

Grundzüge eines Kommunikationsstrafrechts: Materie, Prozess, in dubio pro reo

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M. (HU Berlin), Hannover

I. Strafrecht in vernetzten Gesellschaften

Als den „höchsten Gattungsbegriff“ des Verbrechens, als „die oberste Einheit für alle Phänomene des Strafrechts“ und als das „feste Knochengerüst“ des Straftatsystems feiert *Gustav Radbruch* 1903 den Handlungsbegriff.¹ Auch heute noch gehört der Begriff der Handlung neben jenem der Zurechnung zu den Grundelementen des materiellen Strafrechts.² Diese Sichtweise lässt sich systematisch auf Theorien zurückführen, wonach menschliches Handeln das fundamentale „Letztelement“ sozialer Systeme darstellt.³ Dieser Auffassung steht eine kommunikationstheoretische Betrachtung gegenüber, die vor allem durch *Niklas Luhmanns* Gesellschaftstheorie Bekanntheit erlangt hat.⁴ Kommunikation ist nach *Luhmann* der „basale Prozess sozialer Systeme“, die allerdings als Handlung übersetzt bzw. getarnt wird, um die eigene Komplexität zu reduzieren.⁵ Mit anderen Worten, Handlung stellt aus Gründen der Vereinfachung sozialer Interaktionen lediglich eine „Camouflage der Kommunikation“⁶ dar.⁷ Kommunikation lässt sich als Handlung beschreiben, damit sie als hypostasiertes Ereignis anschlussfähiger wird.⁸ So scheint die Hypostasierung der Kommunikation durch Übersetzung in Handlungen, also in körperliches Verhalten,⁹ der interessanterweise von *Radbruch* selbst in einem anderen Zusammenhang (nämlich seiner Kritik der naturhistorischen Methode) konstatierten Schwäche des Denkens Rechnung zu tragen, Immaterielles und Abstraktes aufzuarbeiten, ohne sich dabei stellvertretender Vorstellungen zu bedienen.¹⁰

Sollte die Neigung, an das Materiale anzuknüpfen, eine Schwäche des Denkapparats sein,¹¹ dürfte diese Schwäche in der heutigen vernetzten Gesellschaft allerdings weniger ausgeprägt sein als in der vordigitalen Zeit.¹² Die gegenwärtig sich dramatisch weiter evolvierende Netzgesellschaft ist eine der digitalen Kommunikation, die durch Virtualität und

Mehrdimensionalität, insbesondere auch durch eine Abkoppelung von den physikalischen Grenzen von Zeit und Raum gekennzeichnet ist.¹³ Digitale Kommunikation ist kontinuierlich und stellt ein allgegenwärtiges Phänomen dar.¹⁴ Tweets, E-Mails, Blogs, gepostete Bilder und Selfies, Online-Chats werden andauernd produziert und sind wesentlicher Teil unserer sozialen Existenz sowie konstitutives Element unserer digitalen Kultur.¹⁵ Damit erscheint *Luhmanns* Überzeugung, dass Kommunikationsprozesse das Fundament sind, auf dem die soziale Realität aufgebaut wird,¹⁶ durch die Strukturen des sozialen Lebens im digitalen Zeitalter eine gewisse Bestätigung zu erfahren. Auf jeden Fall steht Kommunikation im Alltag der Netzgesellschaft expliziter, drastischer und offensichtlicher im Vordergrund als in der nicht-digitalen Welt der (in der Kommunikationswissenschaft häufig so genannten) „Gutenberg-Galaxis“¹⁷. Durch den globalen Siegeszug des Internets wurde Kommunikation bereits in ihrer Immaterialität greifbar und in ihrer Allgegenwärtigkeit sichtbar.

Sind Kommunikationen heute gesellschaftlich präsenter und die Gesellschaft unmittelbar prägender als in der nicht-digitalen Zeit (zum Teil spricht man sogar von einem kulturell nicht mehr beherrschbaren Kommunikations-Overflow),¹⁸ dürfte es kaum überraschend sein, dass Kommunikationen auch eine größere Strafrechtsrelevanz erlangen. Hate Speech in sozialen Netzwerken, Internet-Mobbing, Fake News und Social Bots stellen Paradebeispiele für „entfesselte Kommunikation“¹⁹ dar, die strafrechtliche Dimension erlangen kann. Internetbeleidigungen und Volksverhetzung im Netz und Social-Media-Plattformen stellen einen beträchtlichen Teil der Netzrealität dar.²⁰ Neben den Beleidigungsdelikten ist auch an Phänomene wie Sexting und Cyber-Grooming zu denken, also an sexuell motivierte Anbahnungskommunikation mit Minderjährigen. Kommunikation über Sexualität, darunter fällt vor allem die Pornografie, kann unter den technischen Bedingungen des Internets unkontrollierbare Auswirkungen entfalten.²¹ Haben wir also vorher festgestellt, dass die Digitalisierung Kommunikationen greifbarer und

¹ *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903, S. 71 f.

² *Ast*, Handlung und Zurechnung, 2019, S. 11.

³ *Luhmann*, Soziale Systeme, 1987, S. 192.

⁴ *Luhmann* (Fn. 3), S. 192.

⁵ *Luhmann* (Fn. 3), S. 191 f.; *Schuldt*, Systemtheorie. Theorie für die vernetzte Gesellschaft, 2017, S. 47 f.

⁶ *Schuldt* (Fn. 5), S. 48.

