

**Seung-Hee Hong**

**Flexibilisierungstendenzen  
des modernen Strafrechts  
und  
das Computerstrafrecht**

Dissertation der Universität Konstanz

Tag der mündlichen Prüfung: 26. November 2002.

Referent: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf

Referent: Prof. Dr. Wolfgang Heinz

*Für meine Eltern*

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2002/2003 von dem Fachbereich für Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation angenommen.

Für mich ist diese Arbeit der Versuch, mein Wissen und Nichtwissen unermüdlich zu unterscheiden und vor allem die Grenze zwischen Sollen und Können zu ziehen.

Zuerst danke ich meinem Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, der mich dies gelehrt hat. Er hat sich stets für mich eingesetzt und immer ein offenes Ohr für meine Anliegen gehabt. An dieser Stelle möchte ich mich bei ihm nochmals ganz herzlich bedanken.

Weiterhin möchte ich Herrn Prof. Dr. Wolfgang Heinz herzlich dafür danken, dass er mich so oft bei meiner Arbeit ermutigt hat. Er hat keine Mühe gescheut und mir wertvolle Ratschläge gegeben.

Außerdem möchte ich mich bei meinen zwei Freundinnen Susanne Hartmann und Angela Fahl herzlich bedanken. Sie sind meine Beraterinnen nicht nur für die deutsche Sprache, sondern auch im Hinblick auf das deutsche Leben gewesen. Darüber hinaus bedanke ich mich herzlich bei allen Mitarbeitern von Herrn Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf nicht nur an der Uni Würzburg, sondern auch an der Uni Konstanz, vor allem bei Karsten Eirich, Thomas Frank, Johannes Klatt, Sabine König, Milena Piel, Meike Stolz, und Christian Wolf.

Ganz besonders möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern bedanken, die mich immer selbstlos unterstützt und ermutigt haben, meine Arbeit zu Ende zu bringen.

Würzburg, den 14.12.2002

Seung-Hee Hong

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis</b> -----	12
<b>Einleitung</b> -----	35
 <b>Erster Teil:</b>	
<b>Die moderne Gesellschaft und eine Flexibilisierung des modernen Strafrechts</b> -----	37
 <b>Kapitel 1</b>	
<b>Die gegenwärtige Situation des Strafrechts: Die Herausforderung durch die moderne Gesellschaft</b> -----	38
I. Vorbemerkung-----	38
II. Die moderne Gesellschaft-----	39
1. Die Risikogesellschaft -----	39
2. Globalisierung -----	41
II. Der Risikobegriff -----	45
1. Risiko und Gefahr -----	45
2. Risiko und Strafrecht -----	49
IV. Das Strafrecht in der modernen Gesellschaft -----	50
1. Die moderne Rolle des Rechts -----	50
2. Die moderne Rolle des Strafrechts -----	51
V. Zwischenergebnis: Das moderne Strafrecht-----	53

## Kapitel 2

<b>Die Kritik des modernen Strafrechts durch Winfried Hassemer -----</b>	<b>55</b>
I. Vorbemerkung -----	55
II. Hassemers Thesen zur Flexibilisierung des Strafrechts -----	56
1. Die Kennzeichen des klassischen Strafrechts -----	56
2. Die Kennzeichen des modernen Strafrechts -----	60
A. Rechtsgüterschutz -----	61
B. Prävention -----	64
C. Folgenorientierung -----	66
III. Zusammenfassung: Überblick über die Flexibilisierung des Strafrechts	69
1. Veränderung der Strafgesetzgebung -----	70
2. Veränderung des materiellen Strafrechts -----	71
3. Veränderung des Strafverfahrensrechts -----	72
4. Veränderung der Kriminalpolitik -----	73

## Kapitel 3

### Die Rezeption von Hassemers Strafrechtskritik

<b>in der deutschen Strafrechtswissenschaft -----</b>	<b>76</b>
1. Peter-Alexis Albrecht -----	76
2. Felix Herzog -----	80
3. Cornelius Prittwitz -----	83
4. Eric Hilgendorf -----	89
5. Zusammenfassung: Was heißt „Flexibilisierung des Strafrechts“ ?-	91

## Zweiter Teil:

### Flexibilisierungstendenzen im modernen Computerstrafrecht ? 93

#### Kapitel 4

<b>Das deutsche Computerstrafrecht</b> .....	94
I. Computerkriminalität .....	95
II. Überblick über das deutsche Computerstrafrecht.....	97
1. Die Computerspionage (Ausspähen von Daten, § 202a StGB) .....	98
2. Der Computerbetrug (§ 263a StGB) .....	105
3. Die Datenveränderung (§ 303a StGB) .....	113
4. Die Computersabotage (§ 303b StGB) .....	115
III. Zusammenfassung .....	118

#### Kapitel 5

<b>Das koreanische Computerstrafrecht</b> .....	119
I. Vorbemerkung .....	119
II. Überblick über das koreanische Computerstrafrecht.....	120
1. Die Computerspionage (§§ 140 III, 316 II KStGB) .....	120
2. Der Computerbetrug (§ 347b KStGB) .....	123
3. Die Beschädigung elektromagnetischer Aufzeichnungen (§§ 141 I, 366 KStGB) .....	127
4. Die Computersabotage (§ 314 II KStGB) .....	128
5. Die Fälschung von öffentlichen oder privaten elektromagnetischen Aufzeichnungen (§§ 227b, 228 I, 229, 232b, 234 KStGB) .....	133
III. Zusammenfassung und Ausblick .....	137



## Kapitel 6

<b>Aktuelle Probleme im Computer- und Internetstrafrecht</b> -----	139
I. Begriffsklärung: Internetkriminalität-----	141
II. Erscheinungsformen der Internetkriminalität und ihre Erfassung im Computerstrafrecht -----	142
1. Persönlichkeitsverletzungen (§§ 185 ff. StGB) -----	142
2. Verbreitung und Zugänglichmachen von pornographischen und sonstigen jugendgefährdenden Darstellungen (§ 184 StGB, GjS, JÖSchG) -----	143
3. Verbreitung und Zugänglichmachen von verfassungswidrigen Propagandamitteln (§ 86 StGB) -----	148
4. Verletzungen von persönlichen und geschäftlichen Geheimnissen (§§ 202a, 203 StGB, § 17 UWG) -----	149
A. Ausspähen von Daten (§ 202 StGB) -----	149
B. Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) -----	152
C. Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG) -----	152
5. Datenveränderung und Computersabotage -----	153
A. Datenveränderung (§ 303a StGB) -----	153
B. Computersabotage (§ 303b StGB) -----	154
6. Urheberrechtsverletzungen (§§ 106, 108 UrhG) -----	157
7. Computerbetrug (§ 263a StGB) -----	158
III. Zusammenfassung -----	159

**Dritter Teil:****Lösungsansätze der Rechtsprechung zum Internetstrafrecht:**

**Eine Tendenz zur Flexibilisierung ? ----- 160**

**Kapitel 7**

**Der CompuServe-Fall ----- 161**

I. Vorbemerkung ----- 161

II. CompuServe-Fall ----- 163

1. Sachverhalt ----- 164

2. Die Entscheidung des AG München ----- 166

A. Resümee des Urteils ----- 166

B. Streitpunkte ----- 168

a. Die Ableitung des § 5 III TDG a.F. (Nichtverantwortlichkeit) 169

b. Die Anwendung des § 5 II TDG a.F. (Verantwortlichkeit) -- 170

c. Die fehlende Garantenpflicht ----- 171

d. Die fehlende Mittäterschaft ----- 172

e. Die fehlende Abgrenzung von Tun und Unterlassen ----- 173

3. Die Entscheidung des LG München ----- 174

A. Resümee des Urteils ----- 174

B. Kernargumente des Urteils ----- 175

4. Flexibilisierungstendenzen im CompuServe-Fall ----- 176

**Kapitel 8**

**Der Ausschwitzlüge-Fall ----- 178**

I. Vorbemerkung ----- 178

II. Ausschwitzlüge-Fall ----- 178

1. Sachverhalt ----- 178

2. Die Entscheidung des LG Mannheim -----	180
3. Die Entscheidung des BGH -----	181
A. Die Anwendung des Volksverhetzungs-Tatbestands (§ 130 I und III StGB) -----	181
B. Die Anwendung des deutschen Strafrechts (§ 9 StGB) -----	183
a. Der Begriff des „abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikts“	183
b. Der Begriff des Erfolgsorts -----	185
c. Der Erfolgsort bei abstrakten Gefährdungsdelikten -----	188
d. Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (das Ubiquitätsprinzip) -----	189
4. Flexibilisierungstendenzen im Auschwitzlüge-Fall -----	191

## **Kapitel 9**

<b>Der Kinderpornographie-Fall</b> -----	193
I. Vorbemerkung -----	193
II. Der Kinderpornographie-Fall -----	193
1. Sachverhalt -----	193
2. Die wesentlichen Ergebnisse der Entscheidung -----	194
3. Rechtliche Würdigung -----	195
III. Flexibilisierung der Strafbarkeitsvoraussetzungen ? -----	199

## **Vierter Teil:**

<b>Die wesentlichen Ergebnisse</b> -----	202
--	-----

## **Kapitel 10**

<b>Zusammenfassung</b> -----	203
------------------------------	-----

## Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans**, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.1.1987 - 1 StR 456/86 (BGHSt. 34, 265), in: JR 1988, S. 251-254.
- \_\_\_\_\_, Die „kleine Münze“ des sog. Computer - Strafrechts, in: Jura 1991, S. 225-230.
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 10.2.1994 - 4 St RR 145/93, in: JR 1994, S. 293-296.
- Albert, Mathias**, Entgrenzung und Globalisierung des Rechts, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, Baden-Baden 1999/2000, S. 115-137 (zit.: in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000).
- Albrecht, Peter-Alexis**, Umweltstrafrecht und Verwaltungsakzessorietät - Probleme und Folgen einer Verknüpfung von verwaltungs- und strafrechtlicher Konzepte, in: Kriminalsoziologische Bibliographie, 1987/Jg.14, Heft 55, S. 1-22 (zit.: in: Kriminalsoziologische Bibliographie, 1987).
- \_\_\_\_\_, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat - Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts -, in: KritV 1988, S. 182-209.
- \_\_\_\_\_, Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: KritV 1993, S. 163-182.
- \_\_\_\_\_, Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats, in: KritV 1996, S. 330-339.
- \_\_\_\_\_, Die Funktionalisierung des Opfers im Kriminaljustizsystem, in: Bern Schünemann/Markus Dirk Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem

stem, 2000, S. 39-50. (zit.: in: Schönemann/Dubber (Hrsg.), 2000).

**Albrecht, Peter-Alexis /Hassemer, Winfried /Voß, Michael** (Hrsg.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, Baden-Baden 1992 (zit.: Albrecht/Hassemer/Voß (Hrsg.), Rechtsgüterschutz, 1992).

**Alternativkommentar** zum Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1 - 21, Neuwied/Darmstadt 1990 (zit.: AK-Bearbeiter).

**Arloth, Frank**, Computerstrafrecht und Leerspielen von Geldautomaten, in: Jura 1996, S. 354-360.

\_\_\_\_\_, Leerspielen von Geldspielautomaten - ein Beitrag zur Struktur des Computerbetrugs, in: CR 1996, S. 359-365.

**Bae, Jong-Dae**, Strafrecht. Besonderer Teil, 2001 (zit.: BT).

**Bauerfeld, Wulfdieter**, Hier wird gehackt, in: Jur-PC, 1989, S. 210-214.

**Baumbach, Adolf /Hefermehl, Wolfgang**, Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 22. Auflage, München 2001 (zit.: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 2001).

**Beck, Ulrich**, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 1986 (zit.: Risikogesellschaft, 1986).

\_\_\_\_\_, Gegengifte: die organisierte Unverantwortlichkeit, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1988 (zit.: Gegengifte, 1988).

\_\_\_\_\_, Was ist Globalisierung?, 1. Aufl., Frankfurt am Main 1998 (zit.: Globalisierung, 1998).

\_\_\_\_\_, Wie wird Demokratie im Zeitalter der Globalisierung möglich ?, in: Ulrich Beck (Hrsg.), Politik der Glo-

- balisierung, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1998, S. 7-66. (zit.: in: Beck (Hrsg.), 1998).
- Bloy, Rene**, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, in: ZStW 100 (1988), S. 485-507.
- Bonß, Wolfgang**, Vom Risiko. Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne, 1. Auflage, Hamburg 1995 (zit.: Vom Risiko, 1995).
- \_\_\_\_\_, Globalisierung unter soziologischen Perspektiven, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, Baden-Baden 1999/2000, S. 39-68 (zit.: in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000).
- Bora, Alfons**, Einleitung: Mehr Optionen und gesteigertes Risiko - Zur Stellung des Rechts in der Risikogesellschaft, in: Alfons Bora (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement: Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft, Berlin 1999, S. 9-28 (zit.: in: Bora (Hrsg.), 1999).
- Breuer, Rüdiger**, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf extraterritorial handelnde Internet-Benutzer, in: MMR 1998, S. 141-145.
- Brunnstein, Klaus**, Computerviren und andere bösartige Software, in: CR 1993, S. 456-462.
- Bühler, Christoph**, Die strafrechtliche Erfassung des Mißbrauchs von Geldspielautomaten, Heidelberg 1995 (zit.: Die strafrechtliche Erfassung, 1995).
- Bundeskriminalamt (Hrsg.)**, Organisierte Kriminalität. BKA-Arbeitstagung, Wiesbaden 1997 (BKA-Forschungsreihe, Bd.43), S. 189.
- Chang, Young-Min**, Die Computerkriminalität des reformierten Strafrechts, in: Die Welt des Staatsexamens (Goshygehe), 2/1996, S. 42-58.

- Clauß, Felix**, Anmerkung zum Urteil des BGH „Auschwitzlüge“ im Internet, in: MMR 2001, S. 232-233.
- Collardin, Marcus**, Straftaten im Internet. Fragen zum internationalen Strafrecht, in: CR 1995, S. 618-622.
- Conradi, Ulrich /Schlömer Uwe**, Die Strafbarkeit der Internet-Provider, in: NStZ 1996, S. 366-369.
- Cornils, Karin**, Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet, in: JZ 8/1999, S. 394-398.
- Derksen, Roland**, Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt, in: NJW 1997, S. 1878-1885.
- Engel-Flehsig, Stefan /Maennel, Frithjof A. /Tettenborn, Alexander**, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, in: NJW 1997, S. 2981-2992.
- Eser, Albin**, Wege und Hürden transnationaler Strafrechtspflege in Europa (1), in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, 1992, S. 21-53.
- \_\_\_\_\_, Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen, in: Ulrich Immenga (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmächer zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 1005-1024 (zit.: FS für E.-J. Mestmächer, 1996).
- Evers, Adalbert**, Risiko und Individualisierung, in: Kommune 6/1989, S. 33-38.
- Feest, Johannes**, Globalisierung und Rechtskulturen am Beispiel des Strafrechts und der Strafjustiz, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts,

1999/2000, S. 341-357 (zit.: in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000).

**Frey, Silvia**, Computerkriminalität in eigentums- und vermögensstrafrechtlicher Sicht, München 1987 (zit.: Computerkriminalität, 1987).

**Frommel, Monika**, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, in: JuS 1987, S. 667-668.

**Gercke, Marco**, Rechtswidrige Inhalte im Internet: eine Diskussion ausgewählte Problemfelder des Internet-Strafrechts unter Berücksichtigung strafprozessualer Aspekte, Aachen 2000 (zit.: Rechtswidrige Inhalte, 2000).

**Giddens, Anthony**, Konsequenzen der Moderne, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1997 (zit.: Konsequenzen, 1997).

\_\_\_\_\_, Jenseits von Links und Rechts. Die Zukunft radikaler Demokratie, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1997 (zit.: Jenseits, 1997).

**Grimm, Dieter**, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, in: KritV 1986, S. 38-54.

**Ha, Tae-Hoon**, Strafbarkeit des Geldautomatenmissbrauchs, in: Untersuchungen zur strafrechtlichen Rechtsprechung (Hyeongsapanryeyeong), 1996, S. 323-343.

**Haedicke, Maximilian**, »Lex informatica« oder allgemeines Deliktsrecht?, § 5 TDG und § 5 MDStV als gesetzlich normierte Verkehrssicherungspflichten und ihre Einordnung in das System des allgemeinen Deliktsrechts, in: CR 1999, S. 309-313.

**Haffke, Bernhard**, Tiefenpsychologie und Generalprävention, Aarau 1976 (zit.: Tiefenpsychologie, 1976).

\_\_\_\_\_, Symbolische Gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: KritV 1991, S. 165-176.



- Haft, Fritjof**, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), in: NSTZ 1987, S. 6-10.
- Haß, Gerhard**, Der strafrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: Michael Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln 1993, S. 467-512 (zit.: in: Lehmann (Hrsg.), 1993).
- Hassemer, Winfried**, Prävention im Strafrecht, in: JuS 1987, S. 257-266.
- \_\_\_\_\_, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Lothar Philipps/Monika Frommel (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989 (Heidelberger Forum; 61), S. 85-94 (zit.: in: FS für Arth. Kaufmann, 1989).
- \_\_\_\_\_, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: NSTZ 1989, S. 553-559.
- \_\_\_\_\_, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage, München 1990 (zit.: Einführung, 1990).
- \_\_\_\_\_, Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik - am Beispiel des Strafrechts, in: ARSP 1991, S. 130-143.
- \_\_\_\_\_, Sozialtechnologie und Moral; Symbole und Rechtsgüter, in: Heike Jung/Heinz Müller-Dietz/Ulfried Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, Baden-Baden 1991, S. 329-333 (zit.: in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), 1991).
- \_\_\_\_\_, Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts, in: ZRP 1992, S. 378-383.
- \_\_\_\_\_, Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt am Main 1994, S. 259-310 (zit.: in: Simon (Hrsg.), 1994).

- \_\_\_\_\_, Einige Bemerkungen über „positive Generalprävention“, in: Festschrift für Kazimierz Buchala, Berlin 1994, S. 133-149 (zit.: in: FS für K. Buchala, 1994).
- \_\_\_\_\_, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, Heidelberg 1994 (zit.: Produktverantwortung, 1994).
- \_\_\_\_\_, Warum und zu welchem Ende strafen wir?, in: ZRP 1997, S. 316-321.
- \_\_\_\_\_, Interkulturelles Strafrecht, in: Rainer Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Ernst Amadeus Wolff zum 70. Geburtstag, 1998, S. 101-123 (zit.: in: FS für E.A. Wolff, 1998).
- Hauptmann, Peter-Helge**, Zur Strafbarkeit des sog. Computerhackens - Die Problematik des Tatbestandsmerkmals „Verschaffen“ in § 202a StGB, in: Jur-PC 1989, S. 215-218.
- Heinrich, Bernd**, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, in: GA 1999, S. 72-84.
- Herzog, Felix**, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg 1991 (zit.: Unsicherheit, 1991).
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zur Entscheidung vom LG Ravensburg, Beschl. vom 27.8.1990, in: StV 1991, S. 215-218.
- \_\_\_\_\_, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts, in: KritV 1993, S. 247-254.
- \_\_\_\_\_, Miscellen zur Dialektik der Verbrechensaufklärung, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main 1995, S. 45-51. (zit.: in: Vom unmöglichen Zustand, 1995).
- Hilgendorf, Eric**, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, Berlin 1993 (zit.: Strafrechtliche Produzentenhaftung, 1993).

- \_\_\_\_\_, Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft?“, in: NStZ 1993, S. 10-16.
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 24.6.1993 - 5 St RR 5/93, in: JR 1994, S. 478-480.
- \_\_\_\_\_, Der „gesetzmäßige Zusammenhang“ im Sinne der modernen Kausallehre, in: Jura 1995, S. 514-522.
- \_\_\_\_\_, Grundfälle zum Computerstrafrecht, in: JuS 1996, S. 509-512, 702-706, 890-894, 1082-1084.
- \_\_\_\_\_, Grundfälle zum Computerstrafrecht, in: JuS 1997, S. 130-136, 323-331.
- \_\_\_\_\_, Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips, in: NJW 1997, S. 1873-1878.
- \_\_\_\_\_, Besprechung von Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, in: JZ 1997, S. 611.
- \_\_\_\_\_, Fallsammlung zum Strafrecht, 3. Auflage, München 1998 (zit.: Fallsammlung, 1998).
- \_\_\_\_\_, Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 699-719 (zit.: FS für T. Lenckner, 1998).
- \_\_\_\_\_, Scheckkartenmißbrauch und Computerbetrug - OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 137, in: JuS 1999, S. 542-544.
- \_\_\_\_\_, Die neuen Medien und das Strafrecht, in: ZStW 113 (2001), S. 650-680.
- \_\_\_\_\_, Nationales oder transnationales Strafrecht ?, in: FS der Würzburger Juristenfakultät 2002 (im Erscheinen).
- Hiller, Petra**, Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft. Risiko und Zeitorientierung in rechtsförmigen Verwaltungsentscheidungen, 1993 (zit.: Zeitkonflikt, 1993).

