtlicher Auftrag,⁶⁹ die Lücken im Bestand des Präventionswissens im Zuge kontinuierlicher Evaluation und systematischer Weiterentwicklung zu schließen.

E. Kriminalität als Krankheit?

Therapie begegnet uns im Sanktionenrecht als ein Instrument der Kriminalprävention. Sie tritt neben andere Interventionen – etwa die Bewährungshilfe – und unterscheidet sich durch die Verwendung therapeutischer Methoden. Ihr Anspruch geht dabei über eine sozialarbeiterische Betreuung hinaus: Sie zielt auf tiefgreifende Verhaltensänderungen. Implizit scheint ihr die Prämisse zugrunde zu liegen, es gebe keinen Straftäter, der durch therapeutisches Einwirken nicht erreichbar wäre. Eine solche Annahme läuft jedoch Gefahr, die Leistungsfähigkeit therapeutischer Interventionen systematisch zu überschätzen. Auffällig ist zugleich, dass der Gesetzgeber kaum eine Vorstellung davon zu haben scheint, was unter „Straftätertherapie“ begrifflich und konzeptionell zu verstehen ist. Rechtspolitisch lässt sich ein Therapieoptimismus beobachten,⁷⁰ der nicht zuletzt deshalb attraktiv erscheint, weil er Ohnmachtsbefürchtungen gegenüber persistenter Kriminalität überwindet. Gerade in dieser entlastenden Funktion liegt jedoch ein Konflikt.

Ein derart unreflektiertes Therapieverständnis ist in strafrechtlichen Zusammenhängen nämlich keineswegs harmlos. Fehlt es – anders als im klassischen Therapieverständnis – sowohl am klaren Krankheitsbezug als auch an einem Heilungsziel, lässt sich nämlich bezweifeln, ob die fürsorglich anmutenden Begrifflichkeiten angemessen sind. Versammeln sich unter dem Therapiebegriff in Wahrheit heterogene, teils nur begrenzt evidenzbasierte und kaum systematisch erfolgskontrollierte Maßnahmen eines kriminalpräventiven Risikomanagements, so droht zudem ihre Wirksamkeit überschätzt zu werden. Ohne Klärung der Verhältnisse

⁶⁸ Rettenberger et al. BewHi 2017, 162, 171.

⁶⁹ Vgl. zur Spezialprävention in strafvollzuglichen Zusammenhängen, aber übertragbar: BVerfGE 98, 169, 201; BVerfGE 116, 69, 89. Vgl. BVerfG NJW 2023, 2405, 2409. Vgl. für das Vollzugsrecht: BVerfG NJW 2006, 2093, 2096; BVerfG NJW 2023, 2405 m.Anm. *Frammersberger/Kühne*.

⁷⁰ Vgl. dazu *Baur/Lindemann R&P* 2024, 196.

im Begriffsfeld von Diagnose und Therapie einerseits und von Krankheit, Heilung und Kriminalprävention andererseits werden normative Legitimationsbedingungen überdeckt. Zugleich verbinden sich damit begriffsimplizite Annahmen über die allgemeinen Ursachen von Kriminalität: Sie wird zum Ergebnis behandlungsbedürftiger psychopathologischer Zustände.

Befeuert wird ein solches Kriminalitätsverständnis teils auch von psychiatrischer Seite: Mit der dissozialen Persönlichkeitsstörung kennen ICD-10 und DSM-V eine Persönlichkeitsstörung, die antisoziales – faktisch häufig kriminelles – Verhalten als ein Diagnosemerkmal voraussetzt. Blickt man in die Geschichte der deutschen Kriminalpsychologie zurück, ist auch dies alles andere als beruhigend: Der Weg von der Pathologisierung des Straftäters über die Gleichsetzung „*geisteskranker Verbrecher und verbrecherischer Geisteskranker*“ zum „*Verbrechen als soziale Krankheit*“⁷¹ kann kurz sein.⁷²

⁷¹ Kraepelin, *Das Verbrechen als soziale Krankheit*, 1906.

⁷² Vgl. dazu schon *Baur/Lindemann R&P 2024*, 196 f.

Strafrechtlicher Schutz digitaler Gegenstände – Teil 2

– Fortsetzung von Teil 1 (NSW 2026, S. 1 ff.) –

Kai Cornelius, Hamburg*

ABSTRACT

Der – technisch in Übereinstimmung mit den Regeln einer virtuellen Welt – erfolgte täuschungslose Entzug eines digitalen Gegenstandes verwirklicht weder Eigentumsdelikte noch § 303a StGB (Teil 1), sodass eine Diskrepanz des strafrechtlichen Schutzes digitaler und körperlicher Gegenstände zu verzeichnen ist. Nun wird untersucht, ob der täuschungsbedingte Entzug eines digitalen Gegenstandes auch bei einer nur temporär-labilen Vermögensherrschaft des Nutzers einen Betrug darstellt (A.). Außerdem wird die entgegen den Regeln einer virtuellen Welt vorgenommene Erschaffung eines digitalen Gegenstandes strafrechtlich untersucht (B.). Wegen der Diskrepanz des Schutzes digitaler Gegenstände *de lege lata* werden schließlich kriminalpolitische Ergänzungen *de lege ferenda* erwogen (C.).

A. Szenario 2: Betrugsbezogene Täuschung

Abwandlung zu Szenario 1 (vgl. Teil 1, S. 6 ff.): B hat bereits bei der Entleihe des Schwertes von A vor, dieses nicht mehr zurückzugeben, sondern weiter zu veräußern.

B hat den A bezüglich seines Rückgabewillens getäuscht, was zu einem entsprechenden Irrtum bei A führt.¹ Aufgrund dieses Irrtums nimmt A

* RiOLG Prof. Dr. Kai Cornelius, Universität Hamburg. Kontakt: kai.cornelius@uni-hamburg.de.

Für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung dieses Manuskriptes bedanke ich mich herzlich bei Rechtsanwältin Dr. Anja Holzer.

¹ Eingehend zur Frage der Betrugsrelevanz einer Täuschung, wenn die Bedingungen der virtuellen Welt eine solche ausdrücklich zulassen, *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 108 ff.



eine Vermögensverfügung² – nämlich die Übergabe des Schwertes an B – vor. Die zentrale Frage für eine Anwendbarkeit der Vermögensdelikte wie Betrug (§ 263 StGB, aber auch Erpressung, § 253 StGB)³ ist, ob die Nutzer einen Vermögensschaden erleiden, wenn ihnen die Verfügungsgewalt über ein virtuelles Gut entzogen wird. Hierfür ist Voraussetzung, dass digitale Gegenstände überhaupt ihrem Vermögen zuzuordnen sind.

I. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff

Im Ausgangspunkt ist es weitgehend unbestritten, dass die unter den Vermögensbegriff subsumierbaren Güter und Positionen einen wirtschaftlichen Wert darstellen müssen.⁴ Der *Bundesgerichtshof* folgt – zumindest dem Wortlaut nach – einer Entscheidung der Vereinigten Strafsenate des *Reichsgerichts* vom 14.12.1904.⁵ Danach gehört zum Vermögen die „Summe der geldwerten Güter einer Person“⁶. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bis heute trotz einiger Einschränkungen nicht ausdrücklich von einer rein wirtschaftlichen Betrachtung Abstand genommen.⁷

Bei einer solchen Betrachtung spräche nichts dagegen, die Verfügungsgewalt über einen virtuellen Gegenstand als eine wirtschaftlich wertvolle Position anzusehen. Entweder sind Zeit respektive Arbeitskraft aufzuwenden, um den entsprechenden virtuellen Gegenstand zu erobern, oder dieser wird In-World, z.B. mittels In-Game-Währungen erworben.⁸ Ebenso kommt ein Kauf – selbst entgegen der AGB der meisten virtuellen Welten – mit (echtem) Geld auf Handelsplätzen wie *ebay* in Betracht.⁹ Neben dem konkreten Gebrauchswert der im Spiel nutzungsbereiten Resource¹⁰ führt der tatsächlich existierende Markt zu einem Marktwert für

² Entsprechend der herrschenden Meinung wird der Vermögensbegriff im Rahmen des Vermögensschadens problematisiert.

³ Vgl. hierzu *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 149 ff.

⁴ Zur personalen Vermögenstheorie und zum funktionalen Vermögensbegriff *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 561.

⁵ RGSt 44, 230.

⁶ RGSt 44, 230, 233; BGHSt 1, 264; 2, 364; 15, 83; 16, 220.

⁷ Vgl. *Zieschang* in Weigend u.a. (Hrsg.), FS Hirsch, 1999, 831; *Hefendehl*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 479 f.

⁸ Vgl. zur Klassifizierung von In-Game-Währungen *Liegmann* BB 2018, 1175.

⁹ *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 135.

¹⁰ *Ewert* in Hentsch/Falk (Hrsg.), Games und Recht, 2023, § 19 Rn. 92; *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Virtuelle Güter bei Computerspielen, S. 6, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/412052/a2ff34407556f84c8b5a31e90db0df8c/WD-10-085-11-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 7.4.2026).

das jeweilige virtuelle Gut, der eine wirtschaftlich relevante Position manifestiert.¹¹ Sofern kein Markt existiert und ein Rücktausch des virtuellen Gutes in eine (virtuelle oder echte) Zahlungswährung ausgeschlossen ist,¹² liegt gegebenenfalls nur ein persönlicher Schadenseinschlag¹³ für den Nutzer vor.

Eine solche wirtschaftliche Betrachtung unter Außerachtlassung der zivilrechtlichen Zuordnung hat jedoch erhebliche Kritik erfahren.¹⁴ Das strafrechtlich geschützte Vermögen soll durch eine normative Schranke begrenzt werden, wonach nur solche Güter und Positionen geschützt werden, denen ein wirtschaftlicher Wert beizumessen ist *und* die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen.¹⁵ Bestandteile des Vermögens sind auch sonstige dingliche und obligatorische Rechte (Ansprüche und Forderungen), wenn sie bereits derart konkretisiert sind, dass ihnen ein wirtschaftlicher Gegenwert zukommt.¹⁶ Hierfür spricht, dass auch bei einem Verständnis von Vermögen als „Gesamtheit der einer Person zur Verfügung stehenden wirtschaftlichen (geldwerten) Güter“ eine (rechtliche?) Zuordnung dieser Güter zu einer Person vorausgesetzt wird, die über allein faktische Zugriffsmöglichkeiten und Erwerbchancen hinausgeht.¹⁷ Bei einer Bewertung ist insbesondere die Labilität der Zuordnungskriterien zu dem jeweiligen Nutzer zu berücksichtigen, was nachfolgend untersucht wird.

II. Rechtlicher Schutz auch labiler Vermögenswerte?

1. Begrenzte Zuordnung bei zentralisierten virtuellen Welten

Die Problematik bei den digitalen Gegenständen in zentralisierten virtuellen Welten besteht darin, dass sie den Nutzern nur begrenzt zuorden-

¹¹ *Cornelius*, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 449; *Ewert* in Hentsch/Falk (Hrsg.), Games und Recht, 2023, § 19 Rn. 95 f. Daher ist der Umtausch von In-Game-Währungen in ein gesetzliches Zahlungsmittel auch steuerbar bzw. -pflichtig, vgl. BFH DSr 2022, 547, 551.

¹² Sog. „unidirektionale“ virtuelle Währungen, siehe *Liegmann* BB 2018, 1175.

¹³ Dazu *Fischer*, in Fischer StGB, 72. Aufl. 2025, § 263 Rn. 114.

¹⁴ Vgl. nur *Hirsch* ZStW 81 (1969), 917, 953.

¹⁵ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 563.

¹⁶ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 563.

¹⁷ *Cornelius*, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 450; vgl. RGSt 44, 230, 234, wonach die Frage, ob „ein wirtschaftliches Gut der Person A oder der Person B angehört“ nur „auf Grund der Satzungen des bestehenden bürgerlichen Rechts“ entschieden werden könne; dies wurde jedoch sofort wieder mit dem Hinweis relativiert, dass der zivilrechtlichen Betrachtung des Vermögensbegriffs nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme, denn der „Schwerpunkt liegt auf der wirtschaftlichen Seite“.

bar sind. Zwar können sie mit diesen Gegenständen innerhalb dieser virtuellen Welt nach eigenem Gutdünken verfahren, z.B. damit Handel treiben.¹⁸ Jedoch sind sie akzessorisch zum Bestand der virtuellen Welt, zu der sie gehören,¹⁹ und können zumeist nicht in ein anderes Metaversum portiert werden.²⁰ Wenn diese virtuelle Welt – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr weiterbetrieben wird, ist der digitale Gegenstand wertlos.

Außerdem werden von den Providern teilweise jegliche Rechte der Nutzer an den virtuellen Gegenständen negiert. So wird in der Endnutzerlizenzvereinbarung von *Blizzard* (diese gilt beispielsweise auch für *World of Warcraft*) bestimmt, dass ausschließlich *Blizzard* alle Rechte, Titel und Ansprüche im Zusammenhang mit der Plattform hat, wozu auch alle „virtuellen Inhalte, die auf der Plattform erscheinen, einschließlich der *Blizzard*-Spiele, wie zum Beispiel [...] virtuelle Güter wie digitale Karten, Währung, Zaubersprüche, Waffen, Rüstungen, tragbare Gegenstände, Skins, Sprays, Haus- oder Reittiere usw.“ gehören, was auch explizit den gesamten Account (einschließlich der dort enthaltenen In-Game-Items) betrifft.²¹ Konsequenterweise wird es den Nutzern explizit untersagt, einen Account „zu kaufen, zu verkaufen, zu verschenken oder zu tauschen“²². Wenn solche im Verhältnis zwischen Nutzer und Anbieter vereinbarten Klauseln – selbst im Lichte des verbraucher-schützenden § 327 BGB²³ – rechtswirksam sind, folgt daraus, dass mit der Beendigung des Vertrages und der Entziehung des Rechts auf Zugriff und Nutzung der virtuellen Welt sämtliche In-Game-Items für die Nutzer verloren sind.²⁴

Dies würde bedeuten, dass die Nutzer lediglich eine faktische Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit auf die mit ihrem Account steuerbaren

¹⁸ *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 135 f.; *Mössner*, in BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 90 Rn. 98.

¹⁹ *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 137; BeckOGK/BGB-*Mössner*, § 90 Rn. 98.

²⁰ *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Virtuelle Güter bei Computerspielen, S. 12, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/412052/a2ff34407556f84c8b5a31e90db0df8c/WD-10-085-11-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 7.4.2026).

²¹ Abrufbar unter: <https://www.blizzard.com/de-de/legal/08b946df-660a-40e4-a072-1fbde65173b1/blizzard-endnutzerlizenzvereinbarung> (zuletzt abgerufen am 7.4.2026).

²² Ebenda.

²³ So wird jedenfalls die Gewährung des Zugangs zu virtuellen Spielwelten als von § 327 II 2 Alt. 1 BGB miterfasst gesehen, *Fries*, in BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 327 Rn. 10.

²⁴ *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 141. Beispiele: AG Charlottenburg MMR 2012, 598: Kündigung des Lizenzvertrags wegen Nutzung von in den AGB untersagten „Cheat“- bzw. „Bot“-Funktionen; AG Karlsruhe MMR 2015, 514: Kündigung des Lizenzvertrags wegen in den AGB untersagter Beleidigungen gegenüber anderen Nutzern.

virtuellen Gegenstände haben, *solange* der Provider seinen Dienst aufrechterhält und die Accounts für die Nutzer zugänglich sind. Diese Vermögenswerte sind ihnen also nur *temporär* zugeordnet und könnten unabhängig von deren Willen (bei Wirksamkeit der Vertragsbedingungen auch im Einklang mit der Rechtsordnung) jederzeit entzogen werden. Dies ist Kennzeichen der Labilität solcher Vermögenswerte und könnte zu der Annahme führen, eine Zuordnung zum Vermögen der Nutzer abzulehnen.²⁵

2. Vorläufige Herrschaftsbeziehung ausreichend

Für die Zuordnung eines wirtschaftlichen Wertes kommt es jedoch nicht auf die Endgültigkeit des Zustandes an, sondern eine – wenn auch nur vorläufige – Herrschaftsbeziehung ist ausreichend.²⁶ Denn schon das „Haben einer Sache stellt wirtschaftliche Macht dar und wird auch als solche von der Rechtsordnung anerkannt“.²⁷ Auch wenn eine vorläufig gesicherte Herrschaftsposition nur dann als Vermögen angesehen wird, wenn rechtlich abgesicherte Schutzmechanismen und gleichzeitig vorübergehende vermögenswerte Nutzungschancen bestehen,²⁸ liegen diese Voraussetzungen hier vor.²⁹ Die Nutzer können sich zwar nicht unbedingt gegen Eingriffe eines (gegebenenfalls) „besser“ berechtigten Providers, wohl aber gegen Angriffe von Dritten wehren und sie haben auch Nutzungschancen an den virtuellen Gütern der Accounts, solange der Provider nicht die Plattform oder die Accounts schließt.³⁰ Ihre faktische Verfügungsmacht ist erst recht nicht durch die Rechtsordnung missbilligt.³¹ Damit sind die virtuellen Güter – selbst bei einer (hier unterstellten) rechtlichen Labilität – dem Vermögen der jeweiligen Nutzer zuzuordnen.³²

²⁵ Cornelius, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 454; Cornelius in ders./Hermann (Hrsg.), *Virtual Worlds and Criminality*, 2011, 111.

²⁶ Cornelius, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 455.

²⁷ Otto, *Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, S. 56.

²⁸ MüKo/StGB-Hefendehl, § 263 Rn. 637. Als Parallele wird das Konstrukt des unrechtmäßigen Besitzers herangezogen: § 859 I BGB gibt diesem ein Selbsthilferecht, obwohl seine Besitzposition und sein Vermögenswert gegenüber dem rechtmäßigen Besitzer minderwertiger sind. Entscheidend ist aber, dass die faktische Verwertungsmöglichkeit ihm gegenüber außenstehenden Dritten eine rechtlich stärkere Stellung einräumt, vgl. BGH NSTZ-RR 2017, 244, 245.

²⁹ Cornelius, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 455.

³⁰ Cornelius, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 456.

³¹ Ebenda.

³² Ebenda.

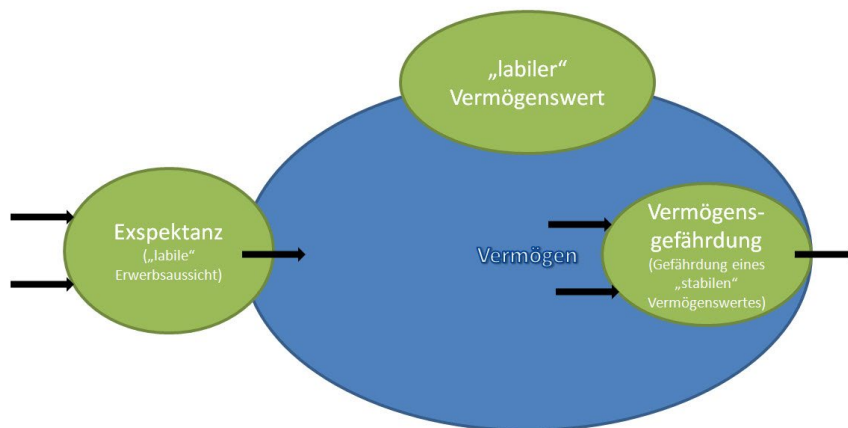


Abbildung: Verortung des labilen Vermögenswertes

So zeigt sich im Ergebnis, dass es für die strafrechtliche Beurteilung des Vorliegens eines Vermögensschadens *nicht* darauf ankommt, ob es sich um einen rechtlich stabilen (bei Unwirksamkeit der Providerbedingung, die eine jederzeitige kompensationslose Schließung des Nutzerzugangs erlaubt) oder um einen labilen Vermögenswert handelt (bei Wirksamkeit der Providerbedingung).³³ Über die virtuellen Güter, welche den Accounts der Nutzer zugeordnet sind, haben diese eine – wenn auch jederzeit durch den Provider beendbare – Verfügungsmöglichkeit, sodass sie als Bestandteil des Nutzervermögens anzusehen sind.³⁴

III. Vermögensschaden

Damit führt ein Entzug dieses Vermögenswertes ohne eine entsprechende Kompensation durch einen Dritten zu einem für den Betrugstatbestand relevanten Vermögensschaden bei den Nutzern.³⁵ Daran ändert auch die Möglichkeit einer unendlichen Reproduzierbarkeit des In-Game-Items durch den Betreiber der virtuellen Welt nichts. Denn selbst wenn der Betreiber einer virtuellen Welt den Nutzer durch die erneute kostenlose Zurverfügungstellung des entzogenen Items kompensieren würde, handelte es sich um einen *nachträglichen* Ausgleich, der nicht

³³ Cornelius, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 457.

³⁴ Ebenda.

³⁵ Ebenda.

unmittelbar auf die schadensverursachende Vermögensverfügung zurückgeführt werden kann und damit nicht berücksichtigungsfähig ist.³⁶ Dabei ist es unerheblich, ob ein solcher Ausgleich durch den Provider selbst eine vermögenswirksame Aufwendung für diesen bedeutet oder nicht, da dies an der fehlenden Unmittelbarkeitsbeziehung nichts ändert.³⁷

B. Szenario 3: Erschaffung eines digitalen Gegenstandes

Beispielsfall: T möchte ohne „reale“ Geldausgaben an ein virtuelles Schwert kommen und manipuliert die Charakterdatenbank des Betreibers der zentralisierten virtuellen Welt P so, dass seinem Account nun ein sehr kampfstarkes (und seltenes) Schwert zugeordnet wird. P ist Inhaber der urheberrechtlichen Nutzungsrechte.

Diesem Szenario liegt der Gedanke zugrunde, dass durch Außenstehende eine Manipulation des Spiels in einer vom Systembetreiber nicht vorgesehenen Weise erfolgt, um sich so einen vorteilhaften Spielstand zu verschaffen. Zunächst kommt die Verwirklichung eines Computerbetrugs in der Handlungsvariante einer Programmmanipulation durch eine unrichtige Gestaltung des Programms (§ 263a I Var. 1 StGB) in Betracht. Ein Programm³⁸ ist eine Arbeitsanweisung an den Computer, die durch Daten fixiert wird.³⁹ Eine unrichtige Gestaltung liegt bei jeder Änderung vor, die zu einem fehlerhaften Ergebnis führt.⁴⁰ Durch die manipulierte Verknüpfung seines Accounts mit der Charakterdatenbank hat T eine entsprechende Manipulation vorgenommen.

Weitere Voraussetzung des Computerbetruges ist, dass eine der pönalisierten Tathandlungen das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorganges so beeinflusst, dass eine Vermögensdisposition mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung ausgelöst wird.⁴¹ Damit ist immer ein Resultat erforderlich, das ohne die Beeinflussung überhaupt nicht oder mit einem

³⁶ Bosch, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 145.

³⁷ A.A. Bosch, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 145 ff.

³⁸ Obwohl von den Begrifflichkeiten her unterschiedlich, wird zwischen *Programm* i.S.d. Abs. 1 und *Computerprogramm* i.S.d. Abs. 3 nicht unterschieden, vgl. Fischer/StGB-Fischer, § 263a Rn. 30; Hefendehl/Noll, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 188.

³⁹ Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 303.

⁴⁰ Schmidt, in BeckOK StGB, 64. Ed. 1.2.2025, § 263a Rn. 12 f.

⁴¹ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 639; Perron, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 263a Rn. 21.

anderen Inhalt entstanden wäre.⁴² Ohne die von T vorgenommene Manipulation wäre ihm dieses Schwert nicht zugeordnet worden, sodass eine entsprechende Beeinflussung erfolgt ist. Allerdings ist fraglich, ob ihr auch eine unmittelbar vermögensmindernde Wirkung zukommt. Zwar wurde bereits festgestellt, dass ein dem Nutzer zugeordnetes virtuelles Schwert einen Vermögenswert darstellt. Jedoch geht es jetzt darum, ob dem Betreiber der virtuellen Welt selbst ein Schaden entstanden ist.

Nun könnte ein Schaden darin gesehen werden, dass T das virtuelle Schwert nutzen kann, ohne das dafür vorgesehene Entgelt an den Betreiber P zu zahlen. Jedoch gelten für die Bestimmung eines Vermögensschadens beim Computerbetrug dieselben Grundsätze wie beim Betrug.⁴³ Diesbezüglich ist allgemein anerkannt, dass nur eine Vermögensminderung und nicht das Ausbleiben einer Vermögensmehrung durch die Enttäuschung von Gewinnerwartungen zu einem Vermögensschaden führt.⁴⁴ Zwar werden auch bereits gesicherte Erwerbssaussichten (Expektanzen) als Vermögensbestandteil anerkannt.⁴⁵ Solche können aber grundsätzlich gegenüber den an der tatbestandsmäßigen Handlung beteiligten Personen niemals in Betracht kommen, da diese immer potentielle Störfaktoren sind, die einem gesicherten Erwerb durch die Verweigerung der Erfüllung der Expektanz entgegenstehen.⁴⁶ Da die Providerbedingungen regelmäßig überhaupt nicht vorsehen, dass sich die Expektanz zu einem Vollwert entwickelt, scheidet ein Schaden wegen der fehlenden Geltendmachung des eigentlich für das Schwert zu zahlenden Entgeltes aus.

Allerdings kommt in Betracht, dass durch die zusätzliche Erschaffung des virtuellen Schwertes selbst ein Schaden entstanden ist. Auf den ersten Blick scheint dem entgegenzustehen, dass das In-Game-Item beliebig oft kopierbar ist und der Betreiber keine Mehrausgaben durch die Erschaffung eines zusätzlichen virtuellen Schwertes hat. Indes ist hier zu beachten, dass P selbst Inhaber der urheberrechtlichen Nutzungsrechte

⁴² MüKo/StGB-Hefendehl/Noll, § 263a Rn. 154; TK/StGB-Perron, § 263a Rn. 19.

⁴³ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 639.

⁴⁴ Cornelius NZWiSt 2012, 259, 266; Fischer/StGB-Fischer, § 263 Rn. 114; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 572; vgl. auch Duttge, in Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 263 Rn. 56: „Der Betrugstatbestand schützt lediglich vor dem Ärmerwerden, nicht jedoch die zerschlagenen Hoffnungen auf den Erwerb von Reichtümern.“

⁴⁵ MüKo/StGB-Hefendehl, § 263 Rn. 527 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 563.

⁴⁶ Vgl. zum Betrug Becker HRRS 2010, 383, 388 Fn. 80; Cornelius NZWiSt 2012, 259, 266; MüKo/StGB-Hefendehl, § 263 Rn. 559.

ist. Bei solchen hat sich die Aussicht auf Erzielung eines geldwerten Gewinns bereits mit der Übertragung zumindest derart verfestigt, dass der allgemeine Rechtsverkehr dem einen wirtschaftlichen Wert beimisst.⁴⁷ Je größer der Kreis derer ist, die unbefugte Kopien herstellen, desto weniger geldwert ist das Nutzungsrecht des Providers der virtuellen Welt an seinen Spielinhalten, d.h. wenn sehr viele Kopien eines digitalen Inhalts existieren, kann der Wert gegen Null tendieren.⁴⁸

Im Übrigen weist Bosch zutreffend darauf hin, dass die Anzahl der virtuellen Gegenstände in ihrer Gesamtheit zu betrachten sind und ein Eingriff in die Verteilung dieser Güter Einfluss auf die In-Game-Economy hat, die die Balance durcheinanderbringen (und damit die gesamte virtuelle Welt wertlos machen) kann.⁴⁹ Dementsprechend ist davon auszugehen, dass bereits die unbefugte Zuordnung des Schwertes zum Account des T einen Vermögensschaden bei P verursacht. Die weiteren subjektiven Merkmale – Vorsatz und stoffgleiche Bereicherungsabsicht – lassen sich bei T bejahen, so dass ein Computerbetrug (§ 263a StGB) verwirklicht worden ist. Ferner lässt sich auch der tateinheitlich verwirklichte Tatbestand einer Datenveränderung (§ 303a StGB) bejahen. Im Gegensatz zum Szenario 1 erfolgt hier eine technische Manipulation durch T, sodass der Pixelhaufen – fehlerhaft – bei der Charakterdatenbank nun dem Account des T zugeordnet wird.⁵⁰

C. Ergebnis

I. Fazit der Beispiele *de lege lata*

Die drei Beispiele (vgl. auch [Teil 1](#)) haben aufgezeigt, dass *de lege lata* digitale Gegenstände (auch als labile Vermögenswerte) grundsätzlich von den das Vermögen schützenden Delikten erfasst sind. Dagegen ist der für körperliche Gegenstände über die Eigentumsdelikte (wie Diebstahl und Unterschlagung) greifende strafrechtliche Schutz bei den digitalen Gegenständen nicht gegeben. Soweit die (sogenannten) Delikte zur Computerkriminalität einschlägig sind, schützen diese dagegen

⁴⁷ So explizit das OLG Celle MMR 2017, 343 in Bezug auf die Rechte im Handel mit Filmrechten.