⁷ *Luhmann* (Fn. 3), S. 192; *Schuldt* (Fn. 5), S. 48.

⁸ *Schuldt* (Fn. 5), S. 48.

⁹ Allgemein zur Handlung als Körperverhalten siehe *Ast* (Fn. 2), S. 15.

¹⁰ *Radbruch* (Fn. 1), S. 34 f., *Radbruch* setzt sich mit *Jherings* naturhistorischer Methode auseinander. Zu *Jherings* naturhistorischer Methode, siehe *Kroppenberg*, Die Plastik des Rechts, Sammlung und System bei Rudolf v. Jhering, 2015, S. 17 ff.

¹¹ So *Radbruch* (Fn. 1), S. 34.

¹² Vgl. *Meinel/Sack*, Digitale Kommunikation, Vernetzen, Multimedia, Sicherheit, 2009, S. 12.

¹³ *Meinel/Sack* (Fn. 12), S. 12.

¹⁴ *Meinel/Sack* (Fn. 12), S. 12; *Stalder*, Kultur der Digitalität, 4. Aufl. 2019, S. 137.

¹⁵ *Stalder* (Fn. 14), S. 137.

¹⁶ *Luhmann* (Fn. 3), S. 193.

¹⁷ *Stalder* (Fn. 14), S. 9, der Begriff stammt ursprünglich von McLuhan, *The Gutenberg-Galaxy – The Making of Typographic Man*, 1962.

¹⁸ *Schuldt* (Fn. 5), S. 102.

¹⁹ *Schuldt* (Fn. 5), S. 102.

²⁰ Eine Entwicklung, die schon am Anfang der Nuller-Jahre festgestellt wurde, siehe *Sieber*, ZRP 2001, 97; vgl. auch *Bremer*, MMR 2002, 147.

²¹ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 184 Rn. 25, der allerdings auch zu Recht auf die teilweise irrationale Angstverbreitung hinsichtlich der Gefahren der digitalen Kommunikation hinweist.

sichtbarer macht, stellen wir nun fest, dass die Digitalisierung Kommunikation zugleich entfesselt und unkontrollierbar macht. Greifbarkeit und Unkontrollierbarkeit der digitalen Kommunikation stellen die entscheidenden Katalysatoren für die Entwicklung eines, wie ich hier sagen möchte, *Kommunikationsstrafrechts* dar.

Mit der Einführung dieses Terminus ist keine grundsätzliche Abkehr vom Handlungsbegriff als dem Ausgangspunkt des Straftatsystems – oder in *Radbruchs* Worten – als dem „festen Knochengestüt“²² der Verbrechenslehre beabsichtigt. Kommunikationsstrafrecht soll nicht generell an die Stelle des in unserem strafrechtswissenschaftlichen Bewusstsein fest verankerten Handlungsstrafrechts treten, sondern als spezielle Bezeichnung jenes Phänomenbereichs fungieren, bei dem das Moment der Kommunikation vor allem wegen der besonderen technischen, „digitalen“ Rahmenbedingungen explizit und greifbar im Vordergrund steht, so dass seine „Zerlegung“ in einzelne Handlungen²³ nicht nur nicht nötig, sondern sogar wenig geeignet für die Bestimmung der angemessenen Reichweite der Strafbarkeit ist. Sieht man z.B. im Falle des Cyber-Groomings die Kommunikation als zentrales Moment des deliktischen Vorgangs, erkennt man das Hauptproblem, das die lange kontrovers diskutierte Einführung einer Versuchsstrafbarkeit in vielen Fällen mit sich bringen kann,²⁴ nämlich die Unbestimmtheit hinsichtlich des unmittelbaren Ansatzens. Versuchte Kommunikation im Sinne von § 176 Abs. 6 StGB könnte so wenig bestimmbar und nachweisbar sein wie eine versuchte (und deswegen straflose) Beleidigung, da sie stark absichtsbhängig ist. Der strafbare Kommunikationsversuch erscheint schneller als der Versuch einer Handlung, die dafür eher Anhaltspunkte bietet (oder zu bieten scheint), im kritischen Licht des Vorwurfs, auf ein Verdachts- oder Gesinnungsstrafrecht hinauszulaufen.²⁵ Die Auffassung des Delikts im üblichen handlungsbezogenen Vokabular kaschiert in gewissem Maße die Konturlosigkeit eines Kommunikationsversuchs und verleitet, wenn nicht zu dog-

matischen Fehlern, so doch womöglich zu kriminalpolitischen.

Unter dem Begriff „Kommunikationsstrafrecht“ soll eine Reihe von Delikten, die bisher durch die Begriffe „Computer-, Internet- oder Informationsstrafrecht“²⁶ erfasst wurden, zusammengeführt und durch die Entwicklung von allgemeinen, die einzelnen Delikte übergreifenden Prinzipien systematisch aufgearbeitet werden. Als gemeinsamer Bezugspunkt der Merkmale und der Erscheinungsformen der Straftaten soll das Moment der digitalen Kommunikation fungieren.²⁷ Maßgebend für die Leistungsfähigkeit eines Kommunikationsstrafrechts ist die Ausarbeitung eines strafrechtlichen Kommunikationsbegriffs – als Äquivalent zum strafrechtlichen Handlungsbegriff –, der sich an ein allgemeines Kommunikationskonzept anknüpfen lässt.²⁸