- \_\_\_\_\_, Problem prozeduraler Risikoregulierung, in: Alfons Bora (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement, Berlin 1999, S. 29-40 (zit.: in: Bora (Hrsg.), 1999).
- Hirsch, Hans Joachim**, Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, in: Nestor Courakis (Hrsg.), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Dionysios Spinellis, 2001, S. 425-445 (zit.: in: FS für D. Spinellis, 2001).
- Hoeren, Thomas**, Ist Felix Somm ein Krimineller?, in: NJW 1998, S. 2792-2793.
- Hörnle, Tatjana**, Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, in: NJW 2002, S. 1008-1013.
- Hohmann, Olaf**, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, in: GA 1992, S. 76-87.
- Jakobs, Günter**, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 1991 (zit.: AT).
- Jescheck, Hans-Heinrich /Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996 (zit.: AT).
- Jessen, Ernst**, Zugangsberechtigung und besondere Sicherung im Sinne von § 202a StGB, Frankfurt am Main 1994 (zit.: Zugangsberechtigung, 1994).
- Jun, Ji-Yun**, Strafrechtliche Problem in der Computersabotage, in: Forschungsbeitrag vom „Korean Institute of Criminologie“, Bd.8 (1996), S. 247-274.
- Jung, Heike**, Strafverteidigung in Europa, in: StV 1990, S. 509-517.
- Kang, Dong-Beom**, Die Computerkriminalität und das reformierte Strafrecht, in: Korean Lawyers Association Journal (Bup-Jo), 8/1997, S. 105-135.

\_\_\_\_\_, Der Computerbetrug, in: Studien des Staatsexamens (Goshyyeongu), 7/2000.

**Kaufmann, Franz-Xaver**, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Auflage, Stuttgart 1973 (zit.: Sicherheit, 1973).

\_\_\_\_\_, Normen und Institutionen als Mittel zur Bekämpfung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie, in: Franz Holzheu (Hrsg.), Gesellschaft und Unsicherheit, Karlsruhe 1987, S. 37-48 (zit.: in: Holzheu (Hrsg.), 1987).

\_\_\_\_\_, Risiko, Verantwortung und gesellschaftliche Komplexität, in: Kurt Bayertz (Hrsg.), Verantwortung: Prinzip oder Problem?, Darmstadt 1995, S. 72-97 (zit.: in: Bayertz (Hrsg.), 1995).

**Kersten, Heinrich**, Sicherheit in der Informationstechnik, 2. Auflage, München 1995 (zit.: Sicherheit, 1995).

**Kielwein**, in: Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission IV, AT, S. 38 ff. Sitzung 1958, S. 20.

**Kienle, Michael**, Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet, Konstanz 1998 (zit.: Internationales Strafrecht, 1998).

**Kim, Il-Su**, Strafrecht. Besonderer Teil, 2001 (zit.: BT).

**Kim, Young-Whan**, Strafrechtliche Probleme im Geldautomatenmissbrauch, in: Untersuchungen zur strafrechtlichen Rechtsprechung (Hyeongsapanryeyeongu), 1998, S. 239-265.

**Kindhäuser, Urs**, Zur Auslegung des Merkmals „vorteilhaft“ in § 264 Abs.1 Nr.1 StGB, in: JZ 1991, S. 492-496.

\_\_\_\_\_, Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, in: Universitas 1992, S. 227-235.

- Kleb-Braun, Gabriele**, Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht, in: JA 1986, S. 249-260.
- Klengel, Jürgen Detlef W. /Heckler, Andreas**, Geltung des deutschen Strafrechts für vom Ausland aus im Internet angebotenes Glücksspiel, in: CR 2001, S. 243-249.
- Koch, Frank A.**, Internet-Recht : Praxishandbuch; mit dem neuen Medien- und Telediensterecht, Checklisten und Musterverträgen, München 1998 (zit.: Internet-Recht, 1998).
- Köck, Wolfgang**, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, in: AÖR 121 (1996), S. 1-23.
- Köhler, Markus /Arndt, Hans-Wolfgang**, Recht des Internet : eine Einführung, 1. Auflage, Heidelberg 1999 (zit.: Recht des Internet, 1999).
- Krüger, Matthias**, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, Berlin 2000 (zit.: Die Entmaterialisierungstendenz, 2000).
- Kudlich, Hans**, Anmerkung zum BGH, Urteil vom 12.12.2000 - 1 StR 184/00 (LG Mannheim), in: StV 2001, S. 397-399.
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum BGH, Urteil vom 27.6.2001 - 1 StR 66/01 (LG Würzburg), in: JZ 2002, S. 310-312.
- Kuhlen, Lothar**, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, in: GA 1994, S. 347-367.
- Kühne, Hans-Heiner**, Strafbarkeit der Zugangsvermittlung von pornographischen Informationen im Internet, in: NJW 1999, S. 188-190.
- \_\_\_\_\_, Nochmals: Die Strafbarkeit der Zugangsvermittlung von pornographischen Information im Internet, in: NJW 2000, S. 1003-1004.

\_\_\_\_\_, Anmerkung zum LG München I, Urteil vom 17.11.1999 - 20 Ns 465 Js 173158/95, in: NJW 2000, S. 1051-1052.

**Kuner, Christopher**, Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, in: CR 1996, S. 453-458.

**Lackner, Karl**, Zum Stellenwert der Gesetzestechnik, in: Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin 1989, S. 41-60 (zit.: in: FS für H. Tröndle, 1989).

**Lackner, Karl /Kühl Kristian**, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, erläutert von Karl Lackner und Kristian Kühl, 24. Auflage, München 2001 (zit.: Lackner/Kühl, StGB).

**Ladeuer, Karl-Heinz**, Risikobewältigung durch Flexibilisierung und Prozeduralisierung des Rechts, - Rechtliche Bindung von Ungewißheit oder Selbstverunsicherung des Rechts? -, in: Alfons Bora (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement, Berlin 1999, S. 41-63 (zit.: in: Bora (Hrsg.), 1999).

**Lampe, Ernst-Joachim**, Die strafrechtliche Behandlung der sog. Computer-Kriminalität, in: GA 1975, S. 1-23.

\_\_\_\_\_, Anmerkung zum Beschluß des LG Aachen vom 30.4.1987 - 63 Qs 145/87, in: JR 1988, S. 437-439.

\_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 11.4.1989 - 1 Ss 287/88, in: JR 1990, S. 347-349.

**Lau, Christoph**, Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken, in: Soziale Welt 1989, S. 418-436.

**Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Großkommentar, Hrsg. von Burkhard Jähnke, Heinrich-Wilhelm Laufhütte und Walter Odersky, 11. Auflage, Berlin 1992 ff. (zit.: LK-Bearbeiter).

- Lenckner, Theodor /Winkelbauer, Wolfgang,** Computerkriminalität - Möglichkeiten und Grenzen des 2. WiKG (I), (II), (III), in: CR 1986, S. 483-488, 654-661, 824-831.
- Lepsius, Oliver,** Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München 1994 (zit.: Begriffsbildung 1994).
- Lipinski, Klaus,** Lexikon der Datenkommunikation, 4. Auflage, Bonn 1996 (zit.: Lexikon, 1996).
- Luhmann, Niklas,** Die Weltgesellschaft, in: ARSP LVII/I, 1971, S. 1-35.
- \_\_\_\_\_, Soziologie des Risikos, Berlin 1991 (zit.: Soziologie, 1991).
- Martin, Jörg,** Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Freiburg 1989 (zit.: Strafbarkeit, 1989).
- \_\_\_\_\_, Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht, in: ZRP 1992, S. 19-27.
- Meier, Bernd-Dieter,** Strafbarkeit des Bankautomatenmißbrauchs, in: JuS 1992, S. 1017-1021.
- Mitsch, Wolfgang,** Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht nach dem 2. WiKG, in: JZ 1994, S. 877-889.
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 10.11. 1994 - 1 StR 157/94 (BGHSt. 40, 331), in: JR 1995, S. 432-433.
- Möhrenschlager, Manfred,** Das neue Computerstrafrecht, in: wistra 1986, S. 128-142.



- Moritz, Hans-Werner**, Strafbarkeit, in: Ulrich Loewenheim/Frank A. Koch (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998, S. 473-547 (zit.: in: Loewenheim/Koch (Hrsg.), 1998).
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998 - 8340 Ds 465 Js 173158/95, in: CR 1998, S. 505-510.
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des LG München vom 17.11.1999 - 20 Ns 465 Js 173158/95, in: CR 2000, S. 119-121.
- Mühlen, Rainer A. von**, Computer-Kriminalität: Gefahren und Abwehrmassnahmen, Neuwied 1973 (zit.: Computer-Kriminalität, 1973).
- Müller, Wulf**, Aktuelle Probleme des § 263a StGB, Frankfurt am Main 1999 (zit.: Aktuelle Probleme, 1999).
- Müller-Dietz, Heinz**, Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, in: Klaus Geppert (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen 1992, S. 95-116 (zit.: in: FS für R. Schmitt, 1992).
- Müssig, Bernd J.**, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz : zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB, Frankfurt am Main 1994 (zit.: Schutz, 1994).
- Naucke, Wolfgang**, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: KritV 1990, S. 244-259.
- \_\_\_\_\_, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, in: KritV 1993, S. 135-162.
- Neumann, Ulfried**, Unfares Spielen an Geldspielautomaten - OLG Celle, NSTZ 1989, 367 (Urteil vom 11.4.1989 - 1 Ss 287/ 88), in: JuS 1990, S. 535-540.

\_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 28.8.1990 - RReg. 4St 250/89, in: JR 1991, S. 302-305.

**Oehler, Dietrich**, Internationales Strafrecht : Geltungsreich d. Strafrechts, internat. Rechtshilferecht, Recht d. Gemeinschaften, Völkerstrafrecht, 2. Auflage, Köln 1983 (zit.: Internationales Strafrecht, 1983).

**Otto, Harro**, Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch - Kriminalpolitische und damit verbundene rechtsdogmatische Probleme von Wirtschaftsdelikten -, in: Jura 1989, S. 24-35.

\_\_\_\_\_, Probleme des Computerbetrugs, in: Jura 1993, S. 612-615.

\_\_\_\_\_, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Auflage, Berlin 2000 (zit.: Grundkurs 2000).

\_\_\_\_\_, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Auflage, Berlin 2002 (zit.: Grundkurs, 2002).

**Park, Sang-Ki**, Strafrecht. Besonderer Teil, 1999 (zit.: BT)

**Park, Tido**, Vermögensstrafe und „modernes“ Strafrecht, Berlin 1997 (zit.: Vermögensstrafe, 1997).

\_\_\_\_\_, Die Strafbarkeit von Internet - Providern wegen rechtswidriger Internet-Inhalte, in: GA 2001, S. 23-36.

**Pätzelt, Claus /v. Gravenreuth, Günter Frhr.**, Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998 - 8340 Ds 465 Js 173158/95, in: CR 1998, S. 625-629.

**Paul, Werner**, Die Computerkriminalität in der Statistik, in: NJW-CoR 1995, S. 42-45.

- Pelz, Christian**, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, in: ZUM 1998, S. 530-534.
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998 - 8340 Ds 465 Js 173158/95, in: NSTZ 1998, S. 627-628.
- \_\_\_\_\_, Die Strafbarkeit von Online-Anbietern - zugleich eine Besprechung von AG München, wistra 1999, 32 (Urteil vom 28.5.1998 - 8340 Ds 465 Js 173158/5) - , in: wistra 1999, S. 53-59.
- Perraton, Jonathan /Goldblatt, David /Held, David /McGrew, Anthony**, Die Globalisierung der Wirtschaft, in: Beck (Hrsg.), Politik der Globalisierung, Frankfurt am Main 1998, S. 134-168.
- Pieth, Mark**, Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität, in: ZStW 109 (1997), S. 756-776.
- Polizeiliche Kriminalstatistik**, Bundeskriminalamt (Hrsg.), Bundesrepublik Deutschland, 1998 und 2000.
- Prittwitz, Cornelius**, Funktionalisierung des Strafrechts, in: StV 1991, S. 435-441.
- \_\_\_\_\_, Die Funktionalisierung des Strafrechts in der Risikogesellschaft, in: Thomas Kreuder (Hrsg.), Der orientierungslose Leviathan, Marburg 1992, S. 177-187 (zit.: in: Kreuder (Hrsg.), 1992).
- \_\_\_\_\_, Strafrecht und Risiko, Frankfurt am Main 1993 (zit.: Strafrecht, 1993).
- \_\_\_\_\_, Alternativen der Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft: Weniger Rechtsstaat im Strafrecht oder weniger Strafrecht im Rechtsstaat?, in: Rechtsstaatliche Antworten auf neue Kriminalitätsformen / Strafverteidigertag <17, 1993, München>, 1. Auflage, Köln 1993, S. 19-35 (zit.: in: Rechtsstaatliche Antworten, 1993).

- \_\_\_\_\_, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main, 1995, S. 387-405 (zit.: in: Vom unmöglichen Zustand, 1995).
- \_\_\_\_\_, Risiken des Risikostrafrechts, in: Detlav Frehsee (Hrsg.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, 1. Auflage, Baden-Baden 1997, S. 47-65 (zit.: in: Frehsee (Hrsg.), 1997).
- \_\_\_\_\_, Strafrecht und Risiko, in: Alfons Bora (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement, Berlin 1999, S. 193-206 (zit.: in: Bora (Hrsg.), 1999).
- \_\_\_\_\_, Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung, in: Cornelius Prittwitz/Loannis Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende : Deutsch-Griechisches Symposium, 1. Auflage, Baden-Baden 2000, S. 163-175 (zit.: in: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), 2000).
- Ranft, Otfrid**, Der Bankomatenmißbrauch, in: wistra 1987, S. 79-86.
- Rengier, Rudolf**, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, S. 2506-2515.
- \_\_\_\_\_, Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 4. Auflage, München 2000 (zit.: BT I).
- \_\_\_\_\_, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 3. Auflage, München 2000 (zit.: BT II).
- Reus, Andreas /Vogel, Hansjörg**, Zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers - mit systematisierter Übersicht in der Literatur und Rechtsprechung -, in: MDR 10/1990, S. 869-875.

- Ringel, Kurt**, Rechtsextremistische Propaganda aus dem Ausland im Internet, in: CR 1997, S. 302-307.
- Röhl, Klaus F.**, Das Recht im Zeichen der Globalisierung der Medien, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, Baden-Baden 1999/2000, S. 93-113 (zit.: in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000).
- Röhl, Klaus F. /Magen, Stefan**, Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 17 (1996), S. 1-57.
- Rosenthal, David**, Internet - Schöne neue Welt?, Zürich 1999 (zit.: Internet, 1999).
- Rowe, Gerard C.**, Globale und globalisierende Umwelt - Umwelt und globalisierendes Recht, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, Baden-Baden 1999/2000, S. 249-304 (zit.: in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000).
- Roxin, Claus**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, München 1997 (zit.: AT I).
- Satzger, Helmut**, Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte, in: NSTZ 1998, S. 112-117.
- Schlüchter, Ellen**, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Kommentar mit einer kriminologischen Einführung, Heidelberg 1987 (zit.: Wirtschaftskriminalität, 1987).
- Schmidhäuser, Eberhard**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1984 (zit.: AT).
- Schmidt, Jürgen**, Prävention als Zielbestimmung im Zivilrecht, in: KritV 1986, S. 83-103.

- Schmitz, Roland**, Ausspähen von Daten, § 202a StGB, in: JA 1995, S. 478-484.
- Schneider, Hans-Jochen** (Hrsg.), Lexikon Informatik und Datenverarbeitung, 4. Auflage, München 1998 (zit.: Lexikon, 1998).
- Schönke, Adolf /Schröder, Horst**, Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 26. Auflage von Theodor Lenckner, Albin Eser, Peter Cramer, Walter Stree, Günter Heine, Walter Perron und Detlev Sternberg-Lieben, München 2001 (zit.: Sch/Sch-Bearbeiter).
- Schreibauer, Marcus**, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Delikte im Internet, in: Detlef Kröger/Marc A. Gimmy (Hrsg.), Handbuch zum Internetrecht, Berlin 2000, S. 579-609 (zit.: in: Kröger/Gimmy (Hrsg.), 2000).
- Schulze-Heiming, Ingeborg**, Der strafrechtliche Schutz der Computerdaten gegen die Angriffsformen der Spionage, Sabotage und des Zeitdiebstahls, Münster 1995 (zit.: Der strafrechtliche Schutz, 1995).
- Schulz, Lorenz**, Computerbetrug, in: JA 1995, S. 538-542.
- Schünemann, Bernd**, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, in: GA 1995, S. 201-229.
- Seelmann, Kurt**, Risikostrafrecht, in: KriV 1992, S. 452-471.
- Sieber, Ulrich**, Computerkriminalität und Strafrecht, 2. Auflage, Köln 1980 (zit.: Computerkriminalität 1980).
- \_\_\_\_\_, Computerkriminalität und Informationsstrafrecht, in: CR 1995, S. 100-113.
- \_\_\_\_\_, Computerkriminalität und Informationsstrafrecht in der internationalen Informations- und Risikogesellschaft, in: Hans Joachim Hirsch/Claus Roxin (Hrsg.),

Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht, Bialystock 1996, S. 241-270 (zit.: in: Hirsch/Roxin, 1996).

\_\_\_\_\_, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (1), (2), in: JZ 1996, S. 429-442, 494-507.

\_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998 - 8340 Ds 465 Js 173158/95, in: MMR 1998, S. 438-448.

\_\_\_\_\_, Internationales Strafrecht im Internet. Das Territorialitätsprinzip der §§ 3,9 StGB im globalen Cyberspace, in: NJW 1999, S. 2065-2073.

\_\_\_\_\_, Verantwortlichkeit im Internet, München 1999 (zit.: Verantwortlichkeit 1999).

**Spahn, Andreas Guido**, Wegnahme und Mißbrauch codierter Scheckkarten nach altem und neuem Recht, in: Jura 1989, S. 513-520.

**Spindler, Gerald**, Dogmatische Strukturen der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach TDG und MDStV, in: MMR 1998, S. 639-757.

**Stange, Albrecht**, Pornographie im Internet. Versuche einer strafrechtlichen Bewältigung, in: CR 1996, S. 424-428.

**Steinert, Heinz**, Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht, in: Detlav Frehsee (Hrsg.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, 1. Auflage, Baden-Baden 1997, S. 101-116.

**Stratenwerth, Günter**, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 227 ff. (zit.: FS für W. Gallas, 1973).

**Strömer, Tobias H.**, Online-Recht: Rechtsfragen im Internet und in Mailboxnetzen, 1. Auflage, Heidelberg 1997.

**Süddeutsche Zeitung**, vom 24.11.00 und 27.01.01 (zit.: SZ).

**Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, bearbeitet von Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson, Hans-Ludwig Günter und Andreas Hoyer, Bd. II, Besonderer Teil, Loseblatt, Stand 2002 (zit.: SK-Bearbeiter).

**Theater, Ralf**, Die unendlich Geschichte „Codekarte“, in: JA 1988, S. 547-551.

**Tiedemann, Klaus**, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, in: JZ 1986, S. 865-874.

**Tiedemann, Klaus /Kindhäuser, Urs**, Umweltstrafrecht - Bewährung oder Reform?, in: NSTZ 1988, S. 337-346.

**Tröndle, Herbert /Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, erläutert von Thomas Fischer, 50. Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von Herbert Tröndle bearbeiteten Werkes, München 2001 (zit.: Tröndle/Fischer, StGB).

**Tudyka, Kurt**, „Weltgesellschaft“ - Unbegriff und Phantom, in: Politische Vierteljahresschrift, 30. Jg. (1989), Heft 3, S. 503-508.

**Vassilaki, Irini E.**, Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998 - 8340 Ds 465 Js 173158/95, in: NSTZ 1998, S. 521-522.

\_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000 - 1 StR 184/00: Online - »Auschwitzlüge« und deutsches Strafrecht, in: CR 2001, S. 262-265.



- Voigt, Rüdiger**, Globalisierung des Rechts, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, Baden-Baden 1999/ 2000, S. 13-36 (zit.: in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000).
- Volesky, Karl-Heinz**, Hacking - Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach englischem Recht, in: CR 1991, S. 553-557.
- von Gravenreuth, Günter Freiherr**, Computerviren, Hacker, Datenspione, Crasher und Cracker, in: NStZ 1989, S. 201-207.
- \_\_\_\_\_, Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998 - 8340 Ds 465 Js 173158/95, in: CR 1998, S. 625-629.
- Voß, Monika**, Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, Ebelsbach 1989.
- Walther**, (Vorname unbekannt), Zur Anwendbarkeit der Vorschriften des strafrechtlichen Jugendmedienschutzes auf im Bildschirmtext verbreitete Mitteilungen, in: NStZ 1990, S. 523-526.
- Weigend, Thomas**, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, in: ZStW 105 (1993), S. 774-802.
- \_\_\_\_\_, Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?, in: Kurt Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien 1996, S. 695-712 (zit.: in: FS für O. Triffterer, 1996).
- Welp, Jürgen**, Datenveränderung, in: iur 1988, S. 443-449.
- Werle, Gerhard**, Aufbau oder Abbau des Rechtsstaats?, in: JZ 1991, S. 789-797.

**Wessels, Johannes /Hillenkamp, Thomas**, Strafrecht. Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 23. Auflage, Heidelberg 2000 (zit.: BT/2).

**Wolter Jürgen**, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem, Berlin 1981 (zit.: Objektive und personale Zurechnung 1981).

**Yi, Jae-Sang**, Strafrecht, Besonderer Teil, 2001 (zit.: BT).

**Yi, Sang-Don**, Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung, Frankfurt am Main 1992 (zit.: Wortlautgrenze, 1992).

\_\_\_\_\_, Strafrechtliche Bewältigung des Hackens, in: Korean Lawyers Association Journal (Bup Jo) 2002·3 (Vol. 546), S. 86-121.