⁴⁸ Vgl. OLG Celle MMR 2017, 343.

⁴⁹ Bosch, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 146.

⁵⁰ Zu den Voraussetzungen vgl. Teil 1 unter B.III. Datenveränderung.

regelmäßig nur den Informationswert und gerade nicht den wirtschaftlichen oder ideellen Wert der Daten.⁵¹

Insbesondere das Szenario 1 hat aufgezeigt, dass die „Unterschlagung“ weder von den Eigentumsdelikten noch von den Computerdelikten erfasst wird. Selbst wenn das – beispielsweise durch technische Manipulation erfolgte – „Stehlen“ eines digitalen Gegenstandes über die Datenveränderung erfasst wird, ist dies keine mit dem Diebstahl vergleichbare Vorschrift wie bei körperlichen Gegenständen. So ist ein eklatanter Unterschied in der Strafandrohung zu verzeichnen, denn im Falle eines gestohlenen *realen* Sachwerts beträgt die angedrohte Höchststrafe nach § 242 I StGB fünf Jahre, während diese bei Entzug eines *virtuellen* Sachwerts nach § 303a StGB lediglich bei zwei Jahren liegt.

II. Stärkerer Schutz digitaler Gegenstände

Hierin kann nun eine Strafrahmendifferenz dergestalt erblickt werden, dass digitale Gegenstände in der Strafrechtsordnung einen geringeren Schutz als reale Güter genießen.⁵² Bis auf die (Un-)Körperlichkeit und Begrenztheit auf das Metaversum weisen sie keinen weiteren nennenswerten Unterschied auf. Der Entzug eines *virtuellen* Gegenstandes – so z.B. das rare und kampfstärke digitale Schwert im Wert von 500 € – weist aus rein wirtschaftlicher Perspektive keinen geringeren Unrechtsgehalt auf als der Entzug eines *körperlichen* Gegenstandes mit gleichem Wert – dem steht die Labilität des Vermögenswertes nicht entgegen. Denn die grundsätzlich mögliche unbegrenzte Reproduzierbarkeit digitaler Güter ist – entweder durch Blockchain-Technologie oder durch zentrale Serverkontrolle – ausgeschaltet, sodass eine künstliche Knappheit erzeugt wird, die der physischen Welt gleicht.

Diese Diskrepanz im strafrechtlichen Schutz wirft Fragen nach einem etwaigen Anpassungsbedarf auf. Das (gar nicht mehr so neue) Phänomen digitaler Vermögenswerte steht mittlerweile auf der Legislativagenda: So hat sich das Bundesjustizministerium im Jahre 2024 der Geltung und Reichweite des Strafrechts im Metaversum angenommen und die Schließung etwaiger Gesetzeslücken, insbesondere in Bezug auf den Diebstahl

⁵¹ Speziell zu § 303a StGB BayObLG wistra 1993, 305 m.Anm. Hilgendorf JR 1994, 478.

⁵² Vgl. Nadeborn/Rädecke KriPoZ 2025, 368 für den Bereich des Kryptodiebstahls.

virtueller Güter, angekündigt.⁵³ Konkrete Gesetzgebungsvorhaben sind daraus nicht entstanden. Deshalb wird nachfolgend diskutiert, wie eine solche Schließung der aufgezeigten Strafraumdifferenz aussehen könnte.

III. Überlegungen de lege ferenda

1. Dateneigentum oder Qualifikation i.R.v. § 303a StGB

Eine Variante (die „große“ Lösung) könnte in der Einräumung von dinglichen Rechten – wie z.B. dem Eigentum – an Daten liegen. Es gibt zwar bereits Diskussionen über die Schaffung von Dateneigentum bzw. eines virtuellen Sachbegriffs,⁵⁴ weil hieran wegen der immensen Werthaltigkeit von Daten ein großes Interesse besteht. Dies ist allerdings eine Entscheidung, die außerhalb des Strafrechts getroffen werden muss, da damit auch erhebliche zivilrechtliche Implikationen verbunden sind. Eine andere Variante (die „ganz kleine“ Lösung) wäre eine Ergänzung beim § 303a StGB durch eine Qualifikation in Anlehnung an § 246 II StGB, wobei dadurch nicht die entscheidende Friktion aufgehoben werden kann, dass es bei der Datenveränderung eigentlich um den Schutz des Informationswertes und nicht um den Schutz des wirtschaftlichen Wertes geht.

2. Kriminalisierung des Entzugs digitaler Gegenstände

Die kriminalpolitische „goldene Mitte“ könnte in der Schaffung einer Vorschrift liegen, welche einen Entzug von (nichtkörperlichen) Gegenständen trotz fehlender Verfügungsbefugnis sanktioniert.

a) Vergleich mit Kryptowährungen

Die Gemeinsamkeiten der digitalen Gegenstände – unabhängig davon, ob diese Kryptowährungen bzw. Token oder virtuelle Güter in zentralisierten virtuellen Welten sind – bestehen in ihrer Unkörperlichkeit, Werthaltigkeit und unbegrenzten Skalierbarkeit sowie darin, dass sie einem

⁵³ Pressemitteilung Nr. 34/24 des Bundesministeriums der Justiz v. 6.5.2024, Strafrecht im neuen digitalen Zeitalter – Metaverse und Generative KI, abrufbar unter: https://www.bmj.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2024/0605_Metaverse_Generative_KI.html (zuletzt abgerufen am 7.4.2026).

⁵⁴ Dazu exemplarisch *Hoeren* MMR 2023, 32 ff.; *Borkert/Bunes* MMR 2023, 248, 253; *Rieländer* ZEuP 2024, 769 ff.

informationstechnischen System⁵⁵ (Metaversum bzw. Online-Wallet) mit verschlüsselter Zugangssicherung (PIN oder Keys) inhärent sind. So ist die aufgezeigte Differenz im strafrechtlichen Schutz auch beim ähnlich gelagerten „Diebstahl“ von Kryptowährungen bzw. Token zu verzeichnen.⁵⁶ Dies hat sich an einer Fallkonstellation gezeigt, die dem OLG Braunschweig⁵⁷ zur Entscheidung vorlag: Der Angeklagte soll von einer Krypto-Wallet, die er im Auftrag des Opfers für dieses errichtet und für die er die zugehörigen Passwörter absprachewidrig behalten hatte, ohne Ermächtigung des Opfers „Coins“ auf eigene Wallets transferiert haben, sodass das Opfer auf diese nicht mehr zugreifen konnte. Das OLG sah hierin keinen Anknüpfungspunkt für eine strafbare Handlung und bestätigte damit das *obiter dictum* der Ausgangsinstanz, welches hervorhob, dass mangels Sacheigenschaft der Coins „eine ganz erhebliche Strafbarkeitslücke“ bestünde, die „nur durch den Gesetzgeber geschlossen werden“ könne.⁵⁸

Eine Strafbarkeit gem. § 202a StGB hat das OLG abgelehnt, da es in der Ausnutzung des vom Angeklagten nicht rechtswidrig erlangten, sondern ihm bloß bekannten Passwortschutzes kein Überwinden einer Zugangssicherung sieht.⁵⁹ Ebenso wurde eine Strafbarkeit gem. § 303a StGB verneint: Da die Blockchain von einem dezentralen Netzwerk verwaltet werde, erfolge die Veränderung der Zuweisung der darauf gespeicherten „Coins“ gerade nicht durch den Angeklagten, sondern das dazu berechnigte Netzwerk, welchem auch das – wegen fehlender Zuordnungskriterien gewiss schwierig zu ermittelnde⁶⁰ – Datenverfügungsrecht zustehe.⁶¹ Da zudem in der Wallet nicht die „Coins“, sondern die Keys gespeichert sind, werden diese bei einer Transaktion nicht verändert, sondern lediglich verwendet.⁶² Mithin werde der „unerlaubte“ Entzug von Kryptowährung mangels Körperlichkeit der Daten nicht von den

⁵⁵ Hier bietet sich eine Übernahme des Begriffes aus §§ 100a I 2, 3, 100b StPO an.

⁵⁶ Rückert in Maume/Maute (Hrsg.), Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, § 22 Rn. 25; Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, 2025, S. 351; Kronast BayZR 2025/1, 4, 16.

⁵⁷ OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.9.2024 - 1 Ws 185/24 = BeckRS 2024, 44937.

⁵⁸ LG Göttingen, Beschl. v. 31.5.2024 - 2 Qs 53/24 = BeckRS 2024, 45627, Rn. 12.

⁵⁹ OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.9.2024 - 1 Ws 185/24 = BeckRS 2024, 44937, Rn. 22 ff.

⁶⁰ Siehe hierzu bereits A.II.1.

⁶¹ OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.9.2024 - 1 Ws 185/24 = BeckRS 2024, 44937, Rn. 59 ff.

⁶² OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.9.2024 - 1 Ws 185/24 = BeckRS 2024, 44937, Rn. 57 ff.

Eigentumsdelikten und aufgrund der technischen Struktur der Kryptoplattformen nicht von den Computerdelikten erfasst.

So ist es nicht überraschend, dass bereits Vorschläge für einen neuen Straftatbestand entwickelt wurden: Böhm schlägt in seiner Monographie speziell zu Kryptowährungseinheiten vor, dass derjenige bestraft werden soll, der fremde Kryptowerte einem anderen in der Absicht entzieht, diese sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.⁶³ Rückert fasst den Anwendungsbereich dagegen weiter auf Vermögenswerte aller Art: Strafbar soll derjenige sein, der sich als Nichtberechtigter Daten verschafft, die zum unmittelbaren Zugriff auf Vermögenswerte geeignet und bestimmt sind, um sich oder einem Dritten diese Vermögenswerte zu verschaffen.⁶⁴

b) Tatobjekt

Für eine universelle Ausgestaltung eines neuen Straftatbestands bezogen auf das Tatobjekt spricht, dass so verschiedenste digitale Vermögenswerte (d.h. Kryptowährungen, tokenisiertes Geld und andere tokenisierte Vermögenswerte) sowie digitale Gegenstände (z.B. Software, Text-, Audio- und Videodateien, virtuelle Güter sowie digitale Plattformen) erfasst werden können und so eine Einzelfallgesetzgebung (Art. 19 I GG) vermieden wird. Der Begriff des (digitalen) Gegenstandes ist wesentlich weiter und vielfältiger als derjenige des Kryptowertes. Daher ist ersterer im Rahmen der Gesamtbetrachtung vorzugswürdig, denn letztlich handelt es sich bei allen Objekten um digitale Daten im Anwendungsbereich des § 202a II StGB⁶⁵ als digitale Repräsentanten von Informationen bzw. Inhalten. Außerdem sollte keine Beschränkung auf digitale Vermögenswerte erfolgen. Eine solche würde eher auf eine Vergleichbarkeit zu den Vermögensdelikten im engeren Sinne (wie Betrug und Untreue) hindeuten. Allerdings wurde aufgezeigt, dass diese Tatbestände bereits aktuell in der Lage sind, auch digitale Vermögenswerte zu erfassen. Die große Lücke besteht eher bei den Eigentumsdelikten wie Diebstahl und Unterschlagung, die an den formalen Eigentumsschutz bei

⁶³ Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, 2025, S. 351.

⁶⁴ Rückert in Maume/Maute (Hrsg.), Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, § 22 Rn. 25. So im Wesentlichen auch Kronast BayZR 2025/1, 4, 16.

⁶⁵ Wenngleich eine einheitliche Bestimmung des Datenbegriffs – trotz der bloßen Einschränkung in § 202a II StGB (Fischer/StGB-Fischer/Anstötz, § 202a Rn. 3) – durch den Gesetzgeber noch aussteht, wird an den Begriff der digitalen Daten angeknüpft. So z.B. Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, 2025, S. 349 f.

körperlichen Sachen unabhängig von einem etwaigen Vermögenswert anknüpfen. Deshalb bietet es sich an, bei dem Tatobjekt an einen digitalen Gegenstand anzuknüpfen, der zwar einen Vermögenswert haben kann, aber nicht haben muss.

c) Tathandlung

Böhm stellt als Tathandlung i.S.v. § 8 S. 1 StGB erst auf den (späteren) Entzug des Vermögenswertes ab, während Rückert bereits am (zeitlich früheren) Beschaffen von Daten zwecks eines finalen („um“) Beschaffens von Vermögenswerten, d.h. dem Entzug des Private Keys als faktische Verfügungsmöglichkeit über den Vermögenswert, anknüpft. Soweit der Strafgrund der Norm jedoch die dauerhafte Entziehung digitaler Gegenstände i.S.d. klassischen Eigentumsdelikte sein soll, droht hierdurch eine Vorverlagerung der Strafbarkeit auf eine bloß abstrakte Rechtsgutsgefährdung.⁶⁶ Häufig muss die Zugangssicherung zum informationstechnischen System vom Täter vorher überwunden werden (z.B. durch Phishing, Hacking, Entwendung des Private Keys), sodass das Delikt in mehrere Akte aufgespalten werden kann.⁶⁷ Sofern von den Autoren, die sich speziell mit Kryptowerten befassen, der Anknüpfungspunkt des Beschaffens von Zugangsdaten, so z.B. des Private Keys (und gerade nicht des digitalen Gegenstandes), favorisiert wird, weil sich eine Inhaberschaft an Kryptowerten nicht konstruieren lässt,⁶⁸ kann dies nicht gleichermaßen auf virtuelle Güter in Online-Communities übertragen werden. Insbesondere in den hier dargestellten Szenarien kann der erste Akt nämlich in nicht-systemmanipulierenden „in-world“ Handlungen (vgl. Szenario 1) oder „real-world“ Nötigungshandlungen (vgl. Runescape-Fall) liegen, sodass es für das Tatobjekt des digitalen Gegenstandes überzeugender erscheint, auf den Zeitpunkt seines finalen Entzugs abzustellen.

⁶⁶ So auch zutreffend Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, 2025, S. 350.

⁶⁷ Siehe zur Strafbarkeit der Erlangung der Zugangsdaten zu einem Krypto-Wallet bereits Rückert in Maume/Maute (Hrsg.), Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, § 22 Rn. 12-19.

⁶⁸ Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, 2025, S. 357; Kronast BayZR 2025/1, 4, 15.

d) Fremdheit bzw. Verfügungsbefugnis

Der Umstand, dass digitale Gegenstände als „fremd“ bezeichnet werden können, muss sich vom Körperlichkeitskriterium ablösen.⁶⁹ Um eine solche Vorschrift dennoch sinnvoll in die Systematik der bereits vorhandenen Eigentumsdelikte einzubetten, sollten die Tatbestandsmerkmale der Fremdheit und Zueignungsabsicht in übertragenem Sinne ausgelegt werden.⁷⁰ Die Fremdheit und die Zueignungsabsicht müssen sich dabei – wie die Nennung in § 248c StGB⁷¹ zeigt – längst nicht mehr ausschließlich zivilrechtsakzessorisch auf eigentumsfähige Sachen beziehen, sondern können beispielsweise auch Nutzungsrechte an Immaterialgütern umfassen. In Bezug auf digitale Gegenstände kann der Nutzer einer Online-Community eine „eigentümerähnliche“ – wenn auch labile – Verfügungsbefugnis hieran erlangen.⁷² Entscheidend dürfte sein, dass die Tatbegehung in nicht ordnungsgemäßer Weise erfolgt, was mit Blick auf die §§ 246, 248c StGB bedeutet, dass das Handeln des Täters ohne Berechtigung bzw. Befugnis zum Entzug erfasst ist.⁷³ Ein Abstellen auf die Verfügungsberechtigung an Daten, d.h. des Datenerstellers⁷⁴ oder aller zivilrechtlich ermächtigten Personen,⁷⁵ kann sich hierfür nur temporär eignen, bis in Zukunft für die gesamte Rechtsordnung feste Zuordnungskriterien (z.B. in Form eines Dateneigentums o.Ä.) festgelegt werden.

e) Formulierungsbeispiel

Nach diesen Überlegungen könnte in Anlehnung an § 246 StGB eine Vorschrift entweder als § 246a StGB (um die Nähe zur Unterschlagung zu demonstrieren) oder als § 248d StGB (um die Systematik bezüglich der Nichtkörperlichkeit des Tatobjektes zu wahren) eingefügt werden, welche wie folgt lauten könnte:

⁶⁹ Siehe hierzu bereits die Ausführungen in Teil 1 unter B.I.2.

⁷⁰ So für § 248c StGB *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 445 m.w.N.

⁷¹ *Hohmann*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 248c Rn. 8-10.

⁷² Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter A.II.

⁷³ So für § 248c StGB *Fischer/StGB-Fischer*, § 248c Rn. 3a; *MüKo/StGB-Hohmann*, § 248c Rn. 15; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 445.

⁷⁴ Für das Kriterium des Skripturakts u.a. OLG Nürnberg, Beschl. v. 23.1.2013 - 1 Ws 445/12; *Bär*, in *Graf/Jäger/Wittig Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, § 303a Rn. 12.

⁷⁵ Für das Kriterium des schuldrechtlichen Verhältnisses u.a. *Fischer/StGB-Fischer*, § 303a Rn. 6; *Wieck-Noodt*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 3.

„I. Wer einen fremden digitalen Gegenstand sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

II. Ist in den Fällen des Absatzes 1 der Gegenstand dem Täter anvertraut, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.“

Zwar sind die Vorschriften des unbefugten „Hackings“ (§§ 202a, 202b, 202c StGB) und auch der Datenveränderung (§ 303a StGB) aufgrund des freiwilligen Zugänglichmachens des Ausrüstungsgegenstandes in Szenario 1 nicht einschlägig, jedoch würde die vorgeschlagene Norm zugleich auch eine Vortat zur Datenhehlerei (§ 202d StGB) darstellen, sozusagen eine „Datenunterschlagung“, welche die Weiterveräußerung von Daten erfasst und auf den Schutz fremder Rechtspositionen ausgerichtet ist. Hierzu sollten – ähnlich §§ 243 I 2, 263 III 2 StGB – Regelbeispiele und Qualifikationen ergänzt werden, sofern die Gewerbsmäßigkeit der Tatbegehung oder die Hochwertigkeit der Daten (z.B. In-Game-Item im Wert von mehreren Tausend Euro) eine Strafschärfung indizieren, und ein Strafantragserfordernis für geringwertige Fälle durch Verweis auf §§ 247, 248a StGB normiert werden.⁷⁶

Nicht zu vergessen ist, dass für die Einführung einer Strafvorschrift neben der Strafwürdigkeit auch noch ein Strafbedürfnis notwendig ist. Dies erfordert nach dem Rechtsstaatsprinzip ein verhältnismäßiges Handeln des Staates. Das Strafrecht soll dabei erst als *ultima ratio* zum Einsatz kommen, wobei aufgrund der wachsenden Bedeutung digitaler Güter das hohe Schädigungspotential zu beachten ist. Deshalb sollte nicht nur über strafrechtliche Regelungen nachgedacht werden, sondern über eine Antwort der Rechtsordnung insgesamt.

⁷⁶ Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, 2025, S. 360 ff.; *Kronast BayZR* 2025/1, 4, 16.

Die Europäische Menschenrechtskonvention als Kompass? Ein erweiterter Blick auf das externe Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft nach §§ 146, 147 GVG

Anneke Petzsche, Bremen*

ABSTRACT

Der Beitrag analysiert, inwiefern die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als normativer Kompass für eine Reform des externen Weisungsrechts gegenüber der Staatsanwaltschaft dienen kann. Ausgehend von historischen und aktuellen Reformdebatten wird der Status quo des deutschen Rechts beleuchtet. Dieser wird an den aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Anforderungen an eine hinreichend unabhängige Strafverfolgung gemessen. Die EMRK verlangt dabei kein bestimmtes Modell, fordert jedoch effektive Sicherungen gegen politische Einflussnahme. Daraus ergibt sich Reformbedarf, insbesondere durch gesetzliche Begrenzungen und Transparenzanforderungen für ministerielle Weisungen.

A. Einleitung

Die Diskussion um das externe Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft ist in den letzten Wochen wieder Mal in den medialen Fokus gerückt. Anlass hierfür gab eine Pressemitteilung der Justizministerin von Mecklenburg-Vorpommern, Jacqueline Bernhardt (Die Linke). Darin erklärte sie, dass sie Ende 2025 einen Erlass unterzeichnet habe, mit dem sie das externe Weisungsrecht für ihr Land quasi außer Kraft setze,

* Anneke Petzsche, M.Sc. (Oxford), ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Universität Bremen. Kontakt: petzsche@uni-bremen.de.



indem sie explizit auf dessen Ausübung verzichte.¹ Diese Erklärung reiht sich in eine seit Jahrzehnten andauernde Debatte auf politischer und wissenschaftlicher Ebene ein. Nicht zuletzt hatte die letzte Bundesregierung, die sogenannte Ampelkoalition, den Versuch unternommen, das Weisungsrecht durch eine gesetzliche Neuregelung zu begrenzen und transparenter zu gestalten,² dessen Umsetzung infolge des vorzeitigen Koalitionsbruchs nicht erfolgte.

Die Debatte um das Weisungsrecht wird seit Jahrzehnten mit mehr oder weniger großer Intensität geführt³ und hat bereits zu verschiedenen Reformanstößen⁴ geführt. Im Zentrum steht die Frage, wie dem Spannungsverhältnis zwischen demokratischer Kontrolle der Strafverfolgung und der institutionellen Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft rechtlich angemessen Rechnung getragen werden kann. Kritiker monieren, dass das bestehende Weisungsrecht in seiner klassischen Ausprägung politische Einflussnahme nicht hinreichend ausschließt, während Befürworter die demokratische Legitimation und Rückbindung betonen. So könnte man meinen, die entscheidenden Argumente seien bereits ausgetauscht. Doch lohnt es sich aus zwei Gründen diese Debatte erneut aufzugreifen. Zum einen aufgrund der von Bundesjustizministerin Stefanie Hubig (SPD) berufenen Expertenkommission zur Strafprozessordnung, die bis zum Herbst 2026 Vorschläge zur Reform des Strafprozesses erarbeiten soll.⁵ Zum anderen scheint die europäische Dimension der Problematik noch nicht hinreichend beleuchtet. Zwar wurde die EU-Ebene spätestens mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahr 2019 in die Diskussion einbezogen. In dieser Entscheidung hat der EuGH

¹ Siehe *Suliak*, Weisungsrecht gegenüber Staatsanwälten außer Kraft gesetzt, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/erlass-mecklenburg-vorpommern-externes-weisungsrecht-justizminister-staatsanwaltschaft> (zuletzt abgerufen am 9.2.2026).

² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Transparenz_Weisungen.html (zuletzt abgerufen am 9.2.2026).

³ Aus historischer Perspektive *Kintzi* DRiZ 1987, 457; *Krey/Pföhler* NSTZ 1985, 145; *Roxin* DRiZ 1969, 385; *E. Schmidt* DRiZ 1957, 273; *E. Schmidt* DRiZ 1959, 16; zu der aktuelleren Diskussion siehe *Eisele/Trentmann* NJW 2019, 2365; *Frank* ZRP 2010, 147; *Gärditz* GSZ 2019, 133; *Kelker* ZStW 118 (2006), 389; *W. Maier* ZRP 2003, 387; *Pförtner* KritV 91 (2008), 455; *Rautenberg* GA 2006, 356; *Rebehn* DRiZ 2021, 56; *Roxin* DRiZ 1997, 109; *Rudolph* NJW 1998, 1205; *Stötzl* KritV 93 (2010), 268; *Trentmann* JR 2015, 571; *Paeffgen* in *Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda* (Hrsg.), GS Schlüchter, 2002, 563; *Wohlens* in *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), FS Schroeder, 2006, 735.

⁴ Siehe u.a. die Übersicht im Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz (Fn. 2), S. 6 f., sowie eben dieses Reformvorhaben, dazu *Brocke*, in *Münchener Kommentar StPO*, 2. Aufl. 2025, § 146 GVG Rn. 34 f.; zu früheren, nicht umgesetzten Reformvorschlägen kritisch *Wohlens* (Fn. 3), 735, 740 ff.

⁵ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2025/0925_StPo_Expertenkommission.html (zuletzt abgerufen am 9.2.2026).

die Zuständigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft zum Erlass eines Europäischen Haftbefehls – etwas vereinfacht formuliert – mangels hinreichender Unabhängigkeit verneint.⁶ Diese Entscheidung sorgte erneut für Diskussionen, auch wenn ihre Rechtswirkung auf das Europäische Haftbefehlsverfahren beschränkt ist und daher mit der Einführung einer gerichtlichen Überprüfung⁷ zunächst eine bereichsspezifische Lösung gefunden wurde.⁸

Hingegen hat die Ebene der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bisher nicht hinreichend Beachtung gefunden. Es scheint jedoch lohnend, den Blick über das nationale Recht hinaus zu richten und den menschenrechtlichen Rahmen der EMRK als normativen Bezugspunkt in diese Debatte einzubeziehen. Zwar regelt die EMRK die Stellung der Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich, sie stellt jedoch mit dem Gebot eines fairen Verfahrens sowie der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Achtung und Gewährleistung der Menschenrechte zentrale rechtsstaatliche Standards auf. An diesen ist auch die staatsanwaltschaftliche Unabhängigkeit zu messen. Hier setzt dieser Beitrag an: Aus Anlass der aktuellen politischen Debatte und auf Grundlage einer knappen Darstellung des Status quo wird analysiert, inwieweit die EMRK als rechtlicher Kompass für eine Reform des externen Weisungsrechts gegenüber der Staatsanwaltschaft dienen kann.

B. Der Status quo

Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft ist im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) normiert: § 146 GVG verpflichtet die Beamtinnen und Beamten der Staatsanwaltschaft zur Befolgung dienstlicher Anweisungen ihrer Vorgesetzten, § 147 GVG konkretisiert die Aufsichts- und

⁶ Der EuGH, Rs. C-508/18, C-82/19, ECLI:EU:C:2019:456 – *Vorabentscheidungsersuchen in der Sache OG & PI* m.Anm. Ruffert JuS 2019, 920, hatte in unionsrechtlich autonomer Auslegung des Begriffs die Eigenschaft als „Justizbehörde“ nach Art. 6 I EuHB-Rb (Rb 2002/584/JI) verneint; ausführlich dazu siehe auch *Eisele/Trentmann* NJW 2019, 2365; *Gärditz* GSZ 2019, 133; kritisch gegenüber der Konzeption des EuGH *Böse COLA* 57 (2020), 1259, 1281 f.

⁷ Bei Neuausschreibungen wurde im Wege der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung für Zwecke der Strafverfolgung nach § 77 IRG i.V.m. § 131 I StPO der zuständige Haftrichter und für Zwecke der Strafvollstreckung nach § 77 IRG i.V.m. § 457 II StPO das erstinstanzliche Gericht als „ausstellende Justizbehörde“ angesehen, wobei die Vorbereitung und Durchführung der Entscheidung in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft fällt, siehe *MüKo/StPO-Brocke* (Fn. 4), § 146 GVG Rn. 26; kritisch *Wallenta*, Deutsche Staatsanwaltschaften zwischen Verfassungsrecht und europäischem Leitbild, 2021, 28 ff.