II. Intransparente digitale Kommunikation und Strafvorfahrensrecht

Die Entstehung des neuen Rechtsgebiets „Kommunikationsstrafrecht“, das hier in seinen Grundzügen lediglich angedeutet wird – die Ausarbeitung dieses Rechtsgebiets stellt ein größeres Unterfangen dar und ihm soll eine eigene Untersuchung gewidmet werden –, ist nicht das einzige Unternehmen, das die Digitalisierung der Gesellschaft und die „Besonderheit vernetzter Interaktionen“²⁹ nahe legen. Den Besonderheiten digitaler Kommunikation sollte auch das Strafvorfahrensrecht angepasst werden. In diesem Zusammenhang bilden vor allem die Intransparenz, die Undurchschaubarkeit und Unberechenbarkeit der digitalen Kommunikation den Ausgangspunkt für Überlegungen zur Anpassung und Änderung.³⁰ In seinem Spätwerk „Die Gesellschaft der Gesellschaft“ schrieb *Luhmann* 1997 „[d]ie Autorität der Quelle mit all den erforderlichen sozialstrukturellen Absicherungen [...] wird entbehrlich, ja durch Technik annulliert und ersetzt durch die Unbekanntheit der Quelle“.³¹ Wie Recht *Luhmann* hatte, kann man heute in zweierlei Hinsicht feststellen: erstens in der durch Algorithmen ermöglichten Mensch-Computer-Kommunikation,³² hier erzeugen Kalküle und Rechenvor-

²² *Radbruch* (Fn. 1), S. 72.

²³ *Luhmann* (Fn. 3), S. 193.

²⁴ Zur Diskussion statt vieler *Dessecker*, *KriPoZ* 2019, 282.

²⁵ Abgesehen davon, dass schon die Strafbarkeit des vollendeten Delikts stark auf die Gesinnung des Täters abstellt. In Abkehr von der Regel, dass Vorbereitungshandlungen straflos sind, wird im Rahmen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wegen der verwerflichen Absicht des Täters, später eine Straftat zu begehen, d.h. hier, das Kind später zu sexuellen Handlungen zu bringen, eine Vorbereitungshandlung bestraft, vgl. *B. Heinrich*, *KriPoZ* 2017, 4, in seiner treffenden Kritik zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland; ähnlich *Lederer*, *LTO* v. 3.12.2019, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cybergrooming-sexualstrafrecht-internet-kinder-vorbereitung-versuch-strafbarkeit/> (2.9.2020); vgl. auch *Fischer* (Fn. 21), § 176 Rn. 15, der zu Recht darauf hinweist, dass der Tatbestand Vorbereitungshandlungen erfasst, die als solche von außen nicht erkennbar sind; vgl. *Renzikowski*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 176 Rn. 54.

²⁶ Siehe *Eisele*, *Computer- und Medienstrafrecht*, 2013; *Hilgendorf/Valerius*, *Computer- und Internetstrafrecht*, 3. Aufl. 2020.

²⁷ Vgl. zum Handlungsbegriff *Ast* (Fn. 2), S. 11.

²⁸ Vgl. zum Handlungsbegriff *Ast* (Fn. 2), S. 11.

²⁹ *Beck*, in: *Fischer/Hoven* (Hrsg.), *Schuld*, 2017, S. 289.

³⁰ Zur Intransparenz der Kommunikation s. *Schuldt* (Fn. 5), S. 100.

³¹ *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 309; siehe dazu auch *Schuldt* (Fn. 5), S. 100; von Quellen der Unbestimmtheit in der technisierten Gesellschaft spricht *Bruno Latour*, *Latour*, *Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft*, 2007, S. 50 ff.

³² In der Kommunikationswissenschaft bildet Algorithmizität eine von drei Merkmalen der digitalen Kultur, *Stalder* (Fn. 14), S. 13; allgemein zu den Besonderheiten der Mensch-Computer-Kommunikation *Röhner/Schütz*, *Psychologie der Kommunikation*, 2. Aufl. 2016, S. 110 f.

gänge unbestimmter Herkunft³³ neue Formen von Kommunikationsrealitäten, zweitens in der Anwendung von Verschlüsselungstechnologie zur Anonymisierung der IP-Adressen von Kommunikationspartnern sowie zur Chiffrierung von Nachrichten in komplexen Kryptosystemen.³⁴

1. Neujustierungen des Zweifelsgrundsatzes

Anpassungsversuche des Strafverfahrensrechts angesichts dieser Intransparenz und Undurchschaubarkeit digitaler Kommunikation sind in den letzten Jahren bereits unternommen worden. Die bisher eingeführten Änderungen des Strafverfahrensrechts orientieren sich allerdings hauptsächlich an dem Ziel der effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrensrechts.³⁵ Die Anonymisierung der Quelle der Kommunikation und ihres Inhalts stellt die Verfolgung von Straftaten im Internet vor große Herausforderungen.³⁶ Darknet und Dark-Messenger dienen nicht nur als Foren für Whistleblower und politisch Verfolgte in autoritären Regimen, sondern bilden auch abgeschottete Bereiche des Internets, in denen kriminelle Foren entstehen können und Ermittlungen der Strafverfolgungsorgane erschwert sind.³⁷ Vor diesem Hintergrund sind neue Eingriffsmaßnahmen wie die Online-Durchsuchung und die Quellen-TKÜ eingeführt worden, damit verdeckte und mit technischen Mitteln praktizierte Kriminalität effektiv mit denselben Mitteln bekämpft wird, d.h. auch verdeckt und mit dem Einsatz von Technik.³⁸ Die Unbestimmtheit und Intransparenz der digitalen Kom-

munikation hat also bisher lediglich als Legitimation für die Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse fungiert.