**Yim, Wooung**, Strafrecht, Besonderer Teil, 2001 (zit.: BT).

**Zürn, Michael**, Politische Fragmentierung als Folge der gesellschaftlichen Denationalisierung, in: Dietmar Loch/Wilhelm Heitmeyer (Hrsg.), Schattenseiten der Globalisierung: Rechtsradikalismus, Rechtspopulismus und separatistischer Regionalismus in westlichen Demokratien, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2001, S. 111-139 (zit.: in: Loch/Heitmeyer (Hrsg.), 2001).

## Einleitung

Das heutige „moderne“ Strafrecht ist in die Kritik geraten. Vor allem *Winfried Hassemer* hat den Verdacht geäußert, das moderne Strafrecht löse sich von seinen rechtsstaatlichen Wurzeln und dehne „sich in immer mehr Bereiche von Staat und Gesellschaft aus [...], weil es mit Erfolg vorträgt, es habe angesichts moderner Gefährdungen und Risikoerfahrungen eine hohe Problemlösungskapazität anzubieten“.<sup>1</sup> Auf diese Weise verliere das Strafrecht seinen Status als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes und werde zu einem fast beliebig einsetzbaren Mittel der Sozialpolitik. Diffuse „Bedrohungsgefühle und Risikoerwartungen“ nährten zu Unrecht „Hoffnungen auf strafrechtrechtliche Lösungen“. *Hassemer* warnt deshalb davor, den Staat immer mehr als „Garant eines Grundrechts auf Sicherheit“ anzusehen und im Strafrecht eine Art Allheilmittel zu erblicken.<sup>2</sup>

Andere Strafrechtswissenschaftler haben *Hassemers* Kritikansatz rezipiert und ausgebaut. Inzwischen handelt es sich um einen der wichtigsten aktuellen Versuche, die strafrechtsdogmatischen Entwicklungen der vergangenen beiden Jahrzehnte theoretisch zu erfassen. Bisher wurde die Flexibilisierung des Strafrechts allerdings vor allem in den Problembereichen Drogen, Umweltzerstörung, organisierte Kriminalität und wirtschaftliche Großschäden untersucht. Ein anderes Musterbeispiel des „modernen“ Strafrechts wurde noch nicht in den Blick genommen, nämlich das Computer- und Internetstrafrecht. Diese Lücke soll die vorliegende

---

1. *Hassemer*, in: FS für *E.A. Wolff*, 1998, S. 118.

2. Ebd., S. 119.

Arbeit schließen helfen. Es soll untersucht werden, ob sich auch im Computer- und Internetstrafrecht Flexibilisierungstendenzen feststellen lassen, wie sie *Hassemer* für andere Bereiche des modernen Strafrechts festgestellt hat.

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in vier Teile. Der erste befaßt sich mit der Frage, was überhaupt unter einer „Flexibilisierung“ des modernen Strafrechts verstanden werden kann. Um das moderne Strafrecht zu umschreiben, wird in Kapitel 1 der Zusammenhang zwischen der modernen Gesellschaft und dem modernen Strafrecht untersucht. Kapitel 2 befaßt sich mit dem Kritikansatz *Hassemers* und Kapitel 3 mit der Rezeption seiner Kritik in der deutschen Strafrechtswissenschaft.

Der zweite Teil der Arbeit ist der Frage gewidmet, ob sich im Computerstrafrecht ein Trend hin zu einer Flexibilisierung überkommener rechtsstaatlicher Strukturen feststellen lässt. Zu diesem Zweck werden das deutsche (Kapitel 4) und das koreanische Computerstrafrecht (Kapitel 5) sowie das Internetstrafrecht (Kapitel 6) behandelt.

Im dritten Teil der Arbeit wird untersucht, ob sich Flexibilisierungstendenzen in der Rechtsprechung zum Computer- und Internetstrafrecht feststellen lassen. Dazu werden drei Fälle, die in den vergangenen Jahren besonderes Aufsehen erregt haben, überprüft, nämlich der CompuServe-Fall (Kapitel 7), der Auschwitzlüge-Fall (Kapitel 8) und der Kinderpornographie-Fall (Kapitel 9).

Im vierten und letzten Teil der Arbeit findet sich in Kapitel 10 eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

**Erster Teil:**

**Die moderne Gesellschaft  
und  
eine Flexibilisierung des modernen Strafrechts**

## **Kapitel 1**

### **Die gegenwärtige Situation des Strafrechts:**

#### **Die Herausforderung**

#### **durch die moderne Gesellschaft**

### **I. Vorbemerkung**

Seit der Mitte der 80er Jahren ist die „Risikogesellschaft“ in aller Munde. Nicht nur in den Sozialwissenschaften, sondern auch – und man wird vielleicht sagen dürfen: vor allem – im eher populären Schrifttum hat der Begriff Hochkonjunktur. Vor etwa 10 Jahren sind Schlagworte wie „Globalisierung“ und „Internationalisierung“ hinzugekommen, und zwar sowohl im Bereich der Politik- und Wirtschaftswissenschaften als auch im Bereich der Rechtswissenschaft. Wegen der fortschreitenden Entwicklung der Informationstechnik ist außerdem von der „Informationsgesellschaft“ die Rede. Offenbar kann die heutige Gesellschaft auf ganz unterschiedliche Weise beschrieben werden. Im folgenden soll abkürzend nur von der „modernen Gesellschaft“ die Rede sein.

Die moderne Gesellschaft ist Gegenstand vielfältiger theoretischer Bemühungen. In dieser Arbeit geht es darum, am Beispiel des Computerstrafrechts zu untersuchen, welchen Einfluss die moderne Gesellschaft auf das Strafrecht nimmt. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang das Etikett „modern“ oft auch auf das Strafrecht angewandt und das „moderne Strafrecht“ mit dem „klassischen“ oder „traditionellen Strafrecht“ kontrastiert. In diesem ersten Kapitel sollen zuerst die verschiedenen Definitionsversuche der „modernen Gesellschaft“ kurz

vorgestellt werden. Danach möchte ich erörtern, welchen Einfluss die moderne Gesellschaft auf das Strafrecht genommen hat. Dabei soll vor allem der Begriff des Risikos betrachtet werden, weil das Risiko als ein Verbindungspunkt zwischen der modernen Gesellschaft und dem Strafrecht angesehen werden kann.

Dazu bedarf es allerdings einer hinreichend klaren Definition des Begriffs „Risiko“, denn der Sprachgebrauch scheint derzeit außerordentlich uneinheitlich zu sein. Jeder versteht unter „Risiko“ etwas anderes. Außerdem sind nicht alle Risiken, die im Allgemeinen diskutiert werden, in der strafrechtlichen Debatte sinnvoll unterzubringen. Abschließend sollen in der gebotenen Kürze einige aktuelle Antworten auf die Frage referiert werden, welche Rolle das Strafrecht in der modernen Gesellschaft spielen sollte.

## **II. Die moderne Gesellschaft**

### **1. Die Risikogesellschaft**

Begriff, Formen und Gefahren der Risikogesellschaft wurden in der Soziologie schon vielfältig diskutiert. Diese Diskussion wurde in der Rechtswissenschaft, auch und gerade der Strafrechtswissenschaft, übernommen und weitergeführt. In der Soziologie existieren, wie nicht anders zu erwarten, zahlreiche verschiedene Definitionen des Begriffs „Risikogesellschaft“. Aber die meisten Diskussionen rekurrieren auf die Begriffsumschreibung des Soziologen *Ulrich Beck*, der als einer der ersten die Risikogesellschaft thematisierte. Deshalb ist es zunächst erforderlich, *Becks* begriffliche Festlegungen und Analysen näher zu betrachten.

In seinem 1986 erschienenen Buch, »Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne« hat *Beck* die Gesellschaft insgesamt als „Risikogesellschaft“ bezeichnet: „Ähnlich wie im 19. Jahrhundert Modernisierung die ständisch verknöcherte Agrargesellschaft auflöst und das Strukturbild der Industriegesellschaft herausgeschält hat, löst Modernisierung heute die Konturen der Industriegesellschaft auf, und in der Kontinuität der Moderne entsteht eine andere gesellschaftliche Gestalt“.<sup>3</sup> Die Moderne präge „eine neue Gestalt - die hier so genannte (industrielle) »Risikogesellschaft«.“<sup>4</sup> Nach *Beck* geht es in der Risikogesellschaft nicht mehr darum, etwas „Gutes“ zu erreichen, sondern nur darum, „das Schlimmste“, das sich in unserer Gesellschaft schon zu verbreiten beginnt, doch noch zu verhindern.<sup>5</sup> Neue Risiken entstehen in unserer Gesellschaft nicht von allein, sondern beruhen auf einem bestimmten Umgang des Menschen mit sich selbst und mit der Natur.<sup>6</sup>

Die Gesellschaft, so *Beck*, sei heute im Umgang mit Risiken mit sich selbst konfrontiert, Risiken seien das Spiegelbild menschlicher Handlungen und Unterlassungen.<sup>7</sup> Deswegen liege die Herkunft der Gefahren „nicht mehr im Äußeren, Fremden, im Nichtmenschlichen, sondern in der historisch gewonnen Fähigkeit der Menschen zur Selbstveränderung, Selbstgestaltung und Selbstvernichtung der Reproduktionsbedingungen allen Lebens.“<sup>8</sup> Aus diesem Grund

---

3. *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 14.

4. *Beck*, ebd., S. 13.

5. *Beck*, ebd., S. 65.

6. *Lau*, *Soziale Welt*, 1989, S. 423.

7. *Beck*, a.a.O. (Fn. 3), S. 300.

8. Ebd.



wird das Recht „als Instrument prozeduraler Risikosteuerung auf die Erwartung von Unsicherheitserwartungen umgestellt“, <sup>9</sup> so dass es seine stabilisierende Funktion verliert.

## 2. Globalisierung

Auch der Begriff der Globalisierung, der aus der Ökonomie stammt, wird zurzeit nicht nur im Bereich der Ökonomie, sondern in fast allen Disziplinen, etwa der Politikwissenschaft, der Soziologie und auch in der Rechtswissenschaft lebhaft diskutiert. Globalisierung lässt sich nach ihren vier Hauptdimensionen entfalten, so dass man von einer ökonomischen, einer politischen, einer kulturellen und einer ökologischen Globalisierung sprechen kann.<sup>10</sup> Hinzu treten drei Nebendimensionen, die informationelle, die arbeitsorganisatorische und die zivilgesellschaftliche Globalisierung.

Die Diskussion um die Globalisierung wurde von der rasanten Entwicklung der grenzüberschreitenden Wirtschaft und Technik angestoßen, vor allem der Kommunikationstechnologie. Trotz der lebhaften Diskussion ist allerdings bisher unklar, was „Globalisierung“ genau meint.<sup>11</sup>

---

9. *Hiller*, *Zeitkonflikt*, 1993, S. 165. Vgl. ferner *ders.*, in: *Bora* (Hrsg.), 1999, S. 29 ff.

10. *Bonß*, in: *Voigt* (Hrsg.), 1999/2000, S. 46. Ähnlich *Beck*, *Globalisierung*, 1998, S. 26.

11. Diesbezüglich gibt es eine Auseinandersetzung über den Unterschied zwischen Globalisierung und Internationalisierung, Universalisierung und Weltgesellschaft, und auch den zwischen Globalisierung und Globalität. Vgl. zum Unterschied zwischen Globalisierung und Globalität, *Beck*, ebd., S. 27 ff. Und zwar wird Globalität eine wahrgenommene, reflexive Weltgesellschaft im Sinne der nicht geschlossener Räume definiert (*ders.*, ebd., S. 28). Dagegen bedeutet Globalisierung den Prozess des Schaffens von transnationale soziale Bindungen und Räume (*ders.*, ebd., S. 30); vgl. zum

Als ein Hauptkennzeichen der Globalisierung betrachtet man üblicherweise die „Denationalisierung“ der Einzelstaaten über Raum und Zeit hinweg.<sup>12</sup> Aber diese „Denationalisierung“ bedeutet häufig keine Verneinung lokaler Nationalismen, sondern bewirkt im Gegenteil die Verstärkung nationalistischer oder besser: patriotischer Empfindungen.<sup>13</sup> Überall wird versucht, lokale Autonomie und regionale kulturelle Identitäten zu erhalten. Der Begriff der „Denationalisierung“ stammt ebenfalls von Beck.<sup>14</sup> Er bestimmt sie als „Weltgesellschaft, die durch Vielheit und Nicht-Integriertheit aufgewiesen wird, ohne Weltstaat und ohne Weltregierung.“<sup>15</sup> In diesem Zusammenhang deutet er an, dass im Zeitalter der Globalisierung ein neuer Konflikt „zwischen nationaler Souveränität und transnationaler Kooperation“ auftauchen wird.<sup>16</sup> Für Beck

---

Unterschied zwischen Internationalisierung und Globalisierung am Beispiel der Wirtschaft, Beck, in: Beck (Hrsg.), 1998, S. 20 ff. Hierbei „meint Internationalisierung, die zunehmenden Wirtschaftsverflechtungen konzentrieren sich auf die großen kontinentalen Wirtschaftsblöcke. Dies ist nicht globale, sondern blockgebundene, innerkontinentale Intensivierung der Wirtschaftsverflechtung.“; vgl. zur Weltgesellschaft auch Tudyka, Politische Vierteljahresschrift 30. Jg. (1989), S. 503-508.

12. Giddens, Konsequenzen, 1997, S. 84 ff.

13. Dementsprechend sei „der Nationalstaat »zu klein geworden für die großen Probleme des Lebens und zu groß für die kleinen Probleme des Lebens.«, so Giddens, ebd., S. 86, der dabei Daniel Bell zitiert.

14. Für Beck wird Globalisierung als „Denationalisierung zum Transnationalstaat“ definiert. Dazu Beck, a.a.O. (Fn. 10), S. 34; ders., in: Beck (Hrsg.), 1998, S. 26. Ähnlich Zürn, in: Loch/Heitmeyer (Hrsg.), 2001, S. 112. Hierbei hat Zürn die Globalisierung als gesellschaftliche Denationalisierung angesehen. Ferner bezeichnet er die Denationalisierung als eine Variable, „die je nach betrachtetem Sachbereich und je nach betrachtetem Land unterschiedliche Werte annehmen kann.“ Durch diese Denationalisierung wird die Kongruenz von politischen und sozialen Räumen aufgelöst.

15. Beck, a.a.O. (Fn. 10), S. 31 f.

16. Beck, a.a.O. (Fn. 10), S. 26 f.

bedeutet die Globalisierung ein entscheidendes Moment für die Herausbildung einer „Weltrisikogesellschaft“, die gerade in ökologischer Hinsicht immer weniger national begrenzte, sondern „Weltrisiken“ produziert.<sup>17</sup>

Die „Globalisierung“ wird von *Beck* auch als die „Zweite Moderne“ verstanden: Die „Erste Moderne“ war noch auf die nationalstaatliche Gesellschaft gegründet. Erst die „Zweite Moderne“, die Globalisierung, beruht auf der transnationalen Weltgesellschaft.<sup>18</sup> Hierbei erwartet *Beck*, „dass zentrale Kriegsursachen der Ersten Moderne in der konfliktvollen Vielfalt der Zweiten Moderne erodieren.“<sup>19</sup> Aber der Grund dafür liege nicht nur in Friedensverträgen, sondern in einer Transformation der »Egoismen« der Staaten im Prozess der Globalisierung.

Globalisierung meint, wie die Wortendung „-isierung“ schon andeutet, keinen bestimmten Endzustand, sondern einen Prozess.<sup>20</sup> Deshalb kann man die Globalisierung als ein prozesshaftes Geschehen bezeichnen. Nach *Beck* liegt die Besonderheit des Globalisierungsprozesses „in der empirisch zu ermittelnden Ausdehnung, Dichte und Stabilität wechselseitiger regional-globaler Beziehungsnetz-

---

17.Vgl. *Bonß*, a.a.O. (Fn. 10), S. 54. unter Verweis auf *Beck*.

18.Demgegenüber wird die Globalisierung auch als ein Merkmal der Postmodernität bezeichnet, *Röhl/Magen*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 17 (1996), S. 41 f.

19.*Beck*, a.a.O. (Fn. 10), S. 28.

20.Ähnlich dazu *Beck*, a.a.O. (Fn. 10), S. 28 ff.; auch *Perraton/Goldblatt/Held/McGrew*, in: *Beck* (Hrsg.), 1998, S. 136 f. Hier wird Globalisierung so definiert, dass „sie keine einzigartige Situation, keinen linearen Prozess und keinen Endpunkt gesellschaftlicher Veränderungen“ kennt; vgl. auch *Bonß*, a.a.O. (Fn. 10), S. 40. Im Hinblick auf den prozessualen Charakter der Globalisierung hat *Bonß* darauf aufmerksam gemacht, dass „sie weder eine Differenzierung zwischen Globalisierung und Universalisierung erlaubt, noch gibt sie Hinweise auf Globalisierung als soziales Phänomen.“

werke und ihrer massenmedialen Selbstdefinition sowie sozialer Räume und jener Bilder-Ströme auf kultureller, politischer, wirtschaftlicher, militärischer und ökonomischer Ebene.“<sup>21</sup> Schon Anfang der 70er Jahre hatte *Luhmann* aufgrund der Möglichkeit weltweiter Verflechtungen infolge des Fortschritts der Informations- und Kommunikationstechnologien eine reale Einheit des Welthorizontes postuliert.<sup>22</sup>

„Risikogesellschaft“ und „Globalisierung“ bezeichnen also keine zeitlich aufeinanderfolgenden Zustände der Gesellschaft. Beide betreffen die Gegenwart. Des weiteren kann man auch in der globalisierten Gesellschaft die Besonderheiten der Risikogesellschaft beobachten. Es existieren also gemeinsame Elemente zwischen der Risikogesellschaft und der Globalisierung. Ein solches gemeinsames Element ist die „hergestellte Unsicherheit“. Im Zuge der Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft wird auch das Risiko globalisiert.<sup>23</sup> In zunehmendem Maße tauchen grenzüberschreitende Großrisiken auf, auf die auch das Recht eine angemessene Antwort finden muss. Zunächst bedarf es allerdings eines hinlänglich klaren Begriffes von „Risiko“.<sup>24</sup>

---

21.*Beck*, a.a.O. (Fn. 10), S. 31.

22.*Luhmann*, ARSP 1971, S. 8 f.

23.Vgl. dazu *Giddens*, *Jenseits*, 1997, S. 141.

24.Auf die soziologische Sicht der modernen Gesellschaft dürfen wir nicht des näheren eingehen.

### III. Der Risikobegriff

In der Diskussion über die durch neue Großrisiken und Globalisierung gekennzeichnete moderne Gesellschaft taucht das Risiko immer wieder als einer der Leitbegriffe auf. Aber die Frage, was „Risiko“ eigentlich bedeutet, wird nach wie vor höchst unterschiedlich antwortet, obwohl die Definition dieses Begriffs schon häufig versucht wurde. Zunächst gilt es deshalb, den Begriff „Risiko“ von dem Begriff „Gefahr“ zu unterscheiden. Beide Begriffe werden auch in der traditionellen Strafrechtsdogmatik verwendet, allerdings in unterschiedlichem Zusammenhang.

#### 1. Risiko und Gefahr<sup>25</sup>

Nach *Beck* sind Risiken das historische Nebenprodukt des industriellen Fortschritts in der Industriegesellschaft und werden nach und nach systematisch mit deren Weiterentwicklung verschärft.<sup>26</sup> Dies bedeutet, dass Risiken nicht unbestimmte, sondern „bestimmbare, kalkulierbare Unsicherheiten“<sup>27</sup> sind und „systematisch oft bedingte, irreversible Schädigungen frei setzen.“<sup>28</sup> Dagegen entstehen Gefahren „nicht mehr im Äußeren, Fremden, im Nichtmenschlichen, sondern in der historisch gewonnenen Fähigkeit der Menschen zur Selbstveränderung, Selbstgestaltung und Selbstvernichtung der Reproduktionsbedin-

---

25.Neben der Unterscheidung von Risiko und Gefahr wird auch die Trennung von „neuen“ und „klassischen“ Risiken versucht. D.h. „neuen“ Risiken werden als global, kollektiv und diffus, „klassischen Risiken“ als punktuell, individuell und konkret angesehen. Dazu *Köck*, AÖR 121 (1996), S. 6.

26.*Beck*, a.a.O. (Fn. 3), S. 29.

27.*Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 120.

28.Ebd. (Fn. 26).

gungen allen Lebens.“<sup>29</sup> Demzufolge ist das Charakteristikum der Gefahren für Beck „nicht länger Nichtwissen, sondern Wissen, nicht fehlende, sondern perfektionierte Naturbeherrschung, nicht das dem menschlichen Zugriff Entzogene, sondern eben das System der Entscheidungen und Sachzwänge.“<sup>30</sup> Diese Unterscheidung zwischen Risiken und Gefahren ist allerdings insofern problematisch, als der Begriff des Risikos hier in etwa gleichbedeutend mit dem Begriff der Gefahr verwendet wird. Becks Definition wird häufig dahingehend interpretiert, dass er nicht die Risikogesellschaft als solche, sondern „eine Gesellschaft der Großgefahren“<sup>31</sup> behandelt.

Der Sozialwissenschaftler *Christoph Lau* hat das Risiko in drei Typen, nämlich in „traditionelle Risiken“, „industriellwohlfahrtsstaatliche Risiken“ und „neue Risiken“ eingeteilt.<sup>32</sup> Nach *Lau* ist das dritte, also das „neue Risiko“ eine „gemischte Form aus industriellwohlfahrtsstaatlichen Risiken und den nicht als Risiken begriffenen allgemeinen Lebensgefahren“. Dieses neue Risiko werde erstens durch vom Einzelnen nicht intendierte, aber durch das Zusammenwirken vieler Individualhandlungen entstehende Effekte, zweitens durch das systematische Auseinanderfallen von Risikoverursachung und Risikobetroffenheit charakterisiert. *Laus* Begriff des „neuen Risikos“ kann mit dem von *Beck* entwickelten Gefahrbegriff verknüpft werden, weil das „neue Risiko“ aus dem

---

29.*Beck*, a.a.O. (Fn. 3), S. 300.