⁸ Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die deutsche Justizpraxis siehe *Wallenta* (Fn. 7), 28 ff.

Leitungsbefugnisse innerhalb der Hierarchie sowie gegenüber den Justizministerien des Bundes und der Länder. Daraus ergibt sich eine doppelte Struktur: ein internes Weisungsrecht der Behördenleitung und ein externes Weisungsrecht der Exekutive. Während das interne Weisungsrecht organisationsrechtlich die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung sicherstellt und in der Fachliteratur kaum umstritten ist,⁹ konzentriert sich die öffentliche und wissenschaftliche Auseinandersetzung weitgehend auf den externen Teil, da dieser eine politische Einflussnahme auf Einzelfallentscheidungen der Strafverfolgung ermöglicht.

Das externe Weisungsrecht ist inhaltlich im Grundsatz umfassend angelegt. Es umfasst sowohl generelle Vorgaben als auch Einzelweisungen.¹⁰ Es kann sich auf Fragen der Rechtsanwendung, der Sachverhaltsermittlung sowie der Beweiswürdigung erstrecken.¹¹ Auch im Bereich der Opportunitätsentscheidungen sind Weisungen möglich.¹² Dazu gehört die Anordnung konkreter Ermittlungsmaßnahmen nach § 161 StPO ebenso wie die Steuerung der Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage oder über Einstellungen.¹³ Von erheblicher praktischer Bedeutung sind zudem die aus dem Weisungsrecht abgeleiteten Berichtspflichten gegenüber den Ministerien. Diese können regelmäßig oder anlassbezogen eingefordert werden.¹⁴ Letzteres geschieht häufig insbesondere bei Verfahren mit politischer Relevanz. Die Berichtspflichten sind daher im politischen Kontext von erheblicher Bedeutung, bilden sie doch die notwendige Grundlage für eine Einflussnahme der Exekutive auf die Staatsanwaltschaft in Fällen von politischem Interesse.¹⁵

⁹ *Markwardt* in Schöch/Helgerth/Dölling/König (Hrsg.), FS Böttcher, 2007, 93, 96; *Schaefer* in Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), FS Hamm, 2008, 643, 648; siehe auch *Titz* KritV 2010, 260, 263, die entsprechend darauf hinweist, dass seine Berechtigung weitgehend außer Frage steht.

¹⁰ MüKo/StPO-Brocke (Fn. 4), § 146 GVG Rn. 11; *Krauß*, in Löwe/Rosenberg StPO, 27. Aufl. 2022, § 146 GVG Rn. 3 ff.; *Paeffgen* (Fn. 3), 563, 567.

¹¹ MüKo/StPO-Brocke (Fn. 4), § 146 GVG Rn. 12; *H. Mayer*, in Karlsruher Kommentar StPO, 9. Aufl. 2023, § 146 GVG Rn. 4 sowie *Trentmann* JR 2015, 571, 575.

¹² MüKo/StPO-Brocke (Fn. 4), § 146 GVG Rn. 12; *Trentmann* JR 2015, 571, 575.

¹³ LR/StPO-Krauß (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 5; KK/StPO-H. Mayer (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 4; siehe aber überzeugend zur „Weisungsfeindlichkeit“ des Anfangsverdachts *Trentmann* JR 2015, 571.

¹⁴ LR/StPO-Krauß (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 5; KK/StPO-H. Mayer (Fn. 11), § 147 GVG Rn. 1; vgl. auch BGH NJW 2008, 2057 = BGHSt 52, 220; *Eisele/Trentmann* NJW 2019, 2365, 2366; *Günter* DRiZ 2002, 55, 61 f.; *Kelker* ZStW 118 (2006), 389, 398 f.

¹⁵ Vgl. auch *Kelker* ZStW 118 (2006), 389, 398 f.; *W. Maier* ZRP 2003, 387, 388, der u.a. auf die Problematik des so drohenden „vorausseilenden Gehorsams“ hinweist und dies als „systemimmanente Folge der Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts“ bezeichnet. Vertiefend zu der Problematik im Kontext eines möglichen politischen Missbrauchs des Strafverfahrens siehe *Petzsche*, Politischer Missbrauch des Strafverfahrens - Zu einem europäischen Schutzmaßstab und der Missbrauchsresilienz des deutschen Strafprozessrechts, zur Veröffentlichung vorgesehen 2026.

Das Weisungsrecht ist zwar weitreichend, aber nicht schrankenlos. Neben der Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 III GG¹⁶ lassen sich Grenzen aus dem Legalitätsprinzip (§§ 152 II, 170 I StPO) ableiten.¹⁷ Danach sind Weisungen grundsätzlich nur zulässig, um rechtswidrige Entscheidungen zu verhindern, wenn in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum besteht sowie im Bereich der Ermessensausübung.¹⁸ Weisungen müssen das Willkürverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten und unterliegen dem Verbot justizfremder Erwägungen. Sie müssen ihrerseits frei von Ermessensfehlern sein.¹⁹ Das bedeutet beispielsweise, dass der oder die Dienstvorgesetzte eine Anklageerhebung trotz des Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts nicht anordnen darf, aber die Beachtung der eigenen Einschätzung anordnen kann, wenn die Sach- und Beweislage unterschiedliche Einschätzungen der Erfolgsaussichten einer Anklageerhebung zulässt und diese vertretbar sind.²⁰ Erkennbar rechtswidrige Weisungen²¹ sind nach geltendem Recht für die anordnende Person strafbar (vgl. §§ 344, 345, 258a StGB) und binden auch die angewiesene Person nicht.²² Insofern ist die zulässige Einflussnahme strafrechtlich eingegrenzt.²³ Dies markiert jedoch nur die äußersten Grenzen, innerhalb derer noch ein erheblicher Spielraum besteht. Insgesamt verbleiben erhebliche Räume, in denen Anweisungen erfolgen können. Dieses Lagebild soll im Folgenden in den menschenrechtlichen Kontext eingefügt werden, um die Frage zu beantworten, ob die EMRK den Weg für eine Reform zu weisen vermag.

¹⁶ KK/StPO-H. Mayer (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 5; LR/StPO-Krauß (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 13.

¹⁷ Vertiefend MüKo/StPO-Brocke (Fn. 4), § 146 GVG Rn. 14 ff.; LR/StPO-Krauß (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 13; Krey/Pföhler NSTz 1985, 145, 150 ff., die zwischen internem und externem Weisungsrecht differenzieren und für letzteres engere Grenzen ziehen; Trentmann JR 2015, 571, 574. Zu der Unzulässigkeit einer Weisung, soweit sie das Legalitätsprinzip verletzt: BGH NJW 1960, 2346 = BGHSt 15, 155, 159, 161; Lüttger GA 1957, 193, 216; Roxin DRiZ 1997, 109, 118.

¹⁸ Vertiefend Paeffgen (Fn. 3), 563, 575 ff.; siehe aber zu den Schranken auch im Bereich des Opportunitätsprinzips Krey/Pföhler NSTz 1985, 145, 149 f.

¹⁹ MüKo/StPO-Brocke (Fn. 4), § 146 GVG Rn. 16.

²⁰ So bereits Lüttger GA 1957, 193, 217.

²¹ Vertiefend zu der Frage, wann Weisungen als rechtswidrig anzusehen sind, Paeffgen (Fn. 3), 563, 575 ff.

²² MüKo/StPO-Brocke (Fn. 4), § 146 GVG Rn. 15; LR/StPO-Krauß (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 13; KK/StPO-H. Mayer (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 11; Kintzi DRiZ 1987, 457, 462; Lüttger GA 1957, 193, 216 f.; Paeffgen (Fn. 3), 563, 581 f.: „der zentrale Korrekturmechanismus“.

²³ Vgl. Paeffgen (Fn. 3), 563, 575.

C. Die (Richtungs-)Vorgaben der EMRK

Der menschenrechtliche Kontext des externen Weisungsrechts scheint bisher wenig beachtet. Die Diskussion in Deutschland erfolgte bisher vorwiegend mit Blick auf das deutsche (Verfassungs-)Recht.²⁴ Während die unionsrechtliche Diskussion insbesondere durch das Urteil des EuGH aus dem Jahr 2019 geprägt ist, das eine hinreichende Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft verneint hatte,²⁵ ist die Ebene der EMRK bislang nicht systematisch in die Debatte einbezogen worden. Gerade die dort verankerten Anforderungen an ein faires Verfahren legen jedoch eine strukturelle Überprüfung des bestehenden Weisungsrechts nahe. Zwar benennt die Konvention in Art. 6 EMRK die Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich, sie adressiert jedoch über das Leitbild des fairen Verfahrens die gesamte Architektur des Strafprozesses und damit auch jene organisatorischen und personellen Voraussetzungen, die eine faire Strafverfolgung sicherstellen. Somit entfaltet Art. 6 EMRK eine normative Wegweisung für deren Ausgestaltung.

Die politischen Organe des Europarats haben diesen Zusammenhang frühzeitig und deutlich akzentuiert. Bereits 2009 forderte die Parlamentarische Versammlung (PACE) unmissverständlich, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte vor politischer Einflussnahme zu schützen und Einzelweisungen der Justizministerien zu unterbinden. In der Resolution 1685/2009 heißt es dazu ausdrücklich:

„Prosecutors must be allowed to perform their tasks without interference from the political sphere. They must be shielded from instructions pertaining to individual cases, at least where such instructions would prevent an investigation from proceeding to court.“²⁶

Für Deutschland wurde zudem die Abschaffung ministerieller Einzelweisungen ausdrücklich angemahnt. Dementsprechend heißt es später in der Resolution unmissverständlich:

²⁴ Dazu auch *Gärditz GSZ* 2019, 133, 136.

²⁵ EuGH, Rs. C-508/18, C-82/19, ECLI:EU:C:2019:456 – *Vorabentscheidungsersuchen in der Sache OG & PI*.

²⁶ Punkt 3.2 der am 30.9.2009 von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats beschlossenen Resolution 1685/2009 zu „Allegations of politically motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states“.

„The assembly calls on Germany to [...] abolish the possibility for ministers of justice to give the prosecution instructions concerning individual cases.“²⁷

In dieselbe Richtung wies auch der Bericht der Staatengruppe des Europarats gegen Korruption (GRECO) vom 10.10.2014.²⁸ Solche Impulse sind zwar rechtlich nicht bindend, markieren aber einen konsistenten europäischen Erwartungshorizont.

Entscheidend sind darüber hinaus die den nationalen Gesetzgeber bindenden Vorgaben der EMRK. In diesem Kontext ist zunächst zu beachten, dass die EMRK anders als an den gerichtlichen Spruchkörper keine ausdrücklichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft stellt. Der für das Strafverfahren zentrale Art. 6 EMRK spricht in seinem ersten Absatz lediglich von dem „unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht“, nicht aber von der Staatsanwaltschaft. Gleichwohl lassen sich aus der Konventionsgarantie gewisse Anforderungen ableiten. Denn auch die Staatsanwaltschaft hat zur Fairness des Strafverfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK beizutragen. Dies bedeutet zunächst einmal, dass (auch) die Staatsanwaltschaft im konkreten Fall die Rechte des Beschuldigten aus Art. 6 EMRK zu wahren und zu schützen hat. Darüber hinaus muss die Staatsanwaltschaft aber auch so ausgestaltet sein, dass sie institutionell zum Schutz der Fairness des Verfahrens (und der anderen Konventionsgarantien) beiträgt und diesen mit sicherstellt.

Denn aus Art. 6 EMRK ergibt sich über den Einzelfall hinaus die allgemeine Verpflichtung der Konventionsstaaten, ein leistungsfähiges Justizsystem nicht nur zu schaffen, sondern auch zu erhalten, damit die Gerichte die Garantien des Art. 6 EMRK wirksam umsetzen können.²⁹ Das Strafverfahren muss dem enthaltenen Fairnessgebot umfassend genügen, denn das Recht auf ein faires Verfahren ist ein verbindlicher

²⁷ PACE, Doc. 11993 v. 7.8.2009, Punkt 5.4.3.

²⁸ Vierte Evaluierungsrunde, Korruptionsprävention in Bezug auf Abgeordnete, Richter und Staatsanwälte, Evaluierungsbericht Deutschland, verabschiedet auf der 65. Vollversammlung, Greco Eval IV Rep (2014) 1 E, Straßburg, 10.10.2014, VI., 252, vii. Konkret wurde empfohlen, das Recht der Justizminister, im Einzelfall externe Weisungen zu erteilen, abzuschaffen oder Transparenz zu garantieren und Weisungen, auf eine Strafverfolgung zu verzichten, spezifischer Kontrolle zu unterwerfen, siehe LR/StPO-Krauß (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 33; Rautenberg ZRP 49 (2016), 38.

²⁹ EGMR, *Gast u. Popp/Deutschland*, Urt. v. 25.2.2000, No. 29357/95, Rn. 75 = NJW 2001, 211; *Metzger/Deutschland*, Urt. v. 31.5.2001, No. 37591/97, Rn. 42 = NJW 2002, 2856; *Satzger*, in SSW StPO, 6. Aufl. 2025, Art. 6 EMRK Rn. 17; *Harrendorf/König/L. Voigt*, in Handkommentar EMRK, 5. Aufl. 2023, Art. 6 EMRK Rn. 30.

Wertungsmaßstab für die gesamte Verfahrensgestaltung.³⁰ Dies betrifft auch die Stellung der Staatsanwaltschaft, die ein wesentliches Element einer funktionierenden Justiz darstellt. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass Art. 6 EMRK eine allgemeine Garantie enthält, die Bürgerinnen und Bürger umfassend vor missbräuchlicher Anwendung und Auslegung von Verfahrensvorschriften sowie willkürlichen Verfolgungspraktiken zu schützen.³¹

Um den vorgesehenen Missbrauchs- und Willkürschutz im Strafverfahren zu gewährleisten, lassen sich aus Art. 6 EMRK bestimmte Anforderungen an die Stellung der Staatsanwaltschaft konkretisieren. Zunächst aber folgt daraus nicht, dass die EMRK eine bestimmte Ausgestaltung der Rechtsstellung verlangt. Diese überlässt sie dem innerstaatlichen Recht. Der EGMR selbst betont:

„The Court is not oblivious to the fact that a variety of State prosecution systems and divergent procedural rules for conducting criminal investigations may be compatible with the Convention, which does not contemplate any particular model in this respect.“³²

Es sind verschiedene Ausgestaltungen denkbar, die von einer völligen Unabhängigkeit³³ bis hin zu einer Unterordnung unter die Exekutive reichen, sofern letztere mit ausreichenden Schutzmechanismen gegen unzulässige Einflussnahme verbunden ist. Zwar hat sich der EGMR bislang nicht konkret zur abstrakten Frage der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft geäußert, doch lässt sich aus verschiedenen Entscheidungen ein gewisses Leitbild einer von den politischen Akteuren hinreichend unabhängigen Staatsanwaltschaft ableiten. So hat der Gerichtshof in einem Urteil, in dem ein Staatsanwalt eine Verletzung von Art. 10 EMRK geltend gemacht hatte, weil er wegen seiner Bemühungen, Einflussnahme und Korruption in der Staatsanwaltschaft aufzudecken, entlassen worden war, ausgeführt:

³⁰ Esser, in Löwe/Rosenberg StPO, 27. Aufl. 2024, Art. 6 EMRK Rn. 260; Bottke in Eser/Goydke/Maatz/Meurer (Hrsg.), FS Meyer-Goßner, 2001, 73; Schaefer in Hanack/Hilger/Mehle/Widmaier (Hrsg.), FS Riess, 2002, 491.

³¹ Meyer, in Systematischer Kommentar StPO, 6. Aufl. 2023, Art. 6 EMRK Rn. 576.

³² EGMR, *Kolevi/Bulgarien*, Urt. v. 5.11.2009, No. 1108/02, Rn. 208 = BeckRS 2009, 141262.

³³ Wie beispielsweise in Italien.

„In this context the Court considers it necessary to reiterate that in a democratic society both the courts and the investigation authorities must remain free from political pressure.“³⁴

Der Gerichtshof erkennt somit an, dass eine gewisse Unabhängigkeit der Strafverfolgungsbehörden von der Politik ein wesentliches Element einer demokratischen Gesellschaft und Voraussetzung für die effektive Durchsetzung der Konventionsrechte ist. Die generelle Bedeutung, die der EGMR unabhängigen Ermittlungen beimisst, wird auch im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zu den Schutzpflichten aus Art. 2 EMRK³⁵ deutlich. Dort betont er, dass effektive Ermittlungen voraussetzen, dass die mit deren Durchführung betrauten Personen rechtlich und tatsächlich unabhängig und unparteiisch sind.³⁶ Dies gilt – je nach Ausgestaltung des jeweiligen Strafverfahrens – nicht nur für die Polizei, sondern selbstverständlich auch für die Staatsanwaltschaft, soweit diese an den Ermittlungen beteiligt ist. Zu den konkreten Anforderungen führt der Gerichtshof aus:

„Independence and impartiality in cases involving high-ranking prosecutors or other officials may be secured by different means, such as investigation and prosecution by a separate body outside the prosecution system, special guarantees for independent decision making despite hierarchical dependence, public scrutiny, judicial control or other measures. [...] The system chosen by the member State concerned must however guarantee, in law and in practice, the investigation's independence and objectivity in all circumstances and regardless of whether those involved are public figures.“³⁷

Aus der EMRK lässt sich somit das Leitbild einer unabhängigen Strafverfolgung ableiten,³⁸ wenngleich die konkrete Ausgestaltung dieser Ge-

³⁴ EGMR, *Guja/Moldau*, Urt. v. 12.2.2008, No. 14277/04, Rn. 86 = BeckRS 2011, 77277.

³⁵ Zu den aus Art. 2 EMRK abgeleiteten „positive obligations“, siehe EGMR, *Grams/Deutschland*, Urt. v. 5.10.1999, No. 33677/96 = NJW 2001, 1989; EGMR, *Oğur/die Türkei*, Urt. v. 20.5.1999, No. 21594/93, Rn. 86 ff. = NJW 2001, 1991, 1903 f.

³⁶ EGMR, *Kolevi/Bulgarien*, Urt. v. 5.11.2009, No. 1108/02, Rn. 193 = BeckRS 2009, 141262: „for an investigation to be effective, persons responsible for carrying out the investigation must be independent and impartial, in law and in practice“ sowie EGMR, *Ramsahai u.a./die Niederlande*, Urt. v. 3.3.2005, No. 52391/99 = BeckRS 2005, 158520, Rn. 325 und 333-346; *Scavuzzo-Hager u.a./die Schweiz*, Urt. v. 30.11.2004, No. 41773/98 = BeckRS 2004, 155264, Rn. 78 und 80-86; *Ergi/die Türkei*, Urt. v. 28.7.1998, No. 23818/94, Rn. 83-84.

³⁷ EGMR, *Kolevi/Bulgarien* (Fn. 36), Rn. 208.

³⁸ So misst der Gerichtshof der Unabhängigkeit und politischen Neutralität der Strafverfolgungsorgane auch ein öffentliches Interesse bei EGMR, *Guja/Moldau*, Urt. v. 12.2.2008, No. 14277/04 = BeckRS 2011, 77277, Rn. 90: „The Court observes that it is in the public interest to maintain confidence in the independence and political neutrality of the prosecuting authorities of a State.“; vgl. auch EGMR, *Prager und Oberschlick/Österreich*, Urt. v. 26.4.1995, No. 15974/90 = BeckRS 1995, 124716, Rn. 34, Series A Nr. 313.

währleistung dem innerstaatlichen Recht überlassen bleibt.³⁹ Gleichwohl lassen sich gewisse Grenzen ziehen. Eine uneingeschränkte Abhängigkeit von der Exekutive dürfte beispielsweise nicht zulässig sein. Erforderlich ist vielmehr eine hinreichende, rechtlich geregelte und abgesicherte Unabhängigkeit. Fraglich ist jedoch, was genau diese ausmacht.

Auch wenn sich der EGMR zur Frage der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft bisher kaum konkret geäußert hat, lassen sich aus seiner Rechtsprechung gewisse Anforderungen ableiten. Denn die Ausführungen zur notwendigen Unabhängigkeit des gerichtlichen Spruchkörpers lassen sich in gewissem Umfang auch auf die Staatsanwaltschaft übertragen.⁴⁰ Dies gilt umso mehr, als je nach Ausgestaltung des Systems nicht nur die Staatsanwaltschaft, sondern auch eine Ermittlungs- bzw. Untersuchungsrichterin oder ein -richter für die Ermittlungsführung zuständig sein kann.⁴¹ Nur das (konventionskonforme) Zusammenwirken beider Institutionen kann den von der EMRK geforderten ausreichenden Schutz des Strafverfahrens vor Willkür und Missbrauch gewährleisten.

Aus Art. 6 EMRK ergibt sich insofern, dass der gerichtliche Spruchkörper bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss, um den Anforderungen der Konventionsgarantie gerecht zu werden. So muss das Gericht unabhängig und unparteiisch sein und auf einem Gesetz beruhen. Diese Anforderungen hat der EGMR in einer umfangreichen Rechtsprechung konkretisiert. So verlangt die Unabhängigkeit im Sinne des Art. 6 EMRK beispielsweise, dass das Gericht frei von Einflüssen der Exekutive, der Legislative, der Konfliktparteien und anderer Interessengruppen ist.⁴² Die Einhaltung dieses Gebots der Unabhängigkeit beurteilt der EGMR anhand der gesetzlichen Ausgestaltung der Stellung des Gerichts. Als Kriterien zieht der Gerichtshof u.a. die Art und Weise der Ernennung der Mit-

³⁹ Vgl. EGMR, *Kolevi/Bulgarien* (Fn. 36), Rn. 208: „It is not the Court's task to determine which system best meets the requirements of the Convention.“

⁴⁰ So auch *Noguera*, Independence and Autonomy of Prosecutors in Europe: Opinion No. 16 (2021) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) of the Council of Europe, 108, 115; *Consultative Council of European Prosecutors*, CCPE (2021) 6, S. 6, wonach die Unabhängigkeit und Autonomie der Staatsanwaltschaften „eine unverzichtbare Begleiterscheinung der Unabhängigkeit der Richterschaft“ darstellt.

⁴¹ So war es auch in Deutschland bis 1974. Zu dem französischen „juge d`instruction“ siehe *Dervieux/Benillouche/Bachelet* in Delmas-Marty/Spencer (Hrsg.), *European Criminal Procedures*, 2002, The French System, 218, 229 f.

⁴² EGMR, *Vasilescu/Rumänien*, Urt. v. 22.5.1998, No. 27053/95, Rn. 41 = BeckRS 1998, 156457; SSW/StPO-Satzger (Fn. 29), Art. 6 EMRK Rn. 23.

glieder des Gerichts⁴³ sowie die Dauer ihrer Amtszeit heran.⁴⁴ Darüber hinaus müssen ausreichende Schutzmaßnahmen gegen eine Einflussnahme von außen bestehen.⁴⁵ Diese Anforderungen lassen sich auf die Staatsanwaltschaft übertragen. Zunächst muss auch ihre Stellung hinreichend gesetzlich abgesichert sein. Die Ernennung und Abberufung von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten muss gesetzlich geregelt und an sachgerechte Kriterien gebunden sein, um eine hinreichende Unabhängigkeit zu gewährleisten. Es müssen ausreichende Schutzmaßnahmen gegen unzulässige Einflussnahme von außen bestehen. Nur durch solche Maßnahmen kann die Staatsanwaltschaft die Fairness des Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK absichern und den von der EMRK geforderten Schutz vor Willkür und politischem Missbrauch im Strafverfahren bieten. Ob die nationale Ausgestaltung dem genügt, kann jedoch nur im Rahmen des jeweiligen nationalen Systems beurteilt werden.

D. Der durch das deutsche Recht zu beschreitende Weg

Angesichts dieser Wegweisung durch die EMRK stellt sich die Frage, ob die derzeitige Ausgestaltung der Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft im deutschen Recht den Anforderungen genügt. Problematisch ist dies insbesondere im Hinblick auf das externe Weisungsrecht. Zwar sind – wie oben dargestellt – gewisse Grenzen dieses Rechts anerkannt, die sich insbesondere aus der Bindung an Recht und Gesetz sowie dem Legalitätsprinzip ableiten. Doch bieten diese aus mindestens zwei Gründen keinen hinreichenden Schutz. Zum einen belassen sie – auch mangels rechtlicher Verankerung – einen erheblichen Spielraum, der gerade auch die Einflussnahme auf konkrete Einzelfälle betrifft. Dieser Spielraum wirkt sich vor allem zugunsten des Weisungsgebers aus und lässt Raum für politischen Missbrauch. Zum anderen fehlt es mangels hinreichender Transparenz auch überhaupt an einer in jedem Fall gewährleisteten Überprüfbarkeit. Dies gilt insbesondere für den Einzelfall, da solche Wei-

⁴³ Dazu vertiefend siehe Meyer, in Karpenstein/Mayer EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 6 EMRK Rn. 53.

⁴⁴ Siehe EGMR, *Findlay/das Vereinigte Königreich*, Urt. v. 25.2.1997, No. 22107/93, Rn. 73 = BeckRS 1997, 129556; *Campbell u. Fell/das Vereinigte Königreich*, Urt. v. 28.6.1984, No. 7819/77 u. 7878/77, Rn. 78 = BeckRS 1984, 110599; *Bryan/das Vereinigte Königreich*, Urt. v. 22.11.1995, No. 19178/91, Rn. 37 = BeckRS 1995, 124018; *Maktouf u. Damjanović/Bosnien und Herzegowina*, Urt. v. 18.7.2013, No. 2312/08 u. 34179/08 = BeckRS 2013, 12859, Rn. 49 sowie SSW/STPO-Satzger (Fn. 29), Art. 6 EMRK Rn. 23; HK/EMRK-Harrendorf/König/L. Voigt (Fn. 29), Art. 6 EMRK Rn. 66 ff.

⁴⁵ EGMR, *Mustafa Tunç und Fecire Tunç/die Türkei (GK)*, Urt. v. 14.4.2015, No. 24014/05 = BeckRS 2015, 131045, Rn. 221; *Findlay/das Vereinigte Königreich* (Fn. 44), Rn. 73; *Bryan/das Vereinigte Königreich*, Urt. v. 22.11.1995, No. 19178/91 = BeckRS 1995, 12408, Rn. 37.

sungen, sofern sie überhaupt schriftlich erfolgen, als Akteninhalt der strafbewehrten Geheimhaltung unterliegen (vgl. § 353d StGB). Demgegenüber ist bei allgemeinen Weisungen naturgemäß eine gewisse Transparenz gewährleistet, sodass die Gefahr des Missbrauchs deutlich geringer ist.⁴⁶ Hinzu kommt, dass bereits die Existenz eines Weisungsrechts, mit dessen Anwendung im Hintergrund subtil gedroht werden kann, wenn dem jeweiligen politischen Willen nicht entsprochen wird, eine mittelbare politische Einflussnahme ermöglicht.

Mithin stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich aus den herausgearbeiteten europäischen Vorgaben für das deutsche Recht ergeben. Wie bereits festgestellt, verlangt der europäische Schutzmaßstab nicht die Schaffung einer von der Exekutive völlig unabhängigen Staatsanwaltschaft. Er lässt eine solche zu, verlangt sie aber nicht. Sieht die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft aber eine Abhängigkeit von der Exekutive vor, so kommt es entscheidend darauf an, dass die konkrete Ausgestaltung im nationalen Recht gleichwohl ein hinreichend unabhängiges Handeln gewährleistet und eine unzulässige politische Einflussnahme verhindert. Nach alledem ist das externe Weisungsrecht im deutschen Recht zwar nicht zwingend abzuschaffen,⁴⁷ jedoch in seiner Ausübung einer strengeren Kontrolle zu unterwerfen. Auch ein externes Weisungsrecht im Einzelfall kann zulässig sein, sofern klare Grenzen gesetzt werden, die sicherstellen, dass die beeinflusste Entscheidung noch im Rahmen von Recht und Gesetz bleibt. Eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung der materiellen Grenzen erscheint daher notwendig. Dabei sollte insbesondere festgelegt werden, dass jegliche Weisungen frei von justizfremden Erwägungen zu ergehen haben.⁴⁸ Dies sichert ihre Einhaltung

⁴⁶ Siehe auch *Frank* ZRP 2010, 147, 148.