Damit sind sie in ihrer Relevanz für grundlegende Änderungen des Strafverfahrensrechts bislang nur verkürzt oder einseitig (eben aus der Ermittlungsperspektive) wahrgenommen worden. Pseudonyme, Passwörter, Verschlüsselungen und Anwendung von virtuellen Kryptowährungssystemen können oft zu Beweisschwierigkeiten führen. Außer der Kryptografie und der Verschlüsselungstechnik verstärken die Abwesenheit von raum-zeitlichen Face-to-Face-Interaktionen³⁹ sowie der ubiquitäre Zugang zum Internet die Intransparenz der digitalen Kommunikation und können Zweifel hinsichtlich der Sachlage und der Kommunikationsquelle auslösen. Vor diesem Hintergrund beschränkt sich die Bedeutung von Unbestimmtheit und Intransparenz digitaler Kommunikation nicht auf den Bereich der Überwachungsbefugnisse, sondern erstreckt sich auch auf den Bereich der Urteilsfindung und konkreter auf den Bereich der Anwendung des Zweifelsatzes. Führen Anpassungen der Ermittlungs- und Überwachungsmethoden an die Besonderheiten der digitalen Kommunikation zur Intensivierung von Eingriffen in die Grundrechte von Verdächtigen einerseits, können andererseits Änderungen im Bereich der Anwendung des Zweifelsgrundsatzes zur Stärkung der Rechtsposition des Beschuldigten führen. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ könnte zu einem wichtigen Sicherungssystem aufgebaut werden, das einen gewissen (und aus Fairnessgesichtspunkten auch gebotenen) Ausgleich für die auf Ermittlungsebene stattfindenden Eingriffsintensivierungen bietet.⁴⁰

Drei verbreitete Auffassungen hinsichtlich der Reichweite des Zweifelsgrundsatzes im Strafprozess sollten in diesem Zusammenhang überdacht werden: erstens die These, dass der in dubio pro reo-Grundsatz für einzelne Indizien nicht in Betracht kommt,⁴¹ zweitens die Auffassung, dass der in dubio pro reo-Grundsatz bei unerreichbaren Beweismitteln keine Anwendung findet⁴² und drittens die Auffassung, dass der in dubio pro reo-Grundsatz bei Verfahrensfehlern der Ermitt-

³³ Baecker, Studien zur nächsten Gesellschaft, 2007, S. 18.

³⁴ Zur Verschlüsselungstechnologie und Kryptografie siehe Meinel/Sack (Fn. 12), S. 314; zur Verschlüsselungstechnologie im Darknet Rückert, Politische Studien 69 (2018), 12.

³⁵ Siehe dazu Freiling/Safferling/Rückert, JR 2018, 9.

³⁶ Weitere Schwierigkeiten bei der Verfolgung der Straftäter entstehen durch den Auslandsbezug der Straftaten im Internet, dazu Sieber (Fn. 20), S. 98.

³⁷ Krause, NJW 2018, 678 f.; siehe auch Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Einführung einer eigenständigen Strafbarkeit für das Betreiben von internetbasierten Handelsplattformen für illegale Waren und Dienstleistungen, BR-Drs. 443/19, S. 1. Die anonyme und verschlüsselte Kommunikation kann vor einem staatlichen Panoptismus schützen und die Bewahrung der Intimsphäre gewährleisten, empirische Untersuchungen zeigen allerdings, dass ein großer Teil der Websites im Darknet strafrechtsrelevant ist, so Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (242) mit weiteren Hinweisen; siehe auch hinsichtlich des Rechtsradikalismus den Bericht von Röhlig, bento v. 19.9.2019, abrufbar unter <https://www.bento.de/politik/rechtsextreme-auf-telegram-warum-der-messenger-bei-identitaeren-und-neonazis-beliebt-wird-a-bc1b4560-9a92-4a8b-b718-c1455ae76df1> (2.9.2020); ausführlicher zu den Strafverfolgungsschwierigkeiten Safferling/Rückert, in: Konrad-Adenauer Stiftung – Analyse & Argumente, 2018, S. 1 f; Rückert (Fn. 34), S. 12 ff.

³⁸ In diesem Zusammenhang ist die Rede von einer „Waffengleichheit mit den Cyber-Kriminellen“, Rückert (Fn. 34), S. 19. Ausführlich zu den neuen Maßnahmen Freiling/Safferling/Rückert (Fn. 35), S. 9 ff.

³⁹ Zu den Unterschieden zwischen Face-to-Face/direkter Individualkommunikation und digitaler Kommunikation siehe Röhner/Schütz (Fn. 32), S. 107 ff.

⁴⁰ Zur Kompensation „staatliche[n] Informationsvorsprung[s]“ nach intensiven verdeckten Ermittlungen durch den Aufbau von Sicherungssystemen Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 232.

⁴¹ BGHSt 36, 286 (289 ff.); BGH NStZ 2001, 609; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 63. Aufl. 2019, § 261 Rn. 29; Beulke/Swoboda (Fn. 40), Rn. 490; Zopfs, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999, S. 277; Walter, JZ 2006, 340 (347 f.); Volk, NStZ 1983, 422 (424); Stree, JZ 1974, 299; Grünwald, in: Barth (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970, 1970, S. 53 (65 f.); Schwabenbauer, Der Zweifelsgrundsatz im Strafprozessrecht, 2012, S. 60.