30.Ebd.

31.*Evers*, Kommune 6/1989, S. 33.

32.*Lau*, a.a.O. (Fn. 6), S. 420 ff.

Entscheiden und Handeln von Individuen bzw. von Institutionen resultiert.<sup>33</sup>

Also werden die Gefahren, die uns heute bedrohen, überwiegend als Folgen des menschlichen Handelns angesehen.<sup>34</sup> Auf jeden Fall beschränkt sich das Risiko, das im Strafrecht diskutiert werden sollte, auf die „gesellschaftlich selbst geschaffene Schadensmöglichkeit.“<sup>35</sup> Risiko und Gefahr können auch nach dem Maßstab der Kontrollierbarkeit unterschieden werden. *Evers* und *Nowotny* bezeichnen das Risiko als handhabbar, absehbar und kontrollierbar, während die Gefahr unkontrollierbar sei. Insofern seien die Atomkraft, die Gentechnologie, die Umweltbelastung keine Risiken, sondern Gefahren.<sup>36</sup>

*Niklas Luhmann* hat vorgeschlagen, Risiko und Gefahr nicht mit Blick auf ihre Kalkulierbarkeit, sondern hinsichtlich der „Zurechenbarkeit schädigender Ereignisse auf bestimmte Entscheidungen“ zu unterscheiden.<sup>37</sup> Diese Differenzierung von Risiko und Gefahr setze auch „Unsicherheit“ voraus. Im Falle des Risikos würden etwaige Schäden als Folge einer zurechenbaren Entscheidung betrachtet, während im Falle von Gefahren der etwaige Schaden extern, z.B. durch die (natürliche) Umwelt verursacht werde.<sup>38</sup>

Ähnlich wie *Luhmann* vertritt *Franz Xaver Kaufmann*, das Risiko resultiere aus komplexen Überlegungen nicht nur

---

33.*Lau*, a.a.O. (Fn. 6), S. 423.

34.*Kaufmann, F.-X.*, in: *Bayertz* (Hrsg.), 1995, S. 93.

35.*Bora*, in: *Bora* (Hrsg.), 1999, S. 10.

36.*Kaufmann, F.-X.*, a.a.O. (Fn. 34), S. 77.

37.Dazu. *Kaufmann, F.-X.*, a.a.O. (Fn. 34), S. 78.

38.*Luhmann*, *Soziologie*, 1991, S. 30 f.

im Hinblick auf die Aktualität bestimmter Gefahren, sondern auch im Hinblick auf ihre Folgen und die eigenen Möglichkeiten korrektiver Gefahrsteuerung. Daher sei das Risiko abhängig sowohl von situationsspezifische Erfahrungen oder Definitionselementen, als auch von subjektiven generalisierten Erwartungen.<sup>39</sup>

Des Weiteren wird das Risiko häufig auch als zu- und berechenbare „Unsicherheit“ bezeichnet, während die Gefahr als „Ungewißheit“ umschrieben wird.<sup>40</sup> Dementsprechend folge das Risiko (als „Unsicherheit“) aus Handlungsabsichten und deren Umsetzung. Dies bedeutet, dass sich der Risikobegriff auf subjektive Entscheidungen für Unsicherheit bezieht, während die Gefahr (als Ungewißheit) unabhängig von dem Handelnden, d.h. subjekt- und situationsunabhängig ist.<sup>41</sup> Dabei werden die mit dem Risiko verbundenen Unsicherheiten „nicht einfach als schicksalhafte Bedrohung angesehen, sondern als zu- und berechenbare Wagnisse, d.h. als Probleme, die sich nur dann negativ bemerkbar machten, wenn man falsch kalkulierte und keine Vorsichtsmaßnahmen traf.“<sup>42</sup>

Wegen seiner Handlungs- und Entscheidungsbezogenheit habe das Risiko noch eine zweite charakteristische Eigen-

---

39. Kaufmann, F.-X., Sicherheit, 1973, S. 273 f.; weiter ebenso in: ders., a.a.O. (Fn. 34), S. 79. sei Risiko „abhängig nicht nur von der Wahrscheinlichkeit des Eintrittes bestimmter Ereignisse und der Höhe der daraus folgenden möglichen Schädigungen, sondern auch vom Umfang der in Betracht gezogenen möglichen Entscheidungsfolgen.“; diese Gedanke wird von *Knights* Definition des Risikos abgeleitet. Für *Knight* bedeutet das Risiko „die Entscheidungen unter Ungewißheit, welche ein Entschiederer wagt, die ihm wirkliche Gewinn- und Verlustchancen einbringen“ Dazu Kaufmann, F.-X., a.a.O. (Fn. 34), S. 76.

40. Bonß, Vom Risiko, 1995, S. 50 ff.

41. Bonß, ebd., S. 53.

42. Bonß, ebd., S. 51.



schaft, nämlich die Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit.<sup>43</sup> Dadurch lassen sich Risiko und Gefahr deutlich voneinander abgrenzen.

## 2. Risiko und Strafrecht

Obwohl die Diskussion um die Risikogesellschaft auch im Strafrecht intensiv aufgegriffen wurde, existiert im deutschen Strafrecht kein einheitlicher Begriff von „Risiko“. Dies zeigen Stichworte wie „erlaubtes Risiko“, „Risikoerhöhungslehre“ und „Risikoverringerung“. Der Begriff des Risikos muss für das Strafrecht näher bestimmt werden.<sup>44</sup> Im Gegensatz zu anderen Wissenschaften, die sich ebenfalls mit Fragen des Risikos befassen, sollte der Risikobegriff im Strafrecht möglichst konkret und einzelfallbezogen sein. Seine richtige dogmatische Verortung ist die Zurechnung. Deswegen ist es problematisch, wenn die Begriffe „Risiko“ und „Gefahr“ im Strafrecht ohne Blick auf Fragen der Verantwortung und der Zurechnung thematisiert werden. Die meisten Fragen des „Risikos“ im Strafrecht lassen sich als Zurechnungsproblem deuten.<sup>45</sup>

---

43. *Bonß*, ebd., S. 54 f.

44. Der Risikobegriff wird nicht erst in der heutigen Diskussion zum modernen Strafrecht verwendet, sondern taucht schon im 19. Jahrhundert auf. Näher dazu *Hilgendorf*, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, 1993, S. 89 ff.; ein besonders prominentes Beispiel ist *K. Binding*, dazu *Hilgendorf*, ebd., S. 90 ff.

45. Vgl. *Hilgendorf*, *Jura* 1995, S. 522; *Roxin*, AT I, § 11, Rn. 39 ff.

## **IV. Das Strafrecht in der modernen Gesellschaft**

Strafrecht ist ein Mittel der sozialen Kontrolle und Steuerung. Angesichts der durch die Globalisierung aufgeworfenen Fragen wird das Strafrecht mit zahlreichen neuen Erwartungen konfrontiert.

### **1. Die moderne Rolle des Rechts**

Die Diskussionen um die moderne Gesellschaft, wo sich die Globalisierung auf das Recht auswirkt, konzentrierten sich früh auf die weltweiten Umweltgefahren.<sup>46</sup> Darüber hinaus wurde auch die Globalisierung des Rechts selbst thematisiert.<sup>47</sup> Darunter versteht man erstens die über- oder transnationale Ausweitung eines Rechtssystems, zweitens die Inanspruchnahme einer Steuerungskompetenz des Rechtssystems bezüglich anderer gesellschaftlicher Subsysteme. Die rechtliche Globalisierung im letztgenannten Sinne wird auch als „globale oder internationale Verrechtlichung“ bezeichnet.<sup>48</sup> In der modernen Gesellschaft ist das Recht im Zuge der Globalisierung vor allem durch neuartige Regulierungsaufgaben<sup>49</sup> und als Steuerungsmittel<sup>50</sup> gefordert. Des Weiteren wird das Recht auch zu einem Instrument des Risikomanagements, d.h. einer Harmonisierung und Eingrenzung moderner Risiken.<sup>51</sup>

---

46.Vgl. ausführlich dazu Rowe, in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000, S. 249 ff.

47.Dazu Albert, in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000, S. 115 ff., insbes. 122 f.

48.Als ein Beispiel dazu hat man die „Europäisierung“ genannt.

49.Vgl. dazu Röhl, in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000, S. 93 ff.

50.Voigt, in: Voigt (Hrsg.), 1999/2000, S. 16 f.

51.Dazu Ladeur, in: Bora (Hrsg.), 1999, S. 49 ff.

## 2. Die moderne Rolle des Strafrechts

Auch im Bereich des Strafrechts wurden die durch die Risikogesellschaft aufgeworfenen Probleme schon vielfältig dargestellt.<sup>52</sup> Darüber hinaus steht das Strafrecht in der sich globalisierenden Gesellschaft der neuen Aufgabe gegenüber, den globalen Problemen beizukommen und auf diese Weise die im Entstehen begriffene globale Gesellschaft zu harmonisieren.<sup>53</sup> Diese Aufgabe geht einher mit einer geänderten Rolle des Strafrechts: das Strafrecht wird in zunehmendem Maße zu einem flexiblen Instrument gesellschaftlicher Globalsteuerung.<sup>54</sup> Diese neue Aufgabe bedeutet eine Ausweitung des Strafrechts und setzt sogar gleichzeitig die Effektivität des Strafrechts herab.

In der modernen Gesellschaft ist das Strafrecht also nicht nur für den nationalen Kontext einschlägig, sondern auch ein Mittel zur Bekämpfung des globalen Verbrechens. Damit hat das Strafrecht nicht mehr nur einen national begrenzten Gegenstand, sondern zusätzlich einen globalen Anwendungsbereich gewonnen. Als Beispiele kann man den modernen Terrorismus, die Nuklearkriminalität,

---

52. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 44); *ders.*, NSTZ 1993, S. 10 ff.; *Kindhäuser*, Universitas 1992, S. 227; *Kuhlen*, GA 1994, S. 347 ff.; *Prittwitz*, in: *T. Kreuder* (Hrsg.), 1992, S. 177 ff.; *ders.*, Strafrecht, 1993; *ders.*, in: *Rechtsstaatliche Antworten*, 1993, S. 19 ff.; *ders.*, in: *Frehsee* (Hrsg.), 1997, S. 47 ff.; *ders.*, in: *Bora* (Hrsg.), 1999, S. 193 ff.; *Seelmann*, KritV 1992, S. 452 ff.

53. Die internationale Gesellschaft durch das Strafrecht zu harmonisieren, ergibt auch die internationale Harmonisierung von dem Strafrecht als solches. Dies hat man die Strafrechtsglobalisierung genannt. Dazu hat man allerdings hingewiesen, „Strafrechtsglobalisierung bedeutet häufig Strafrechtsexpansion.“ *Pieth*, ZStW 109 (1997), S. 758; zur ähnlichen, entsprechenden Hindeutung, *Eser*, in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), 1992, S. 25 f.; *Jung*, StV 1990, S. 512; *Weigend*, ZStW 105 (1993), S. 792.

54. *Hassemer*, Einführung, 1990, S. 276.

den Drogenhandel, die Organisierte Kriminalität und die Computerkriminalität anführen.<sup>55</sup>

Obwohl vom Strafrecht dringend erwartet wird, die weltweiten Probleme in den Griff zu bekommen, bleibt es wegen des Territorialitätsprinzips (§ 3 StGB) in seiner räumlichen Geltung grundsätzlich an das nationale Territorium gebunden. Die Geltung des Strafrechts ist nach dem Territorialprinzip (Gebietsgrundsatz) auf Taten beschränkt, die innerhalb des Raumes, der der staatlichen Souveränität unterliegt, begangen werden.<sup>56</sup> Grundsätzlich ist eine Ausweitung des einzelstaatlichen Strafanspruchs allerdings nicht ausgeschlossen. Sie ist auch völkerrechtlich legitim. So gehört das Universalitätsprinzip (Weltrechtsgrundsatz), das im deutschen Strafrecht in § 6 StGB positiviert ist, zu den anerkannten Prinzipien des internationalen Strafrechts.<sup>57</sup>

Für ein Strafrecht mit globalem Anwendungsbereich ergeben sich aber erhebliche praktische Probleme aus den unterschiedlichen materiellen Rechten, den divergierenden Verfahrensrechten, den konkurrierenden und wechselnden Zuständigkeiten zur Strafverfolgung usw.<sup>58</sup> Als Folge davon hat es das Strafrecht der modernen Gesellschaft mehr als je zuvor mit Effektivitäts- und Legitimitätsproblemen zu tun.<sup>59</sup>

---

55. Bundeskriminalamt (Hrsg.), Organisierte Kriminalität. BKA - Arbeitstagung, Wiesbaden 1997, S. 189.

56. Ausführlich dazu *Collardin*, CR 1995, S. 620; *Conradi/Schlömer*, NStZ 1996, S. 368; *Lackner/Kühl*, StGB, Vor §§ 3-7, Rn. 2; *Sch/Sch-Eser*, Vorbem §§ 3-7, Rn. 4; *Tröndle/Fischer*, StGB, Vor § 3, Rn. 3.

57. *Jescheck/Weigend*, AT, S. 173 f.

58. *Pieth*, a.a.O. (Fn. 53), S. 757.

59. *Prittwitz*, Strafrecht, 1993, S. 160.

## V. Zwischenergebnis: Das moderne Strafrecht

Zurzeit wird das moderne Strafrecht in der Literatur oft verschiedenen Vorsilben verziert, z.B. als das Risikostrafrecht,<sup>60</sup> das transnationale Strafrecht,<sup>61</sup> das symbolische Strafrecht, das Präventionsstrafrecht, das moderne Strafrecht usw. Allerdings werden diese Bezeichnungen je nach Autor sowie dem thematisierten Bereich anders verstanden.<sup>62</sup> Dies bedeutet, dass der Begriff „modernes Strafrecht“ ebenso wenig wie das „Risikostrafrecht“ einen feststehenden Inhalt hat, sondern nur eine relative und momentane Bedeutung, welche die in der heutigen Zeit neu aufgetretenen Probleme des Strafrechts widerspiegelt.<sup>63</sup> Dementsprechend scheint mir, dass der Begriff „modern“ im Strafrecht in erster Linie dazu verwendet wird, um bestimmte Formen von Strafrecht vom bestehenden „klassischen“ Strafrecht zu unterscheiden und auch um darauf hinzuweisen, dass das moderne Strafrecht problematische Elemente enthält.

---

60. Dazu vor allem *Prittwitz*, ebd., S. 261 ff. Zum Risikostrafrecht in Bezug auf die Risikoerhöhungslehre, *Schmidhäuser*, AT, 1984, 8/31 ff., 8/54 ff.; *Stratenwerth*, in: FS für *W. Gallas*, 1973, S. 238; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, 1981, S. 36. *Wolters* Auffassung des Risikostrafrechts weicht von der meisten anderen deutschen Strafrechtswissenschaftler ab, doch scheint mir seine Ansicht hinsichtlich der objektiven Zurechnung im Zusammenhang mit dem Risikostrafrecht auch in der Diskussion um das heutige Risikostrafrecht von großer Bedeutung zu sein.

61. Im transnationalen Strafrecht kommt die transnationale Normproduktion in Frage. Dazu *Feest*, in: *Voigt* (Hrsg.), 1999/2000, S. 347 ff.

62. Was das Risikostrafrecht angeht, wird es von *Prittwitz* als präventives (*ders.*, a.a.O. (Fn. 59), S. 242 ff.) und symbolisches Strafrecht (*ders.*, a.a.O. (Fn. 59), S. 253 ff.) verstanden. Demgegenüber wird es von *Seelmann* mit der symbolischen Gesetzgebung im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht in Verbindung gebracht (*ders.*, KritV 1992, S. 452 ff.).

63. Ähnlich *Kuhlen*, a.a.O. (Fn. 52), S. 360.

Besonders prekär ist die Verbindung der neuen Risiken mit den Globalisierungstendenzen, die in Wirtschaft, Politik und Recht zu beobachten sind. Die Globalisierung stellt das nationale Strafrecht vor neue Aufgaben. Gerade bei der Bekämpfung der Computer- und Internetkriminalität spielen grenzüberschreitende Fragestellungen eine große Rolle. Es erscheint jedoch fraglich, ob das Strafrecht mit seinen starken rechtsstaatlichen Schranken diesen Herausforderungen gewachsen sein wird.

## Kapitel 2

### Die Kritik des modernen Strafrechts

durch Winfried Hassemer

#### I. Vorbemerkung

Aus den vorangegangenen Ausführungen des ersten Kapitels ergibt sich, dass durch die Schaffung bzw. Entwicklung eines modernen Strafrechts versucht wird, angemessene Lösungen für die neuartigen Probleme der modernen Gesellschaft zu finden. Dabei geht die Entwicklung eines solchen modernen Strafrechts mit einer Veränderung strafrechtlicher Grundsätze einher, insbesondere einem teilweisen Verlust an Rechtsstaatlichkeit, weil die Zielsetzung des modernen Strafrechts, möglichst effektiv die Probleme der modernen Gesellschaft zu lösen, nur auf Kosten von rechtsstaatlichen Traditionen gehen kann.<sup>64</sup> Je größer die Effektivität des Strafrechts ist, desto weniger Raum bleibt für die Rechtsstaatlichkeit.

Aus diesem Grund ist das moderne Strafrecht immer wieder kritisiert worden. Als einer der Hauptkritiker ist *Winfried Hassemer* anzuführen. Die zwei Hauptansätze, auf der seine Kritik bzw. seine Gegenvorschläge basieren, sind die „Flexibilisierung“ und die „Funktionalisierung“ des modernen Strafrechts. Bei der Sichtung der derzeitigen Literatur fällt auf, dass seine These von der „Flexibilisierung“ des modernen Strafrechts bereits frühzeitig von anderen Kritikern des modernen Strafrechts aufgegriffen und abgewandelt wurde.

---

64.Ähnlich dazu *Naucke*, KritV 1990, S. 254 f.; *Park*, Vermögensstrafe, 1997, S. 120.

Im vorliegenden Kapitel wird zunächst untersucht, ob die Kritik am modernen Strafrecht gerechtfertigt ist. Hierfür ist es notwendig, *Hassemers* Kritikansatz am modernen Strafrecht genauer zu beleuchten. Zuvor jedoch müssen die Kennzeichen des klassischen und modernen Strafrechts zum besseren Verständnis der Problematik gegenübergestellt und verglichen werden. Im nächsten Kapitel folgt eine Darstellung der angesprochenen Flexibilisierung durch andere Kritiker des modernen Strafrechts.

## **II. *Hassemers* Thesen zur Flexibilisierung des Strafrechts**

### **1. Die Kennzeichen des klassischen Strafrechts**

Im Prinzip basiert das Strafrecht auf den verschiedenen Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit. Das bedeutet, dass es prinzipiell an Rechtsstaatsprinzipien wie dem Bestimmtheitsgrundsatz, dem Schuld- und dem Subsidiaritätsprinzip sowie den Prinzipien „in dubio pro reo“ und „in dubio pro libertate“ ausgerichtet ist. Das diesen Grundsätzen folgende Strafrecht wird im Allgemeinen als „das klassische“<sup>65</sup> Strafrecht bezeichnet.<sup>66</sup> Dementspre-

---

65. Dieser Ausdruck „klassisch“ ist kein bestimmter, objektiver und absoluter Begriff, sondern ein subjektiver, relativer. Deswegen kann man den Sinn des Ausdrucks „klassisch“ unterschiedlich verstehen. Ebenso der Ausdruck „klassisches Strafrecht“ ähnlich wie „modernes Strafrecht“. Vgl. zum Ausdruck „modernes Strafrecht“, in Kap. 1 V. So zieht *Hassemer* den Begriff „klassisch“ aus der politischen Philosophie der Aufklärung. Dass *Hassemer* den Begriff „klassisch“ mit dem Strafrecht verbindet, geschieht meiner Ansicht nach, um den Begriff „modern“ im modernen Strafrecht hervorzuheben. Eingehend dazu *Hassemer*, ZRP 1992, S. 379 f.; *ders.*, Produktverantwortung, 1994, S. 3 ff.

66. Ähnlich *Park*, a.a.O. (Fn. 64), 1997, S. 23. Er hat den Begriff des klassischen Strafrechts vom RStGB im 19. Jahrhundert abgeleitet (*ders.*, ebd., S. 121 ff.).



chend taucht auch der Begriff „rechtsstaatliches Strafrecht“<sup>67</sup> auf.<sup>68</sup> Kennzeichen des rechtsstaatlichen Strafrechts sind folgende:

- (a) Es ist gesetzlich.
- (b) Es schützt keine Rechtsgüter der Allgemeinheit, sondern nur die des Einzelnen.
- (c) Es existieren nur eindeutig dargestellte und beschriebene Straftatbestände.
- (d) Durch die Bestrafung soll der Verbrecher nicht bekämpft werden.<sup>69</sup>
- (e) Ziele sind Machtbegrenzung (Sicherung der Humanität), gleichzeitig aber auch eine Machterhöhung (Effektivität des Strafrechts).<sup>70</sup>

Den Ausdruck „klassisches Strafrecht“ entnimmt *Hassemer* dem sogenannten Sozialvertrag.<sup>71</sup> Für *Hassemer* richtet sich der Begriff „klassisch“ im Strafrecht nicht nach einer bestimmten Zeit oder Anzahl von Objekten, sondern

---

67.Allerdings ist der Begriff „rechtsstaatliches Strafrecht“ nicht unveränderlich, sondern kann „weiterentwickelt werden“. Dazu *Naucke*, a.a.O. (Fn. 64), S. 259.