⁴⁷ Die Abschaffung des ministeriellen Einzelweisungsrechts bei Fortbestand allgemeiner, transparenter Leitlinien würde jedoch das Risiko informeller oder subtiler Einflussnahme in politisch sensiblen Verfahren reduzieren und zugleich die demokratische Verantwortungszurechnung über generelle Politikziele wahren. Ausführliche Argumente dafür finden sich bei *Petzsche*, Politischer Missbrauch des Strafverfahrens - Zu einem europäischen Schutzmaßstab und der Missbrauchsresilienz des deutschen Strafprozessrechts, zur Veröffentlichung vorgesehen 2026. Für ein Abschaffen spricht darüber hinaus ganz praktisch, dass es solche Staatsanwälte in Deutschland bereits gibt und sie ihre Funktion bisher ohne Probleme voll erfüllen. Denn die deutschen Delegierten Europäischen Staatsanwältinnen und -staatsanwälte sind – entsprechend den europäischen Vorgaben – völlig unabhängig von politischen Weisungen. Für sie gilt nach § 5 I 1 EUStAG eine Ausnahme. Sie sind in ihrer Eigenschaft als DESTa ausschließlich den Weisungen und der Aufsicht nach Maßgabe der Verordnung (EU) 2017/1939 unterstellt. §§ 144–147 GVG finden auf sie keine Anwendung, wie in § 5 I 2 EUStAG klargestellt wird.

⁴⁸ Dies entspricht dem vorgelegten Referentenentwurf der Ampel-Regierung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz [Fn. 2], S. 3), in dem ein neuer § 146 II GVG mit folgendem Wortlaut vorgeschlagen wurde:

ab, denn die fehlende Verankerung trägt zu Unsicherheiten und problematischen Spielräumen bei. Um die Einhaltung dieser Grenzen zu gewährleisten, ist es darüber hinaus entscheidend, dass die Überprüfbarkeit durch Transparenz sichergestellt ist. Dies könnte durch ein Schriftlichkeitserfordernis erreicht werden, das zumindest eine interne Transparenz gewährleisten würde. Möglich wäre eine Regelung dergestalt, dass – wie auch im gescheiterten Reformvorschlag der Ampelkoalition vorgesehen⁴⁹ – Weisungen schriftlich erteilt und begründet werden müssen.

Eine Reform des externen Weisungsrechts erscheint im Kontext des europäischen Rechtsrahmens somit als notwendig. Die EMRK verlangt zur Absicherung eines fairen Verfahrens als Minimum eine klare Transparenzregelung für externe Weisungen sowie eine – gesetzlich verankerte – inhaltliche Begrenzung insbesondere von Einzelweisungen. Die Frage, ob das Einzelweisungsrecht darüber hinaus ganz abgeschafft werden sollte, bleibt damit eine rechtspolitische Frage, für die die EMRK zwar eine Richtung vorgibt, dies aber nicht zwingend vorschreibt.

E. Fazit

Die Debatte um das externe Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft ist mehr als eine organisationsrechtliche Detailfrage; sie berührt das Fundament eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Die aktuelle deutsche Ausgestaltung verfolgt eine doppelte Logik: interne Hierarchie zur Sicherung einheitlicher Rechtsanwendung und externe Steuerungsbefugnis zur demokratischen Rückbindung. Diese Konstruktion ist historisch gewachsen und materiell begründbar, erzeugt aber – gerade im Einzelfall – strukturierte Einfallstore für politische Einflussnahme, die weder durch bloße Appelle zur „maßvollen Ausübung“ noch durch eine ungeschriebene Selbstbindung verlässlich eingehegt werden.

„Weisungen zur Sachleitung durch Vorgesetzte nach § 147 haben den Legalitätsgrundsatz (§ 152 Absatz 2 der Strafprozessordnung) zu beachten und sind nur zulässig

1. zur Verhinderung rechtswidriger Entscheidungen,
2. soweit in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum besteht oder
3. im Bereich der Ermessensausübung.

Sie ergehen frei von justizfremden Erwägungen.“

Eine entsprechende Regelung ist zu befürworten, da sie den Vorgaben der EMRK entspricht.

⁴⁹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz (Fn. 2), S. 3.

Wie aufgezeigt, bietet die bisher unterbelichtete Ebene der EMRK hier einen wichtigen Kompass: Zwar gibt die EMRK kein starres Modell der Strafverfolgung vor, verlangt aber eine hinreichende Gewährleistung der Unabhängigkeit der Strafverfolgung. In dieser Gesamtschau zeigt sich Reformbedarf, ohne dass eine radikale Systemumstellung zwingend erforderlich wäre. In seiner gegenwärtigen Breite und Intransparenz ist das externe Weisungsrecht jedoch nur bedingt mit dem menschenrechtlichen Mindeststandard kompatibel. Problematisch ist weniger die (nachweislich) seltene Ausübung formaler Einzelweisungen als deren bloße Möglichkeit in Kombination mit Berichtswesen und informellen Kommunikationskanälen. Genau hier entsteht ein struktureller Anreiz zur Einflussnahme und eine Wahrnehmungslücke, die das Vertrauen in die Objektivität der Strafverfolgung beschädigt. Die EMRK verlangt keinen vollständigen Verzicht auf politische Rückbindung, wohl aber funktionsfeste Sicherungen gegen missbräuchliche Steuerung in Form klarer, geregelter materieller Grenzen sowie eines zwingenden Schriftlichkeits- und Begründungserfordernisses. Wo diese fehlen, verbleiben Räume für eine unzulässige politische Einflussnahme – und das genügt dem europäischen Maßstab nicht. Es wäre daher zu wünschen, dass ein weiterer Versuch der Reform des externen Weisungsrechts unternommen und dabei dem europäischen Kompass gefolgt würde.

Dieses Reformziel ist nicht allein normativ motiviert. Es dient in erster Linie einem Gut, das rechtsstaatliche Systeme trägt: Vertrauen. Da die Strafverfolgung über erhebliche Eingriffs- und Steuerungsmacht verfügt, leidet die Akzeptanz von Entscheidungen und die Autorität des Rechts insgesamt, wenn der Eindruck entsteht, dass politische Opportunität auch nur potenziell die Richtung vorgibt. Ein System, das Einflusskanäle transparent macht und somit Rechenschaft erzwingt, schützt nicht nur die Rechte von Beschuldigten, sondern auch die demokratische Kultur, die auf rechtsstaatliche Verfahren vertraut. Damit ist die Linie klar: Das deutsche Recht erfüllt zwar viele Elemente eines fairen Strafverfahrens, verfehlt aber die Anforderungen der EMRK an eine hinreichend unabhängige Strafverfolgungsbehörde. Der Weg zur Konvergenz ist leicht realisierbar – über Transparenz und gesetzlich verankerte materielle Schranken. Die EMRK weist den Weg.

Die strafrechtliche Regulierung persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes

Anja Schmidt, Halle*

ABSTRACT

Es ist immer einfacher, Deepfakes selbst herzustellen und anderen digital zugänglich zu machen. Der Bundesrat hat vor diesem Hintergrund einen Gesetzentwurf zur Kriminalisierung persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes eingebracht, zudem wurde ein Referentenentwurf des BMJV veröffentlicht. In diesem Beitrag werden das Phänomen persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes umrissen, seine Strafwürdigkeit aufgezeigt und vor dem Hintergrund des geltenden Rechts der Gesetzentwurf des Bundesrates bewertet.

Aufgrund des technologischen Fortschritts ist es immer einfacher, KI-generierte Deepfakes mittels einfach bedienbarer Apps selbst herzustellen und etwa über Messengerdienste und Onlineplattformen anderen zugänglich zu machen. Dabei kann es unter anderem zu schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen kommen. Im August 2025 hat der Bundesrat vor diesem Hintergrund einen Entwurf eines Gesetzes zum strafrechtlichen Schutz von Persönlichkeitsrechten vor Deepfakes in den Bundestag eingebracht.¹ Zudem wurde Mitte April ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz veröffentlicht.²

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

¹ BT-Drs. 21/1383. Ein gleichlautender Gesetzentwurf des Bundesrates vom August 2024 (BT-Drs. 20/12605) hatte sich mit dem Ablauf der 20. Wahlperiode erledigt.

² Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2026_Gesetz_gegen_digitale_Gewalt.html (zuletzt abgerufen am 20.4.2026).



In diesem Beitrag werden das Phänomen und der Begriff von Deepfakes umrissen, die Persönlichkeitsrechte verletzen können (A.). Danach wird gezeigt, inwieweit das Herstellen, Verwenden und Zugänglichmachen persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes strafwürdig (B.) und de lege lata strafrechtlich erfasst ist (C.). Anschließend wird der Gesetzentwurf des Bundesrates mit einigen Bezügen zum Referentenentwurf des BMJV³ kritisch gewürdigt (D.).

A. Persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes als digitales Phänomen

I. Deepfakes allgemein

Art. 3 Nr. 60 der KI-Verordnung der Europäischen Union definiert einen „Deepfake“ als einen durch KI, also deep learning, 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.⁴ Deepfakes werden elektronisch durch neuronale Netze generiert. Neuronale Netze sind eine Form künstlicher Intelligenz, die nicht nur Muster in Daten erkennen, sondern auch neue Daten synthetisieren können.⁵

Ihren Ursprung haben Deepfakes auf der Plattform Reddit, auf der ein Nutzer namens „deepfake“ im Jahr 2017 pornographische Videos einstellte, wobei er auf die Körper der Darstellerinnen Gesichter berühmter Schauspielerinnen montiert hatte. Seit 2020 ist eine Open-Source-Software verfügbar, mit der Deepfake-Videos in hoher Qualität hergestellt werden können; es gibt Unternehmen, die die Herstellung von Deepfakes anbieten, und Apps, mit denen Deepfakes einfach selbst erstellt werden können.⁶ Einer im Jahr 2019 erschienenen Studie zufolge waren 96 % der im Netz aufgefundenen Deepfake-Videos sexualisierende Deepfakes. In

³ Eine ausführlichere Kritik enthält *Schmidt*, Vorschlag zur Kriminalisierung nicht einvernehmlicher sexualisierender Deepfakes, 2026, unter G. (<https://digitalrecht-oe.uni-trier.de/index.php/droe/catalog/book/15>).

⁴ Verordnung über künstliche Intelligenz v. 13.6.2024, ABl. EU L 2024/1689.

⁵ Vgl. *Ladwig*, Was ist KI und welche Formen von KI gibt es?, <https://www.bpb.de/lernen/bewegtbild-und-politische-bildung/555997/was-ist-ki-und-welche-formen-von-ki-gibt-es/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2025); *Rückert et al.* NSW 2025, 315, 316 f.

⁶ Vgl. zum Ganzen *Ladwig*, Deepfakes: Technische Hintergründe und Trends, <https://www.bpb.de/lernen/bewegtbild-und-politische-bildung/556238/deepfakes-technische-hintergruende-und-trends/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2025).

dieser Studie waren die Betroffenen ausschließlich Frauen.⁷ Bei einer Untersuchung im Sommer 2023 waren 98 % der gefundenen Deepfakes pornographisch und 99 % der Betroffenen Frauen.⁸

Deepfakes sind ein spezifisches KI-generiertes Mittel digital gestützter Kommunikation, das in allen Lebensbereichen mit unterschiedlichen Inhalten und zu unterschiedlichen Zwecken genutzt werden kann.⁹ Deepfakes können etwa legitim zu wirtschaftlichen Zwecken eingesetzt werden, bspw. als virtuelle Influencer*innen oder virtuelle Assistent*innen. Geschichte lässt sich innovativ durch die Interaktion mit Avataren von Holocaustüberlebenden vermitteln, soweit offengelegt wird, dass es sich um künstlich generierte Avatare handelt. Deepfakes können auch bei der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr eine Rolle spielen. So legitimieren im Bereich der Kinderpornographie die § 184b VI StGB und § 110d StPO fiktionale Keuschheitsproben. Dabei dürfen allerdings keine Bildaufnahmen einer existierenden minderjährigen Person verwendet werden, sie dürfen durch Deepfaketeknologie nur so erstellt werden, dass sie eine vollkommen künstliche Person zeigen.¹⁰

Deepfakes können aber auch ein Mittel zum Begehen herkömmlicher Straftaten wie Betrug, Erpressung oder Urkundenfälschung sein.¹¹ So können mittels einer Voice-cloning-Software die Stimmen von Angehörigen oder Vorgesetzten täuschend echt imitiert und Personen dadurch veranlasst werden, Vermögensverfügungen vorzunehmen. Sogenannte pornographische Deepfakes werden zur Unterhaltung und zur Herabwürdigung von Personen genutzt. Da Personen mit ihnen sexualisiert werden, ist es besser von sexualisierenden Deepfakes zu sprechen. Auch zur Desinformation und Wahlmanipulation werden Deepfakes eingesetzt. So sollen im Jahr 2024 mittels sog. Robocalls mit der Stimme von

⁷ Vgl. *Ajder et al.*, *The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact*, 2019, S. 6; vgl. zudem *Reuther*, *Digital Rape: Women Are Most Likely to Fall Victim to Deepfakes*, <https://www.thedeepfake.report/en/09-digital-rape-en> (zuletzt abgerufen am 27.11.2025).

⁸ Vgl. *Security Hero*, <https://www.securityhero.io/state-of-deepfakes/#overview-of-current-state> (zuletzt abgerufen am 16.1.2026).

⁹ Einen ausführlichen Überblick hierzu und zum Folgenden gibt *Pawelec*, *Anwendungsbereiche von Deepfakes*, <https://www.bpb.de/lernen/bewegt-bild-und-politische-bildung/556290/anwendungsbereiche-von-deepfakes/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2025); vgl. zudem *Meinicke* DSRITB 2020, 981, 982 ff. Zu den sich insgesamt stellenden rechtlichen Fragen vgl. *Klass* ZUM 2025, 485 ff.

¹⁰ Ausführlicher *Ziegler*, in *BeckOK StGB*, 68. Ed. 1.2.2026, § 184b Rn. 23 ff.; *Sommer* Kriminalistik 2023, 380, 382 f.

¹¹ Hierzu und zum Folgenden *Pawelec*, *Politische Manipulation und Desinformation*, <https://www.bpb.de/lernen/bewegt-bild-und-politische-bildung/556305/politische-manipulation-und-desinformation/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2025); vgl. auch *Europol*, *Facing Reality?*, 2022, S. 10 f.

Joe Biden Wählende in New Hampshire aufgefordert worden sein, den Vorwahlen fernzubleiben.

II. Persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes

In diesem Beitrag werden persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes als solche fokussiert, denn sie stellen spezifisches Unrecht dar. Unabhängig davon kann eine Strafbarkeit nach herkömmlichen Delikten, etwa als Betrug, Beleidigung oder Holocaustleugnung gegeben sein,¹² zudem stellt sich die Frage nach der Strafwürdigkeit von Desinformation und Wahlmanipulation.¹³ Außerdem ist zu diskutieren, ob Deepfakes unabhängig von ihrem spezifischen Inhalt als „Herstellung und Verbreitung unechter Medieninhalte, die den Anschein der Echtheit zur Täuschung von Rezipienten erwecken“ Unrecht und strafwürdig sind.¹⁴

Deepfakes sind personenbezogen, wenn Bilder, Videos oder Tonaufnahmen digital so manipuliert werden, dass reale Personen täuschend echt Dinge sagen oder zu tun scheinen, die sie nie getan oder gesagt haben. Wenn personenbezogene Deepfakes unbefugt, d.h. ohne wirksame Einwilligung der scheinbar wiedergegebenen Person hergestellt, verwendet oder zugänglich gemacht werden, liegt eine schwerwiegende und spezifische Verletzung des Persönlichkeitsrechts hinsichtlich des Selbstdarstellungsschutzes vor. Je nach Inhalt des Deepfakes können weitere Aspekte hinzukommen, bei sexualisierenden Deepfakes eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung.

1. Selbstdarstellungsschutz

Das Persönlichkeitsrecht schützt die Selbstdarstellung einer Person, also das „Selbstbestimmungsrecht über die Darstellung des persönlichen Lebens- und Charakterbildes“.¹⁵ Diese Befugnis konkretisiert sich unter anderem zum Recht am eigenen Bild und am eigenen Wort und hinsichtlich des Selbstdarstellungsschutzes in Bezug auf Täuschungen.¹⁶

¹² Vgl. etwa *Meinicke* DSRITB 2020, 981, 991 ff.

¹³ Vgl. hierzu etwa *Berz/Engel/Hacker* ZUM 2023, 586 ff.; *Mafi-Gudarzi* ZRP 2019, 65; *Hoven* ZStW 129 (2017), 718 ff.; *Zimmermann* KriPoZ 2025, 50 ff.

¹⁴ Dafür plädiert *Blocher* KIR 2025, 225, 228; vgl. zudem *Wörner/Gmelin* RIDP 95 (2024), 367, 385 f.

¹⁵ *Di Fabio*, in *Dürig/Herzog/Scholz* GG, 108. EL 8/2025, Art. 2 Abs. 1 Rn. 166; vgl. BVerfGE 35, 202, 220: „Verfügungsrecht über die Darstellung der Person“.

¹⁶ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 15), Art. 2 Abs. 1 Rn. 166; BVerfGE 34, 238, 246.

a) Recht am eigenen Bild und Wort

Das Recht am eigenen Bild wird herkömmlich verstanden als Aspekt des Schutzes der Selbstdarstellung hinsichtlich der fotografischen oder filmischen Aufnahme seines Abbildes, deren Darbietung, Verbreitung oder sonstigen Verwertung.¹⁷ Das spezifische Schutzbedürfnis in Bezug auf die bildhafte Wiedergabe ergibt sich aus den technischen Möglichkeiten, „das Erscheinungsbild eines Menschen in einer bestimmten Situation von diesem abzulösen, datenmäßig zu fixieren und jederzeit vor einem unüberschaubaren Personenkreis zu reproduzieren“.¹⁸ Zwar gehen diese Bestimmungen von einer bildhaften Wiedergabe einer Person aus, die ein Deepfake gerade nicht ist. Da Deepfakes täuschend echte Fotografien oder Videoaufnahmen zu sein scheinen, greift aber auch bei ihnen das Recht am eigenen Bild.¹⁹ Zu schützen ist nicht nur vor dem unbefugten Verbreiten eines personenbezogenen Deepfakes, sondern auch vor dessen Herstellung und dessen Verwendung. Denn das Recht am eigenen Bild umfasst „eine Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Gestattung von Anfertigung und Verwendung von Fotografien und ähnlichen bildlichen Aufzeichnungen seiner Person durch andere“.²⁰

Entsprechendes gilt für Deepfakes, bei denen einer Person Worte in den Mund gelegt werden, die sie nicht gesagt hat. Das Recht am eigenen Wort schützt insoweit vor Falschzitatzen.²¹

b) Täuschungsaspekt

Bei täuschend echten Deepfakes kommt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts hinsichtlich der Täuschung über die dargestellte Person hinzu. Das Persönlichkeitsrecht schützt insoweit herkömmlich vor der Behauptung unwahrer Tatsachen, die das Bild von einer Person in der Öffentlichkeit negativ beeinflussen können.²² Auch ein personenbezoge-

¹⁷ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 15), Art. 2 Abs. 1 Rn. 193; BVerfGE 101, 361, 381.

¹⁸ BVerfGE 101, 361, 381.

¹⁹ Vgl. BVerfG NJW 2005, 3271, 3272; *Klass* ZUM 2025, 485, 487; *Rößling* ZfDR 2024, 187, 194; *Lennartz* NJW 2023, 3543, 3544 Rn. 7; *Heckmann/Paschke* in Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der BRD im europäischen Staatenverbund*, 2. Aufl. 2022, § 121 Rn. 74 f.; *Lantwin* MMR 2019, 574, 576.

²⁰ *Di Fabio* (Fn. 15), Art. 2 Abs. 1 Rn. 193. Zu eng daher *Evers* Kriminalistik 2025, 440, 443.

²¹ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 15), Art. 2 Abs. 1 Rn. 199; BVerfGE 54, 148, 155; 54, 208, 217.

²² Vgl. *Di Fabio* (Fn. 15), Art. 2 Abs. 1 Rn. 170; BVerfGE 99, 185, 193.

ner Deepfake, in dessen Herstellung und Verwendung die dargestellte Person nicht eingewilligt hat, verletzt deren Persönlichkeitsrecht hinsichtlich des Selbstdarstellungsschutzes. Denn er scheint ein Verhalten oder einen Zustand dieser Person täuschend echt zu dokumentieren. Diese hat es nicht mehr in der Hand, wie sie gegenüber anderen erscheint.

2. Recht auf sexuelle Selbstbestimmung

Der Unrechtsgehalt wird vertieft, wenn weitere Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts verletzt sind. Im Hinblick auf die praktisch bedeutsamen sexualisierenden Deepfakes liegt neben der Verletzung des Persönlichkeitsrechts als Selbstdarstellungsschutz eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts vor.²³ Sexualisierend sind Deepfakes, wenn eine Person sexualbezogen dargestellt wird, insbesondere wenn sie nackt oder bei sexuellen Handlungen gezeigt wird, ihre Genitalien dargestellt werden oder sie wie bei sog. Deepnudes „entkleidet“ wird.

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wird nicht nur verletzt, wenn sexuelle Handlungen an einer Person gegen oder ohne ihren Willen vorgenommen werden, sondern auch dann, wenn Informationen über ihre Sexualität preisgegeben werden. Denn es gehört zu den Entfaltungsbedingungen der Sexualität, dass jede Person selbst darüber befinden kann, „ob, in welcher Form und wem Einblick in die Intimsphäre und das eigene Geschlechtsleben gewährt wird“, u.a. weil dies zu abwertenden Reaktionen Dritter führen kann, wobei „das Interesse, selbst darüber zu befinden, ob und wem Einblick in das Geschlechtsleben gewährt wird, verfassungsrechtlich schwer wiegt“.²⁴ Auch sexualbezogene Bilder von einer Person sind ein sexualbezogenes Faktum, denn sie enthalten (scheinbar) Informationen zu ihrer Sexualität oder sind selbst schon sexualisierte Zuschreibungen, etwa indem sie die dargestellte Person durch Herstellen, Verwenden oder Zugänglichmachen eines Deepfakes sexuell verobjektivieren und damit herabwürdigen. Insofern kommt jeder Person die Verfügungsbefugnis über Inhalte zu, die sie sexualbezogen wiedergeben oder wirklichkeitsnah darstellen; jede Person muss

²³ Ebenso *Blocher* KIR 2025, 225, 226; *Völmann* ZUM 2025, 493, 497.

²⁴ BVerfGE 138, 377, 387 Rn. 29 f., vgl. auch BVerfGE 101, 361, 382; 96, 56, 61; vgl. *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 399 f.

also selbst über deren Herstellung, Verwendung und Zugänglichmachen an Dritte entscheiden können.²⁵

Außerdem stellt ein sexualisierender Deepfake einen mittelbaren Übergriff auf den Körper der gezeigten Person dar.²⁶ Denn der Körper einer Person fungiert als deren Zeichen, wobei schon die bloße Erscheinung des Körpers in einem Abbild eine Zuschreibung zur Person erzeugt, wie Lennartz darlegt.²⁷ Ein Abbild steht also für die Person, weil sie nur körperlich mit einem bestimmten Aussehen existiert. Mittels einer Abbildung können deshalb einer Person auch machtvoll Bedeutungen zugeschrieben werden. Dies wird von Betroffenen bildbasierter sexualisierter Gewalt, also von unbefugten sexualbezogenen Bildaufnahmen und sexualisierenden Deepfakes,²⁸ auch so empfunden: Sie erleben die wirklichkeitsgetreue oder wirklichkeitsnahe bildvermittelte Sexualisierung oft wie einen sexuellen Übergriff, weil sie durch den nicht einvernehmlichen bildvermittelten Zugriff auf ihren Körper sexualisierend herabgewürdigt werden.²⁹

Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, warum bei sexualisierenden Deepfakes nicht der Täuschungsaspekt, sondern der Aspekt der Sexualisierung der dargestellten Person im Vordergrund steht.³⁰ Unabhängig davon, ob eine Bildaufnahme oder ein Bildinhalt als Deepfake vorliegt, und auch unabhängig davon, ob offengelegt wurde, dass es sich um einen Deepfake handelt, liegt bei fehlendem Einvernehmen eine unbefugte bildvermittelte Sexualisierung der dargestellten Person vor. Denn in allen diesen Fällen wird mittels eines Bildes unbefugt über den Körper der dargestellten Person in einem sexuellen Zusammenhang verfügt oder, anders ausgedrückt, ihre Verfügungsbefugnis über Inhalte, die sie sexualbezogen wiedergeben oder wirklichkeitsnah darstellen, verletzt.

²⁵ Vgl. Schmidt in Burghardt/Schmidt/Steinl (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung jenseits des Körperlichen, 2024, 181, 185 f.; Schmidt, Pornographie und sexuelle Selbstbestimmung, 2025, S. 193 ff.

²⁶ Zur nicht-körperlichen Dimension sexueller Selbstbestimmung vgl. Sanow, Die Strafbarkeit voyeuristischer Bildaufnahmen, 2025, S. 72 f.; Burghardt/Schmidt/Steinl JZ 2022, 502, 503 f.

²⁷ Vgl. Lennartz NJW 2023, 3543, 3544 Rn. 6.

²⁸ Unter der Bezeichnung bildbasierte sexualisierte Gewalt werden Phänomene wie Revenge Porn, Upskirting und auch sexualisierende Deepfakes gefasst. Ihnen ist gemeinsam, dass von einer anderen Person authentische oder täuschend echte sexualbezogene Bild- oder Videoaufnahmen angefertigt und verwendet werden, ohne dass diese Person eingewilligt hat. Vgl. Henry et al., Image-based sexual Abuse, 2021, S. 4 f. Wörner/Gmelin RIDP 95 (2024), 367, 370 ff. sprechen von Data-based sexual Abuse. Allerdings kommt es doch auf die Bildhaftigkeit (nicht: Bildaufnahme) an, da diese einen mittelbaren Übergriff auf den Körper darstellt.

²⁹ Vgl. u.a. Henry et al. (Fn. 28), S. 5 f.

³⁰ Vgl. Härtlein KriPoZ 2025, 387, 394.

Hinzu kann eine Verletzung des Rechts auf Nichtdiskriminierung nach Art. 3 GG kommen, wenn die Sexualisierung die betroffene Person aufgrund des Geschlechts verobjektiviert.³¹ Dies dürfte auf Frauen sexualisierende Deepfakes regelmäßig zutreffen.

3. Weitere Rechtsverletzungen

Weitere Vertiefungen des Unrechts können das Persönlichkeitsrecht als Ehre betreffen, wenn sie herabwürdigend sind, das Vermögen, wenn sie zur Begehung eines Vermögensdelikts verwendet werden, oder etwa das chancengleich zu gewährleistende passive Wahlrecht, wenn sie der Diskreditierung von Kandidat*innen für politische Ämter dienen.