⁴² BGHSt 49, 112 (122 f.); Walter (Fn. 41), S. 349; Schwabenbauer (Fn. 41), S. 64.

lungsbehörden oder des Tatgerichts nicht gilt.⁴³ Während die Nichtanwendung des Zweifelssatzes bei Verfahrensfehlern immer wieder der Kritik⁴⁴ ausgesetzt ist, hat die erste Annahme bezüglich der Indiztatsachen und der unerreichbaren Beweismittel bisher wenig Widerspruch⁴⁵ erfahren. Beide Thesen wurzeln in demselben fest etablierten Gedanken, dass der Zweifelsgrundsatz keine Beweiswürdigungsregel ist, sondern lediglich eine Entscheidungsregel.⁴⁶ Eine Abkehr von beiden Thesen verlangt ein radikales Umdenken, was die Verortung des in dubio pro reo-Grundsatzes innerhalb der Urteilsfindung betrifft. Dies soll hier an der Problematik von Behauptungen gezeigt werden, die sich auf Indizien beziehen, d.h. auf Tatsachen, die einen Schluss auf sog. Haupttatsachen zulassen.⁴⁷

2. Der in dubio pro reo-Grundsatz bezüglich einzelner Indizien

Vor dem Hintergrund des ubiquitären Zugangs zum Internet und der Omnipräsenz digitaler Kommunikationstechnik kann man beispielhaft an folgende Konstellation denken: Der Angeklagte behauptet, dass er nicht allein Zugang zu dem von den Ermittlungsbehörden mit einer Spähsoftware (Staatstrojaner)⁴⁸ infiltrierten Rechner hatte. Sein Behaupten wird von ihm glaubhaft substantiiert, aber trotz umfassenden Aufklärungsversuchs lässt sich das Behauptete weder ausschließen noch erweisen. Es bleibt mit Zweifeln behaftet. Nach herrschender Auffassung wäre der in dubio pro reo-Grundsatz in diesem Fall nicht anwendbar. Wäre in dubio pro reo hier anwendbar – so die Begründung –, würde etwas Ungewisses und nur Wahrscheinliches unberechtigterweise als wahr unterstellt.⁴⁹ Man fragt sich allerdings, wie dieses Argument mit der Wahrunterstellung beim Beweisantrag nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO als „Vorwegnahme des Zweifelsgrundsatzes“⁵⁰ zu

vereinbaren ist.⁵¹ Es gilt nämlich nach herrschender Meinung beim Beweisantrag, dass Hilfs- oder Indiztatsachen als wahr unterstellt werden können.⁵²

Auch mit der herrschenden Meinung, wonach belastende Indizien immer bewiesen sein müssen, damit sie der Urteilsfindung zugrunde gelegt werden dürfen,⁵³ lässt sich der Ausschluss des Zweifelsgrundsatzes bei nicht erwiesenen Tatsachen nicht vereinbaren. Ein entlastender Umstand, der nicht erwiesen wird, ist in der Regel auch als belastendes Indiz formulierbar.⁵⁴ Man kann sagen, der Beschuldigte war möglicherweise nicht der einzige Nutzer des Rechners, man kann aber dasselbe auch aus der Perspektive des Beschuldigten negativ formulieren, etwa: der Beschuldigte war möglicherweise der einzige Nutzer des Rechners. Das Nichterwiesene ist nach beiden wertenden Richtungen offen. Eine fehlende Entlastung wird oft eine potenzielle Belastung einschließen, so dass eine Unterscheidung zwischen Entlastungs- und Belastungsindizien hinsichtlich der Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes kaum zu überzeugen vermag.⁵⁵ Der Zweifelsgrundsatz sollte vielmehr auf alle Indizien anwendbar sein. Erst dadurch erfüllt der Grundsatz seine Hauptaufgabe, wie sie oft in der Literatur formuliert wird, dass „von mehreren Sachverhalten, die bei dieser Sachlage möglich erscheinen, für die Entscheidung von dem Sachverhalt ausgegangen [wird], der für den Angeklagten am günstigsten ist“.⁵⁶

Schaut man sich die Aufgabe genauer an, „von mehreren möglichen Sachverhalten den günstigsten als Ausgangspunkt der Entscheidung auszuwählen“, stellt man Folgendes fest: Hierin kommt zuerst unweigerlich die Funktion des in dubio pro reo-Grundsatzes als Entscheidungsregel zum Ausdruck. Die Entscheidung bei Ungewissheit wird also erst ermöglicht, wenn der für den Beschuldigten günstigste Sachverhalt fest-

⁴³ Schmitt (Fn. 41), § 136a Rn. 33; Kleinknecht, NJW 1966, 1537 (1544).

⁴⁴ Jahn, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, C 108 f.; Ambos, StV 2009, 151; Beulke/Swoboda (Fn. 40), Rn. 143; Michael, Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht, 1981, S. 7; Lüderssen, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, 1983, S. 527 (538); vgl. auch Müller, Behördliche Geheimhaltung und Entlastungsvorbringen des Angeklagten, 1992, S. 80.

⁴⁵ Kritisch Tenckhoff, Die Wahrunterstellung im Strafprozeß, 1980, S. 147 ff.; S. 150; ders., JR 1978, 348 (349); Herdegen, NSStZ 1984, 337 (342 ff.).

⁴⁶ So BGHSt 49, 112 (122 f.); BGH NSStZ 2001, 609; Schmitt (Fn. 41), § 261 Rn. 26; Schwabenbauer (Fn. 41), S. 64; Walter (Fn. 41), S. 349; Volk (Fn. 41), S. 423.