68.Vgl. zu den Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafrechts *Hassemer*, ARSP 1991, S. 137.

69.Ausführlich dazu *Naucke*, a.a.O. (Fn. 64), S. 244 ff., insbes. 246-249.

70.Näher dazu *Naucke*, a.a.O. (Fn. 64), S. 254 ff. Hierbei wird weiter ausgeführt, dass sich Humanität im modernen Strafrecht als „schwach, biegsam, vernichtbar“ herausstellt und die Machterhöhung stärker wird.

71.*Hassemer*, ZRP 1992, S. 379; *ders.*, Produktverantwortung, 1994, S. 7 ff.

bedeutet nur so etwas wie ein „Ideal“.<sup>72</sup> An den angesprochenen Sozialvertrag anlehnend stellt er die Beziehung zwischen Staat, Strafrecht und Bürger wie folgt dar: Nach dem Sozialvertrag funktioniert der Staat durch die Bürger. Das Strafrecht muss die Grenzen der bürgerlichen Freiheit markieren und sichern. Auf der anderen Seite muss aber auch das Strafrecht wiederum vom Bürger kontrolliert werden.

Davon ausgehend beschreibt *Hassemer* die Aufgaben und Grenzen des Strafrechts sowie die Kennzeichen des klassischen Strafrechts folgendermaßen:<sup>73</sup>

- (a) Als strafrechtlich relevant sollte nur die Verletzung personaler Rechtsgüter<sup>74</sup> und sozialvertraglich gesicherter Freiheiten gelten.
- (b) Selbst bei einem sozialvertraglichen Freiheitsverzicht sollten dessen Grenzen verdeutlicht werden.
- (c) Da das Strafrecht eine von den Rechten des Individuums abgeleitete Institution ist, müssen die auf der Rechtsstaatlichkeit basierenden Prinzipien des Strafrechts befolgt werden: z.B. der „in dubio pro reo Grundsatz“, das Prinzip der Subsidiarität oder der Verhältnismäßigkeit.

---

72.*Hassemer*, Produktverantwortung, 1994, S. 3 ff.

73.*Hassemer*, ZRP 1992, S. 379 f.; *ders.*, ebd. (Fn. 72), S. 5.

74.Nach *Hassemer* liegt der Wert des Rechtsgutsbegriffs nicht in der Möglichkeit rechtlicher Ableitungen *more geometrico*, sondern im Schutz einer bestimmten Argumentationsrichtung in rechtlichen Auseinandersetzungen. Er betont, der Rechtsgutsbegriff müsse für eine Ermessensentscheidung des Strafgesetzgebers offen sein. Ausführlich hierzu *Hassemer*, in: FS für *Arth. Kaufmann*, 1989, S. 91.

*Hassemer* hat die Kennzeichen des klassischen Strafrechts überwiegend von persönlichen Rechtsgütern abgeleitet. Die Begründung und Begrenzung der Strafbarkeit im Rahmen des klassischen Strafrechts dient also dem Rechtsgüterschutz. Dies bedeutet im Endeffekt eine Aufforderung zur Entkriminalisierung. Es sollte nur dann bestraft werden, wenn anerkannte Rechtsgüter durch ein ganz bestimmtes Verhalten „wirklich“ bedroht sind.<sup>75</sup> Dies wiederum bedeutet, dass zur Rechtfertigung eines strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes einzelne Schutzgüter konkret und klar erfasst werden müssen.

Deswegen ist für *Hassemer* der Rechtsgüterschutz auf das Interesse der Person an Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum, d.h. auf Individualrechtsgüter, beschränkt.<sup>76</sup> Ob auch Universalrechtsgüter strafrechtlich schutzbedürftig sind, soll seiner Ansicht nach vom Vorliegen bzw. Nichtvorliegen von konkreten und berechtigten Interessen einzelner Personen abhängig gemacht werden.<sup>77</sup> Der Grund dafür liegt darin, dass die Rechtsgutslehre zu dem aus der Aufklärung stammenden Subsidiaritätsprinzip (Strafrecht als ultima ratio) in enger Verbindung steht. Dabei darf nicht übersehen werden, dass *Hassemer* mit seinen Ansichten zum Rechtsgüterschutz nicht blind für eine Entkriminalisierung plädiert.<sup>78</sup> Er beharrt jedoch darauf, dass das Strafrecht kein Instrument der Sozialpolitik sein sollte, sondern letztes Mittel des Rechtsgüterschutzes, wenn alle anderen Mittel nicht mehr tauglich erscheinen.

---

75.*Hassemer*, ebd., S. 87

76.AK-*Hassemer*, 1990, Vor § 1, Rn. 287; *ders.*, in: *Simon* (Hrsg.), 1994, S. 282 f.

77.Ausführlich dazu *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 74), S. 92 f.: *ders.*, in: *Simon* (Hrsg.), 1994, S. 284.

## 2. Die Kennzeichen des modernen Strafrechts

Der grundsätzlich ganz unterschiedlich deutbare Begriff des „modernen“ Strafrechts läßt sich wie folgt verstehen: „Gemeint ist nicht ein Strafrecht, das insofern `modern´ ist, als es rechtsstaatlich, freiheitlich, allein dem Rechtsgüterschutz dienend und in seiner Zielsetzung konstruktiv ist“. <sup>79</sup> Stattdessen soll ein anderes Begriffsverständnis zugrunde gelegt: „Es wird die kritische Frage aufgeworfen, ob gegenwärtig eine kriminalpolitische Entwicklungstendenz erkennbar ist, bei der die Strafverfolgung durch einen immer weiter gehenden Verlust an rechtsstaatlichen Konturen gekennzeichnet ist.“<sup>80</sup>

Mit dem Begriff „modernes Strafrecht“ ist im Allgemeinen die „Modernisierung“ des bestehenden Strafrechts gemeint. *Hassemer* bezeichnet dies auch als „Dialektik der Moderne“, worunter man das Phänomen eines Strafrechts versteht, das sich einer neuen und gewandelten Epoche anpasst.<sup>81</sup> Für *Hassemer* bedeutet dieses Phänomen die Abwendung von metaphysischen Konzepten bei gleichzeitiger Neigung zu einer empirischen Methodologie. Letztere zeigt sich vor allem in der Folgenorientierung und Vorliebe für präventive Konzepte. Dazu erwähnt *Hassemer*, dass „diese modernen Entwicklungen im Strafrecht mit den strafrechtlichen Traditionen wieder synthetisiert werden“. <sup>82</sup> *Hassemer* charakterisiert die Modernisierung des

---

78.Eingehend hierzu *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 74), S. 87 f.

79.*Park*, a.a.O. (Fn. 64), S. 21.

80.Ebd.

81.*Hassemer*, a.a.O. (Fn. 72), S. 1 ff.

82.*Hassemer*, a.a.O. (Fn. 72), S. 2.

Strafrechts (oder auch „Dialektik der Moderne“<sup>83</sup>) mit Hilfe der Begriffe „symbolisches Strafrecht“<sup>84</sup> und „funktionales Strafrecht“.<sup>85</sup> Dies hat er vor allem anhand der drei Hauptziele des Strafrechts, also dem Rechtsgüterschutz, der Prävention und der Folgenorientierung, dargestellt.<sup>86</sup> Im folgenden soll erörtert werden, wie sich das symbolische und funktionale Strafrecht in diesen drei Gebieten entfaltet haben.

### A. Rechtsgüterschutz

Zunächst verändert sich der Gedanke des Rechtsgüterschutzes im modernen Strafrecht von einem negativen Kriterium, im Sinne einer Kritik am Gesetzgeber, hin zu einem positiven Kriterium für die Kriminalisierung, zu welcher der Gesetzgeber geradezu aufgefordert wird.<sup>87</sup> Darüber hinaus fungiert der Rechtsgüterschutz bei der Prüfung des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers als Rechtfertigung zugunsten kriminalisierender Optionen.

---

83. Hassemer, ZRP 1992, S. 380; ders., a.a.O. (Fn. 72), S. 1 und näher S. 6 ff.; ders., in: Simon (Hrsg.), 1994, S. 297.

84. Ausführlich dazu Hassemer, NStZ 1989, S. 553 ff.; AK-Hassemer, 1990, Vor § 1, Rn. 480 ff.; ders., in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), 1991, S. 329 ff.; Pritt-witz, StV 1991, S. 435 ff.; Steinert, in: Frehsee (Hrsg.), 1997, S. 101. Zur symbolischen Gesetzgebung im Strafrecht, Haffke, KritV 1991, S. 165 ff.; auch Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989.

85. Eingehend dazu Hassemer, a.a.O. (Fn. 72), S. 85 ff.; ders., in: Simon (Hrsg.), 1994, S. 296 ff., insbes. 306 ff.

86. Hassemer, ZRP 1992, S. 380 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 72), S. 6 ff.

87. Hassemer, ZRP 1992, S. 380: ders., a.a.O. (Fn. 72), S. 6 ff., ausführlicher zum veränderten Konzept des Rechtsgüterschutzes, Hassemer, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), 1991, S. 331.

Diese veränderte Rechtsgutslehre hat Einfluss auf die Theorie der Universalrechtsgüter genommen.<sup>88</sup> Im modernen Strafrecht konzentriert sich der Rechtsgüterschutz auf den Schutz von Institutionen. Dementsprechend schlägt sich der Universalrechtsgüterschutz vor den verschiedenen Verletzungs- oder konkreten Gefährdungsdelikt nun vermehrt auch in den abstrakten Gefährdungsdelikten nieder.<sup>89</sup> Zu betonen ist, dass im Rahmen der abstrakten Gefährdungsdelikte keine konkrete Bedrohung oder Beeinträchtigung erforderlich ist.<sup>90</sup> Damit trägt der Universalrechtsgüterschutz in hohem Maße zur Ausweitung des Strafrechts bei, weil der unklare Begriff der Universalrechtsgüter den Einsatz des Strafrechts als Mittel zur gesellschaftlichen Problemlösung erleichtert. Das bedeutet, dass sich das Strafrecht von rechtsstaatlichen Traditionen entfernt. Folglich ist das Strafrecht nun nicht mehr *ultima ratio*, sondern vielmehr *prima* oder sogar *so-la ratio* des Rechtsgüterschutzes.<sup>91</sup>

Des weiteren ist zu bemerken, dass besonders die abstrakten Gefährdungsdelikte für die Ziele des modernen

---

88.Zustimmend jüngst *Hirsch*, in: FS für *D. Spinellis*, 2001, S. 425 ff. Insbesondere hat er die Erscheinung der heutigen immer mehr sich ausweitenden Universalrechtsgüter als „eine Entmaterialisierungstendenz des Rechtsgutsbegriffs“ angesehen, näher *Hirsch*, ebd., S. 438 f.; ähnlich auch *Eser*, in: FS für *E.-J. Mestmächer*, 1996, S. 1005 ff. insbes. 1018 f.; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz, 2000, S. 76 ff.; *Weigend*, in: FS für *O. Triffterer*, 1996, S. 708 ff. Vgl. auch *Hassemer*, in: FS für *E.A. Wolff*, 1998, S. 119.

89.Zur Problematik der Universalrechtsgüter, die als Bedrohung des Rechtsgüterschutzkonzepts bezeichnet werden, *Bernd J.A. Müssig*, Schutz, 1994. Hierbei hat er insbesondere von den verschiedenen Rechtsgüterschutzkonzepten (ebd., S. 27-136) die Legitimationsproblematik des Strafrechts abgeleitet (ebd., S. 140ff.).

90.*Hassemer*, in: *Simon* (Hrsg.), 1994, S. 299.

91.*Hassemer*, a.a.O. (Fn. 68), S. 138 f.

Strafrechts geeignet sind,<sup>92</sup> weil nämlich dieses mit Vorliebe zu pönalisierende Verhaltensformen mittels abstrakter Gefährdungsdelikte beschreibt. *Hassemer* bezeichnet deshalb die abstrakten Gefährdungsdelikte als „die Deliktsform der Moderne.“<sup>93</sup> Kennzeichen abstrakter Gefährdungsdelikte ist, dass sie nicht auf den „Schutz konkreter menschlicher Interessen abzielen, sondern auf den von gesellschaftlichen Institutionen oder werthafter Funktionseinheiten“.<sup>94</sup> Dies steht im Gegensatz zu *Hassemers* personaler Rechtsgutslehre, nach der vorzugsweise menschliche Interessen strafrechtlich schutzbedürftig sind.<sup>95</sup>

Die Tendenz zu abstrakten Gefährdungsdelikten wird schließlich auch insofern kritisiert, als bei abstrakten Gefährdungsdelikten kein strikter Nachweis mehr für einen Schaden und für die Kausalität der Handlung verlangt

---

92.Ausführlich zur *Hassemers* Auffassung von abstrakten Gefährdungsdelikten, *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 44), S. 48 ff.

93.*Hassemer*, ZRP 1992, S. 381.

94.*Hassemer*, a.a.O. (Fn. 74), S. 89; ähnlich dazu, *SK-Rudolphi*, Vor § 1, Rn. 8. Vgl. auch als Beispiel dazu wird der Rechtsgut des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) im Wirtschaftsstrafrecht folgendes angeführt: Einerseits als „die Institution der Subvention als wichtiges Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung und die mit ihr verfolgten wirtschaftspolitischen Zielsetzungen als solche“ (*Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 264, Rn. 4; auch *Lackner/Kühl*, StGB, § 264, Rn. 1; *LK-Tiedemann*, § 264, Rn. 11) und andererseits als „die staatliche Planungs- und Dispositionsfreiheit der öffentlichen Hand im Wirtschaftsbereich“ (OLG *Hamburg*, NStZ 1984, S. 218; OLG *Karlsruhe*, NJW 1981, S. 1383; *Achenbach*, JR 1988, S. 251; *Kindhäuser*, JZ 1991, S. 494 f.; *Otto*, Jura 1989, S. 29; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 264, Rn.3). Als geschützte Rechtsgüter des Umweltstrafrechts (§§ 324 StGB) wird die Umwelt als solche bzw. deren einzelne Medien (Wasser, Luft, Boden angesehen. Ausführlich zur Rechtsgutsbestimmung des Umweltstrafrechts, *Bloy*, ZStW 100 (1988), S. 485 ff.; *Hohmann*, GA 1992, S. 76 ff.; *Rengier*, NJW 1990, S. 2506 ff.

95.*Hassemer*, a.a.O. (Fn. 74), S. 91.

wird.<sup>96</sup> Durch diese Verminderung der Nachweisbelastungen werden, was oft übersehen wird, die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten nicht unerheblich reduziert.<sup>97</sup>

## B. Prävention

Man ist sich derzeit weitgehend einig, dass die Prävention im modernen Strafrecht<sup>98</sup> zum beherrschenden Ziel des Strafrechts und wesentlichen Bestandteil der Strafgechtigkeit geworden ist.<sup>99</sup> Daher wird das moderne Strafrecht auch Präventionsstrafrecht genannt. Zwar ist dieser Präventionszweck und auch die positive Generalprävention nicht neu. Aber die Funktion der Prävention im modernen Strafrecht unterscheidet sich von der im klassischen Strafrecht in der Weise, dass die des modernen Strafrechts an externen Folgen orientiert ist<sup>100</sup> und dar-

---

96. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 74), S. 89; *ders.*, NSTZ 1989, S. 558; *ders.*, a.a.O. (Fn. 68), S. 139; *ders.*, a.a.O. (Fn. 93), S. 381. Diese Kritikrichtung hat *Hirsch* als „berechtigt“ bezeichnet, *ders.*, in: FS für *D. Spinellis*, 2001, S. 441, und die Aufweichung des Rechtsgutsbegriffs, die auf den immer unbestimmteren Universalrechtsgüter beruht, als vermeidbar angesehen (*ders.*, ebd., S. 443). Ferner hat er dargelegt, dass dieser Begriff „mit dem Blick auf seine positivrechtliche Funktion genauer als bisher“ definiert werden sollte (*ders.*, ebd. S. 444).

97. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 93), S. 381.

98. Das auf die Prävention gerichtete Rechtsmodell wurde nicht nur im Strafrecht, sondern bereits auch im Verfassungsrecht (*Grimm*, KritV 1986, S. 38 ff.) und im Zivilrecht (*Schmidt*, KritV 1986, S. 83 ff.) behandelt.

99. *Hassemer*, JuS 1987, S. 257 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 72), S. 7 f. Hierbei hat er vor allem das Betäubungsmittelgesetz als ein Musterbeispiel für das präventive Strafrecht überprüft.

100. *Hassemer*, JuS 1987, S. 260. Im Konzept der Folgenorientierung hat er vorgeschlagen, zuerst „externe von internen Folgen zu unterscheiden, zweitens unter letzteren Wirkungen zu verstehen, die sich auf das Rechtssystem beschränken,



über hinaus zu einem beherrschenden Ziel gegenüber den anderen Zielen des Strafrechts wird. Dies bedeutet, dass das Strafrecht als Präventionsstrafrecht für die zukünftige Zweckverfolgung eingesetzt wird, während die vergangenheitsorientierten Gedanken von Unrechts- und Schuldvergeltung jetzt nur noch untergeordnet Berücksichtigung finden.<sup>101</sup> Dagegen war die Prävention im klassischen Strafrecht vordergründig „auf Unrechts- und Schuldvergeltung“ gerichtet<sup>102</sup> und somit nur ein Nebenzweck des Strafrechts.

Die eben angesprochene Funktion des Präventionsstrafrechts steht auch mit der Folgenorientierung des (modernen) Strafrechts<sup>103</sup> in enger Verbindung. Ob sich der erstrebte Präventionszweck des modernen Strafrechts verwirklicht, hängt davon ab, ob und inwieweit die Folgenorientierung gelingt.<sup>104</sup> Darüber hinaus sind die Voraussetzungen des Präventionserfolgs „komplex, historisch wandelbar und diffus“. Aus diesem Grund ist zweifelhaft, ob das moderne präventive Strafrecht den Erwartungen gerecht werden kann.<sup>105</sup> Fraglich ist daneben auch, ob nicht das Bedrohungsgefühl, das sich durch eine intensive Prävention zu verbreiten scheint, die normativen Grenzen im

---

und drittens diese internen Folgen aus dem Folgenbegriff zu entfernen.“

101. *Hassemer*, ZRP 1997, S. 317.

102. *Hassemer*, ebd. (Fn. 100).

103. Unter Folgenorientierung des Strafrecht versteht man, dass „Strafgesetzgeber, Strafjustiz und Strafvollzug sich nicht (nur) vor der Aufgabe sehen, kriminelles Unrecht zu verfolgen und durch Sühne des Täters auszugleichen, sondern dass sie wenigstens das Ziel verfolgen, den Straftäter zu bessern und die Kriminalität im ganzen einzudämmen.“ *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 54), S. 22.

104. *Hassemer*, NStZ 1989, S. 556.

105. Ebd.

rechtsstaatlichen Strafrecht und Strafverfahrensrecht überschreitet. Durch den verstärkten Präventionsdruck könnte es außerdem zu Legitimationsproblemen des modernen Strafrechts kommen.

### **C. Folgenorientierung**

Als drittes Kennzeichen des modernen Strafrechts sieht *Hassemer* die Folgenorientierung, d.h. die Outputorientierung des Strafrechts, an. Dieser folgenorientierte Charakter steht mit der Rechtsgutslehre, dem Präventionskonzept und dem Resozialisierungsgedanken in enger Verbindung. Die Folgenorientierung des modernen Strafrechts wiederum hat den Gedanken des Rechtsgüterschutzes und der Prävention wesentlich beeinflusst.<sup>106</sup> Aus diesem Grund werden andere Sozialwissenschaften im folgenorientierten Strafrecht berücksichtigt, weil durch diese neue Kriterien der Rationalität, der Richtigkeit, der Relevanz und der Rechtfertigung des folgenorientierten Strafrechts einfließen sollen.<sup>107</sup>

Mit der Folgenorientierung zieht das moderne Strafrecht nunmehr seine Rechtfertigung nicht aus dem Begriff und dem System, sondern aus der Folgenbewirkung.<sup>108</sup> Gleichmäßigkeit und Unrechtsvergeltung werden aus der modernen Strafrechtspolitik verdrängt.<sup>109</sup> Das Strafrecht wird zum Instrument der Volkspädagogik und ist damit nicht mehr „ultima ratio“, sondern „sola oder prima ratio“ für die Lösung gesellschaftlicher Probleme. Diese moderne straf-

---

106. Ausführlich dazu *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 90), S. 282 ff., insbes. 292 ff.

107. Dazu *Hassemer*, ebd., S. 292 ff.

108. *Hassemer*, ebd., S. 277.

109. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 72), S. 8 f.

rechtliche Tendenz hat zur Folge, dass das Strafrecht immer stärker zu sogenanntem softlaw, d.h. einem Mittel gesellschaftlicher Steuerung, wird.<sup>110</sup>

Das folgenorientierte Strafrecht ist mit dem Präventionsstrafrecht verknüpft. Im Gegensatz zur klassischen Unrechts- und Schuldvergeltung konzentriert man sich bei dem Präventionsgedanken auf die wirklichen Folgen des Strafrechts. Damit überschreitet die Straftheorie die bisherigen semantischen und systematischen Grenzen. Dafür zieht nunmehr das psychologische<sup>111</sup> und kommunikationstheoretische Wissen mehr und mehr die Aufmerksamkeit auf sich.<sup>112</sup> Zwar verfolgt das Strafrecht immer teilweise auch den Erfolg einer Tat. Das folgenorientierte Strafrecht beschränkt sich aber insbesondere auf „Notwendigkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der Mittel“.<sup>113</sup>

Wie bereits erwähnt, bezeichnet *Hassemer* das folgenorientierte Strafrecht auch als „Dialektik der Moderne“. Grund hierfür ist, dass in diesem „Kennzeichen von Wirklichkeit und Weite“ erkennbar sind.<sup>114</sup> Dies bedeutet im Ergebnis, dass das moderne Strafrecht seinen Grundsätzen insofern nicht mehr treu ist, soweit es sich einseitig am jeweiligen „Output“ orientiert, ohne seine rechtsstaatlichen Traditionen zu beachten.

*Hassemer* kennzeichnet die Modernisierung des Strafrechts auch als Funktionalisierung des Strafrechts, was bedeu-

---

110. Siehe Kap. 1. IV.

111. Hierzu *Haffke*, Tiefenpsychologie, 1976, der die Generalpräventionstheorie kritisiert, indem er sie dem Konzept des folgenorientierten Strafrechts angemessen rekonstruierte. Dazu auch *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 90), S. 287 f.

112. *Hassemer*, ebd., S. 286.

113. *Hassemer*, ebd., S. 284.

114. *Hassemer*, ebd., S. 297 f.

tet, dass strafrechtliche Grundsätze für eine effektive Kriminalpolitik benutzt und manipuliert werden.<sup>115</sup> Diese Funktionalisierung bewirkt eine Veränderung der normativen Traditionen des Strafrechts. Als Instrumente, die zur Funktionalisierung des Strafrechts beigetragen haben, erwähnt *Hassemer* vor allem die objektive Zurechnungslehre, den Präventionszweck (Integrationsprävention oder positive Generalprävention) und die aktuelle Kriminalpolitik mit ihrer Tendenz zur Schaffung von Universalrechtsgütern und abstrakten Gefährdungsdelikten.<sup>116</sup> Dies bedeutet im Endeffekt, dass sich das funktionale Strafrecht von rechtsstaatlichen Grundsätzen entfernt.

Jedoch wird *Hassemer* insofern missverstanden, als man glaubt, er lehne diese Modernisierung des Strafrechts im Ganzen ab. Vielmehr akzeptiert er, dass das Strafrecht auf den sozialen Wandel angemessen reagieren muss.<sup>117</sup> Darüber hinaus fragt er jedoch sinnvoller Weise, inwieweit die strafrechtlichen Grundsätze dafür aufgegeben werden sollten bzw. dürfen. Bei dieser Frage steht er auf dem Standpunkt, dass die rechtsstaatliche Tradition des Strafrechts selbst angesichts drängender rechtspolitischer Erfordernisse nicht zurücktreten darf. *Hassemer* spricht in diesem Zusammenhang auch von dem „Kernstrafrecht“, um dessen Bewahrung es ihm vor allem geht.<sup>118</sup>

---

115. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 74), S. 85.

116. Näher dazu *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 90), S.302 ff.

117. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 101), S.320.

118. Ausführlich dazu *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 90), S. 309 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 101), S. 320; auch *Müller-Dietz*, in: FS für *R. Schmitt*, 1992, S. 95 ff. Allerdings kann das „Kernstrafrecht“ auch im Einzelfall unterschiedlich abgrenzt werden.

### **III. Zusammenfassung: Überblick über die Flexibilisierung des Strafrechts**

Unter der Flexibilisierung des modernen Strafrechts versteht man die Entformalisierung des rechtsstaatlichen Strafrechtsprinzips. Dies bedeutet, dass das Strafrecht sich nach und nach von den rechtsstaatlichen Traditionen entfernt. Die Merkmale der Flexibilisierung zeigen sich sowohl im Bereich des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts als auch im Bereich der Strafgesetzgebung und der Kriminalpolitik. Allerdings sind diese Merkmale sehr eng miteinander verbunden. Außerdem sind zahlreiche verschiedenen Einteilungen möglich. Im Prinzip läßt sich die Flexibilisierung des Strafrechts in jedem Bereich des modernen Strafrechts beobachten.

Im folgenden möchte ich einen - notgedrungen unvollständigen - Überblick über die verschiedenen Ansatzpunkte der Flexibilisierung geben.

## 1. Veränderung der Strafgesetzgebung

- A. Symbolische Strafgesetzgebung
- B. Schwächung des Bestimmtheitsgebotes
  - a. Veränderung des Rechtsgüterschutzes:
    - Konkrete sowie persönliche Rechtsgüter
      - Universalrechtsgüter
  - b. Veränderung des verbotenen Verhaltens:
    - Verletzungsdelikte sowie konkrete Gefährdungsdelikte
      - abstrakte Gefährdungsdelikte
  - c. Die Auswirkung des Motivs des Gesetzgebers auf die Kriminalisierung der inkriminierten Handlung.
  - d. Die zunehmende Einführung unklarer Begriffe und von Generalklauseln in den gesetzlichen Vorschriften.
  - e. Konzentration auf den Besonderen Teil des Strafrechts und das Nebenstrafrecht.

Im Bereich der Strafgesetzgebung nimmt die symbolische Gesetzgebung mehr und mehr zu. Das Bestimmtheitsgebot wird weniger streng gehandhabt.<sup>119</sup> Universalrechtsgüter<sup>120</sup> und abstrakte Gefährdungsdelikte werden vermehrt. Die Anforderungen an den Nachweis eines Schadens und der Kausalität werden herabgesetzt. Infolgedessen ist es einfacher geworden, gesellschaftlich unerwünschte Ver-

---

119. Deutlich *Hassemer*: „Modernes Strafrecht müsse flexibel und flächendeckend sein, um auf jeweils wechselnde Störungen angemessen antworten zu können. Das Bestimmtheitsgebot ist der Feind eines flexiblen, zur Zukunft und zu wechselnden Problemlagen hin offenen Rechts“, in: *ders.*, a.a.O. (Fn. 72), S. 16.

120. Wie *Roxin* erwähnt, ist das Strafrecht nur dann gerechtfertigt, wenn es „nur bestimmte vorgegebene „Güter“ wie das Leben, die Körperintegrität, die Ehre, die Rechtspflege usw.“ schützt. Dazu *Roxin*, AT I, § 2, Rn. 2; ebenso *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 110.

haltensweisen mit Strafe zu belegen, zumal unklare Begriffe und Generalklauseln die Strafrechtsanwendung wesentlich erleichtern.<sup>121</sup>

## 2. Veränderung des materiellen Strafrechts

- Konzentration der Reformen im materiellen Strafrecht:  
auf das Allgemeine • auf das Besondere Strafrecht

A. Verlust von in dubio pro libertate:

Reduzierung der Bestrafungsvoraussetzungen  
(Einschränkungen der Strafbarkeit)

- der Verlust traditioneller Zurechnungsvoraussetzungen

B. Tatstrafrecht • Täterstrafrecht:

= Verletzungsstrafrecht • Gefährdungsstrafrecht

Im Bereich des materiellen Strafrechts werden die Bestrafungsvoraussetzungen, die die Strafbarkeit einschränken, verringert. Dadurch werden traditionelle Zurechnungsvoraussetzungen reduziert, d.h. die individuelle Zurechnung wird abgeschwächt. Der Kausalitätsbegriff ist unklar geworden. Darüber hinaus ist das Strafrecht inzwischen weniger Tatstrafrecht, wo das Strafrecht nicht auf die vorbeugende Kriminalisierung, sondern erst auf die geschehene Rechtsgutsverletzung hin eingesetzt wird,<sup>122</sup> sondern Täterstrafrecht, wo die strafrechtliche Schuld des Täters sich auf die schuldhafteste Persönlichkeit bezieht.<sup>123</sup> Infolgedessen soll der Angeklagte sich nun mehr aktiver am Verhandlungsgeschehen beteiligen.

---

121. Ausführlich dazu AK-Hassemer, Vor § 1, Rn. 491.

122. Hassemer, a.a.O. (Fn. 54), S. 276.

123. Vgl. ausführlich dazu Roxin, AT I, § 6, Rn. 1.

Auch wenn dies nicht einseitig negativ bewertet werden kann, offenbart es doch eine Personalisierung der strafrechtlichen Bewältigung von Kriminalität, die mehr kritische Analysen verdiente. Dies leitet über zu:

### 3. Veränderung des Strafverfahrensrechts

#### A. Verlust von in dubio pro reo

- a. Die Reduzierung auf den Nachweis eines Schadens
- b. Die Reduzierung auf den Nachweis der Kausalität
- c. Die Ausweitung der freien Beweiswürdigung durch eine subjektive Überzeugung des Tatrichters
  - Die Reduzierung auf die Beweislast
  - Die Undurchsichtigkeit der Strafrechtsprechung
  - Die Verminderung der Nachprüfbarkeit der Strafjustiz

#### B. Verschärfung der Ermittlungsmethoden:

Zugriff der Ermittlungsinstrumente auf unbeteiligte Dritte

#### C. „Absprachen“ oder „Vergleich“ im Strafprozess

Im Bereich des Strafverfahrensrechts zeichnet sich der Verlust der traditionellen rechtsstaatlichen Grundmaxime in dubio pro reo ab. Erstens werden die Anforderungen an den Nachweis der Kausalität zwischen der Schädigung und dem sie verursachenden Verhalten reduziert.<sup>124</sup> Dies bedeutet, dass die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten vermindert werden, indem die Beweislast für den Tat-

---

124. Dazu Hassemer, a.a.O. (Fn. 72), S. 30.



richter abgesenkt wird.<sup>125</sup> Außerdem leidet die Durchsichtigkeit der Strafrechtsprechung bedenklich und die Nachprüfbarkeit der Strafjustiz verringert sich.

Andererseits werden die Instrumente der Ermittlung moderner, d.h. schärfer und intelligenter.<sup>126</sup> Es kann auch auf unbeteiligte Dritte zugegriffen werden, weil zunehmend Unbeteiligte wegen der Präventionstinteressen verdächtigt werden. Dies geht einher mit sogenannten „Vorfelderermittlungen“.

Drittens kommen zunehmend „Absprachen“ oder „Vergleiche“ im Strafprozeß zustande.<sup>127</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Flexibilisierung und Entformalisierung im Strafverfahren wird teilweise als Erleichterung, Verkürzung, Vereinfachung der Verfahren betrachtet. Entformalisierung des Strafprozesses heißt aber auch: eine Abkürzung des Strafprozesses und die Leugnung seiner verfassungs- und strafverfahrensrechtlichen Grundprinzipien.

#### **4. Veränderung der Kriminalpolitik**

##### A. Funktionalisierung des Strafrechts

a. Instrument der Kriminalpolitik

b. Instrument der Volkspädagogik:

ultima ratio • sola oder prima ratio

• soft law, bloßes Mittel

• Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip

---

125. Dazu *Hassemer*, ebd., S. 48 f.

126. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 119.

127. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 90), S. 300 f.

B. Veränderung der Strafrechtzwecke:

Zur Prävention, insb. positiven Generalprävention

- Verminderung der Prinzipien der Gleichmäßigkeit und Gleichbehandlung
  - Vermehrung der Möglichkeiten: Gesetzesanwendung
  - Verringerung der Möglichkeiten: Verteidigung

C. Verstärktes Auftreten opferloser Inkriminierungen

Das Strafrecht wird als Instrument der Kriminalpolitik<sup>128</sup> und der Volkspädagogik<sup>129</sup> eingesetzt. Des Weiteren wird es als Instrument für politische Zweckverfolgung benutzt. Dies verstößt gegen das Subsidiaritätsprinzip. Das Strafrecht ist nun nicht mehr ultima ratio, sondern sola oder prima ratio zur Lösung gesellschaftlicher Probleme. Darüber hinaus wird es zum soft law und Mittel gesellschaftlicher Steuerung, was es an das Zivilrecht und Verwaltungsrecht annähert.

Diese Tendenz geht einher mit der Veränderung der Strafrechtzwecke. Das Strafrecht, was sich auf die Unrechtsvergeltung konzentriert hat, wird zur Prävention, vor allem zur positiven Generalprävention, eingesetzt.<sup>130</sup> Dies führt zu einem Spannungsverhältnis zu den Prinzipien der

---

128. Dazu AK-Hassemer, Vor § 1, Rn. 486.

129. Ausführlich dazu Hassemer, a.a.O. (Fn. 72), S. 8 f.; ders., a.a.O. (Fn. 93), S. 381.

130. AK-Hassemer, Vor § 1, Rn. 429 ff.; Hassemer, JuS 1987, S. 262, 264 f.; ders., in: FS für K. Buchala, 1994, S. 133 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 101), S. 319; ebenso AK-Neumann, § 17, Rn. 5 f.: „unter dem Aspekt positiver Generalprävention ist die Berücksichtigung des fehlenden Unrechtsbewußtseins geradezu disfunktional.“

Gleichmäßigkeit und Gleichbehandlung.<sup>131</sup> Ferner treten vermehrt opferlose Inkriminierungen auf, weil ein Schaden nicht mehr nachgewiesen werden braucht.<sup>132</sup> Alle diese Entwicklungen und Tendenzen können im Ergebnis eine Abkehr von den rechtsstaatlichen Traditionen des deutschen Strafrechts bedeuten.

---

131. Als das Beispiel hat *Hassemer* das Betäubungsmittelstrafrechts und die organisierte Kriminalität angeführt. Vgl. *ders.*, a.a.O. (Fn. 93), S. 380.

132. Dazu *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 93), S. 381.

## Kapitel 3

### Die Rezeption von Hassemers Strafrechtskritik in der deutschen Strafrechtswissenschaft

Das moderne Strafrecht<sup>133</sup> wurde nicht nur von *Hassemer*, sondern auch von anderen Strafrechtswissenschaftlern kritisiert. Einige davon haben *Hassemers* Kritik, vor allem den Gedanken einer Flexibilisierung, aufgegriffen und in anderer Form weiterentwickelt bzw. verändert. Es lohnt sich, auch diese kritischen Analysen zu betrachten. Daher wird nachfolgend erörtert, wie *Hassemers* Ansatz der Flexibilisierung in der Literatur aufgegriffen wurde und welche Unterschiede sich zwischen diesen Ansätzen und *Hassemers* Vorgehensweise ergeben.

#### 1. *Peter-Alexis Albrecht*

Nach *Albrechts* Auffassung durchläuft das Strafrecht derzeit aufgrund der Veränderung vom liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts hin zum sozialen Interventionsstaat des 20. Jahrhunderts eine grundlegende Wandlung, bei der sich Konturen einer repressiven und wohlfahrtsstaatlichen sozialen Kontrolle abzeichnen.<sup>134</sup> In Bezug auf diese gewandelte gesellschaftliche Struktur hat *Albrecht* die

---

133. Beim Ausdruck „das moderne Strafrecht“ sollte man darauf aufpassen, dass jeder unter dem Begriff „modern“ einen neutralen Begriff versteht. Das bedeutet, dass der Ausdruck „das moderne Strafrecht“ kein kritisches Moment einschließt.

134. *Albrecht*, KritV 1988, S. 207.

Steuerungsfähigkeit des Strafrechts untersucht.<sup>135</sup> Für seine Darstellung hat er zwischen der Risikogesellschaft, dem politisch-administrativem System und dem technisch-ökonomischem System unterschieden. Bezüglich des politisch-administrativen Systems hat er ausgeführt, dass hiermit die interventionistische Übersteuerung (z.B. im Jugend- und Sexualstrafrecht) angegriffen wird.<sup>136</sup> Mit dem technisch-ökonomischen System werde die Untersteuerung (z.B. im Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht) angegangen.<sup>137</sup> Darüber hinaus hätten sich im Bereich des Umwelt- und Wirtschaftsstrafrechts auch Steuerungs- und Effizienzdefizite herausgestellt.<sup>138</sup>

*Albrecht* erläutert das moderne Strafrecht vorwiegend am Beispiel der zuletzt genannten zwei Strafrechtsbereiche. Nach *Albrecht* ist das Strafrecht nicht nur ein ungeeignetes Mittel, die Destruktion der Umwelt und die durch Wirtschaftsstraftaten zu erwartenden Schäden zu verhindern,<sup>139</sup> sondern auch im Hinblick auf die Legitimität der umwelt- und wirtschaftspolitischen Effizienzdefizite des Staates wirkungslos.<sup>140</sup> Dennoch werde das Strafrecht in diesem Bereich als ein Steuerungsmittel der Politik sogar auf Kosten rechtsstaatlicher Prinzipien erheblich ausgeweitet.<sup>141</sup> Dies gehe einher mit der Vermehrung von Bestimmungen des Nebenstrafrechts sowie der Schaffung von Gefährdungsdelikten. Die Strafgesetzgebung werde von

---

135. *Albrecht*, ebd., S. 182 ff.; *ders.*, KritV 1993, S. 163 ff.

136. *Albrecht*, a.a.O. (Fn. 134), S. 184 f., insbes. 200 ff.

137. *Albrecht*, ebd., S. 186 ff.

138. *Albrecht*, ebd., S. 200.

139. *Albrecht*, ebd., S. 192, 200, 205; *ders.*, in: Kriminalsoziologische Bibliographie, 1987, S. 16.

140. *Albrecht*, a.a.O. (Fn. 134), S. 200.

141. *Albrecht*, in: *Schünemann/Dubber* (Hrsg.), 2000, S. 49.

einer ausnahmsweisen Anwendung der Gefährdungsdelikte auf eine grundsätzliche umgestellt.<sup>142</sup>

Die moderne Erscheinung des Strafrechts im Hinblick auf den Abbau rechtsstaatlicher Prinzipien kritisiert er in gleicher Form wie *Hassemer*. Seiner Ansicht nach wird dieser Abbau hauptsächlich beim Opportunitätsprinzip<sup>143</sup> im modernen Strafverfahrensrecht und bei der Privatisierung<sup>144</sup> des Strafrechts im modernen materiellen Strafrecht deutlich.<sup>145</sup> Auffällig ist, dass er die eben angesprochene Privatisierung des Strafrechts mit dem Präventionsgedanken in Verbindung bringt,<sup>146</sup> nach dem „die soziale Kontrolle weit in das Vorfeld der Straftat verlagert wird“.<sup>147</sup>

Im Ergebnis hat *Albrecht* die Tendenzen des modernen Strafrechts folgendermaßen zusammengefasst:

---

142. Ebd.

143. Ausführlich zum Problem dieser Opportunitätsanwendung, *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 93), S. 383.

144. Näher zum Problem dieser Privatisierung des Strafrechts, *Albrecht*, a.a.O. (Fn. 141), S. 50.

145. *Albrecht*, ebd., S. 49 f.

146. Was die Stellung des Opfers im Präventionsstrafrecht angeht, werde das Opfer nur „als Mittel zum Abbau rechtsstaatlicher Prinzipien“ benutzt. *Albrecht*, ebd., S. 49 f.; vgl. auch *Werle*, JZ 1991, S. 789 ff.

147. Dazu *Albrecht*, ebd., S. 49 f.; vgl. nach *Naucke* ergibt sich aus der Privatisierung des Strafrechts, dass die „Kriminalpolitik ganz in das private Gemüt von Opfer und Täter verlegt wird. Die Kriminalpolitik des privatisierten Strafrechts erschöpft sich in der Aufforderung an den nicht tatgeneigten Bürger, mehr Kriminalität zu ertragen, und in der Aufforderung an den tatgeneigten Bürger, sich freiwillig (vor Anwendung der gesetzlichen Sanktionen) zu unterwerfen. Strafrecht ist dann ein sozial-psychologischer Großvorgang. .... Strafrecht und Strafprozessrecht sind nur noch Orientierungstafeln für privates Denken und Fühlen“. *Naucke*, KritV 1993, S. 142 f.

- (a) „Zunahme abstrakter Gefährdungsdelikte,
- (b) Zunahme der Pflichtnormierungen von Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikten und
- (c) Vereinfachung der Strafrechtseinsetzung mit Hilfe der Generalklauseln und den unbestimmten Tatbestandsmerkmalen“.<sup>148</sup>

An dieser Stelle ist die von *Hassemer* ins Feld geführte Flexibilisierung anzusprechen. Diesen strafrechtlichen Trend stuft auch *Albrecht* als sehr problematisch ein. Daher hat er vorgeschlagen, die Entkriminalisierung im materiellen Strafrecht voranzubringen und den rechtsstaatlichen Grundprinzipien im Strafverfahren stärker Geltung zu verschaffen.<sup>149</sup> Darunter versteht er allerdings „nicht Verzicht auf rechtliche Steuerung, sondern Hinwendung zu adäquaten Steuerungsformen und angemessenen rechtlichen Steuerungsmedien, wie sie das Zivilrecht, das öffentliche Recht und das Sozialrecht bereithalten.“<sup>150</sup>

---

148. *Albrecht*, KritV 1993, S. 164.

149. *Albrecht*, ebd., S. 180 f. Hierbei hat *Albrecht* seine Auffassung vor allem mit den folgenden Vorschlägen der Hessischen und Niedersächsischen Reformkommission „Kriminalpolitik“ verteidigt. D.h. „Einführung eines materiellrechtlichen Geringfügigkeitsprinzips, Einschränkung der Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens, Anhebung des Mindestalters für freiheitsentziehende Sanktionen und der Strafmündigkeit, Reduzierung von Freiheitsentzug durch Erweiterung der Strafaussetzung zur Bewährung, normative Entkriminalisierung im Straßenverkehrsstrafrecht, Betäubungsmittelstrafrecht, Eigentums- und Vermögensstrafrecht, Nebenstrafrecht, Sexualstrafrecht und im Bereich der Nötigung.“; vgl. zu den Entkriminalisierungsvorschläge der Hessischen Kommission „Kriminalpolitik“, *Albrecht/Hassemer/Voß* (Hrsg.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992.