B. Strafwürdigkeit

I. Persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes generell

Der Gesetzentwurf des Bundesrates hat zum Ziel, das Persönlichkeitsrecht vor der Verbreitung manipulierter, nur scheinbar authentischer Inhalte zu schützen,³² obwohl dieses auch die Anfertigung und Verwendung von Bildern einer Person umfasst. Es ist unklar, warum der Gesetzentwurf insoweit von einer Kriminalisierung absieht. Jedenfalls aber ist das Zugänglichmachen persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes strafwürdig. Denn sie verletzen das Recht am eigenen Bild oder Wort einer anderen Person, indem sie eine schwer zu entlarvende Lüge über sie in Form einer scheinbar authentischen Dokumentation von Tatsachen in Umlauf bringen. Denn dann können Dritte, die den Herstellungsprozess nicht kennen, über die dargestellte Person getäuscht werden. Hinzu kommt die Gefährlichkeit des Zugänglichmachens, weil die Digitalisierung die (weitere) Verbreitung erheblich vereinfacht hat und es sich nicht gewährleisten lässt, dass unbefugt im Netz zugänglich gemachte Inhalte endgültig und überall gelöscht werden.

Gegen diese Argumentation wird eingewendet, dass die reine Anknüpfung an die Täuschung den Tatbestand zu extensiv fasst und eine Strafbarkeit zusätzlich inhaltliche Kriterien wie einen Sexualbezug oder

³¹ Vgl. *Völzmann* ZUM 2025, 493, 497; *Burghardt/Schmidt/Steinl* JZ 2022, 502, 504; *Valentiner* (Fn. 24), S. 379 f.

³² Vgl. BR-Drs. 21/1383, S. 13.

Zusammenhang mit Wahlen oder Abstimmungen aufgreifen müsste.³³ Dafür könnte auch die gesetzgeberische Wertung in §§ 186 f. StGB sprechen, wonach die Kundgabe einer Lüge über eine Person nur dann strafbar ist, wenn diese auch ehrenrührig oder kreditgefährdend ist. Im Gegensatz zu einer nach §§ 186 f. StGB strafbaren ehrenrührigen Falschbehauptung über eine Person wird bei einem Deepfake aber nicht deutlich, dass es sich um eine Behauptung einer Person über eine andere handelt. Es wird vielmehr eine scheinbare Dokumentation einer Tatsache über eine Person geschaffen oder genutzt. Damit kommt es für die Strafwürdigkeit des Zugänglichmachens eines persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes nicht darauf an, ob der Deepfake seinem Gegenstand nach weitere Rechtsgüter verletzt oder gefährdet, also bspw. ehrverletzend ist oder geeignet ist, eine Wahl zu manipulieren. Zudem geht es um den Schutz der Grundlagen der freien Kommunikation, denn die mit Deepfakes verbundene „Unmöglichkeit, Wahrheit oder Fälschung zu unterscheiden, erschüttert die gesellschaftliche Bildung von Vertrauen“.³⁴ Zuzugeben ist, dass das Unrecht im Einzelfall gering sein kann. Dem ließe sich aber durch eine niedrige Strafdrohung gerecht werden. So kommt angelehnt an § 33 KUG eine Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe in Betracht.³⁵

II. Sexualisierende Deepfakes

1. Schwerwiegende Rechtsverletzung

Nicht einvernehmliche sexualisierende Deepfakes verletzen das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person als Verfügungsbefugnis über Inhalte, die sie sexualbezogen wiedergeben oder wirklichkeitsnah darstellen, nicht nur durch das Zugänglichmachen, sondern auch durch das Herstellen und Verwenden schwerwiegend. Denn die wirklichkeitsgetreu oder wirklichkeitsnah gezeigte Person muss in Bezug auf ihre Sexualität selbst darüber entscheiden können, ob, wie und wer sie sexualbezogen darstellt, wer über diese Inhalte verfügt und wer sie welchen Dritten zugänglich macht. Die Schwere der Rechtsverletzung resultiert zum einen daraus, dass Sexualität ein höchstpersönlicher Lebensbereich ist, über den eine Person selbst bestimmen können muss. Zum anderen

³³ Vgl. *Valerius CyberStR* 2025, 1, 5 f.

³⁴ *Blocher KIR* 2025, 225, 226.

³⁵ Vgl. zur Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes auch *Woerlein MMR*-aktuell 2024, 01624 unter IV.2.

gründet sie darauf, dass Personen in Bezug auf ihre Sexualität besonders verletzlich sein können, insbesondere wenn sie traditionell sexuell verobjektiviert, also sexualisiert herabgewürdigt werden. Schon das Herstellen und Verwenden eines sexualisierenden Deepfakes stellt dann typischerweise eine sexualisierte Herabwürdigung der Person dar. Für eine umfassende Strafbarkeit des Herstellens, Verwendens und Zugänglichmachens spricht auch die gesetzgeberische Wertung in §§ 184k I, 201a I Nr. 1, 4, 5 StGB, der diese Verhaltensweisen als Herstellen, Gebrauchen und Zugänglichmachen unter anderem von bestimmten sexualbezogenen authentischen Bildaufnahmen kriminalisiert.

Diese Überlegungen werden auch durch die typischerweise erheblichen Folgen für die Betroffenen bestätigt. Empirische Daten zeigen, dass sich bildbasierte sexualisierte Gewalt häufig auf die gesamte Lebensführung der Betroffenen auswirkt. Teils isolieren sie sich aufgrund des Vertrauensbruchs sozial. Häufig leiden sie – zu Recht – unter der Angst, dass solche Inhalte nie gänzlich aus dem Netz gelöscht werden können und dass Freunde, Bekannte, Arbeitgeber oder Kollegen diese Bilder sehen könnten.³⁶ Oft kommt es zu sozialer Isolation von außen, vor allem durch „Slutshaming“ und „Victimblaming“.³⁷ Hinzu kommen psychische Folgen, wie das Entwickeln eines Suchtverhaltens, von Ängsten, einer Depression, Suizidalität oder einer posttraumatischen Belastungsstörung.³⁸

Diese spezifische Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes beruht auf der mit einer Sexualisierung typischerweise verbundenen Herabwürdigung der dargestellten Person. Der Täuschungsaspekt tritt in den Hintergrund. Es kann deshalb für die Strafwürdigkeit nicht darauf ankommen, ob offengelegt wurde, dass es sich um einen Deepfake handelt. Es ist auch nicht relevant, ob der Deepfake täuschend echt ist; eine wirklichkeitsnahe Darstellung, die etwa durch Photoshop, also nicht mit KI, erzeugt wurde, genügt.

³⁶ Vgl. zum Ganzen *Henry et al.* (Fn. 28), S. 53 ff.

³⁷ Vgl. *Martin* in Powell/Flynn/Sugiura (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of Gendered Violence and Technology*, 2021, 62; *Meehan* in Powell/Flynn/Sugiura (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of Gendered Violence and Technology*, 2021, 285 ff.; *Ayyub*, In India, Journalists Face Slut-Shaming and Rape Threats, *New York Times* v. 22.5.2018, <https://perma.cc/A7WR-PF6L> (zuletzt abgerufen am 27.11.2025).

³⁸ Vgl. *Bates* *Feminist Criminology* 12 (2017), 22, 30 ff.

2. Europarechtliche Sanktionierungsvorgaben

a) RL (EU) 2024/1385

Die europarechtlichen Kriminalisierungsvorgaben betreffen sexualisierende Deepfakes. Nach Art. 5 I lit. b) der RL (EU) 2024/1385 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt ist unter anderem durch die Mitgliedstaaten zu kriminalisieren die

„Manipulation oder Veränderung von Bildern, Videos oder vergleichbarem Material, die den Anschein erwecken, dass eine Person eindeutig sexuelle Handlungen vornimmt, und deren anschließende Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit mittels IKT, ohne Einverständnis der betreffenden Person, sofern diese Handlungen wahrscheinlich dazu führen, dass der genannten Person schwerer Schaden zugefügt wird“.

Die Formulierung legt nahe, dass das Herstellen von Deepfakes jedenfalls dann zu bestrafen ist, wenn sie anschließend öffentlich zugänglich gemacht werden; implizit liegt dieses Verständnis auch EG 19 der Richtlinie zugrunde.

Des Weiteren setzt die Richtlinie voraus, dass das Herstellen und Zugänglichmachen wahrscheinlich zu einem schweren Schaden für die dargestellte Person führen muss. Diese Voraussetzung wird dem Unrechtscharakter persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfakes nicht gerecht, denn dieses besteht wesentlich in der Verletzung der Verfügungsbefugnis einer Person über Inhalte, die sie sexualbezogen darstellen, die im häufigen Falle einer sexuellen Verobjektivierung auch diskriminierend ist. Der Schaden ist also typischerweise schwerwiegend.

Nach EG 18 der Richtlinie handelt es sich um Mindestvorgaben für die Kriminalisierung in den Mitgliedstaaten, die strengere Regelungen einführen können.

b) Istanbul-Konvention

Dem Expertengremium zur Überwachung der Istanbul-Konvention GREVIO zufolge ist bildbasierte sexuelle Gewalt eine Form sexueller Belästigung i.S.v. Art. 40 IK.³⁹ Nach Art. 40 IK hat dieses Verhalten strafrecht-

³⁹ GREVIO, General Recommendation No. 1 on the digital dimension of violence against women, adopted on 20 October 2021, Nr. 38.

lichen oder sonstigen rechtlichen Sanktionen zu unterliegen. Auch diese Vorgaben stellen Mindestanforderungen an die Sanktionierung dar.

C. Geltendes Strafrecht

Persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes werden strafrechtlich bislang nicht als solche adressiert. Ihr Herstellen, Verwenden und Zugänglichmachen kann allerdings schon jetzt von einigen Straftatbeständen erfasst sein.

I. Herstellen eines Deepfakes

Das Herstellen eines personenbezogenen Deepfakes, also die Manipulation von Bild- oder Tonmaterial ist nur unter engen Voraussetzungen strafbar.

1. §§ 201a, 184k StGB

Für Bildaufnahmen, die den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen, gilt § 201a StGB. Der höchstpersönliche Lebensbereich umfasst die Intimsphäre, also insbesondere die Lebensbereiche Sexualität, Krankheit und Tod.⁴⁰ Verboten ist unter anderem das unbefugte Herstellen einer Bildaufnahme, die den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wobei sie eine Person in einem gegen Einblicke geschützten Raum wiedergibt oder sie in einer Situation der Hilflosigkeit zur Schau stellt (§ 201a I Nr. 1 und 2 StGB).

Einer Anwendung des § 201a I StGB steht die Wortlautgrenze der Auslegung nach Art. 103 II GG entgegen: Das Manipulieren einer Bildaufnahme ist nicht das Herstellen einer Bildaufnahme, denn eine „Bildaufnahme“ kann nur das Herstellen eines Originalbildes mittels Aufnahme sein.⁴¹

Zwar kann die Manipulation das Gebrauchen einer Bildaufnahme i.S.d. § 201a I Nr. 4 StGB darstellen, allerdings müsste eine „durch eine Tat nach den Nummern 1 bis 3 hergestellte Bildaufnahme“ gebraucht werden. Es dürften aber typischerweise Originalaufnahmen verwendet werden, die nicht unbefugt hergestellt wurden und zudem nicht den

⁴⁰ BT-Drs. 15/1891, S. 7; 15/2466, S. 5.

⁴¹ Ebenso *Rückert et al.* NSW 2025, 315, 320; *Valerius CyberStR* 2025, 1, 2; *Sanow* (Fn. 26), S. 201; *Greif*, Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen, 2022, S. 232; *Lantwin MMR* 2020, 78, 79; vgl. auch BGH BeckRS 2024, 8894 Rn. 28; *Eisele*, in *Tübinger Kommentar StGB*, 31. Aufl. 2025, § 201a Rn. 6.

höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen, so dass auch § 201a I Nr. 4 StGB nicht greift.⁴²

Das Gleiche gilt für die Herstellungsverbote in §§ 201a III Nr. 1, 184k I Nr. 1 StGB, bei denen ebenfalls die Formulierung des Herstellens einer Bildaufnahme verwendet wird.

2. §§ 184a, 184b, 184c StGB

Sexualisierende Deepfakes können kinder- und jugendpornographisch sein, wenn sie eine minderjährige Person täuschend echt wiederzugeben scheinen. Die absoluten Herstellungsverbote gem. §§ 184b I 1 Nr. 3; 184c I Nr. 3 StGB gelten aber nicht, da sie nur die Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens erfassen.

Allerdings kann das Verbot der Herstellung zum Zwecke des Verbreitens oder des Zugänglichmachens an Dritte greifen, §§ 184b I 1 Nr. 4, 184c I Nr. 4 StGB. Dies gilt auch für gewaltpornographische Inhalte gem. § 184a 1. Alt. Nr. 2 StGB. Denn die Herstellungsverbote zum Zwecke des Verbreitens oder öffentlich Zugänglichmachens gelten unabhängig davon, ob der Inhalt real, wirklichkeitsnah oder fiktiv ist.⁴³

3. § 42 II Nr. 1 StGB

Die Manipulation von Originalbildaufnahmen zu Deepfakes kann als unbefugte Datenverarbeitung gem. § 42 II Nr. 1 BDSG strafbar sein, wenn sie gegen Entgelt erfolgt oder die Absicht vorliegt, sich oder Dritte zu bereichern oder eine andere Person zu schädigen. Es ist jedoch umstritten, ob die Norm für jede Person gilt oder sich die Strafbarkeit auf die in § 1 BDSG benannten Stellen beschränkt.⁴⁴ Zudem gilt die Norm nur für nicht öffentlich zugängliche Daten, also nicht wenn Originalaufnahmen verwendet wurden, die etwa auf Social Media verfügbar sind.⁴⁵

4. § 106 I UrhG

Beim Vervielfältigen der Originalaufnahme kann § 106 I UrhG (ggf. i.V.m. § 108 I Nr. 3 oder 7 UrhG) greifen. Eine Strafbarkeit entfällt jedoch wegen

⁴² Ebenso *Sanow* (Fn. 26), S. 201 f.; *Greif* (Fn. 41), S. 232 f.

⁴³ Vgl. *Greif* (Fn. 41), S. 233; *Meinicke* DSRITB 2020, 981, 987 f.; *TK/StGB-Eisele* (Fn. 41), § 184b Rn. 20.

⁴⁴ Vgl. nur *Brodowski*, in *BeckOK Datenschutzrecht*, 55. Ed. 1.2.2026, § 42 BDSG Rn. 15 (Sonderdelikt) und *Bieber*, in *BeckOK StGB*, 68. Ed. 1.2.2026, § 42 BDSG Rn. 4 f. (Jedermann delikt).

⁴⁵ Vgl. *Greif* (Fn. 41), S. 211, 234; *Lantwin* MMR 2020, 78, 80.

§ 53 I UrhG, wenn die Kopie zum privaten Gebrauch erfolgt und weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dient.⁴⁶

II. Gebrauchen und Zugänglichmachen an einzelne Dritte

1. §§ 184k, 201a StGB

Die Verbote des Gebrauchs, Übertragens und Zugänglichmachens von Bildaufnahmen an einzelne Dritte in den §§ 184k I Nr. 1 bis 3, 201a I Nr. 1 bis 5, II, III StGB beziehen sich ebenfalls auf Bildaufnahmen, also auf aufgenommene Bilder und nicht auf manipulierte Bildaufnahmen, also Deepfakes.⁴⁷

2. §§ 184a, 184b, 184c StGB

Allerdings greifen die Verbote in Bezug auf wirklichkeitsnahe kinder- und jugendpornographische Inhalte in §§ 184b, 184c StGB. Denn Deepfakes sind wirklichkeitsnahe Inhalte, da sie ein wirkliches Geschehen zu dokumentieren scheinen.⁴⁸ Damit stehen gem. §§ 184b I 1 Nr. 2, III; 184c I Nr. 2, III StGB das Besitzverschaffen und das Zugänglichmachen an Dritte sowie die Eigenbesitzverschaffung und der Abruf von sexualisierenden Deepfakes unter Strafe, wenn sie Kinder oder Jugendliche sexualisierend wiederzugeben scheinen. Entsprechende Verbote in Bezug auf wirklichkeitsnahe gewaltpornographische Inhalte gibt es in § 184a StGB nicht.

3. §§ 185 ff. StGB

Sobald ein persönlichkeitsrechtsverletzender Deepfake Dritten zugänglich gemacht wird, ist auch eine Anwendung der Ehrdelikte zu erwägen. Das Zugänglichmachen eines Deepfakes könnte unter §§ 186 f. StGB fallen, wenn der Deepfake als scheinbare Abbildung einer Tatsache geeignet ist, die dargestellte Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Allerdings fehlt es beim bloßen Zugänglichmachen eines Deepfakes an der Kundgabe einer eine andere

⁴⁶ Vgl. *Greif* (Fn. 41), S. 235.

⁴⁷ Ebenso für § 201a II StGB *Rückert et al.* NSW 2025, 315, 320 f.; *Elsner/Meinen/Rückert* KriPoZ 2025, 269, 274; anders *Sanow* (Fn. 26), S. 202; *Blocher* KIR 2025, 225, 228; *Evers* Kriminalistik 2025, 440, 447; *Meinicke* DSRTB 2020, 981, 986 f.; *Kumkar/Rapp* ZfDR 2022, 199, 209; *Lantwin* MMR 2020, 78, 79; *Thiel* ZRP 2021, 202, 204.

⁴⁸ Vgl. u.a. *Schmidt*, in *Münchener Kommentar StGB*, 5. Aufl. 2025, § 184b Rn. 17, 35; *Blocher* KIR 2025, 225, 227; *Lantwin* MMR 2020, 78, 80.

Person betreffenden Tatsache, es wird lediglich eine kompromittierende Sachlage geschaffen. §§ 186 f. StGB greifen damit nicht.⁴⁹

Das Zugänglichmachen eines Deepfakes, der eine persönlichkeitsrechtsverletzende Aussage über die scheinbar wiedergegebene Person enthält, kann aber eine Beleidigung darstellen. Denn je nach den Umständen des Einzelfalles kann damit konkludent eine abwertende Äußerung über die dargestellte Person kundgegeben werden.

4. § 42 I Nr. 1 BDSG

Das unbefugte Zugänglichmachen eines persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes kann nach § 42 I Nr. 1 BDSG bestraft werden, wobei auch hier umstritten ist, ob die Norm nur für die in § 1 BDSG benannten Stellen gilt.

III. Verbreiten und öffentliches Zugänglichmachen des Deepfakes

1. §§ 33 i. V. m. 22 f. KUG

Der allgemeine Schutz des Rechts am eigenen Bild wird gem. §§ 33 i. V. m. 22 f. KUG unabhängig davon gewährleistet, ob ein Inhalt ehrverletzend ist oder den höchstpersönlichen Lebensbereich betrifft. Vorausgesetzt ist lediglich, dass es sich um ein Bildnis einer Person handelt, das unbefugt verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird. Ein Deepfake ist unstreitig ein Bildnis, wenn er eine Person erkennbar abzubilden scheint. Auf den Herstellungsprozess oder die Art der Darstellung kommt es nicht an.⁵⁰

2. §§ 184a, 184b, 184c StGB

Das Verbreiten und öffentliche Zugänglichmachen von gewalt-, kinder- und jugendpornographischen Deepfakes steht zudem nach §§ 184a 1. Alt. Nr. 1, 184b I 1 Nr. 1; 184c I Nr. 1 StGB unter Strafe.

⁴⁹ Vgl. allgemein *Zaczyk*, in *Nomos Kommentar StGB*, 5. Aufl. 2017, vor §§ 185 ff. Rn. 21; *Eisele/Schittenhelm*, in *Tübinger Kommentar StGB*, 31. Aufl. 2025, § 186 Rn. 7; BGH NSTz 1984, 216. Ebenso für Deepfakes *Sanow* (Fn. 26), S. 202 f.; anders *Rückert et al.* NSW 2025, 315, 318 f.; *Evers Kriminalistik* 2025, 440, 447; *Greif* (Fn. 41), S. 237; *Kumkar/Rapp ZfDR* 2022, 199, 208; *Meinicke DSRITB* 2020, 981, 989 f.

⁵⁰ Vgl. u.a. *Rückert et al.* NSW 2025, 315, 321 f.; *Gomille ZUM* 2025, 500, 503; *Specht-Riemenschneider*, in *Dreier/Schulze UrhG*, 8. Aufl. 2025, § 22 Rn. 1; *Engels*, in *BeckOK Urheberrecht*, 49. Ed. 1.3.2026, § 22 KUG Rn. 20; *Greif* (Fn. 41), S. 238.

3. § 106 I UrhG

Das Verbreiten oder öffentliche Wiedergeben kann zudem unter § 106 I UrhG (ggf. i.V.m. § 108 I 1 Nr. 3 oder 7 UrhG) fallen. Eine Strafbarkeit entfällt jedoch wegen § 53 I UrhG, wenn die Kopie zum privaten Gebrauch erfolgt und weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dient.

IV. Fazit

Persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes werden bislang nicht als solche strafrechtlich adressiert. Es können lediglich eher zufällig allgemeine Regelungen des Urheberrechts, des Datenschutzrechts und des Pornographiestrafrechts greifen.

D. Gesetzentwurf des Bundesrates

I. Inhalt des Entwurfs

Der Gesetzentwurf des Bundesrates sieht vor, in den 15. Abschnitt des Besonderen Teils einen § 201b StGB einzuführen mit der Benennung „Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch digitale Fälschung“.⁵¹

Nach Abs. 1 soll bestraft werden,

„[w]er das Persönlichkeitsrecht einer anderen Person verletzt, indem er einen mit computertechnischen Mitteln hergestellten oder veränderten Medieninhalt, der den Anschein einer wirklichkeitsgetreuen Bild- oder Tonaufnahme des äußeren Erscheinungsbilds, des Verhaltens oder mündlicher Äußerungen dieser Person erweckt, einer dritten Person zugänglich macht“.

Der Strafraum beträgt Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahre oder Geldstrafe. Satz 2 erweitert die Geltung von Satz 1 auf die Darstellung einer verstorbenen Person.

Eine qualifizierte Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe soll nach Absatz 2 greifen, wenn der Medieninhalt der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird oder wenn ein Medieninhalt einzelnen Dritten zugänglich gemacht wird, der einen Vorgang des höchstpersönlichen Lebensbereichs zum Gegenstand hat. Davon sind vor allem sexuali-

⁵¹ BT-Drs. 21/1383, S. 7.

sierende Deepfakes erfasst, auch wenn der höchstpersönliche Lebensbereich ebenso wie in § 201a StGB auch die Bereiche Krankheit und Tod umfasst.⁵²

In Absatz 3 ist eine Sozialadäquanzklausel nach dem Vorbild der §§ 184k III, 201a IV StGB verankert.⁵³ Die Tatbestände entfallen demnach

„für Handlungen, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen, namentlich der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen“.

Absatz 4 sieht die Einziehung von Bild- und Tonträgern oder anderen technischen Mitteln, die bei der Tat verwendet wurden, vor.

Der Gesetzentwurf umreißt in seinen Erläuterungen zwar das Phänomen problematischer Deepfakes insgesamt, also etwa auch Gefahren für die demokratische Willensbildung.⁵⁴ Allerdings betrifft der Regelungsvorschlag in § 201b StGB-E nur die persönlichkeitsrechtsverletzende Dimension von Deepfakes.

II. Kritik

1. Verortung

Die Verortung im 15. Abschnitt bei der „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs“ ist für persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes grundsätzlich nachvollziehbar. Zwar lässt es der 15. Abschnitt durchaus an Kohärenz vermissen,⁵⁵ allerdings sind hier schon einige Verletzungen des Persönlichkeitsrechts geregelt: die Verletzung des Rechts am eigenen Wort innerhalb der Privatsphäre (§ 201 StGB), des Rechts am eigenen Bild bezogen auf den höchstpersönlichen Lebensbereich, also die Intimsphäre (§ 201a StGB), der Geheimsphäre als Aspekt der Privatsphäre (§§ 201, 202 f. StGB). Das Schutzgut der Datendelikte in den §§ 202a ff. StGB ist zwar unklar und umstritten,⁵⁶ es kann aber durchaus als Verfügungsberechtigung über Daten bestimmt werden, deren

⁵² Vgl. BT-Drs. 21/1383, S. 17.

⁵³ Vgl. BT-Drs. 21/1383, S. 17.

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 21/1383, S. 9 ff.

⁵⁵ Vgl. nur *Graf*, in Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2025, vor § 201 Rn. 7; TK/StGB-Eisele (Fn. 41), vor §§ 201 ff. Rn. 2.

⁵⁶ Vgl. nur MüKo/StGB-Graf (Fn. 55), vor § 202a Rn. 2.

Schutz jedenfalls bei persönlichen Daten auch vom Persönlichkeitsrecht erfasst ist.⁵⁷

Hinsichtlich sexualisierender Deepfakes, für die im zweiten Absatz eine Qualifikation vorgesehen ist, ist die Einordnung zweifelhaft. Zwar sind von § 201a StGB auch sexualbezogene Bildaufnahmen erfasst, allerdings sind persönlichkeitsrechtsverletzende sexualbezogene Inhalte auch im Sexualstrafrecht, in den §§ 184b I 1 Nr. 2, 3, III, 184c I 1 Nr. 2, 3, III und § 184k I StGB, geregelt.⁵⁸ Die Einordnung als Sexualstraftat liegt näher, weil sexualisierende Deepfakes das Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung schwerwiegend verletzt und der Täuschungsaspekt in den Hintergrund tritt. Der Referentenentwurf des BMJV sieht deshalb zutreffend vor, Bildinhalte, die eine andere Person unbefugt sexualbezogen abbilden, in einem grundlegend reformierten § 184k StGB zu kriminalisieren.⁵⁹

2. Grundtatbestand

Bestraft werden soll im Grundtatbestand nach Abs. 1 das Zugänglichmachen eines Deepfakes an Dritte, der den Anschein einer wirklichkeitstreuen Bild- oder Tonaufnahme des äußeren Erscheinungsbildes, des Verhaltens oder mündlicher Äußerungen dieser Person erweckt.

Der Entwurf wird als nicht notwendig kritisiert, weil er „Deepfakes zu pauschal als besonders gefährliche und manipulative Medieninhalte stigmatisiert“.⁶⁰ Dem kann nicht zugestimmt werden, denn er kriminalisiert spezifisch persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes aufgrund ihres Täuschungscharakters und stellt insofern keine pauschalisierende Sanktionierung von Deepfakes überhaupt dar. Zutreffend betrachtet der Gesetzentwurf allein diese Verfälschung des Persönlichkeitsbildes als strafwürdig, weil „eine unzutreffende Tatsachenbehauptung über die Realität des Betroffenen, sein äußeres Erscheinungsbild, sein Verhalten oder seine mündlichen Äußerungen aufgestellt wird“.⁶¹ Allerdings sollte der Strafrahmen in Anlehnung an §§ 33 i.V.m. 22 f. KUG eher Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe betragen.

⁵⁷ Vgl. TK/StGB-Eisele (Fn. 41), § 202a Rn. 1a.

⁵⁸ Vgl. zur Einordnung Schmidt, in Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2025, § 184b Rn. 1 ff.

⁵⁹ Vgl. BMJV (Fn. 2), S. 12.

⁶⁰ Woerlein MMR-aktuell 2024, 01624 unter IV.4.; vgl. auch Vassiliaki CR 2024, 701, 703.

⁶¹ BT-Drs. 21/1383, S. 13.

Der erste Halbsatz des Absatz 1 stellt auf eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Deepfake ab. Diese soll entfallen, wenn die Manipulation klar erkennbar oder die Herstellung klar erkennbar künstlich ist.⁶² Da für das Unrecht bei persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes grundsätzlich der Täuschungsaspekt maßgeblich ist, ist diese Einschränkung zwingend. Allerdings sollte sie ausdrücklich im Straftatbestand formuliert werden. Außerdem entfällt die Persönlichkeitsrechtsverletzung, wenn die dargestellte Person in das Zugänglichmachen eingewilligt hat. Dies sollte durch die in § 201a StGB schon etablierte Formulierung „unbefugt“ im Gesetzestext verdeutlicht werden.