⁴⁷ Beulke/Swoboda (Fn. 40), Rn. 405.

⁴⁸ Zu der Überwachung „laufender Kommunikation“ im Rahmen der Quellen-TKÜ mittels eines sog. Staatstrojaners ausführlich Freiling/Safferling/Rückert (Fn. 35), S. 6.

⁴⁹ Walter (Fn. 41), S. 348.

⁵⁰ Herdegen (Fn. 45), S. 340; Grünwald (Fn. 41), S. 65, der allerdings die Wahrunterstellung hinsichtlich Indiztatsachen ablehnt. Die Nichtanwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes für Indiztatsachen bedeutet nach Grünwald die Unzu-

lässigkeit der Wahrunterstellung entlastender Tatsachen (a.a.O., S. 65 f.). Diese Auffassung ist zwar konsequenter als die h.M., die einerseits die Wahrunterstellung von Indizien nach einem Beweisantrag als zulässig erachtet und andererseits die Anwendung des Zweifelssatzes bei Indizien generell ablehnt, sie stellt jedoch auf die unrichtige Prämisse ab, dass der Grundsatz in dubio pro reo innerhalb der Beweiswürdigung nicht gilt.

⁵¹ Vgl. Herdegen (Fn. 45), S. 341.

⁵² Beulke/Swoboda (Fn. 40), Rn. 447; Herdegen (Fn. 45), S. 341 m.w.H.

⁵³ Beulke/Swoboda (Fn. 40), Rn. 447; Schmitt (Fn. 41), § 261 Rn. 25 ff.; BGH StV 2007, 512 f.

⁵⁴ Vgl. Volk (Fn. 41), S. 424.

⁵⁵ So auch Volk (Fn. 41), S. 424, der allerdings aus der fehlenden Unterscheidung den Gegenschluss zieht. Der in dubio pro reo-Grundsatz sei generell auf Indizien nicht anwendbar, weder auf belastende noch auf entlastende.

⁵⁶ Lüderssen/Jahn, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2007, Einl. Abschn. M Rn. 59.

gelegt wird.⁵⁷ Aber dies ist nicht die einzige Funktion des Grundsatzes, die hier impliziert wird, auch seine Rolle als Beweiswürdigungsregel kommt zum Ausdruck. Die Festlegung des Sachverhalts als Voraussetzung einer Entscheidung findet innerhalb der Beweiswürdigung statt und stellt ihr Ergebnis dar. Als Zwischenschritte zur Festlegung des Sachverhalts müssen die einzelnen Indizien bewertet werden und als einzelne *Teilsachverhalte* des gesamten Falles behandelt werden. Die richtige Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf das gesamte Ergebnis setzt dann die Anwendung des Prinzips auf die Teile des Gesamten, also auf die Zwischenschritte, voraus. Bleibt das Indiz ungewiss, greift schon an dieser Stelle der Zweifelsgrundsatz ein, damit der für den Beschuldigten günstigste *Teilsachverhalt* bestimmt wird, der wiederum in das gesamte Ergebnis einfließt. Was das hier verwendete Beispiel der Anzahl der Nutzer betrifft, sollte man bei Ungewissheit davon ausgehen, dass mehrere Nutzer Zugang zum Rechner hatten oder haben. Die Anwendung des in dubio reo-Grundsatzes beschränkt sich hier nur auf die Indiztatsache selbst und erfasst nicht die aus dem Indiz nur als Möglichkeit und auf keinen Fall zwingend abgeleitete Schlussfolgerung der fehlenden Täterschaft.⁵⁸ Die als wahr unterstellte Tatsache, dass der Beschuldigte nicht der einzige Nutzer des betreffenden Rechners ist, besagt noch nicht zwingend, dass seine Täterschaft ausgeschlossen ist. Die Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes auf den Indizienbeweis als Teil des gesamten Beweiswürdigungsprozesses bedeutet nicht die Vorwegnahme seines Ergebnisses,

sondern die konsequente Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips bezüglich aller Zwischenschritte auf dem Weg zur Urteilsfindung.⁵⁹

Wie verhält es sich aber mit Indizien, aus denen sich ein zwingender Schluss auf eine unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache ergeben würde, wenn sie als wahr unterstellt würden? Der wegen Verstoßes gegen § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB Beschuldigte behauptet, dass ihm bei der Online-Kommunikation nicht bewusst war, dass es sich bei seinem Kommunikationspartner um ein reales Kind handelte. Er sei davon ausgegangen, dass er mit einem realitätsnah abgebildeten Avatar kommuniziert habe, also mit einer durch Algorithmen graphisch erzeugten künstlichen Figur.⁶⁰ Stimmt die Behauptung, wäre hier zwingend ein Tatbestandsirrtum anzunehmen, so dass auch eine Anwendung des Zweifelsgrundsatzes in diesem Fall gleich zum Vorsatzausschluss führen würde. Die Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf das Indiz für einen Tatbestandsirrtum (darauf bezieht sich die Behauptung des Angeklagten)⁶¹ hätte hier eine unmittelbare Wirkung auf das Ergebnis der Gesamtwürdigung.