150. *Albrecht*, a.a.O. (Fn. 148), S. 180.

Hiernach soll das Strafrecht aufgrund seiner rechtsstaatlichen Bindungen nur als Reaktion auf wesentliche Beeinträchtigungen eingesetzt werden.<sup>151</sup> Auch sollte vor der Anwendung des Strafrechts zunächst darauf abgestellt werden, ob „andere gesellschaftliche Regelungssysteme als Steuerungselemente“ greifen und die gleiche Wirkung bringen können,<sup>152</sup> weil der Rückgriff auf das Strafrecht als ultima ratio auf wenige Fälle beschränkt sein sollte. Diesen Gedanken kann man in der Formulierung zusammenfassen, dass „das Strafrecht kein Allheilmittel zur Bewältigung gesellschaftlicher Konflikte“ sei.<sup>153</sup>

## **2. Felix Herzog**

*Felix Herzog* charakterisiert das moderne Strafrecht insbesondere als Gefährdungsstrafrecht. Seine Kritik am modernen Strafrecht konzentriert sich auf den umfangreichen Anwendungsbereich der (abstrakten) Gefährdungsdelikte.<sup>154</sup> Dies hat er beispielhaft vor allem anhand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) und der Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) deutlich gemacht.<sup>155</sup> Wirtschafts- und Umweltstrafrecht sind für *Herzog* Kernbereiche des Gefährdungsstrafrechts. Die Definition der Gefahr, welche den zentralen Begriff des Gefährdungsstrafrechts darstellt, übernimmt er von *Beck*.<sup>156</sup> Auf dieser Grundlage geht auch *Herzog* davon aus, dass Gefahren nicht einfach

---

151. *Albrecht*, KritV 1996, S. 339.

152. Z.B. zivilrechtliche Regulierungen, Verwaltungszwang usw., vgl. hierzu *Albrecht*, ebd., S. 330.

153. Ebd.

154. *Herzog*, Unsicherheit, 1991.

155. *Herzog*, ebd., S. 109 ff.

156. Vgl. den Kap. 1, II 1.



existent sind, sondern „in vielschichtigen Interaktions- und Interpretationsprozessen der gesellschaftlichen Konstruktion entstehen, deren Akteure wiederum in ihrer „inneren Sicherheit“ und in der Gefahrenwahrnehmung subjektiv und je nach situativ höchst unterschiedlich strukturiert sind.“<sup>157</sup> Erst daraus entstehen die „gesellschaftliche Unsicherheit“ und die „Sicherheitsbedürfnisse“, die Anlass für die Schaffung des Gefährdungsstrafrechts waren.

Infolge dieser zunehmenden Gefahrenwahrnehmung und der sich daraus ergebenden Sicherheitsbedürfnisse verändert sich das Strafrecht: Zunächst werden neue Gefährdungstatbestände geschaffen<sup>158</sup> und hierdurch das Strafrecht schon im Vorfeld von Rechtsgüterverletzungen eingesetzt. Dann werden Unrechtsvergeltung durch Verhaltenssteuerung und Rechtsgüter durch „Funktionen“ ersetzt.<sup>159</sup> Im Ergebnis ist nach *Herzogs* Ansicht das Strafrecht „nicht mehr bloß eine repressive oder vergeltende Reaktion auf Rechtsverletzungen“, sondern nimmt „eine Aufgabe im System der staatlichen Daseinssicherung wahr.“<sup>160</sup> Letztlich wird damit das Ergebnis *Hassemers* bestätigt.

*Herzog* schätzt insbesondere die drei Kernbegriffe „gesellschaftliche Unsicherheit“, „Sicherheitsbedürfnisse“ und „Gefährdungsstrafrecht“ als äußerst problematisch ein. Auch bewertet er die vermeintlich zwingende Herlei-

---

157. *Herzog*, ebd. (Fn. 154), S. 54, 70.

158. Für *Herzog* sieht „die Ausbreitung von (abstrakten) Gefährdungstatbeständen teilweise als eine Reaktion auf gesellschaftliche Orientierungsunsicherheiten angesichts von Innovationen, Komplexitätszuwachsen, Strukturwandel, Umbrüchen im ökonomischen oder technologischen Bereich“ an. Hierzu *Herzog*, ebd., S. 54.

159. *Herzog*, ebd., S. 72.

160. *Herzog*, ebd., S. 71; abweichende Meinung hierzu *Hilgen-dorf*, a.a.O. (Fn. 44), S. 56 f.

tung dieses Gefährdungsstrafrechts aus gesellschaftlichen Bedürfnissen als „Fehlschluss“.<sup>161</sup> Des Weiteren geht seiner Ansicht nach das Gefährdungsstrafrecht mit der Zersetzung der sozialen Selbstregulation, bestimmte Risiken zu überstehen oder selbständig zu behandeln, einher.<sup>162</sup>

*Herzog* hat sich auch mit der Frage nach den Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts befasst und im Rahmen dessen *Wilhelm von Humboldts* Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, näher beleuchtet.<sup>163</sup> Dabei wird die Wirksamkeit des Strafrechts durch *Hassemers* systemkritische Rechtstheorie begrenzt und die Entgrenzung des Strafrechts, das auf die Prävention zielt, unter Zugrundelegung von *Hegels* Straftheorie kritisiert.

*Herzog* möchte die Frage, ob man sich recht oder unrecht verhalten hat, aus der Tradition der systemtranszendenten und systemkritischen Rechtstheorie heraus, also außerhalb der gesetzlichen Tatbestände und der Kriterien des Unrechts, beantwortet wissen.<sup>164</sup> Mit der eben angesprochenen Tradition meint er das rechtsstaatliche Strafrecht,<sup>165</sup> das *Hassemer* als Gegenmodell zum modernen

---

161. *Herzog*, ebd., S. 70.

162. *Herzog*, ebd., S. 72.

163. *Herzog*, KritV 1993, S. 252 ff.

164. *Herzog*, ebd., S. 252.

165. Vor allem steht *Herzogs* Verständnis der Rechtsstaatlichkeit mit der Freiheit der Bürger in enger Verbindung. Dabei hat er insbesondere die Unschuldsvermutung des tatverdächtigen Bürgers hervorgehoben, die bedeutet, dass dieser bis zur Verurteilung als unschuldig gelten sollte, denn „mit Delinquenz leben zu müssen, ist ein Preis der Freiheit.“ Hierzu *Herzog*, in: *Vom unmöglichen Zustand*, 1995, S. 50 f.

Strafrecht angeführt hat.<sup>166</sup> Ein Grund für die Heranziehung dieser Tradition liegt darin, dass man mit ihrer Hilfe überprüfen kann, ob der Staat seine Machtpolitik jenseits der Grenzen des Strafrechts erfüllt.<sup>167</sup> Auch dieser Ansatz der systemtranszendenten und systemkritischen Rechtsgutstheorie ist eng mit *Hassemers* Konzept einer systemkritischen Rechtsgutstheorie verwandt.

### **3. Cornelius Prittwitz**

*Prittwitz* hat in seiner 1993 erschienenen Habilitation „Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft“ die Frage nach einer strafrechtlichen Bewältigung der modernen Gefahren behandelt.<sup>168</sup> In dieser Arbeit hat er das moderne Strafrecht in der Risikogesellschaft systematisch untersucht. *Prittwitz* bezeichnet das moderne Strafrecht als Risikostrafrecht.<sup>169</sup> Seiner Ansicht nach hat das Risikostrafrecht die Funktion der Großsteuerung und der Symbolik. Dem folgend wäre das moderne Straf-

---

166. Ausführlich dazu *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 54), S. 135 ff., 251 ff., 316 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 68), S. 136 ff. Darin hat *Hassemer* den Maßstab des Strafverfahrensrechts, des materiellen Strafrechts und der Strafziele im Hinblick auf die rechtsstaatliche Tradition betrachtet.

167. *Herzog*, a.a.O. (Fn. 163), S. 252.

168. *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 59).

169. *Prittwitz* definiert die Risikogesellschaft, die Hintergrund seines Risikostrafrechts ist, als „sowohl eine objektiv unsicherer gewordene als auch eine subjektiv verunsicherte Gesellschaft.“ Hierzu *Prittwitz*, in: *Rechtsstaatliche Antworten*, 1993, S. 30 f.

recht also auch als Großsteuerungsstrafrecht<sup>170</sup> bzw. symbolisches Strafrecht<sup>171</sup> zu charakterisieren.

Im Rahmen des Großsteuerungsstrafrechts unterscheidet er weiter zwischen dem „alten“ und dem „neuen“ Präventionsstrafrecht.<sup>172</sup> Das symbolische Strafrecht soll Gefühlen der subjektiven Unsicherheit entgegenwirken.<sup>173</sup> Nach *Prittwitz* verändert sich das Strafrecht derzeit vom Präventionsstrafrecht der Industriegesellschaft zum Großsteuerungsstrafrecht der Risikogesellschaft.<sup>174</sup> Seiner Ansicht nach schützt das Großsteuerungsstrafrecht im Gegensatz zum „klassischen“ Präventionsstrafrecht im Vorfeld einer Verletzung mehr und andere Rechtsgüter. Allerdings werden spezifische Effektivitäts- und Legitimitätsfragen aufgeworfen.

*Prittwitz* hat die Risikogesellschaft anhand dreier Modelle dargestellt: der Gefahrgesellschaft, der Sicherheitsgesellschaft und der verunsicherten Gesellschaft.<sup>175</sup> Zuerst hat er den Begriff der Gefahrgesellschaft von *Becks* Risikogesellschaft abgeleitet: jedoch hat er diese als Gefahrgesellschaft bezeichnet,<sup>176</sup> in der bisher unbekannte, neuartige und die Menschheit bedrohende Gefahren

---

170. Dazu *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 242 ff., im Ergebnis S. 245.

171. Dazu *Prittwitz*, ebd., S. 253 ff.

172. *Prittwitz*, ebd., S. 245.

173. *Prittwitz*, ebd., S. 258.

174. *Prittwitz*, ebd., S. 245.

175. Dazu *Prittwitz*, in: *Kreuder* (Hrsg.), 1992, S. 181 f.; Ausführlich weiterführend *ders.*, a.a.O. (Fn. 59), S. 49 ff. Insbes. zur Gefahrgesellschaft, *ders.*, a.a.O. (Fn. 59), S. 50 ff., zur Sicherheitsgesellschaft, a.a.O. (Fn. 59), S. 62 ff., zur verunsicherten Gesellschaft, a.a.O. (Fn. 59), S. 65 ff.

176. *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 56, 365.

als das Produkt des industriellen Fortschritts existieren.<sup>177</sup> Weiterhin bezeichnet *Prittwitz* die von *Evers* und *Nowotny* umschriebene Risikogesellschaft als eine (sowohl objektive als auch subjektive) Sicherheitsgesellschaft oder auch Risikobeherrschungsgesellschaft,<sup>178</sup> in der man die mit dem Industrialisierungs- und Modernisierungsprozess verbundenen Gefahren beherrschen kann.<sup>179</sup>

Ein drittes Modell der „verunsicherten Gesellschaft“ wurde von *Franz-Xaver Kaufmann* entworfen.<sup>180</sup> Im Gegensatz zu der von *Evers* und *Nowotny* definierten Risikogesellschaft charakterisiert er diese als eine Gesellschaft in der zwar die subjektive Unsicherheit wächst, aber dafür eine objektive Sicherheit besteht. Dies bedeutet eine Orientierungsunsicherheit, die durch Persönlichkeit, Situation und Kultur bedingt ist, und erzeugt eine gesteigerte Komplexität der sozialen Verhältnisse.<sup>181</sup>

Im Zusammenhang mit diesen Modellen der Risikogesellschaft hat *Prittwitz* das Strafrecht als Präventionsstrafrecht, symbolisches Strafrecht und Risikostrafrecht charakterisiert:<sup>182</sup> Zunächst funktioniere das Strafrecht

---

177. *Beck*, a.a.O. (Fn. 3), S. 29; *Prittwitz*, in: *Kreuder* (Hrsg.), 1992, S. 181; *ders.*, a.a.O. (Fn. 59), S. 49.

178. *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 62 ff., insbes. 64, 74.

179. *Evers*, a.a.O. (Fn. 31), S. 35. Demgegenüber seien die Gefahren bei *Beck* „erstens örtlich, zeitlich und sozial nicht eingrenzbar ... zweitens nicht zurechenbar nach den Regeln von Kausalität, Schuld, Haftung, drittens nicht kompensierbar nach der gängigen Tauschregel »Zerstörung gegen Geld«“ (*ders.*, a.a.O. (Fn. 27), S. 120).

180. *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 73 f.

181. *Kaufmann*, *F.-X.*, in: *Holzheu* (Hrsg.), 1987, S. 38 ff. und 46. Insofern stellen sich Sicherheit und Unsicherheit auch als „Beurteilungsmodi unserer Zukunftsorientierung“ heraus (ebd., S. 39).

182. *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 365.

in der Gefahrgesellschaft, in der Großgefahren als Nebenfolgen des technischen Fortschritts aufgekommen sind, als ein Instrument der Prävention. Zweitens spiele das Strafrecht in der verunsicherten Gesellschaft, in der die objektive Sicherheit und die subjektive Unsicherheit ausgeweitet werden, eine „Funktionsrolle“<sup>183</sup> in Form einer „symbolischen Versicherung“. Und schließlich entwickle sich in der Risikogesellschaft, in der Gefahren zu Risiken werden und immer mehr Entscheidungsmöglichkeiten immer mehr Risiken produzieren, ein rationales und funktionales Risikostrafrecht. In der Realität träten diese drei Modelle jedoch meist als Mischformen auf, wie es z.B. im Umweltstrafrecht der Fall ist.

In Bezug auf das Problem der Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft hat *Prittwitz* vor allem die Figur des „erlaubten Risikos“ behandelt.<sup>184</sup> Nach *Prittwitz* sollten erlaubte Risiken und zu verbietende Risiken zunächst durch Politik und Verwaltungsrecht definiert werden.<sup>185</sup> Es ist also keineswegs so, dass *Prittwitz* es völlig ablehnt, den Begriff des Risikos auf die Strafrechtsdogmatik anzuwenden, denn schädliches oder gefährliches menschliches Verhalten kann „sinnvoll als Risikoentscheidungsverhalten rekonstruiert werden, und Risikoschaffungen oder Risikoerhöhungen können Gegenstand strafrechtlicher Vorwürfe sein.“<sup>186</sup>

---

183. Nach *Prittwitz* kann „die Funktionalisierung des Strafrechts als solche kein Gegenstand der Kritik sein“, im Gegenteil geht es darum, „Kriterien zu finden, warum manche Funktionalisierungen zu bejahen, andere zu verwerfen sind.“ *Prittwitz*, in: *Kreuder* (Hrsg.), 1992, S. 180.

184. Dazu *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 267 ff.

185. *Prittwitz*, ebd., S. 319.

186. *Prittwitz*, ebd., S. 385.

Allerdings fordert er hierfür, zum einen den Bereich der erlaubten Risiken zu verkleinern und zweitens die objektive und subjektive Zurechnung von Risiken restriktiv anzuwenden. Auf jeden Fall ist für *Prittwitz* das Strafrecht „gleichzeitig am schlechtesten vorbereitet auf das Eindringen von Risikoorientierungen und am anfälligsten dafür.“<sup>187</sup> Seiner Meinung nach sollte hierbei auf das traditionelle Normprogramm abgestellt werden, „das sich auf eine realistische Rekonstruktion von ex ante - Einstellungen gegenüber Risiken festgelegt habe.“<sup>188</sup>

Darüber hinaus hat sich *Prittwitz* in jüngerer Zeit auch mit Fragen des modernen Strafrechts im Zusammenhang mit der Globalisierung befasst,<sup>189</sup> wobei er vor allem die Computerkriminalität als eine der drei wesentlichen Kriminalitätskreise der Globalisierung erwähnt.<sup>190</sup> *Prittwitz* teilt die heutige Kriminalität, soweit sie mit der Globalisierung in Zusammenhang steht, folgendermaßen ein:<sup>191</sup>

- (a) Die organisierte Kriminalität im Bereich Drogenkriminalität, Geldwäsche, Autodiebstahl, Prostitution und Menschenhandel.
- (b) Die organisierte (aber nicht immer als kriminell bezeichnete) Kriminalität im Bereich Umwelt- und Wirtschaftskriminalität, Korruption, Subventionsbetrügereien und

---

187. *Prittwitz*, ebd., S. 162 f.

188. *Prittwitz*, ebd., S. 386.

189. *Prittwitz*, in: *Prittwitz/Manoledakis* (Hrsg.), 2000, S. 163-175.

190. In Bezug auf das Stichwort „Globalisierung“ habe sich das globale Strafrecht nicht mit der globalen Kriminalität, sondern eher globalen Empfindlichkeit gegenüber der neuen, sogar fremden Welt befasst. *Prittwitz*, ebd., S. 171.

191. Ebd.

- (c) Kriminalität in unmittelbarem Bezug zu den technologischen Bedingungen, d.h. Computerkriminalität.

*Prittwitz* betont immer wieder das ultima ratio Prinzip als Bedingung sowohl für die Legitimität des Strafrechts als auch für seine Effektivität.<sup>192</sup> Das Strafrecht sollte nur dann eingesetzt werden, wenn alle anderen Mittel zwecklos erscheinen und dennoch eine Reaktion auf ein bestimmtes Verhalten erfolgen muss.<sup>193</sup> Daher müsse man vor der Anwendung des Strafrechts zunächst darüber nachdenken, ob andere Maßnahmen neben dem Strafrecht möglich und politisch durchsetzbar sind.<sup>194</sup>

Es ist unschwer zu erkennen, dass auch *Prittwitz* der rechtsstaatlich liberalen Tradition zugerechnet werden kann. Die Schaffung eines eigenen Strafrechts der Risikogesellschaft ist für ihn vom Prinzip her illegitim, da die Bedrohungsstrukturen der Risikogesellschaft und die Zurechnungsstrukturen des Strafrechts nicht zusammenpassen.<sup>195</sup> Die Probleme in der modernen Gesellschaft sollten nicht vordergründig mit Hilfe des Strafrechts, sondern durch andere Kontrollinstanzen wie z.B. der Politik und mit den Mittel des Verwaltungsrechts gelöst werden.<sup>196</sup>

---

192. Denn das Strafrecht kann nur dann legitim sein, „wenn es die nicht mehr vermeidbaren Zwecke erfüllt oder zumindest zu erfüllen verspricht,“ weil nur ein (zweckfreies) Strafrecht, das sich auf die absolute Straftheorie stützt, seinen Aufgaben nachkommen kann. *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 183), S. 179; *ders.*, in: Rechtsstaatliche Antworten, 1993, S. 32 ff.

193. *Prittwitz*, in: Vom unmöglichen Zustand, 1995, S. 392.

194. *Prittwitz*, a.a.O. (Fn. 183), S. 187.

195. *Prittwitz*, in: Rechtsstaatliche Antworten, 1993, S. 33.

196. *Prittwitz*, ebd., S. 33 f.



#### 4. *Eric Hilgendorf*

*Hilgendorf* hat am Beispiel des Umwelt- und Wirtschaftsstrafrechts *Hassemers* Kritikansatz des modernen Strafrechts analysiert und kritisch betrachtet.<sup>197</sup> Vor allem hat er erörtert, ob eine Flexibilisierung des modernen Strafrechts in den Leitentscheidungen zur strafrechtlichen Produzentenhaftung (Contergan, Monza-Steel und Lederspray) festgestellt werden kann. Besonders eingehend hat sich mit Fragen der Kausalität und objektiven Zurechnung im Zusammenhang mit Fällen der strafrechtlichen Produkthaftung beschäftigt. *Hilgendorf* zufolge lassen sich die von den Produkthaftungsfällen aufgeworfenen Kausalprobleme lösen, wenn man das dogmatische Instrumentarium verfeinert und die von *Engisch* entwickelte Lehre vom gesetzmäßigen Zusammenhang mit der modernen wissenschaftstheoretischen Kausalitätsdoktrin verbindet.<sup>198</sup> In der strafrechtlichen Bewältigung der neueren Produkthaftungsfälle sieht *Hilgendorf*, anders als *Hassemer*, keine gefährlichen Flexibilisierungstendenzen, sondern allenfalls dogmatischen Klärungsbedarf.<sup>199</sup>

Nach *Hilgendorf* zeigt sich die von *Hassemer* behauptete Flexibilisierung in der Strafgesetzgebung insbesondere an zwei Stellen, nämlich „der Normierung abstrakter Gefährdungsdelikte und der Hinwendung zum symbolischen

---

197. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 44), S. 45 ff. insbes. S. 52 f.: *ders.*, NSTZ 1993, S. 14 f.

198. *Hilgendorf*, in: FS für *T. Lenckner*, 1998, S. 699 ff.

199. Vgl. auch seine Besprechung von *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, in: JZ 1997, S. 611.

Strafrecht".<sup>200</sup> Die Merkmale der modernen Strafgesetzgebung fasst er folgendermaßen zusammen:<sup>201</sup>

- (a) das Strafrecht wird nicht mehr als ultima, sondern als prima ratio des Rechtsgüterschutzes verstanden,
- (b) Einführung vage formulierter Universalrechtsgüter,
- (c) Vorfeldkriminalisierung durch abstrakte Gefährdungsdelikte,
- (d) Flexibilisierung der Strafrechtsdogmatik und
- (e) Relativierung des opfer- und rechtsgutsorientierten Kernstrafrechts.