Auch in anderer Hinsicht ist der Grundtatbestand ungenau formuliert. Die neue Formulierung „Medieninhalt“ wäre besser durch „Bild- und Toninhalt“ ersetzt worden. Der Begriff des Inhalts wurde durch das 60. StÄG v. 30.11.2020 in § 11 III StGB eingefügt, um auch unverkörpernte Inhalte zu erfassen, die mittels Informations- und Kommunikationstechnologie unabhängig von einer Speicherung erzeugt und übertragen werden können.⁶³ Auch Deepfakes sind Inhalte, die mittels Speichermedien verkörpert sein können, die digital aber auch unabhängig von einer Speicherung übertragen werden können. Es ist nicht ersichtlich, warum von dieser allgemeinen strafrechtlichen Begriffsbildung abgewichen werden sollte.

Kritisiert wird zudem die Formulierung „computertechnische Mittel“ hinsichtlich der Herstellung des Deepfakes, weil damit nicht nur KI-generierte Inhalte erfasst wären, sondern auch andere digitale Veränderungen, z.B. mittels Photoshop.⁶⁴ In der Begründung des Entwurfs heißt es, dass insbesondere „manuell erstellte Bildcollagen oder persönlich erzeugte Stimmimitationen“ tatbestandslos sind.⁶⁵ Um den Unrechtsgehalt digital täuschend authentischer Bild- und Toninhalte zu erfassen, ist der Bezug auf computertechnische Mittel angemessen, denn eine digitale Täuschung kann nicht nur mittels KI bewerkstelligt werden. Entscheidend ist, dass die Veränderung so erfolgt, dass über die Authentizität des Inhalts getäuscht wird. Dies stellt der Gesetzentwurf mit der Formulie-

⁶² Vgl. BT-Drs. 21/1383, S. 16.

⁶³ Vgl. BT-Drs. 19/19859, S. 24 f. und 26.

⁶⁴ Vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 75/2024, S. 4; *Valerius CyberStR* 2025, 1, 5; *Woerlein MMR-aktuell* 2024, 01624 unter IV.1.

⁶⁵ BT-Drs. 21/1383, S. 15.

rung „den Anschein einer wirklichkeitsgetreuen Bild- oder Tonaufnahme [...] erweckt“ sicher.

3. Qualifikation für das öffentliche Zugänglichmachen

Nach Absatz 2 1. Alternative soll mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bestraft werden, wer den Inhalt der Öffentlichkeit zugänglich macht. Das öffentliche Zugänglichmachen eines persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes kann höher bestraft werden als das bloße Zugänglichmachen, weil durch die Verbreitung die Gefahr der Wahrnehmung falscher Informationen über eine Person höher ist.

4. Zugänglichmachen sexualisierender Deepfakes als Qualifikation?

Der Strafraum von Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe soll auch gelten, wenn ein Deepfake, der den höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person betrifft, Dritten zugänglich gemacht wird. Davon wären persönlichkeitsrechtsverletzende sexualisierende Deepfakes erfasst.

Eine Kriminalisierung persönlichkeitsrechtsverletzender sexualisierender Deepfakes ist angesichts ihres Unrechtsgehalts zu begrüßen, allerdings tritt bei ihnen der Täuschungsaspekt hinter die herabwürdigende sexualisierende Zuschreibung zurück. Es ist deshalb sachwidrig, sie als Qualifikation zu persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes zu regeln. Sie sollten in einem eigenständigen Tatbestand kriminalisiert werden, wobei nicht nur das Zugänglichmachen, sondern auch das Herstellen und Verwenden unter Strafe zu stellen sind. Auch an dieser Stelle ist der Entwurf des BMJV vorzugswürdig, einen einheitlichen Straftatbestand zu unbefugten Bildinhalten zu schaffen, die eine andere Person sexualbezogen abbilden.⁶⁶ Begrüßenswert ist auch, wie dort vorgesehen, neben dem Zugänglichmachen an Dritte das Herstellen unter Strafe zu stellen. Darüber hinaus sollte jedoch der Gebrauch als Tathandlung einbezogen werden.⁶⁷

Weil der Täuschungsaspekt in den Hintergrund tritt, kann es für die Strafbarkeit sexualisierender Deepfakes auch nicht darauf ankommen,

⁶⁶ Vgl. Fn. 2.

⁶⁷ Vgl. zu einer ausführlicheren Kritik, *Schmidt*, Vorschlag zur Kriminalisierung sexualisierender Deepfakes als eine Form bildbasierter sexualisierter Gewalt, 2026, unter G. (<https://digitalrecht-oe.uni-trier.de/index.php/droe/catalog/book/15>).

ob offengelegt wurde, dass es sich um einen Deepfake handelt. Zudem kommt es für die herabwürdigende sexualisierende Zuschreibung nicht darauf an, dass der Inhalt im Detail täuschend echt wirkt, eine wirklichkeitsnahe Darstellung genügt.

5. Sozialadäquanzklausel

Ob es einer Sozialadäquanzklausel bedarf, ist schon für persönlichkeitsrechtsverletzende Deepfakes generell fraglich. Die Gesetzesbegründung betont dabei zutreffend, dass regelmäßig kein anerkanntes überwiegendes Interesse an der gefälschten Darstellung einer Person ohne deren Zustimmung und ohne Offenlegung der Fälschung besteht.⁶⁸ Zwar mag die allgemeine Handlungsfreiheit greifen, allerdings gibt es kein spezifisch verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Lüge, hinter das das Persönlichkeitsrecht der falsch dargestellten Person zurücktreten würde. Dies entspricht der Rechtsprechung des BVerfG zu unwahren Tatsachenbehauptungen, deren Verbreitung nicht von Art. 5 I und III GG geschützt ist, eben weil sie unwahr sind.⁶⁹

Insbesondere für sexualisierende Deepfakes ist nicht ersichtlich, unter welchen Umständen das Interesse einer Person, sie unbefugt herzustellen, zu verwenden oder zugänglich zu machen, das Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person überwiegen sollte. Die grundrechtlich geschützte Verfügungsbefugnis der Person über Bild- und Toninhalte, die sie sexualbezogen wiedergeben oder wirklichkeitsnah darstellen, ist in besonderer Weise schutzwürdig. Dies entspricht der Kritik an der inhaltsgleichen Sozialadäquanzklausel in § 184k III StGB in Bezug auf Upskirting/Downblousing als Formen bildbasierter sexualisierter Gewalt, die allgemein als entbehrlich betrachtet wird.⁷⁰

E. Fazit

Einfach herzustellende KI-generierte Deepfakes eröffnen einerseits neue Möglichkeiten etwa im Bereich der Wirtschaft und Bildung. Andererseits

⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 21/1383, S. 17 f., a.A. *Woerlein* MMR-aktuell 2024, 01624 unter IV.3.

⁶⁹ Vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 75/2024, S. 5 und u.a. BVerfGE 99, 185, 197; 61, 1, 8; *Grabenwarter*, in *Dürig/Herzog/Scholz GG*, 108. EL 8/2025, Art. 5 Abs. 1 Rn. 48 f.

⁷⁰ Vgl. etwa *Renzikowski*, in *Münchener Kommentar StGB*, 5. Aufl. 2025, § 184k Rn. 23; *TK/StGB-Eisele* (Fn. 41), § 184k Rn. 21; *Noltenius*, in *Systematischer Kommentar StGB*, 10. Aufl. 2024, § 184k Rn. 21; *Bosch*, in *SSW StGB*, 6. Aufl. 2024, § 184k Rn. 8; *Schumann*, in *Nomos Kommentar StGB*, 6. Aufl. 2023, § 184k Rn. 11; *Seidl/Wittschurky* NSTZ 2023, 392, 395.

gefährden sie unsere Kommunikation auf grundlegende Weise, unter anderem wenn sie das Persönlichkeitsrecht realer Personen verletzen. Der Gesetzentwurf des Bundesrates stellt einen ersten Versuch dar, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Deepfakes zu kriminalisieren, ist allerdings stark verbesserungsbedürftig. Die aus dem BMJV bekannt gewordenen Pläne, einen eigenständigen Straftatbestand im Sexualstrafrecht zu unbefugten Bildinhalten zu schaffen, die eine andere Person sexualbezogen abbilden, sind grundsätzlich zu begrüßen.

Richterbild „von oben“ oder „von unten“? – Kritische Überlegungen zur Befangenheit bei richterlicher Vorbefassung

Andreas Werkmeister, Kiel*

ABSTRACT

Geprägt durch reichsgerichtliche Entscheidungen ist das Richterbild des deutschen Strafprozesses „von oben“, d.h. vom Staat her entwickelt worden. Das führt in den Konstellationen der richterlichen Vorbefassung zu einem restriktiven Befangenheitsregime. Der Beitrag kritisiert dies auch in Anbetracht der neueren Rechtsprechung des EGMR und versucht ein Gegenmodell im Sinne eines vom Angeklagten her begründeten Richterbildes „von unten“ aufzuzeigen.

A. Einleitung

Um eingeschliffene, aber an sich problematische Strukturen im Recht aufzubrechen, braucht es oft einen Anlass von außen. Dies zeigt aktuell die Diskussion um die Befangenheit bei richterlicher Vorbefassung. Im Folgenden wird argumentiert, dass das bisher prägende Richterbild eine eingeschliffene, aber problematische Struktur darstellt und die Rechtsprechung des EGMR – insbesondere die im Jahr 2021 ergangene Entscheidung in der Rechtssache Meng¹ – den Anlass von außen bietet, diese Struktur aufzubrechen. Nach einem kurzen Überblick über das Problem der Befangenheit bei richterlicher Vorbefassung (B.), geht der Beitrag auf die historischen, theoretischen und empirischen Hintergründe des Problems (C.) sowie das der h.M. zugrunde liegende, hier sog. Richterbild

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Kontakt: awerkmeister@law.uni-kiel.de.

¹ EGMR NJW 2021, 2947.



„von oben“ ein. Im Anschluss wird die genannte Entscheidung des EGMR sowie ihre (defizitäre) Rezeption dargestellt (D.). Im letzten Schritt wird versucht, ein Gegenmodell auf Grundlage eines Richterbilds „von unten“ zu entwerfen und einige Schlussfolgerungen für das Problem der richterlichen Vorbefassung zu ziehen (E.).

B. Überblick

I. Phänomenologie

Im deutschen Strafprozess kann es in verschiedenen, im Folgenden nur exemplarisch aufgeführten,² Konstellationen vorkommen, dass sich der Angeklagte mit erkennenden Richtern konfrontiert sieht, die bereits Entscheidungen zum selben Sachverhalt getroffen haben. Dies ist zum Teil explizit im Gesetz vorgesehen. Klassisches Beispiel hierfür ist der Eröffnungsbeschluss.³ Über die Zulassung der Anklage entscheidet gem. § 199 StPO das „für die Hauptverhandlung zuständige Gericht“, womit das jeweilige Tatgericht bezeichnet ist.⁴ Dieses hat mithin im Fall der Zulassung der Anklage vor der Sachentscheidung bereits einen hinreichenden Tatverdacht (§ 203 StPO) angenommen, also die Verurteilung nach Sichtung der Verfahrensakten für wahrscheinlicher gehalten als den Freispruch⁵. Auch für den Erlass des Haftbefehls⁶ ist gem. § 125 II StPO nach Erhebung der Anklage das erkennende Gericht selbst zuständig,⁷ wobei dieses einen dringenden Tatverdacht, also die große Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte die jeweilige Straftat begangen hat, annehmen muss.⁸ In anderen Konstellationen ist die Vorbefassung zwar nicht explizit gesetzlich vorgegeben, sie kann sich aber in Verbindung mit dem Geschäftsverteilungsplan aus dem gesetzlich vorgesehenen Verfahrensablauf ergeben. Zu erwähnen ist hier zunächst der – auch der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Meng zugrunde liegende – Fall,

² Vgl. die Übersicht bei *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 17. Aufl. 2025, § 4 Rn. 116.

³ S. dazu BVerfGE 30, 149, 155.

⁴ Unter Einbeziehung aller Berufsrichter, aber ohne Mitwirkung etwaiger Schöffen (vgl. §§ 30 II, 76 I 2 GVG), dazu etwa *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 18 Rn. 547.

⁵ Vgl. für die h.M. BGHSt 54, 275, 281; *Schneider*, in *Karlsruher Kommentar StPO*, 9. Aufl. 2023, § 203 Rn. 4; *Schmitt*, in *Schmitt/Köhler StPO*, 68. Aufl. 2025, § 203 Rn. 2; *Wenske*, in *Münchener Kommentar StPO*, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 203 Rn. 13. Krit. aber *Eisenberg* JZ 2011, 672, 673 f.; enger daher etwa *Stuckenberg*, in *Löwe/Rosenberg StPO*, Bd. 5/2, 27. Aufl. 2018, § 203 Rn. 14 sowie noch enger *Paeffgen*, in *Systematischer Kommentar StPO*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 203 Rn. 11.

⁶ Zu dieser Konstellation bereits RGSt 61, 415; BGHSt 9, 233.

⁷ *Böhm*, in *Münchener Kommentar StPO*, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 125 Rn. 3.

⁸ Dazu statt vieler *Krauß*, in *BeckOnline Kommentar StPO*, 57. Ed. 1.10.2025, § 112 Rn. 9.

dass mehrere Personen derselben Tat verdächtigt werden, der eine Beteiligte – wegen einer von vorneherein getrennten Verfahrensführung oder einer späteren Verfahrenstrennung – aber vorab und der andere später abgeurteilt wird.⁹ Ist nach dem Geschäftsverteilungsplan zumindest ein Richter sowohl für das erste als auch das zweite Urteil zuständig, sieht sich der zweite Angeklagte einem Richter gegenüber, der sich über die Tat in Bezug auf den ersten Angeklagten bereits eine Überzeugung i.S.v. § 261 StPO¹⁰ gebildet hat. Hinzuweisen ist außerdem auf den Fall, dass ein erkennender Richter nach Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung im Rahmen der Revision (§ 354 II StPO) – nach nunmehr geänderter Geschäftsverteilung – erneut über dieselbe Sache als Tatrichter zu entscheiden hat, weil er nunmehr der „anderen Kammer“ desselben Landgerichts angehört, welche für die aufgehobene Entscheidung zuständig ist.¹¹

II. Zum status quo: Ausschließung kraft Gesetzes, §§ 22, 23 StPO, Besorgnis der Befangenheit, § 24 StPO

Die h.M. nimmt in diesen Konstellationen der richterlichen Vorbefassung regelmäßig keine Befangenheit i.S.d. §§ 22 ff. StPO an, und zwar – bislang vom BVerfG unbeanstandet – unabhängig davon, ob die Entscheidungszuständigkeit vorbefasster Richter – wie bei den Zwischenentscheidungen bzgl. des Eröffnungsbeschlusses und der Untersuchungshaft – schon explizit gesetzlich angeordnet ist oder nicht.¹² Maßgeblich ist die Systematik der §§ 22 ff. StPO. Die richterliche Vorbefassung ist für sich genommen *kein* allgemeiner Grund, die vorbefassten Richter *kraft Gesetzes* auszuschließen. Vielmehr ist ein solcher Ausschluss im Gesetz nur für spezielle Verfahrenskonstellationen richterlicher Vorbefassung vorgesehen: für den Richter, der für Überwachungsmaßnahmen nach § 148a II StPO zuständig war, sowie für den Rechtsmittelrichter (§ 23 I StPO) und für den Wiederaufnahmerichter (§ 23 II StPO), der zuvor als Tatrichter über die jeweilige Sache entschieden hat. Ergänzend kann

⁹ S. u.a. BGHSt 50, 216; BGH StV 2019, 152; EGMR NJW 2021, 2947.

¹⁰ Bartel, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 261 Rn. 62.

¹¹ Klassischer Fall aus BGHSt 21, 142.

¹² In der Rspr. prägend BGHSt 21, 142, 144 ff.; anknüpfend u.a. BGHSt 50, 216, 220; aus der Lit. dem folgend bspw. Schmitt/Köhler-Schmitt (Fn. 5), § 24 Rn. 12 ff.; Heil, in Karlsruher Kommentar StPO, 9. Aufl. 2023, § 24 Rn. 15; Bosbach, in Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 24 Rn. 13; grundsätzlich auch Rotsch, in Nomos Kommentar StPO, 1. Aufl. 2025, § 24 Rn. 32; zustimmend neuerdings ebenso Kulhanek NStZ 2024, 577, 580 ff.; vgl. zudem die Nachw. in Fn. 15.

noch der Fall des *nicht-richterlich* vorbefassten Richters genannt werden, der in derselben Sache zuvor als Staatsanwalt, Polizeibeamter, Opferanwalt oder Verteidiger tätig war (§ 22 Nr. 4 StPO) bzw. als Zeuge oder Sachverständiger (§ 22 Nr. 5 StPO) vernommen wurde. Die h.M. begreift diesen Katalog der Ausschlussgründe bei Vorbefassung nicht nur als abschließend, so dass (mangels planwidriger Regelungslücke) eine Analogie ausscheidet,¹³ sondern auch als eng auszulegenden Ausnahmetatbestand.¹⁴ Dies habe dann zugleich Folgen für die Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 24 II StPO. Da das Gesetz nur in ausgewählten Fällen der richterlichen Vorbefassung einen Ausschluss anordne, in anderen aber „sehenden Auges“ nicht, könne die Vorbefassung in diesen anderen Fällen grundsätzlich keinen Grund darstellen, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des jeweiligen Richters zu rechtfertigen.¹⁵ Gelegentlich spricht man von einer (widerleglichen) Vermutung der Unbefangenheit.¹⁶ Es wird unterstellt, dass sich ein Richter an eigene Vorentscheidungen „nicht gebunden fühlt, sondern seine Überzeugung nur aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpft“.¹⁷ Dass vorbefasste Richter entscheiden, sei als „im Gerichtsalltag unverzichtbar“¹⁸ auch vom Angeklagten hinzunehmen. Ein Befangenheitsantrag könne allenfalls im *Ausnahmefall* Aussicht auf Erfolg haben, wenn *neben* der Vorbefassung *weitere Umstände* geltend gemacht werden, etwa der vorbefasste Richter unnötige oder sachlich unbegründete Werturteile über den Angeklagten,¹⁹ sonst unsachliche Äußerungen zu seinem Nachteil²⁰ zum Ausdruck gebracht hat, oder wenn sich aus der Art und Weise der Begründung der Vorentscheidung die begründete Annahme einer Vorfestlegung ergibt.²¹ Die umgekehrte Systematik, dass sich gegenüber vorbefassten Richtern im *Regelfall* der Eindruck aufdrängt, dass sie sich an die eigene Vorwür-

¹³ Dazu, dass eine Analogie ausscheidet, vgl. nur *Deiters*, in Systematischer Kommentar StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, § 23 Rn. 2 sowie auch schon *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, S. 39 (Rn. 39).

¹⁴ In diese Richtung bereits BGHSt 21, 142; heute etwa *Kudlich/Noltensmeier-von-Osten*, in Satzger/Schluckebier/Werner StPO, 6. Aufl. 2025, § 23 Rn. 2; *Kulhanek* NSTZ 2024, 577, 578.

¹⁵ Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 12. Ergänzend *Cirener*, in BeckOnline Kommentar StPO, 58. Ed. 1.1.2026, § 24 Rn. 14 ff.; SSW/StPO-*Kudlich/Noltensmeier-von-Osten* (Fn. 14), § 24 Rn. 13; wohl auch *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, S. 471 (Rn. 734). Differenziert SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), §§ 22 ff. Rn. 20.

¹⁶ Wie unter D. und E. gezeigt werden wird, zu Recht abl. SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), § 23 Rn. 2.

¹⁷ So die Formulierung bei BGH NJW 1997, 3034.

¹⁸ BeckOK/StPO-*Cirener* (Fn.15), § 24 Rn. 20.

¹⁹ Bspw. BGHSt 24, 336, 338; 50, 216, 221 f.

²⁰ Vgl. BGH NSTZ 2011, 44, 46.

²¹ U.a. BGH NJW 2014, 2372 f.

digung „halten“ werden und sie daher nur im *Ausnahmefall nicht* wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden können, wird hingegen nur selten erwogen.²²

C. Hintergründe

I. Gesetzeshistorie

Doch es fragt sich, wie es zu diesem status quo gekommen ist und ob das, was heute als unverzichtbar gilt, immer so gewesen ist. Lehrreich²³ erscheint insoweit die Geschichte des Eröffnungsbeschlusses. Denn bezeichnenderweise hatte die Absicherung des Grundsatzes, dass „der erkennende Richter sein Urtheil lediglich aus der mündlichen Verhandlung schöpfen soll“,²⁴ in der Ursprungsfassung der Reichsstrafprozessordnung aus dem Jahr 1877²⁵ einen größeren Stellenwert als heutzutage. § 23 III RStPO sah einen partiellen Ausschluss vorbefasster Richter kraft Gesetzes vor. So durften bei Hauptverfahren vor der Strafkammer nicht mehr als zwei – der damals regelmäßig fünf Tatrichter – am Eröffnungsbeschluss mitgewirkt haben, und dies keinesfalls als Berichterstatter über den Antrag der Staatsanwaltschaft (sog. Ausschließung des Berichterstatters)²⁶. Die RStPO v. 1877 erkannte also das Befangenheitsproblem bei Vorbefassung durch *Zwischenentscheidungen* der Sache nach an. Der „intensiv“ vorbefasste Berichterstatter kam für das Hauptverfahren nicht mehr in Betracht und im Übrigen sollte immerhin die *Mehrzahl* der erkennenden Richter *nicht* vorbefasst sein. Dies bildete einen Kompromiss ab zwischen dem (fiskalischen) Vereinfachungsinteresse des Staates, den am Eröffnungsbeschluss beteiligten Richter in der Hauptverhandlung einzubeziehen und dem (rechtsstaatlichen) Belang des Beschuldigten, von einem nicht vorbefassten Richter beurteilt zu werden.²⁷

²² Zu dieser denkbaren Überlegung *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 4 Rn. 116 sowie in Abgrenzung zwischen §§ 22, 23 StPO auch SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), Vor §§ 22 ff. Rn. 20; früher *Arzt*, Der befangene Strafrichter, 1969, S. 65 ff.

²³ Etwas erschöpft erscheint dagegen die Diskussion zu §§ 23 II, 24, 354 II 2 StPO im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 19.12.1964 (BGBl. I, S. 1067). S. dazu nochmals ausf. *Kulhanek* NSStZ 2024, 577, 580 f.

²⁴ Hier bezogen auf den Untersuchungsrichter, s. *Hahn*, Die Gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 3, Strafprozessordnung, 1881, S. 89.

²⁵ 1.2.1877, RGBL., S. 253.

²⁶ Vgl. *Nicknig*, in Löwe/Rosenberg StPO, Bd. 1/2, 27. Aufl. 2025, § 23 Rn. vor 1.

²⁷ Dazu auch *Kühne* (Fn. 15), S. 407 (Rn. 622.1); SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), § 23 Rn. 1 mit Fn. 3.

Im Jahr 1924 wurde diese Kompromisslösung und mit ihr das Befangenheitsproblem bei Vorbefassung durch den Eröffnungsbeschluss von der sog. Lex Emminger,²⁸ eine nach dem damaligen Reichsjustizminister Erich Emminger²⁹ benannte, sog. „gesetzesvertretende Verordnung“,³⁰ „stat pro ratione voluntas“³¹ für erledigt erklärt.³² Unter dem Eindruck der tiefen Staatskrise in der Weimarer Republik, die mit einer extremen Verschuldung, u.a. wegen der Reparationszahlungen infolge des 1. Weltkrieges, einherging,³³ sah sich der Reichstag genötigt, die Reichsregierung dazu zu ermächtigen, „im Hinblick auf die Not von Volk und Reich“ (selbst) die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.³⁴ Die Reichsregierung (nicht das Parlament) hielt es (zuletzt eben in Person von Erich Emminger von der Bayerischen Volkspartei)³⁵ für erforderlich, den Strafprozess unter dem Gesichtspunkt der Kosteneinsparung zu straffen. In § 21 der Lex Emminger war dementsprechend ohne weitere Begründung die Feststellung enthalten, dass „[d]ie Mitwirkung bei der Eröffnung des Hauptverfahrens [...] keinen Ausschließungsgrund für die Teilnahme am Hauptverfahren“³⁶ (mehr) bildet.

Die Lex Emminger führte aber keineswegs nur zu (temporären) Not(spar)maßnahmen,³⁷ etwa, um zu verhindern, dass die Strafjustiz in den Krisenjahren der Weimarer Republik aus Kostengründen ganz „lahmgelegt“ wurde, sondern beeinflusste die Rechtsentwicklung nicht nur,³⁸ aber eben auch im Bereich der Vorbefassung im Sinne eines „Shifts“ von eher rechtsstaatlichen hin zu fiskalisch orientierten (Vereinfachungs-)Erwägungen³⁹. In der NS-Zeit ging dies mit Blick auf den Eröffnungsbeschluss aufgrund des „Erlass[es] des Führers über die Vereinfachung der Rechtspflege“ v. 21.3.1942 gar so weit, dass dieser, mitsamt des (Befangenheits-)Problems der Vorbefassung, ganz abgeschafft

²⁸ Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4.1.1924, RGBI I, S. 15 ff.

²⁹ Vgl. ausf. T. Vormbaum, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, 1988, S. 17 ff.

³⁰ Dazu etwa Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 10 f.; T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 15 ff.

³¹ Drucker JW 1924, 241; s. auch T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 20.

³² Kühne (Fn. 15), S. 407 (Rn. 622.1).

³³ Ausführlicher T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 22 ff.

³⁴ Vgl. § 1 I 1 des Ermächtigungsgesetzes vom 8.12.1923 (RGBl. I, 1923, S. 1179).

³⁵ Interessanterweise lag der Entwurf der Lex zum Amtsantritt Emmingers bereits weitgehend vor (s. T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 17 ff.).

³⁶ RGBI I, 1924, S. 18.

³⁷ Krit. zur Überschreitung dieser Grenzen etwa Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 9.

³⁸ Bekannt ist die Lex Emminger ja vor allem für die Abschaffung der „echten“ Schwurgerichte.

³⁹ „[E]inen Vorrang fiskalischer vor rechtsstaatlichen Gesichtspunkten“ diagnostiziert Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 9; ähnlich auch T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 54.

wurde.⁴⁰ Nach dem Krieg wurde der Eröffnungsbeschluss im Jahr 1950 zwar wiedereingeführt,⁴¹ § 23 StPO beließ man allerdings in der Fassung der Lex Emminger und griff nicht auf die Ursprungsfassung von 1877 mit den erweiterten gesetzlichen Ausschlussgründen zurück. Die heutige Rechtslage in puncto Befangenheit des vorbefassten Eröffnungsrichters bildet so gesehen immer noch die finanzielle Not der Staatskrise des Jahres 1924 ab und schließt sich implizit dem Willen einer gesetzestretenden (exekutiven) Notverordnung an.

II. Dogmatische Legitimation: Richterbild „von oben“

Dogmatisch gerechtfertigt wird die – durch die Lex Emminger einflussreich proklamierte – Unbefangenheit des vorbefassten Richters durch ein sog. normatives Richterbild.⁴² Prägend für dieses Richterbild war eine reichsgerichtliche Entscheidung aus dem Jahr 1925 (ergangen also im Jahr nach Inkrafttreten der Lex Emminger).⁴³ Als maßgebend erachtete das RG, dass der Richter normativ betrachtet die *Pflicht* hat, sein Urteil unbefangen, d.h. ohne Rücksicht auf die entsprechende Vorwürdigung, zu bilden.⁴⁴ Den anderen Verfahrensbeteiligten wird als Kehrseite dieser Pflicht aufgebürdet, dass sie von „der gewissenhaften Erfüllung dieser Pflicht“ ausgehen.⁴⁵ Dem reichsgerichtlichen Richterbild liegt die Überzeugung zugrunde, dass Richter unparteilich *sind*, weil sie es sein *sollen*. Dies hat sich das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1971, die sich unter dem Blickwinkel der Garantie des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 I GG mit der Konstellation des (als Ergänzungsrichter) vorbefassten (Wiederaufnahme-)Richters beschäftigte, zu eigen gemacht.⁴⁶ Am Richterbild des Reichsgerichts habe sich, so das BVerfG,

⁴⁰ RGBl. I, S. 139 umgesetzt durch Art. 1 II Verordnung zur weiteren Vereinfachung des Strafverfahrens v. 13.8.1942 (RGBl. I, S. 508) und die Verordnung über die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses im Strafverfahren v. 13.8.1942 (RGBl. I, S. 512). Zu dieser Rechtsentwicklung s. auch BT-Drucks. 1/530 v. 9.2.1950, S. 43.