Hierin sieht die herrschende Meinung ein Voreingreifen in das Endergebnis der Beweiswürdigung.⁶² Bedenkt man allerdings, dass die Beweiswürdigung des jeweiligen Indizes unter Berücksichtigung des gesamten Beweismaterials erfolgt,⁶³ verliert der Vorwurf des Voreingreifens in der Gesamtwürdigung an Berechtigung. Wegen der „wechselseitigen Abhängigkeit der einzelnen Indiztatsachen“⁶⁴ nehmen Zweifel hinsichtlich Indizien, die eine zwingende Schlussfolgerung über entscheidungserhebliche Tatsachen zulassen, das Ergebnis einer Gesamtwürdigung nicht vorweg. Dies wäre nur der Fall, wenn die Gesamtwürdigung noch nicht stattgefunden hätte,⁶⁵ diese findet jedoch stets zugleich mit der Würdigung des einzelnen Indizes statt. Die Glaubwürdigkeit der Irrtumsbehauptung des Beschuldigten wird an der Gesamtheit des Beweismaterials gemessen.⁶⁶ Wird die Irrtumsbehauptung dann nicht widerlegt, ist das Gericht, nicht anders als nach der Gesamtwürdigung von Haupttatsachen, gezwungen, den in dubio pro reo-Grundsatz anzuwenden.⁶⁷

Daher entfaltet die Unterscheidung von Zwischenergebnissen und Endergebnis der Beweiswürdigung ihren Sinn nur bei den Indizien, die nur einen möglichen Schluss zulassen, wie bei dem oben erwähnten Beispiel der Nutzerzahl.⁶⁸ Die Anwendung des Zweifelsgrundsatzes bei diesen Indizien soll dafür sorgen, dass in das Endergebnis kein aus rechtsstaatlich-

⁵⁷ Vgl. *Volk* (Fn. 41), S. 423, der allerdings nur eine Sicherung der Rechtsentscheidung sieht ohne Festlegung des günstigsten Sachverhalts. Die tatsächliche Ungewissheit bleibe, eine Beweiswürdigungsregel enthalte der Grundsatz nicht: „sie gebietet nicht bei Zweifeln die günstige(re) Variante als sicher festzustellen“. Einzuwenden ist hierbei Folgendes: „In dubio pro reo“, so auch *Volk*, ist eine Fiktion. Die Rede von Wahrunterstellung entspricht genau dieser Funktion des Grundsatzes als Fiktion. Eine Wahrunterstellung ist eben keine Feststellung. Gegen eine Wahrunterstellung innerhalb der Beweiswürdigung ist aus logischem Gesichtspunkt nichts einzuwenden. Die Entscheidung, die Wahrunterstellung aus dem Bereich der Beweiswürdigung auszuschließen, ist eine normative Entscheidung, worauf *Volk* an anderer Stelle selber hinweist (S. 423), die von der Befürchtung motiviert wird, dass die freie richterliche Beweiswürdigung durch den Zweifelsgrundsatz bei den Zwischenschritten auf dem Weg zur Urteilsfindung stark einbüßen wird. Diese Sorge ist allerdings nicht gerechtfertigt, wenn man die „wechselseitige Abhängigkeit“ der Beweismittel (*Tenckhoff* [Fn. 45], S. 349) im Auge behält, die dazu führt, dass Glaubwürdigkeit der Irrtumsbehauptung des Beschuldigten an der Gesamtheit des Beweismaterials gemessen wird (dazu an späterer Stelle). Wenn die Beweiswürdigung mittels Wahrunterstellung ermöglicht wird, wird infolgedessen außerdem auch die Rechtsentscheidung gesichert, so dass eine klare Trennung zwischen Entscheidungs- und Beweiswürdigungsregel und eine klare Zuordnung des Grundsatzes gekünstelt wirken.

⁵⁸ *Tenckhoff* (Fn. 45), S. 349; *ders.* (Fn. 45), S. 150 ff.

⁵⁹ Zur Ableitung des in dubio pro reo-Grundsatzes aus dem Rechtsstaatsprinzip siehe *Schwabenbauer* (Fn. 41), S. 48.

⁶⁰ *Wittmer/Steinebach*, MMR 2019, 650 (651 f.).

⁶¹ Ähnliches Beispiel bei *Walter* (Fn. 41), S. 347.

⁶² *Volk* (Fn. 41), S. 424.

⁶³ *Tenckhoff* (Fn. 45), S. 349; *Herdegen* (Fn. 45), S. 341.

⁶⁴ *Tenckhoff* (Fn. 45), S. 349.

⁶⁵ Von einer nicht stattgefundenen Gesamtwürdigung geht *Volk* aus bei seiner Argumentation gegen die Anwendung des Grundsatzes auf Indizien, *Volk* (Fn. 41), S. 424.

⁶⁶ Vgl. *Tenckhoff* (Fn. 45), S. 349.

⁶⁷ *Tenckhoff* (Fn. 45), S. 349.

⁶⁸ Vgl. *Tenckhoff* (Fn. 45), S. 349.

cher Sicht bedenklischer Zwischenschluss einfließt. Jeder Teilaspekt des Sachverhalts soll bei Zweifeln in seiner für den Beschuldigten günstigsten Form bei der Festlegung des gesamten Sachverhalts berücksichtigt werden. Die Geltung des Zweifelsgrundsatzes für die Indiztatsache versagt dem Gericht, worauf bereits *Jörg Tenckhoff* hingewiesen hat, aus nicht widerlegten Tatsachen Folgerungen zum Nachteil des Angeklagten zu ziehen, die nicht erwiesen wurden.⁶⁹ Vor allem wird dadurch das Herunterspielen von Zweifeln bei der richterlichen Überzeugungsbildung erschwert. Ferner wird die Aufgabe des prozessualen Tatnachweises als Kompensation für tiefgehende staatliche Ermittlungsmethoden für die staatlichen Stellen erschwert.