⁴¹ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts v. 20.9.1950, BGBl. I, S. 455; vgl. dazu BT-Drucks. 1/530 v. 9.2.1950, S. 43.

⁴² U.a. BVerfGE 30, 149; *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 4 Rn. 116; ausf. zuletzt etwa *Kulhanek* NStZ 2024, 577, 579 f.

⁴³ RGSt 59, 409, 410 f., wo aber – nebenbei bemerkt – im Ergebnis eine Befangenheit des durch eine Zeugenvereidigungsentscheidung vorbefassten Richters (im Meineidsprozess) bejaht wurde.

⁴⁴ RGSt 59, 409.

⁴⁵ So die Formulierung von RGSt 59, 409.

⁴⁶ BVerfGE 30, 149, 153 f.

auch „unter der Herrschaft des Grundgesetzes nichts geändert“.⁴⁷ Das Strafverfahren könne also von dem Grundsatz ausgehen, dass ein „Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe“⁴⁸. Man kennzeichnet das hierdurch vom Reichsgericht übernommene Richterbild am besten als Richterbild „von oben“. Denn es wird „vom Staat“ aus, von der richterlichen Pflichtenstellung her begründet. Ein etwaig *tatsächlich* vorhandenes Unbehagen „von unten“ her, d.h. vom Angeklagten, wird für unmaßgeblich erklärt: Ein „vernünftig abwägender Angeklagter“⁴⁹ hege schon aufgrund der normativen Pflicht des vorbefassten Richters, sich nicht von der eigenen Vorbefassung beeinflussen zu lassen, keine Zweifel an der Unbefangenheit.

III. Empirische Basis?

Dieses *normative* Richterbild ist indes im Hinblick auf seine *empirische* Basis alles andere als unangreifbar. Die empirische Kritik stellt seit Jahrzehnten heraus, dass vorbefasste Richter zwar (entsprechend ihrer Pflichten) unbefangen sein *sollen*, es aber (in Realität) dennoch nicht zur Gänze *sind* bzw. (als Menschen) gar nicht sein *können*. Verbreitet ist eine kognitionspsychologisch ansetzende Argumentation. Die internationale Diskussion wird insoweit unter den Schlüsselbegriffen „primacy effect“⁵⁰ bzw. „confirmation bias“⁵¹ (Bestätigungsneigung) geführt. Den Ausgangspunkt bildet üblicherweise die von Festinger 1957 begründete Theorie der kognitiven Dissonanz.⁵² Ihr zufolge führen inkonsistente Kognitionen (eben kognitive Dissonanzen) zu unangenehmen Spannungszuständen, die das Bedürfnis auslösen, diese zu reduzieren (Dissonanzreduktion).⁵³ Die maßgeblichen Untersuchungen weisen in die Richtung, dass sich hierbei Verzerrungen zugunsten einer bestimmten

⁴⁷ BVerfGE 30, 149, 153 f.

⁴⁸ So BVerfGE 30, 149, 153.

⁴⁹ *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 4 Rn. 116.

⁵⁰ *Eisenberg/Kölbels*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 26 Rn. 15 (im Zusammenhang mit dem polizeilichen ersten Eindruck).

⁵¹ Ausf. *Lidén*, *Confirmation Bias in Criminal Cases*, 2023; einführend *Eisenberg/Kölbels* (Fn. 50), § 30 Rn. 42; *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50 ff.

⁵² *Festinger*, *Theorie der kognitiven Dissonanz*, 1978 [zuerst: *A Theory of Cognitive Dissonance*, 1962].

⁵³ Dazu bspw. aus neuerer Sicht *Harmon-Jones/Mills* in *Harmon-Jones* (Hrsg.), *Cognitive Dissonance*, 2. Aufl. 2019, 3 ff.; vgl. konzise auch *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50, 53.

„Ausgangshypothese“ ergeben.⁵⁴ Man neigt dazu, später wahrgenommene Informationen schlicht an die „Ausgangshypothese“ anzupassen, anstatt diese noch einmal in Frage zu stellen.⁵⁵ Darauf fußt auch im Strafverfahren die These eines „beharrende[n] Festhalten[s] an einer einmal getroffenen Annahme“⁵⁶, sog. Inertia- bzw. Perseveranzeffekt (Trägheitseffekt).⁵⁷ Die „Ausgangshypothese“ des Tatrichters wird dabei nicht nur durch die jeweilige Vorbefassung geprägt, sondern bereits bei Kenntnisaufnahme der – wiederum polizeilich⁵⁸ dominierten – Ermittlungsakten; durch die richterliche Entscheidung im Rahmen der Vorbefassung wird die Ausgangshypothese aber ausdrücklich „in das Selbst“ des Richters übernommen⁵⁹ und nach außen sichtbar gemacht. Auf Kritik aus der Wissenschaft und entsprechende Strafprozessreformvorschläge, bspw. 1962 im Hinblick auf die Trennung zwischen eröffnendem und erkennendem Richter,⁶⁰ wurde aus der Richterschaft bisweilen abwehrend reagiert: Es laufe auf eine „unverdiente Diffamierung“ hinaus, dem Richter, dem die „Haltung des ständigen Vorbehalts den vorläufigen Beweisergebnissen gegenüber tagtäglich abverlangt wird [...], die Fähigkeit zu dieser Haltung gerade für den Fall abzusprechen, daß er den Eröffnungsbeschluss erlassen hat.“⁶¹ Demgegenüber gilt es jedoch hervorzuheben, dass es hier um kognitive Verzerrungen geht, die im Menschen selbst verankert sind und daher nicht als „Diffamierung“ missverstanden, sondern als Teil einer „allgemein-menschlichen Schwäche“, die unbewusst⁶² abläuft, anerkannt werden sollten. Selbst durch größtmögliche Professionalität⁶³ können menschliche Schwächen, wie verzerrende Dissonanzreduktionen, höchstens abgeschwächt, nicht aber ausgeschlossen werden.⁶⁴ Die empirische Kritik ist dennoch bislang weitestgehend an den

⁵⁴ Zur neueren Studienlage *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50, 52 ff.

⁵⁵ Dazu *Singelstein* StV 2016, 830, 831 f.

⁵⁶ *Singelstein* StV 2016, 830, 831.

⁵⁷ Zsf. *Schünemann* StV 2000, 159; ausf. *Bandilla*, Kontextabhängige Informationsverarbeitung in bundesdeutschen Strafverfahren, 1986; *Schünemann/Bandilla* in Wegener/Lösel/Haisch (Hrsg.), *Criminal Behavior and the Justice System*, 1989, 181 ff.

⁵⁸ Dazu bspw. *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50 ff. sowie zsf. bereits *Singelstein* StV 2016, 830 ff.

⁵⁹ Vgl. *Schünemann* StV 2000, 159, 160, 162 zum sog. Schulterchlusseffekt zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft; *Singelstein* StV 2016, 830, 831 spricht vom Strafverfahren als „institutionalisierte kognitive Dissonanz“.

⁶⁰ BT-Drucks. IV/178.

⁶¹ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Strafprozeßänderungsgesetz DiRZ 1963, 115.

⁶² Vgl. unter Einbeziehung neuerer Studien *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50, 53; früher bereits *Schünemann* StV 2000, 159, 164.

⁶³ S. dazu auch *Esser* wistra 2023, 252, 253.

⁶⁴ Dazu, dass auch die Tatsache, dass bspw. der Eröffnungsbeschluss in der Praxis meist als „bloße“ Formalie behandelt wird, kein durchgreifendes Argument sein kann, bereits *Schünemann* StV 2000,

Beharrungskräften des *normativen* Richterbildes „von oben“ abgeprallt, das, so muss man annehmen, zumindest zum Teil *kontrafaktisch* aufrechterhalten wird.

D. EGMR-Rechtsprechung als Wendepunkt?

I. Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Meng

Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Meng v. 16.2.2021⁶⁵ hat aber wieder eine gewisse Dynamik entfacht. Gegenstand der Entscheidung war ein deutsches Strafverfahren⁶⁶ wegen des Tatverdachts des Mordes. Opfer war der Ehemann der späteren Angeklagten. Der Verdacht richtete sich zunächst auf den neuen Lebensgefährten der Angeklagten, der als Alleintäter angeklagt und verurteilt wurde. Im Laufe dieses Verfahrens tauchten jedoch Beweise zulasten der Angeklagten auf, weshalb diese sodann in einem eigenen Verfahren als Mittäterin angeklagt und schließlich verurteilt wurde.⁶⁷ Das Befangenheitsproblem ergab sich dadurch, dass der vorsitzende Richter im Verfahren gegen die Angeklagte bereits Berichterstatler im Verfahren gegen den Lebensgefährten der Angeklagten war; die Angeklagte sah sich also mit einem Richter konfrontiert, der sich von der Schuld ihres vermeintlichen Mittäters bereits überzeugt hatte. Der BGH billigte dies⁶⁸ und auch das BVerfG sah keine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 I GG⁶⁹.

Der EGMR jedoch erkannte einen Verstoß gegen Art. 6 I EMRK, dem Recht auf ein faires Verfahren vor einem unparteiischen Gericht. Er betonte zwar im Ausgangspunkt ebenso, dass allein die Tatsache, „dass ein Richter frühere Entscheidungen wegen derselben Straftat getroffen hat“⁷⁰, noch keine Zweifel an dessen Unparteilichkeit i.S.v. Art. 6 EMRK begründet, hob aber gleichzeitig hervor, dass sich solche Zweifel aus den konkreten Umständen, sprich einer besonderen Intensität der Vorbefassung

159, 163. Zudem sollte es doch eigentlich auf die Konstellation ankommen, in der das Zwischenverfahren seine rechtsstaatliche Funktion einer „echten“ Überprüfung der Anklage tatsächlich erfüllt.

⁶⁵ EGMR NJW 2021, 2947, 2949.

⁶⁶ Zum Ablauf BGH, Urt. v. 10.2.2016, 2 StR 533/14, BeckRS 2016, 08254; EGMR NJW 2021, 2947 ff., 2949 ff.; BVerfG NJW 2024, 956.

⁶⁷ LG Darmstadt, Urt. v. 9.4.2014, 500 Js 55270/12 – 11 Ks.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 10.2.2016, 2 StR 533/14, BeckRS 2016, 08254.

⁶⁹ Ohne Angabe von Gründen BVerfG, Beschl. v. 11.7.2016, 2 BvR 1168/16, BeckRS 2016, 141594.

⁷⁰ EGMR NJW 2021, 2947, 2948.

im Einzelfall⁷¹ ergeben können. Und eine solche Intensität bejahte der Gerichtshof in der Rechtssache Meng, weil im Urteil gegen den Lebensgefährten bereits eine „detaillierte Beurteilung der Rolle“⁷² der Angeklagten vorgenommen wurde. Das Urteil enthielt nämlich nicht nur Ausführungen zum gemeinsamen Tatplan und zur gemeinsamen Tatausführung, sondern der Sache nach zudem Feststellungen u.a. zur Habgier der Angeklagten.⁷³ Der EGMR stellte dabei auch heraus, dass nicht all diese Ausführungen „notwendig“ waren, um die Tat des zuerst verurteilten Lebensgefährten der Angeklagten „rechtlich zu beurteilen“.⁷⁴ Zusätzliche Umstände neben der Vorbefassung wie bspw. sachlich unbegründete Werturteile gegen die Angeklagte, hat der EGMR gerade *nicht* vorausgesetzt.

II. (Defizitäre) Rezeption der Entscheidung

Erste Diagnosen gingen anlässlich der EGMR-Entscheidung in der Rechtssache Meng, die zwischenzeitlich auch aufgrund einer weiteren Entscheidung des BVerfG⁷⁵ zur Wiederaufnahme des Mordverfahrens gegen die Angeklagte geführt hat, davon aus, dass die „bisher herrschende Meinung, nach der eine Vorbefassung grundsätzlich unbedenklich ist, aufgegeben werden muss“⁷⁶. Das Gegenteil scheint bislang der Fall zu sein. Der BGH hat seine Linie weitestgehend beibehalten⁷⁷ und die EGMR-Entscheidung möglichst „schonend“⁷⁸ integriert. Hervorgehoben wird vor allem das Kriterium der „rechtlichen Notwendigkeit“ der Feststellungen, zumal der BGH diesen Gesichtspunkt bereits in seiner älteren Rechtsprechung selbst erwähnt hatte.⁷⁹ Den Instanzgerichten wird in der Folge lediglich empfohlen, „bei der Urteilsabfassung im stärkeren Maße als bisher ‚Behutsamkeit und Zurückhaltung‘“⁸⁰ walten zu lassen,

⁷¹ EGMR NJW 2021, 2947, 2949.

⁷² Dazu EGMR NJW 2021, 2947, 2949 f.

⁷³ Vgl. EGMR NJW 2021, 2947, 2950.

⁷⁴ EGMR NJW 2021, 2947, 2950.

⁷⁵ BVerfG NJW 2024, 956.

⁷⁶ So *Rzadkowski* NJW 2021, 2951. Vgl. in diese Richtung auch *Boe* HRRS 2022, 151, 158; *König* StV 2022, 273, 274.

⁷⁷ S. dazu BGH, Beschl. v. 31.1.2023, 4 StR 67/22, BeckRS 2023, 10611; BGH, Beschl. v. 14.6.2023, 1 StR 327/22, BeckRS 2023, 22529.

⁷⁸ So die Empfehlung von *Faust* NSTZ 2022, 627 unter Rekurs auf BVerfG NJW 2011, 1931, 1936 bzgl. der Wirkung von Entscheidungen des EGMR. Auch *Mosbacher* NSTZ 2022, 641, 645 parallelisiert die Ansätze des BGH und des EGMR. Zur Rezeption ausf. auch *Krehl*, FS Ignor, 2023, 609, 616 ff.

⁷⁹ U.a. BGHSt 50, 216; vgl. dazu *Mosbacher* NSTZ 2022, 641, 643.

⁸⁰ *Faust* NSTZ 2022, 627, 629; in dieselbe Richtung Schmitt/Köhler-Schmitt (Fn. 5), § 24 Rn. 13g.

und zumindest in den Urteilsgründen „alles [zu] vermeiden, was den Anschein endgültiger Überzeugungsbildung hinsichtlich einer nicht angeklagten Person erwecken könnte“⁸¹. Man fragt sich unweigerlich, ob das nicht nur „sprachlich-darstellerische Anpassungen“ in den Urteilsgründen provoziert, welche kaum als ernsthafte Problemlösung für ein Befangenheitsproblem betrachtet werden können.⁸² Dies scheint vielmehr – zugespitzt gesprochen – auf das Ansinnen hinauszulaufen, das Problem sprachlich (gegenüber dem Angeklagten und dem EGMR) zu verdecken, anstatt es in der Sache anzugehen.

Dennoch hat die Linie des BGH in den Cum-Ex-Verfahren zuletzt auch (wieder) die Billigung des BVerfG gefunden.⁸³ Hier ging es – anders als in der Rechtssache Meng – nicht um die Vorbefassung bei gestaffelter Aburteilung von Mittätern; es wurden von teilidentisch besetzten Kammern die *Teilnehmer* der Cum-Ex-Deals vor den *Haupttätern* abgeurteilt.⁸⁴ Das BVerfG erkannte indes keine nach der EGMR-Rechtsprechung konventionswidrige Vorbefassung zulasten der später abgeurteilten Haupttäter, wobei es die „rechtliche Notwendigkeit“ der Feststellungen zentral gestellt hat. Diese bejaht das BVerfG u.a. deshalb, weil man sich im Prozess gegen die Teilnehmer auf die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Haupttäter beschränkt und keine Feststellungen zu ihrer Schuld getroffen hat.⁸⁵ Selbst wenn man die „rechtliche Notwendigkeit“ als zentrales Kriterium akzeptiert, ist mit *Esser* mit Bezug auf den Cum-Ex-Fall zu bemerken, dass das „rein formale[...] ‚Offenlassen‘ der Schuld nach den Grundsätzen der limitierten Akzessorietät keinerlei Distanzierungswirkung“⁸⁶ entfalten kann. Im konkreten Fall gab es – jenseits des Verbotsirrtums – keine spezifischen Schuldprobleme bei den Haupttätern, die bereits im Urteil gegen die Teilnehmer thematisiert hätten werden können.⁸⁷ Ohnehin wird hier das Merkmal der „rechtlichen Notwendigkeit“ überbetont. Denn für den EGMR ist nicht allein die Frage entscheidend, ob die Ausführungen im Ersturteil rechtlich zwingend erforderlich waren, sondern dies ist, wie dargestellt, nur *ein* mögliches Kriterium für die anhand des Einzelfalls zu bestimmende Intensität der

⁸¹ *Faust* NStZ 2022, 627, 629; vgl. dazu auch *Krehl*, FS Ignor, 2023, 609, 620 f.

⁸² Ebenso *Müller-Jacobsen*, FS Ignor, 2023, 699, 705.

⁸³ BVerfG NStZ 2023, 627 f.

⁸⁴ BVerfG NStZ 2023, 627 f.

⁸⁵ BVerfG NStZ 2023, 627, 630.

⁸⁶ *Esser* wistra 2023, 252, 253.

⁸⁷ S. *Esser* wistra 2023, 252, 253.

Vorbefassung.⁸⁸ Darauf deutet auch die Folgeentscheidung des EGMR in der (slowakischen) Rechtssache Mucha hin, in der der EGMR die Frage der rechtlichen Notwendigkeit der Feststellungen ausdrücklich offengelassen hat und trotzdem zu einer befangenheitsbegründenden Vorbefassung gekommen ist.⁸⁹

E. Gegenmodell: Richterbild „von unten“

I. Ausgangspunkt: Subjektstellung des Angeklagten

Das eigentliche Problem sitzt aber tiefer. Denn die Rechtsprechung des EGMR wirft die zentrale dogmatische Frage (wieder) auf, ob das Richterbild „von oben“ heutzutage in einem menschenrechtsorientierten Rechtsstaat immer noch als Leitbild herangezogen werden sollte.⁹⁰

Man hat sich in Deutschland im Anschluss an das Reichsgericht daran gewöhnt, den relativ rigorosen status quo im Hinblick auf die Vorbefassung durch das idealisierte Bild eines pflichtgemäß handelnden Richters zu rechtfertigen, welches empirisch überanspruchsvoll ist und historisch auf einer längst überwundenen finanziellen Notlage beruht. Das dogmatische Problem dieses Richterbildes „von oben“ besteht – wie jetzt deutlich zu machen ist – darin, dass es die – für uns an sich ganz selbstverständliche – Prozessrolle des Angeklagten, der dem Richter nicht als „Objekt“, sondern als Prozesssubjekt mit eigenständigen Rechten gegenübersteht,⁹¹ nur unvollständig verarbeitet. Denn ein Richterbild „von oben“, das vom Richter sowie dessen Pflichtenstellung ausgeht, zentriert gerade nicht den Angeklagten, sondern den Staat und die Integrität seiner Organe. Gerade diese Diskrepanz hatten 1971 bereits einige Richter des BVerfG bemerkt und ein Sondervotum zu BVerfGE 30, 149 (siehe dazu oben C.II.) verfasst. Dieses verwehrte sich ausdrücklich gegen die Übernahme des reichsgerichtlichen Richterbildes in die Rechtsordnung des Grundgesetzes. Die Senatsmehrheit übersehe, „daß nach dem langen, von Erfolg gekrönten Kampf gegen Absolutismus, Polizeistaat und das

⁸⁸ So auch *Sauer* NJW 2024, 931, 933.

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 25.11.2021, 63703/19, BeckRS 2021, 35946 (insb. Rn. 60 ff.); darauf auch hinweisend *Sauer* NJW 2024, 931, 933.

⁹⁰ Ein historisch überholtes Richterbild diagnostizierte in der älteren Diskussion u.a. bereits *Dierlamm*, Ausschließung und Ablehnung von Tatrüchtern nach Zurückweisung durch das Revisionsgericht (§ 354 Abs. 2 StPO), 1994, S. 139 f.; ihm zustimmend *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), § 23 Rn. 1; vgl. auch *Krehl*, FS Ignor, 2023, 609, 625.

⁹¹ So explizit BVerfGE 30, 149, 160 [Sondervotum].

gemeinrechtliche Inquisitionsprinzip [...] die Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren eine grundsätzlich andere geworden ist“.⁹²

Ein Gegenmodell zum reichsgerichtlichen Richterbild ergibt sich, wenn man die Prozessrolle des Angeklagten⁹³ ins Zentrum rückt. Danach ist das Richterbild nicht „von oben“, sondern „von unten“ und d.h. vom Angeklagten her zu entwickeln. Nach einem solchen Richterbild „von unten“ kommt es – wie es für den Begriff der Besorgnis der Befangenheit im Grundsatz ohnehin anerkannt ist – maßgeblich auf das „Rechts- und Vertrauensschutzinteresse“⁹⁴ des Angeklagten an. Man muss darauf abzielen, dem Beschuldigten „das *sichere* Gefühl“ zu geben, „daß sein Prozeß von einem [unparteilichen] Richter abgewickelt wird“;⁹⁵ mit dem unsicheren Gefühl, das sich bei einem vorbefassten Richter einstellt, muss er sich jedenfalls nicht mehr allein deswegen abfinden, weil der Richter zur Unbefangenheit verpflichtet ist.⁹⁶ Dahinter steht ganz grundsätzlich, dass ein Straf(verfahrens)recht, das nicht primär auf *Furcht*, sondern auf *Einsicht* des Angeklagten (und der mitbetroffenen Allgemeinheit) setzt, für die Erreichung seiner eigenen Ziele darauf angewiesen ist, dass der Richterspruch *vom Angeklagten* (und der sich auch in ihn hineinversetzenden Allgemeinheit) als unabhängig *wahrgenommen* wird.⁹⁷

Es liegt nahe, dass auch der EGMR-Rechtsprechung ein solches Richterbild „von unten“ zumindest besser entspricht, gleichwohl man nicht behaupten kann, dass dieses Richterbild durch die EMRK „vorgegeben“ ist.⁹⁸ Ein wiederkehrender und zentraler Obersatz des Gerichtshofs betont, dass „[i]n einer demokratischen Gesellschaft [...] von grundlegender Bedeutung [ist], dass die Gerichte der Öffentlichkeit und bei Strafverfahren insbesondere dem Angeklagten Vertrauen einflößen“.⁹⁹ In dieser Sentenz nimmt der EGMR gerade *nicht* den Angeklagten in die Pflicht und

⁹² BVerfGE 30, 149, 161 [Sondervotum].

⁹³ Vgl. nur pars pro toto *Kudlich* in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 282; *Kühne* (Fn. 15), Strafprozessrecht, S. 73 (Rn. 102).

⁹⁴ BVerfGE 30, 149, 161 f. [Sondervotum].

⁹⁵ BVerfGE 30, 149, 161 f. [Sondervotum].

⁹⁶ BVerfGE 30, 149, 161 [Sondervotum].

⁹⁷ Dies findet auch Rückhalt in der modernen Straftheorie. Denn jedenfalls anspruchsvolle *positive* Strafzwecke im Sinne der Resozialisierung oder der *positiven* Generalprävention (vgl. dazu *Hassmer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 323 ff.; s. auch *Neumann/Saliger*, in Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 StGB Rn. 293 ff.) können nur auf Basis eines Verfahrens erreicht werden, das den Standpunkt des Angeklagten wirklich ernst nimmt.

⁹⁸ Zur methodologischen Einbeziehung der EGMR-Rechtsprechung im vorliegenden Kontext auch SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), § 24 Rn. 23.

⁹⁹ EGMR NJW 2021, 2947, 2948; vgl. dazu auch bereits EGMR NJW 2006, 2901, 2902.

nötigt ihm ggf. schwer nachvollziehbare Vertrauensvorschüsse in die Unbefangenheit der Justiz ab; er geht vielmehr vom Angeklagten aus und nimmt die Justiz in Anspruch, die ein vertrauenswürdiges Bild abgeben muss. Das kann man mit einem Richterbild „von unten“ gut in Einklang bringen. Das Richterbild „von oben“ hat damit aber insoweit Schwierigkeiten, als es danach nicht zuerst darauf ankommt, dem Angeklagten (aktiv) Vertrauen „einzufloßen“, sondern dieses Vertrauen des Angeklagten bereits (passiv) vorausgesetzt wird.

II. Konsequenzen?

Abschließend sind zumindest noch einige knappe Bemerkungen zu den praktischen Konsequenzen der hier anvisierten Revision des Richterbildes angezeigt. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit diese Revision *de lege lata* erfolgen kann oder ob der Gesetzgeber *de lege ferenda* zum Handeln aufgerufen ist.

Das Richterbild „von unten“ drängt *de lege lata* dazu, bestimmte Ausprägungen des hierzulande „etablierten“ Verfahrensablaufs zukünftig stärker über konventionsorientierte (freilich über den unmittelbaren Gegenstand der EGMR-Rechtsprechung hinausgehende) Befangenheitsanträge zu korrigieren. Bei *intensiver* Vorbefassung *im Einzelfall* muss eine Besorgnis der Befangenheit *häufiger* als nach bisheriger Praxis bejaht werden. Eine in der Literatur vertretene Ansicht greift dies zumindest bei einer Vorbefassung durch *instanzabschließende Entscheidungen* bereits auf, z.B. für die Konstellation der Vorabentscheidung gegen einen anderen Beteiligten (wie in der Rechtssache Meng) oder für den Fall des § 354 II StPO.¹⁰⁰ Im Fall solcher Entscheidungen lässt sich argumentieren, dass die Vorbefassung den Charakter des Vorläufigen verliert und sie daher regelmäßig als *intensiv* zu beurteilen ist. Für ein Richterbild „von unten“ sind aber die Konstellationen der Vorbefassung durch *vorläufige* Zwischenentscheidung ebenso nicht unproblematisch,¹⁰¹ denn aus dem Horizont des Angeklagten (selbst wenn man diesen objektiviert

¹⁰⁰ Schlüchter (Fn. 13), S. 42 (Rn. 44) konnte noch davon ausgehen, dass BGHSt 21, 142, 144 ff. – den Lehrfall einer Vorbefassung durch abschließende Entscheidung – von der „ganz herrschenden Lehre“ abgelehnt wird. In diesem Sinne auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 8 Rn. 10. Differenzierend und eine konventionskonforme Auslegung erwägend SK/StPO-Deiters (Fn. 13), § 24 Rn. 23 f. In Richtung einer Differenzierung zwischen abschließender Entscheidung und Zwischenentscheidung heute auch Beulke/Swoboda (Fn. 2), § 4 Rn. 117.

¹⁰¹ In diese Richtung bereits BVerfGE 30, 149, 160 [Sondervotum].

zu verstehen hat)¹⁰² *kann* bereits die Bejahung eines bestimmten Verdachts das Vertrauen in ein unbefangenes Urteil erschüttern. So liegt es nicht fern, dass z.B. bei *intensiver* Vorwürdigung im Einzelfall durch Erlass eines Haftbefehls der Eindruck einer Vorfestlegung entsteht und daher eine Besorgnis der Befangenheit anzunehmen ist.¹⁰³

Etwas grundlegender aufzugreifen ist aus dieser Sicht darüber hinaus die (unter B.I. bereits angesprochene) systematische Diskussion um die Umkehrung des aus den Ausschließungsgründen der §§ 23, 148a II StPO (sowie ergänzend § 22 Nr. 4 und Nr. 5 StPO) für § 24 StPO abgeleiteten Regel-Ausnahme-Verhältnisses: Anstatt aus dem Nicht-Vorliegen eines gesetzlichen Ausschlussgrundes den Umkehrschluss der mangelnden Besorgnis der Befangenheit zu ziehen, spricht das Richterbild „von unten“ (zumindest jenseits expliziter gesetzlicher Regelungen) dafür, aus der Vergleichbarkeit der richterlichen Vorbefassung zu den gesetzlichen Ausschlussgründen *regelmäßig* einen Befangenheitsgrund abzuleiten.¹⁰⁴ Damit würde man aus teleologischen Gründen¹⁰⁵ (konventionsorientiertes Richterbild „von unten“) die etablierte Gesetzssystematik auf den Kopf stellen und die darauf aufbauende Praxis in besonderem Maß herausfordern. Dann wären richterliche Vorbefassungen *jenseits der explizit gesetzlich vorgegebenen* an sich zu vermeiden; Befangenheitsanträge könnten nur ausnahmsweise (etwa bei Vorbefassung mit besonders geringer Intensität) abgelehnt werden.

Insgesamt liegt es aber näher, die damit anvisierte grundlegende Reform des Befangenheitsregimes nicht über eine weitreichende Auslegungsänderung *de lege lata*, sondern *de lege ferenda* anzugehen.¹⁰⁶ Letztlich sind für ein Richterbild „von unten“ nicht erst die atypischen, sondern bereits die typischen, d.h. die in der Verfahrensstruktur selbst angelegten,¹⁰⁷ Konstellationen der Vorbefassung ein Problem. Entsprechend hatte das

¹⁰² Üblicherweise spricht man von einem „objektiv individuellen Maßstab“, vgl. nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 8 Rn. 9 f.

¹⁰³ Vgl. dazu etwa auch EGMR v. 24.5.1989, 10486/83 (Hauschildt vs. Dänemark).

¹⁰⁴ In diese Richtung viel früher schon *Arzt* (Fn. 22), S. 17 ff., 65 ff. Z.T. wurde die Vorbefassung als Indiz für Befangenheit begriffen, dazu *Wassermann*, in Alternativkommentar Strafprozeßordnung, Bd. 1, 1988, § 24 Rn. 34; tendenziell in diese Richtung, aber mit abgestufter Argumentation *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), § 22 Rn. 20, § 23 Rn. 3; *Conen/Tsambikakis*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 24 Rn. 52 ff.

¹⁰⁵ Vgl. zur Systematik *Roxin/Schünemann* (Fn. 100), § 8 Rn. 9 f.; *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), Vor § 20 Rn. 20, § 24 Rn. 29, der eine konventionskonforme Auslegung erwägt, aber ablehnt.

¹⁰⁶ Für eine rechtspolitische Lösung bspw. *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), § 24 Rn. 28.

¹⁰⁷ *AK/StPO-Wassermann* (Fn. 104), § 24 Rn. 34.

Sondervotum zu BVerfGE 30, 149 ein Tätigwerden des Gesetzgebers angeregt und die „Mitwirkung des Eröffnungsrichters im Hauptverfahren [...] als eine Ausnahme“ betrachtet, „über deren innere Berechtigung in Zukunft der Gesetzgeber zu befinden haben wird“.¹⁰⁸ Insofern ist es zu begrüßen, dass die rechtspolitische Diskussion heute langsam wieder einsetzt. So fordert z.B. *Wehnert* eine Ergänzung von § 22 StPO für die Fälle der Vorbefassung „in einem anderen Verfahren in der Sache“¹⁰⁹. Auch über den Eröffnungsbeschluss und die Trennung von eröffnendem und erkennendem Richter sollte unter den Vorzeichen eines Richterbildes „von unten“ neu diskutiert werden. Die RStPO v. 1877 belegt dabei, dass selbst innerhalb der hierzulande etablierten Prozessstruktur eine alternative Regelung nicht undenkbar ist. Dass diese alte Kompromisslösung die entscheidenden Anregungen bereits enthält, um heutigen Ansprüchen gerecht zu werden, ist gleichwohl eher zweifelhaft. Hier muss erst die weitere Diskussion Klarheit bringen. Dem Anspruch eines konventionsorientierten Rechtsstaats kann es jedenfalls nicht entsprechen, dieser Diskussion, auch wenn sie einige komplexe – die Prozessstruktur als solche berührende – Fragen aufwirft, mit Hinweis auf eine exekutive Notverordnung aus dem Jahr 1924 auszuweichen.

¹⁰⁸ BVerfGE 30, 149, 160 [Sondervotum].

¹⁰⁹ *Wehnert*, FS-Ignor, 2023, 867, 880. Vgl. auch *Müller-Jacobsen*, FS-Ignor, 2023, 699, 707. Man fragt sich jedoch, ob hierfür nicht § 23 StPO, der bereits zwei Fälle der richterlichen Vorbefassung enthält, der geeignetere Ort wäre.

Das Mordmerkmal der Heimtücke bei schwelenden Konfliktslagen

BGH, Urteil vom 24.9.2025 – 5 StR 423/25

mit einer Anmerkung von Jennifer Grafe*

A. Sachverhalt

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Jugendstrafe von fünf Jahren verurteilt. Die Staatsanwaltschaft erstrebt mit ihrer auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision eine Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat weitgehend Erfolg. [...]

[3] Sowohl der seit seiner Strafmündigkeit vielfach jugendstrafrechtlich in Erscheinung getretene Angeklagte und seine rechtskräftig wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilten Mittäter als auch die dreiköpfige Gruppe um den Geschädigten betätigten sich als Verkäufer im florierenden Drogenhandel am K. Tor in B. Das Verhältnis der in die Rauschgiftgeschäfte involvierten Gruppierungen war untereinander von schwelenden Konflikten und hoher Gewaltbereitschaft geprägt.

[4] Am Abend und in der Nacht des 21. Juni 2024 kam es zwischen beiden Gruppen zu zunächst verbal geführten und dann mit Gewalt ausgetragenen Auseinandersetzungen. Anlass hierfür war ein Streit um zehn Euro, deren Bezahlung der Anführer der Gruppe des Angeklagten gegen den Geschädigten wegen der Überlassung von Betäubungsmitteln auf Kommissionsbasis gefordert hatte. Ebenso wie um das Geld ging es dem Anführer um eine Machtdemonstration. Nachdem der Geschädigte gegen

* Die Verfasserin ist Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen. Kontakt: jennifer.grafe@uni-tuebingen.de.



ihn handgreiflich geworden war, drohte dieser ihm Rache und Schläge für das nach dessen Empfinden ehrverletzende und herabwürdigende Verhalten an. Das von ihm sichtbar mitgeführte Messer setzte er nicht ein. Eine Lösung des Konflikts erzielten die Kontrahenten in der Nacht nicht. Der Geschädigte rechnete daher mit einem weiteren Angriff der Gruppe des Angeklagten.

[5] Gegen 13 Uhr des nächsten Tages betraten der Geschädigte und seine beiden Gefährten den U-Bahnhof K. Tor und gingen vom westlichen Ende kommend zur Mitte des Bahnsteigs auf der Seite für die Züge in Richtung H. Straße, der in diesem Bereich mit einer zu einer Baukonstruktion gehörenden Sperrholzwand von dem Bahnsteig zu den in Gegenrichtung fahrenden Zügen getrennt war. Dort blieben sie stehen und warteten. Unmittelbar danach betraten der Angeklagte und seine beiden Mittäter das andere Ende des Bahnsteigs. Während der Angeklagte auf der gegenüberliegenden Bahnsteigseite lief, gingen seine Mittäter auf der Seite, auf der die Gruppe um den Geschädigten wartete. Als sie diese bemerkten, wechselten sie sofort die Bahnsteigseite zu dem Angeklagten, sodass wegen der Sperrholzwand der Geschädigte und seine Begleiter weder sie noch den Angeklagten sehen konnten. Diese kamen überein, die Gelegenheit zu nutzen, um sich bei dem Geschädigten für die von ihrem Anführer empfundene Ehrverletzung vom Vorabend zu revanchieren. Ihr Anführer wollte den Geschädigten einschüchtern und ihm gegenüber Stärke und eigene Macht demonstrieren. Der Angeklagte und der weitere Mittäter wollten ihn darin unterstützen. Sie fassten den Plan, ihr zwischen den Bahngleisen und der Sperrholzwand stehendes Opfer aus beiden Richtungen einzukreisen. Während seine Mittäter von vorne offensiv und mit Messer und Reizgasspray bewaffnet auf den Geschädigten zugehen sollten, um dessen Aufmerksamkeit zu binden, sollte der Angeklagte ihn von hinten mittels einer von ihm mitgeführten Glasflasche und seines Messers angreifen und verletzen.

[6] Sie gingen auf der von der Gruppe um den Geschädigten abgewandten Bahnsteigseite bis zu der diese von der anderen Seite des Bahnsteigs trennenden Sperrholzwand. Während der Angeklagte dort in Wartestellung blieb, gingen seine Mittäter weiter den Bahnsteig entlang zum hinteren Ende der Sperrholzwand. Anschließend traten sie aus dem Sichtschutz hervor und gingen unmittelbar und sichtbar mit einem Klappmesser und einem Reizgasspray bewaffnet auf den dicht an dieser Ecke der Wand mit seinen Begleitern wartenden Geschädigten zu, die bis dahin

weder den Angeklagten noch seine Mittäter bemerkt hatten. Beim Anblick der Angreifer wich der Geschädigte sofort rückwärts nach hinten aus. Der Angeklagte, der ebenfalls hinter der Sperrholzkonstruktion hervorgetreten war, nahm nun Anlauf, holte mit einer Glasflasche in der Hand mit dem rechten Arm weit aus und schlug mit der Flasche in Richtung des Kopfes des Geschädigten. Da dieser sich in diesem Moment in Richtung des Angeklagten umdrehte, um vor den beiden von ihm wahrgenommenen Angreifern zu flüchten, ging der Schlag fehl.

[7] Spätestens jetzt entschloss sich der uneingeschränkt schuldfähige Angeklagte, den Geschädigten mit seinem für einen Angriff bereitgehaltenen Messer heftig in die Herzgegend zu stechen. Er erkannte, dass der Geschädigte durch solch einen Stich getötet werden könnte und fand sich damit ab. Er beabsichtigte, damit den Anführer seiner Gruppe zu unterstützen und zu helfen. Es war ihm bewusst, dass dieser mit dem Angriff auf den Geschädigten seine Stellung als Zwischenhändler gegenüber den Straßenhändlern verteidigen und seine Macht demonstrieren wollte. Es ging dem Angeklagten zudem darum, vor dem Anführer seiner Gruppe gut dazustehen, sich bei dem älteren, im Drogenhandel etablierten Händler beliebt zu machen, dessen Anerkennung zu gewinnen und sich in der Drogenszene einen Namen zu machen. Nur etwa eine halbe Sekunde nach dem fehlgegangenen Schlag mit der Flasche versetzte der Angeklagte dem überraschten Geschädigten mit Tötungsvorsatz einen wuchtigen Messerstich in die linke Brust. Der Geschädigte verstarb trotz schneller notärztlicher Hilfe noch vor Ort. [...]

[9] Das Landgericht hat sich davon überzeugt, dass der Angeklagte den Geschädigten vorsätzlich getötet hat. Es hat sich indes nicht imstande gesehen, das Vorliegen von Mordmerkmalen im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB zu bejahen. „In dubio pro reo“ sei vom Fehlen der für die Annahme von Heimtücke notwendigen Arglosigkeit auszugehen, weil der Geschädigte aufgrund der Auseinandersetzungen am Abend vor der Tat zur Tatzeit mit einem Angriff durch die Gruppe des Angeklagten gerechnet habe. Aus niedrigen Beweggründen habe der Angeklagte nicht gehandelt, weil er mit der Tat auch seinem „Freund“ und Anführer seiner Gruppe habe „helfen“ wollen. Dieses Tatmotiv stehe nicht auf tiefster sittlicher Stufe, sondern erscheine menschlich nachvollziehbar. Das Landgericht hat den Angeklagten daher lediglich des Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen.

B. Aus den Gründen

[11] Das Landgericht hat ein heimtückisches Handeln des Angeklagten rechtsfehlerhaft verneint.

[12] a) Heimtückisch handelt, wer eine zur Tatzeit beim Opfer bestehende Arg- und Wehrlosigkeit bewusst zur Tat ausnutzt. Arglos ist, wer sich eines Angriffs nicht versieht; wehrlos ist derjenige, dessen Verteidigungsfähigkeit aufgehoben oder erheblich eingeschränkt ist. Die Wehrlosigkeit muss sich als Folge der Arglosigkeit darstellen. Heimtückisches Handeln erfordert kein „heimliches“ Vorgehen. Das Opfer kann auch dann arg- und infolgedessen wehrlos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff etwas Wirkungsvolles entgegen zu setzen. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2016 – 3 StR 120/16, NJW 2016, 2899; Urteile vom 11. Mai 2022 – 5 StR 361/21, NStZ-RR 2022, 277, 279; vom 1. Februar 2024 – 4 StR 287/23, NStZ 2025, 152, 153). Eine auf früheren Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst des Opfers steht der Annahme von Arglosigkeit nicht entgegen; denn es kommt darauf an, ob es gerade im Tatzeitpunkt mit Angriffen auf sein Leben gerechnet hat (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2017 – 5 StR 338/17, NStZ 2018, 97, 98 mwN; ausf. MüKo-StGB/Schneider, 5. Aufl., § 211 Rn. 151 ff.).

[13] b) Gemessen daran ist die Ablehnung einer heimtückischen Tötung rechtsfehlerhaft. Das Landgericht hat bei seinen rechtlichen Erwägungen den rechtlichen Maßstab verkürzt und deshalb bei der konkreten Prüfung des Mordmerkmals nicht alle relevanten Tatsachen berücksichtigt.

[14] Die Jugendkammer hat die Arglosigkeit allein mit der Begründung verneint, dass der Geschädigte aufgrund eines schwelenden Konfliktes mit der Gruppe des Angeklagten, der am Vorabend der Tat zu einer gewalttätigen Auseinandersetzung geführt hatte, am Tattag mit einem körperlichen Angriff von deren Seite gerechnet habe. Bei Opfern, die auf Grund von bestehenden Konfliktsituationen oder früheren Bedrohungen dauerhaft Angst um ihr Leben haben, kann ein Wegfall der Arglosigkeit aber erst dann in Betracht gezogen werden, wenn für sie ein akuter Anlass für die Annahme bestand, dass der ständig befürchtete Angriff auf

ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit nun unmittelbar bevorstehe (vgl. BGH, Urteile vom 4. Dezember 2024 – 2 StR 352/24 Rn. 26; vom 30. August 2012 – 4 StR 84/12, NStZ 2013, 337, 338).

[15] Dies verkennend hat das Landgericht bei der Prüfung hierfür wesentliche Umstände außer Acht gelassen: Das listige Vorgehen der Angreifer glich einem Anschleichen. Der Geschädigte nahm die bewaffneten Mittäter des Angeklagten, die mit ihrem Vorgehen seine Aufmerksamkeit binden sollten, um dem Angeklagten einen Angriff von hinten zu ermöglichen, erst wenige Augenblicke vor dem tödlichen Messerstich wahr. Die Tat fand am hellichten Tag an einem zentralen innerstädtischen U-Bahnhof statt. Der Geschädigte war deshalb von dem Angriff „überrascht“. Tatsächliche Anhaltspunkte, dass der Geschädigte in der konkreten Tatsituation mehr als eine bloß latente Furcht vor einem Angriff durch den Angeklagten und seine Mittäter hatte, lassen sich den Urteilsgründen hingegen nicht entnehmen. Die unter – zudem vorschneller – Anwendung des Zweifelssatzes begründete Annahme des Landgerichts, der Geschädigte habe zur Tatzeit mit einem solchen gerechnet, entbehrt daher einer tatsächlichen Grundlage. Die Ablehnung der Arglosigkeit ist mithin nicht tragfähig begründet (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juli 2020 – 3 StR 77/20 Rn. 11 ff.).

[16] 2. Das Landgericht hat das Vorliegen niedriger Beweggründe rechtsfehlerhaft abgelehnt.

[17] a) Ein Beweggrund ist dann niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt. Für die Beurteilung eines Beweggrundes sind die Wertevorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland maßgeblich. Spielen bei der Tat mehrere Motive eine Rolle („Motivbündel“), muss das Tatgericht sämtliche wirkmächtigen Elemente einbeziehen und prüfen, ob der die Tat prägende Handlungsantrieb einen niedrigen Beweggrund darstellt. Lässt sich kein dominantes Motiv feststellen, ist ein Handeln aus niedrigen Beweggründen anzunehmen, wenn sämtliche denkbaren Motive auf sittlich tiefster Stufe stehen (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2024 – 5 StR 446/23, NStZ 2025, 154 f. mwN).

[18] b) Gemessen daran hält die Ablehnung einer Tötung aus niedrigen Beweggründen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[19] Nach dem Tatplan sollte durch den Angriff auf den Geschädigten die Macht der Gruppe des Angeklagten demonstriert und die Ehre ihres Anführers wiederhergestellt werden. Dessen bewusst wollte der Angeklagte durch seinen Tatbeitrag seinen „Freund“ und Anführer der Gruppe hierbei unterstützen und helfen, um dadurch dessen Anerkennung zu erlangen. Außerdem bezweckte er, sich durch die Tat Respekt und Achtung in der Drogenszene zu verschaffen. Welches der Motive für den Angeklagten bewusstseinsdominant war, hat das Landgericht nicht aufzuklären vermocht. Eines der Tatmotive, nämlich der Beweggrund, seinem „Freund“ und Anführer zu helfen, sei indes menschlich nachvollziehbar und daher nicht als niedrig zu bewerten, eine Tötung aus niedrigen Gründen danach ausgeschlossen.

[20] Das Landgericht hat bei der Würdigung des letztgenannten Motivs indes nicht in die Bewertung einbezogen, was der Angeklagte mit seiner Hilfeleistung bezweckte: Er wollte durch die Tötung des Geschädigten seinen „Freund“ und Anführer dabei unterstützen, eine vermeintliche Ehrverletzung zu rächen sowie dessen Stärke und Macht als Zwischenhändler und damit auch die der ganzen Gruppe gegenüber den (anderen) Straßenhändlern zu demonstrieren. Tötungen zur Bestrafung von Kontrahenten, zur Machtdemonstration oder zur Ausübung von Selbstjustiz rechtfertigen aber regelmäßig die Annahme niedriger Beweggründe (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2024 – 5 StR 446/23, NStZ 2025, 154, 155 mwN). Dem steht nicht von vornherein entgegen, wenn der Täter handelt, um einem ihm verbundenen Tatbeteiligten zu Gefallen und zu Hilfe zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2005 – 2 StR 229/04, BGHSt 50, 1, 8). Das Landgericht hätte sich deshalb nicht lediglich auf den Aspekt der „Hilfeleistung“ zurückziehen dürfen.

[21] Soweit das Landgericht bei der Ablehnung niedriger Beweggründe dem Angeklagten zugutegehalten hat, er sei der „Moral“ und Regeln des Drogenhandels am K. Tor gefolgt, lässt dies besorgen, dass es einen unzutreffenden Maßstab bei der Bewertung von Tatmotiven angelegt hat. Denn maßgeblich sind hierbei die Wertevorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht die Gesetze der Straße. [...]

C. Würdigung von Jennifer Grafe

Dem Urteil ist sowohl in seinem Ergebnis als auch in seiner Begründung zuzustimmen und es bringt eine Relevanz für aktuell viel diskutierte Sachverhaltskonstellationen mit sich. Im Einzelnen:

I. Das Vorliegen der Arglosigkeit bei latenter Angst

Das Gericht begründet die Bejahung des Heimtückemerkmals damit, dass die Arglosigkeit des Opfers nicht bereits dann zu verneinen sei, wenn infolge früherer Aggressionen oder einer feindseligen Atmosphäre lediglich eine latente Angst bestanden habe. Entscheidend sei vielmehr, dass das Opfer im Tatzeitpunkt mit einem Angriff auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit gerechnet habe.

Prima facie scheint diese Auslegung der Arglosigkeitsanforderung der von der Rechtsprechung grundsätzlich postulierten restriktiven Interpretation des Mordmerkmals der Heimtücke¹ entgegenzustehen, der sich das Landgericht in der vorinstanzlichen Entscheidung verpflichtet sieht. Doch eine derartige vermeintlich restriktive Auslegung führt nicht zu einer tatbestandlichen Begrenzung, sondern bewirkt im Gegenteil eine erhebliche Privilegierung solcher Täter:innen, die dauerhaft eine Aggressions- oder Gefahrenlage aufrechterhalten oder sich gezielt Opfer auswählen, die aufgrund struktureller Risikoverteilungen einer ständigen Gefährdung ausgesetzt sind, etwa Berufsrisikoträger oder besonders vulnerable Personengruppen.

Der (durchaus zu kritisierende²) Schutzzweck des Tatbestands besteht darin, das bewusste Ausnutzen der Schutzlosigkeit des Opfers, die auf dem Vertrauen in die Friedfertigkeit der Täter:innen beruht, zu sanktionieren.³ Die besondere Gefährlichkeit der Tatausführung manifestiert sich folglich darin, dass dem Opfer die Möglichkeit genommen wird, sich gegen den Angriff zur Wehr zu setzen, wodurch die Tatausführung erheblich erleichtert wird.⁴

¹ BGHSt 27, 322, 324; s. auch BVerfGE 45, 187, 262.

² *Saliger*, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 48; *Eschelbach*, in BeckOK StGB, 68. Ed. 2026, § 211 Rn. 5.

³ *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 211 Rn. 76.

⁴ BGHSt 64, 111, 115.

Diesem Schutzzweck läuft es zuwider, wenn die Friedfertigkeit des Opfers dadurch beseitigt wird, dass ein:e Täter:in eine dauerhafte Gefahrenlage etabliert, ohne dass hierdurch zugleich dessen Wehrlosigkeit aufgehoben wird. Charakteristisch für eine latente Gefahrenlage ist ihr Zwischenstatus zwischen Unbedarftheit und akuter Bedrohung. Zwar ist dem Opfer das Risiko eines Angriffs bewusst, doch fehlt es an einer zeitlich, örtlich oder situativ konkretisierten Angriffserwartung. Eine permanente Abwehrhaltung wäre unter diesen Umständen mit einer gewöhnlichen Lebensführung unvereinbar und kann weder objektiv erwartet noch normativ verlangt werden. Gleichzeitig erscheint die Gefahr nicht derart unmittelbar, dass eine konsequente Ausrichtung des eigenen Verhaltens auf Verteidigung oder Flucht möglich oder zumutbar wäre. Die latente Gefährdung bleibt diffus und entzieht sich damit einer gezielten Reaktionsmöglichkeit des Opfers. Bei der Beurteilung der Wehrlosigkeit geht es eben nicht darum, ob das Opfer abstrakt einen tätlichen Angriff auf die eigene Person für möglich halten musste, sondern darum, ob es einen solchen Angriff im Tatzeitpunkt tatsächlich erwartete.⁵

Das bloße Bewusstsein einer abstrakten oder dauerhaften Gefährdung genügt für die Verneinung der Arglosigkeit mithin nicht. Andernfalls würde der Schutzbereich des Heimtückemerkmals gerade in denjenigen Fällen entleert, in denen das Opfer strukturell gezwungen ist, unter einer latenten Bedrohung zu leben. Latente Gefahrenlagen sind daher nicht als Indiz gegen, sondern als Ausdruck fortbestehender und gesteigerter Schutzlosigkeit zu begreifen.

Die Entscheidung berührt damit in besonderem Maße aktuell intensiv diskutierte Problemfelder. Tötungsdelikte im Kontext häuslicher Gewalt sind häufig geprägt von jahrelangen konflikt- und gewaltbelasteten Beziehungen, in denen sich das Opfer dauerhaft in einer latenten Gefährdungslage befindet.⁶ Vergleichbare latente Gefahrenlagen bestehen auch für Einsatz- und Rettungskräfte, insbesondere unter bestimmten örtlichen oder zeitlichen Umständen, etwa in der Silvesternacht,⁷ sowie für Angehörige anderer gefahrgeneigter Berufe, etwa für im Auslandseinsatz

⁵ *Küper/Zopfs*, Strafrecht Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 326.

⁶ *Rebmann/Meier/Stelly/Thomas/Greven/Lutz*, Femizide in Deutschland, https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/172346/Femizide%20in%20Deutschland_Forschungs-kurzbericht.pdf?sequence=1&isAllowed=y (zuletzt abgerufen am 5.1.2026).

⁷ *Statista*, Polizeilich erfasste Fälle von Gewalt gegen Feuerwehr und Polizei in Deutschland nach Bundesländern, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1362860/umfrage/angriffe-auf-einsatzkraefte-nach-bundeslaendern/> (zuletzt abgerufen am 5.1.2026).

stationierte Soldaten.⁸ Schließlich legt auch der Anstieg rassistischer und queerfeindlicher Gewalt nahe,⁹ dass sich gewisse Personengruppen zumindest an bestimmten Orten regelmäßig einer latenten Gefährdung ausgesetzt sehen. Die Annahmen des Landgerichts hätten in all diesen Konstellationen zu einer erheblichen Privilegierung derjenigen Täter:innen geführt, die gerade solche latenten Gefahrenlagen gezielt für die Begehung eines Tötungsdelikts ausnutzen.

II. Der Wertemaßstab für die niedrigen Beweggründe

Ferner verweist die Entscheidung klarstellend und unter Bestätigung der ständigen Rechtsprechung¹⁰ darauf, dass die Bewertung von Beweggründen auf der Basis der Vorstellung der deutschen Rechtsgemeinschaft zu erfolgen hat. Die hier nach den Vorstellungen des Milieus vermeintlich freundschaftliche Hilfe entfernt nicht ihren Unrechtsgehalt, weil nach allgemeiner Wertvorstellung ein tödlicher Angriff keine Hilfe bzw. ein sozial ethisch nachvollziehbares Motiv zu sein vermag.¹¹ Die vorliegende Entscheidung unterstreicht diese ständige Rechtsprechung, der auch mit Blick auf die aktuelle Femizid-Debatte besondere Bedeutung zukommt, da zumindest ein Teil der Femizide mit solchen Überlegungen begründet werden, die auf der (niedrigeren) Stellung der Frau in anderen Kulturen beruhen. Tötungen, die aus einem vermeintlichen Anspruch auf Kontrolle, Besitz oder Wiederherstellung familiärer oder sozialer „Ehre“ begangen werden, wurzeln regelmäßig in einer Missachtung der personalen Autonomie des Opfers und offenbaren aus dem Werteverständnis der deutschen Rechtsgemeinschaft heraus ein erhebliches sittliches Unwerturteil.¹² Kulturell oder religiös tradierte Normvorstellungen können dabei allenfalls als sozialer Deutungshintergrund, nicht jedoch als rechtlich relevantes Motiv im Sinne einer Relativierung der Tat gelten. Solche Beweggründe stehen in einem evidenten Spannungsverhältnis zur Wertordnung des Grundgesetzes und erfüllen typischerweise das Merkmal

⁸ BGH NJ 2017, 337.

⁹ BKA, Bundesweite Fallzahlen politisch motivierter Kriminalität, https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/PMKZahlen2024/PMKZahlen2024_node.html (zuletzt abgerufen am 5.1.2026).

¹⁰ BGH NSTZ 2019, 206, 207; 2025, 154; zust. TK/StGB-Sternberg-Lieben/Steinberg (Fn. 3), § 211 Rn. 73; krit. NK/StGB-Saliger (Fn. 2), § 211 Rn. 30a.

¹¹ Eingehend *Bona juris*PR-StrafR 23/2025, Anm. 3.

¹² BGH NJW 1980, 537; anders aber ggf. bei Trennungstötungen aus Rache, BGH NSTZ 2019, 518, 519.

der Niedrigkeit, da sie auf einer objektiv verwerflichen Geringschätzung des Lebens und der Gleichwertigkeit des Opfers beruhen.