3. Der in dubio pro reo-Grundsatz bezüglich unerreichbarer Beweismittel und Verfahrensfehler

Die Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes bei Indiztatsachen stellt allerdings nicht die einzige Möglichkeit dar, um die Stellung des Grundsatzes innerhalb des Verfahrensrechts zu verstärken. Wie schon erwähnt, kommen noch weitere Möglichkeiten in Betracht, die allerdings hier nur angedeutet werden sollen. Entgegen der herrschenden Meinung sollte die Anwendung des Grundsatzes bei unerreichbaren Beweismitteln in Erwägung gezogen werden. Bleibt ein Beweismittel unerreichbar und ist dafür der Staat verantwortlich, weil er z.B. den Inhalt einer Akte geheim hält,⁷⁰ sollte man die Beweisbehauptung, wenn sie vom Beschuldigten stammt, zu seinen Gunsten als wahr unterstellen,⁷¹ vor allem, wie *Klaus Lüderssen* angemerkt hat, wenn das Beweismittel das einzige ist, das die Behauptung erweisen könnte.⁷² Auch bei Verfahrensfehlern der Ermittlungsbehörden sollte der Zweifelsgrundsatz gelten. Die h.M., wonach der volle Nachweis durch den Beschuldigten erbracht werden muss, ist zu überdenken.⁷³ Verfahrensfehler sind schwer nachweisbar.⁷⁴ Eine mittlerweile zunehmend verbreitete Gegenansicht verlangt zu Recht die Unverwertbarkeit des Beweismittels, wenn der Beschuldigte Umstände nachweist, die Anlass geben, an der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmethode zu zweifeln.⁷⁵

III. Fazit

Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Die Digitalisierung erfordert bestimmte Anpassungsleistungen des Strafrechts sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht. Im Mittelpunkt der grundlegenden Neujustierungen sollte jener Vorgang stehen, der in der heutigen Netzgesellschaft als konstitutives Moment sozialer Prozesse von zentra-

ler Bedeutung ist: die Kommunikation. Dies würde für das materielle Strafrecht die Ausarbeitung eines strafrechtlichen Kommunikationsbegriffs bedeuten, der als Bindeglied zwischen Delikten fungieren könnte, die bisher durch die Begriffe „Computer- Internet- oder Informationsstrafrecht“⁷⁶ erfasst wurden und der sich auf die Anpassung herkömmlicher Zurechnungsstrukturen vereinheitlichend und systematisierend auswirken könnte.

In prozessualer Hinsicht ergibt sich unter anderem das Erfordernis einer Neujustierung des klassischen Grundsatzes „in dubio pro reo“. Undurchschaubare und unberechenbare digitale Kommunikation bedeutet Beweisambivalenzen, die sich zu Lasten des Beschuldigten auswirken können. Das Problem der „Unbekanntheit der Quelle“⁷⁷ digitaler Kommunikation hat bisher allerdings lediglich als Legitimation für die Erweiterung von Ermittlungsbefugnissen Berücksichtigung gefunden. Die Anpassung des Strafprozessrechts an die Eigenheiten digitaler Kommunikation verlief vor allem über eine Anpassung an die verdeckten und technischen Methoden der digitalen Kriminalität. Die Intransparenz der „entfesselten Kommunikation“⁷⁸ soll mit der Intransparenz der Ermittlungs- und Eingriffsmaßnahmen bekämpft werden. Eine Kompensation für den dadurch entstehenden staatlichen „Informationsvorsprung“⁷⁹ kann durch eine Verstärkung der Geltung des Zweifelsgrundsatzes im Prozessrecht hergestellt werden. Die Unbestimmtheit der Quelle liefert nicht einseitig den Grund für die Effektivierung der Ermittlungsinstrumente, sondern macht es erforderlich, auch den Bereich des prozessualen Tatnachweises noch stärker durch eine Inpflichtnahme des Staates im Sinne einer Zurückhaltung bei der Annahme von Wahrheiten auszugestalten.

⁶⁹ *Tenckhoff* (Fn. 45), S. 349; *ders.* (Fn. 45), S. 150.

⁷⁰ Zur Konstellation *Walter* (Fn. 41), S. 349.

⁷¹ *Michael* (Fn. 44), S. 7; *Lüderssen* (Fn. 44), S. 538; vgl. auch *Müller* (Fn. 44), S. 80.

⁷² *Lüderssen* (Fn. 44), S. 538; zur Auffassung von *Lüderssen* s. *Müller* (Fn. 44), S. 77 ff.

⁷³ *Jahn* (Fn. 44), 108 f.; *Ambos* (Fn. 44), 151; *Beulke/Swoboda* (Fn. 40), Rn. 143.

⁷⁴ *Jahn* (Fn. 44), 109; *Beulke/Swoboda* (Fn. 40), Rn. 143.

⁷⁵ *Jahn* (Fn. 44), 109; *Beulke/Swoboda* (Fn. 40), Rn. 143.

⁷⁶ *Eisele* (Fn. 26); *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26).

⁷⁷ *Luhmann* (Fn. 31), S. 309.

⁷⁸ *Schuldt* (Fn. 5), S. 102.

⁷⁹ *Beulke/Swoboda* (Fn. 40), Rn. 232.