Diese Charakteristika der aktuellen Strafrechtspolitik und des daraus resultierenden Gesetzgebungsstils werden von *Hilgendorf*, anders als von *Hassemer*, allerdings nicht grundsätzlich als unzulässig bewertet. Er bezweifelt sogar,<sup>202</sup> ob diese Merkmale „als generelle Kennzeichen eines Strafrechts in der Risikogesellschaft“ und „als Charakteristika, die in allen Bereichen des Strafrechts festgestellt werden, die mit den neuen Risiken zu tun haben“, angesehen werden können. *Hassemers* Kritik am Funktionalismus des Strafrechts stimmt er zwar grundsätzlich zu, weist aber darauf hin, dass „die strafrechtliche Gesetzgebung schon immer ein Mittel zur Durchsetzung politischer Entscheidungen war.“<sup>203</sup>

---

200. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 44), S. 48 ff.

201. *Hilgendorf*, ebd., S. 52 f.: *ders.*, NStZ 1993, S. 14.

202. *Hilgendorf*, NStZ 1993, S. 14.

203. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 44), S. 45.

Im Kern ist *Hilgendorf* der Kritik *Hassemers* jedoch gefolgt. Vor allem im Zusammenhang mit der Internetkriminalität hat er *Hassemers* Flexibilisierungskritik aufgegriffen und weitergeführt. Seiner Ansicht nach lassen sich Flexibilisierungstendenzen nicht so sehr im Recht der strafrechtlichen Produkthaftung, dafür aber bei der strafrechtlichen Bewältigung der Internetkriminalität feststellen, vor allem im Zusammenhang mit der Anwendung des deutschen Strafrechts im Internet.<sup>204</sup> Die damit zusammenhängenden Fragen werden in dieser Arbeit noch ausführlich zur Sprache kommen.<sup>205</sup>

## **5. Zusammenfassung:**

### **Was heißt „Flexibilisierung des Strafrechts“ ?**

Unter der Flexibilisierung des modernen Strafrechts versteht man die Lockerung traditioneller dogmatischer Strukturen des Strafrechts mit dem Ziel, das Strafrecht für die Problemlösungen in der modernen Gesellschaft flexibler und leichter einsetzbar zu machen. Diese Flexibilisierung geht mit einer Entformalisierung der strafrechtlichen Zurechnungsvoraussetzungen einher. Die Entformalisierung ist zudem der Weg, durch den sich das funktionalisierte Strafrecht entfalten kann.<sup>206</sup> Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass bei der Funktionalisierung des Strafrechts eine Entwicklung hin zu einem folgenorientierten Strafrecht stattfindet, und zwar in

---

204. Vgl. *Hilgendorf*, Nationales oder transnationales Strafrecht?, in: FS der Würzburger Juristenfakultät 2002 (im Erscheinen).

205. Vgl. unten Teil 3.

206. AK-*Hassemer*, 1990, Vor § 1, Rn. 487.

der Weise, dass das Strafrecht zu einem reinen Instrument der Kriminalpolitik wird.

Aufgrund der Endung „-isierung“ kann man mit dem Begriff Flexibilisierung einen Prozess „in Richtung des in der ersten Silbe Bezeichneten“<sup>207</sup> umschreiben. Deshalb hat sie keine bestimmte Gestalt. Kennzeichnend ist vor allem die Aufweichung traditioneller rechtsstaatlicher Strukturen im Strafrecht mit dem Ziel, neue Risiken in den Griff zu bekommen und neue Strafbedürfnisse zu befriedigen. Im folgenden soll am Beispiel des Computerstrafrechts geprüft werden, ob eine derartige Flexibilisierung tatsächlich ein durchgehendes Phänomen des modernen Strafrechts darstellt. Dazu muss zunächst ein Überblick über das moderne Computerstrafrecht gegeben werden, wobei ich mich auf die Rechtslage in Deutschland und in Korea beschränken möchte.

---

207. Prittwitz, a.a.O. (Fn. 189), S. 167.

**Zweiter Teil:**

**Flexibilisierungstendenzen  
im modernen Computerstrafrecht ?**

## Kapitel 4

### Das deutsche Computerstrafrecht

Der Begriff des Computerstrafrechts oder der Computerkriminalität stammt vom amerikanischen Begriff des „computer-crime“.<sup>208</sup> Unter kriminellem Verhalten im Sinne von Computerkriminalität versteht man üblicherweise die Einwirkung oder die pflichtwidrige Nichteinwirkung auf eine elektronische Datenverarbeitung.<sup>209</sup> Die Computerkriminalität ist eine relativ neue Kriminalitätsform, deren Entwicklung noch im Fluss ist. Trotzdem wurde das Computerstrafrecht aufgrund der Bedeutung und Tragweite der neuen Kriminalitätsform in vielen Ländern schon geregelt. Infolge der teilweise noch unklaren Begriffsbestimmung der Computerkriminalität sowie des andauernden Fortschritts der Computer und Informationstechnologie ist der Anknüpfungspunkt des Computerstrafrechts jedoch nur unscharf zu bestimmen.

In Deutschland traten Fälle von Computerkriminalität in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts erstmals auf, während solche in Korea bis Mitte der 80er Jahren fast gar nicht zu finden waren, danach jedoch schnell an Zahl zunehmen. Aufgrund dieser erst kurzen Geschichte der Computerkriminalität ist die wissenschaftliche Diskussion sowohl in Korea als auch in Deutschland bei weitem noch nicht abgeschlossen. Trotzdem mussten Vorschriften, die die Computerkriminalität betreffen, seit 1986 in Deutschland und erst seit 1995 in Korea im Strafgesetzbuch neu geregelt werden, da infolge der wachsenden Be-

---

208. Lampe, GA 1975, S.1.

209. Ebd.

deutung von Computer und Internet auch neue Formen von Kriminalität bekämpft werden mussten.

## **I. Computerkriminalität**

Ehe im zweiten Teil ein Überblick über das Computerstrafrecht gegeben wird, sollen zunächst kurz die Charakteristika der Computerkriminalität dargestellt und die Bedeutung der Computerkriminalität erläutert werden. Eine Begriffsdefinition der Computerkriminalität wurde schon aus verschiedenen Anknüpfungspunkten heraus versucht. Vom Computermisbrauch über die Vermögensdelikte und Delikte zum Schutz des Persönlichkeitsrechts (Datenschutzrechts) bis zu den Deliktsformen im Zusammenhang mit Datennetzen sind verschiedene Erscheinungsformen der Computerkriminalität anzutreffen.

Vermögensdelikte sind in diesem Zusammenhang Computermisbrauch, Computermanipulation, Computersabotage und Computerspionage. Als Datenschutzdelikt kommt das „Ausspähen von Daten“ in Frage.<sup>210</sup> Unter den Delikten im Datennetz sind außer Vermögensdelikten und solchen gegen das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen auch Delikte gegen die Sicherheit der gesamten Rechtsordnung und gegen Rechtsgüter der Allgemeinheit zu nennen. Zu denken ist hier insbesondere an Computerkriminalität im Zusammenhang mit gewaltverherrlichenden, rassistischen oder pornographischen Inhalten.

In der Computerkriminalität sind Besonderheiten sowohl bezüglich der Tat als auch bezüglich der Täter hervorzu-

---

210. „Ausspähen von Daten“ und „Computerspionage“ sind zwar ähnlich, unterscheiden sich aber dadurch, dass im Fall der Computerspionage ein Vermögensschaden vorliegt. Hierzu *Jessen, Zugangsberechtigung*, 1994, S. 17.

heben, die sich bei den herkömmlichen „klassischen“ Kriminalitätsformen nicht finden. Tatcharakteristika sind im einzelnen:

- (a) Die leichte Wiederholbarkeit der deliktischen Tat. Sie beruht auf der Dauerwirkung und dem Automatismus der Computermanipulation.<sup>211</sup>
- (b) Das zeitliche Auseinanderfallen von Tathandlung und Wirkung.<sup>212</sup> Die Tathandlung kann erst zu einem späteren Zeitpunkt die vom Täter beabsichtigte Wirkung zeigen, weil zwischen der Manipulation des Programms und seinem Einsatz ein gewisser Zeitabstand liegen kann.
- (c) Die verursachten Schäden sind hoch im Vergleich zu den klassischen Delikten, wie Betrug oder Unterschlagung.<sup>213</sup> Die Ursachen liegen auch hier in der Dauerwirkung und im Automatismus der Manipulation, sowie der starken Komprimierung großer Datenmengen.<sup>214</sup>
- (d) Der Nachweis der Schäden ist schwierig. Dies ist darauf zurückzuführen, dass besondere Fachkenntnis erforderlich ist, um die Kausalität bei Delikten der Computerkriminalität darzulegen.

---

211. So schon *Mühlen*, Computer-Kriminalität, 1973, S. 25: *Frey*, Computerkriminalität, 1987, S. 22.

212. *Mühlen*, ebd., S. 25 ff.

213. *Mühlen*, ebd., S. 25 f.; *Frey*, a.a.O. (Fn. 211), S. 22.

214. *Frey*, ebd., S. 22 f.



Als Tätercharakteristika sind folgende hervorzuheben:<sup>215</sup>

- (a) Die moralischen Hemmungen der Täter sind oft gering. Viele betrachten ihr Tun als Spiel oder einen Sport.
- (b) Die meisten Täter haben sehr gute Kenntnisse im jeweiligen Computersystem.
- (c) Für den Täter ist es erstrebenswert, aber auch einfach, seine Anonymität zu wahren.
- (d) Das Opfer der kriminellen Handlung scheint dem Täter nicht ein Mensch, sondern eine Maschine zu sein (Opferanonymität).

Aufgrund dieser Tat- und Tätercharakteristika unterscheidet sich die Computerkriminalität nicht unwesentlich von anderen Vermögensdelikten. Deswegen ist es bedeutsam, wie diese Computerkriminalität in Deutschland und Korea strafrechtlich erfasst wird. Dazu soll im folgenden das deutsche (Kapitel 4) und koreanische Computerstrafrecht (Kapitel 5) im Überblick dargestellt werden.

## **II. Überblick über das deutsche Computerstrafrecht**

In Deutschland traten Fälle von Computerkriminalität seit den 70er Jahren auf. Sie werden seit dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2.WiKG), das am 1.8. 1986 in Kraft getreten ist, im

---

215. Frey, ebd., S. 24 f.

Strafgesetzbuch, insbesondere in §§ 202a, 263a, 269, 270, 274 und 303a, 303b erwähnt. Die wichtigsten einschlägigen Straftatbestände sind der Computerbetrug (§ 263a), die Computerspionage (§ 202a), die Computermanipulation durch Datenveränderung (§ 303a) und die Computersabotage (§ 303b).

### **1. Die Computerspionage (Ausspähen von Daten, §202a StGB)**

Der Tatbestand des § 202a StGB regelt Fälle der Computerspionage. Unter Computerspionage versteht man unrechtmäßiges Eindringen in fremde Rechenanlagen („Hacken“) und das Ausforschen fremder Daten.<sup>216</sup> Die Computerspionage unterscheidet sich von der klassischen Wirtschaftsspionage insofern, als Tatobjekte der Computerspionage Computerprogramme, Softwaredaten usw. sind.<sup>217</sup> Die Daten in Computerprogrammen, die in erster Linie Gegenstand der Computerspionage sind, werden durch die modernen Techniken einfacher und schneller kopiert als früher. Deswegen besteht eine größere Gefahr durch die Computerspionage als durch die klassische Wirtschaftsspionage.<sup>218</sup>

#### **A. Das geschützte Rechtsgut**

Das geschützte Rechtsgut des § 202a StGB ist nach h.M. das Interesse des über die Daten Verfügungsberechtigten am Schutz des persönlichen Lebensbereiches und Geheimbereiches. Eine andere Meinung sieht das Vermögen als geschütztes Rechtsgut des § 202a StGB.<sup>219</sup> Dieser Vermögens-

---

216. *Hilgendorf*, JuS 1996, S. 510.

217. *Sieber*, CR 1995, S. 104.

218. Ebd.

219. *Haft*, NStZ 1987, S. 9.

wert ist in gewisser Weise ein Analogon zu der elektrischen Energie des § 248c StGB. Deswegen läßt sich § 202a StGB nach dieser Ansicht systematisch dem Diebstahl zuzuordnen.

Der Schutzbereich des § 202a StGB umfasst einerseits persönliche Daten (Privatsphäre. Insofern pönalisiert § 202a StGB Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>220</sup> Andererseits schützt § 202a StGB Daten, die für den Berechtigten einen ideellen, wirtschaftlichen oder wissenschaftlichen Wert haben, auch wenn diese Daten nicht mehr zu seiner Privatsphäre gehören (erweiterte Geheimhaltungssphäre).<sup>221</sup> Begründen lässt sich dies mit § 202a I StGB. Dort beschränkt sich der Datenbegriff auf „nicht für den Täter bestimmte“ Daten, auf „gegen unberechtigten Zugang besonders gesicherte“ Daten und auf „sich oder einem anderen verschaffte“ Daten.

## **B. Der Tatbestand**

Unter Daten versteht man durch „Zeichen oder kontinuierliche Funktionen aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachungen zum Zwecke der Verarbeitung dargestellte Informationen“, die einer weiteren Verarbeitung in einer Datenverarbeitungsanlage unterliegen.<sup>222</sup> Diese Definition findet sich bereits in § 268 II StGB. Der Datenbegriff enthält zwei Ebenen, die semantische und die syntakti-

---

220. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 511.

221. Ebd.

222. Vgl. die technische DIN-Norm 44300 Nr. 19; *LK-Jähnke*, § 202a, Rn. 3; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 484; *Schmitz*, JA 1995, S. 479.

sche.<sup>223</sup> Auf der semantischen Ebene handelt es sich um die Bedeutung, nämlich den Inhalt des Datums: die Information. Hierbei muss es sich nicht um eine menschliche Aussage bzw. eine Gedankenerklärung handeln. Die von einer Maschine selbsttätig erzeugten und für eine andere Maschine oder nur für den eigenen Programmablauf erzeugten Angaben fallen ebenso darunter. Auf der Ebene der Syntax kommt es auf die Darstellung an. Sie ist bezogen auf die durch eine bestimmte Konvention festgelegten Zeichen, welche die Information darstellen.<sup>224</sup>

Der Datenbegriff, der dem Schutzbereich des § 202a I StGB unterfällt, beschränkt sich auf „nicht für den Täter bestimmte“ Daten, auf „gegen unberechtigten Zugang besonders gesicherte“ Daten und auf „sich oder einem anderen verschaffte“ Daten. Nicht für den Täter bestimmt sind Daten, die nach dem Willen des Verfügungsberechtigten nicht (oder nicht mehr) in den Herrschaftsbereich des Täters gelangen sollen. Aus diesem Grund hängt dieses Merkmal von der Willensrichtung des Verfügungsberechtigten ab.<sup>225</sup>

Darüber hinaus werden Daten aber nur durch § 202a StGB geschützt, wenn sie gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Sicherungsobjekte sind nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Gegenstände. Neben verschlossenen Räumen oder Behältnissen und neben mechanischen Schließeinrichtungen kommen auch systemimmanente Sicherungen wie Paßwörter, Magnetkarten, Daten-

---

223. Zur ausführlichen Darlegung des semantischen und syntaktischen Datenbegriffs *Jessen*, a.a.O. (Fn. 210), S. 48 f.

224. *Schmitz*, a.a.O. (Fn. 222), S. 479.

225. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 512; *Lackner/Kühl*, StGB, § 202a, Rn. 3; *Rengier*, BT II, § 31, Rn. 15; *Sch/Sch-Lenckner*, § 202a, Rn. 6.

verschlüsselungen und Kennnummern in Betracht.<sup>226</sup> Die Sicherungsvorkehrungen müssen sowohl objektiv geeignet, als auch subjektiv nach dem Geheimhaltungswillen des Berechtigten für einen objektiven Betrachter als solche erkennbar sein.

Problematisch ist die Bedeutung der Sicherung gerade gegen „unberechtigten“ Zugang, denn gegen berechtigten Zugang wird selten eine Sicherung erforderlich sein. Da der Zugang nur für denjenigen berechtigt sein kann, für den die Daten auch bestimmt sind, versteht man teilweise unter einer Sicherung gegen unberechtigten Zugang eine solche gegenüber allen, für die die Daten nicht bestimmt sind. Haben also Personen Zugang zu den Daten, für die diese Daten nicht bestimmt sind, dann liegt keine Zugangssicherung gegen unberechtigten Zugang vor.<sup>227</sup> Aber dies kommt in § 202a StGB so nicht unmittelbar zum Ausdruck. Deshalb könnte man auch der Auffassung sein, es liege eine Überinterpretation dieser Norm vor.<sup>228</sup> Das Merkmal „gegen unberechtigten Zugang“ entspreche nicht der ratio legis. Es wird daher vorgeschlagen, dass die beiden Merkmale, „nicht für den Täter bestimmt“ und „gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert“ im Einzelfall kumulativ berücksichtigt werden sollten.<sup>229</sup>

Der Datenbegriff wird in § 202a II StGB Weise eingeschränkt. Danach unterfallen nur „elektronische, magnetische oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbare“ Daten und „gespeicherte oder übermittelte“ Daten dem Tatbe-

---

226. Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 216), S. 702; Lackner/Kühl, StGB, § 202a, Rn. 4.; Rengier, BT II, § 31, Rn. 16.

227. Lenckner/Winkelbauer, CR 1986, S. 487; Sch/Sch-Lenckner, § 202a, Rn. 9.

228. Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 216), S. 704.

229. Ebd.

stand des § 202a StGB. Der Ausdruck „nicht unmittelbar wahrnehmbar“ bedeutet nach h.M., dass die Daten erst mit technischen Hilfsmitteln für die menschlichen Sinnesorgane erfassbar werden. Dabei sind Daten nicht nur Computerdaten im eigentlichen Sinne, sondern auch Daten auf Datenträger wie Tonbänder, Schallplatten, CDs und Mikrofilme.<sup>230</sup>

Nach der Definition in § 3 V Nr.1 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz) setzt eine „Speicherung“ voraus, dass Daten zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung erfasst, aufgenommen oder aufbewahrt werden. Diese Definition ist auch auf das Strafrecht anzuwenden.<sup>231</sup> Im Allgemeinen sind Daten gespeichert, wenn sie auf einem realen Datenträger dauerhaft festgehalten oder fixiert sind.<sup>232</sup> Unter der „Übermittlung der Daten“ versteht man, dass sie von einer Datensammelstelle zur nächsten übertragen werden, ohne sich dabei auf einem Speichermedium als Datenträger zu finden.<sup>233</sup> Diese Übermittlung kann auch innerhalb eines Netzwerkes von Rechner zu Rechner geschehen, d.h. diese Datenübermittlung braucht den Transport körperlicher Datenträger nicht zu erfassen.<sup>234</sup>

Bei § 202a StGB ist es erforderlich, dass der Täter die Daten sich oder einem anderen verschafft. Das Merkmal des „Verschaffens“ in § 202a I StGB wird unterschiedlich

---

230. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 511; *Rengier*, BT II, § 31, Rn. 14; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 202a, Rn. 4.

231. *Schmitz*, a.a.O. (Fn. 222), S. 480; *Welp*, iur 1988, S. 445.

232. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 512; *Schmitz*, ebd.

233. *Jessen*, a.a.O. (Fn. 210), S. 53.

234. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 512; *Jessen*, ebd., S. 54; *Schmitz*, a.a.O. (Fn. 222), S. 481; *Welp*, a.a.O. (Fn. 231), S. 445.

ausgelegt.<sup>235</sup> Daneben findet sich das Tatbestandsmerkmal des „Sich-Verschaffens“ auch in den §§ 96, 202 II und 259 StGB. Das Sich-Verschaffen in § 202a StGB unterscheidet sich von dem in § 202 II StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses), ist aber dem des § 96 StGB (Landesverräterische Ausspähung; Auskundschaften von Staatsgeheimnissen) sehr ähnlich.<sup>236</sup>

Das „Sich-Verschaffen“ i.S.d. § 96 StGB setzt voraus,<sup>237</sup> dass der Täter entweder die Möglichkeit der Kenntnisnahme oder tatsächliche Kenntnis erlangt hat. Deswegen liegt ein „Sich-Verschaffen“ i.S.d. § 96 StGB nur dann vor, wenn „der Täter entweder von den Daten (Staatsgeheimnissen) Kenntnis nimmt bzw. einem Dritten die Kenntnisnahme ermöglicht oder - ohne Kenntnisnahme - sich oder dem Dritten den Besitz an den Datenträgern verschafft.“<sup>238</sup> Im Rahmen des § 202a StGB liegt darüber hinaus ebenfalls ein Verschaffen vor, wenn der Täter den Text entschlüsselt oder einen Schlüssel besitzt oder erlangt.<sup>239</sup>

Fraglich ist, ob der Täter bei § 202a StGB vom Inhalt der Daten Kenntnis erlangen muss. Nach h.M. ist dies erforderlich. Damit macht sich der typische Hacker, der in ein fremdes Computersystem bloß eindringt und sich keine Kenntnis von irgendwelchen Daten verschafft, nicht nach

---

235. Dazu *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 704.

236. *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 488; *Schmitz*, a.a.O. (Fn. 222), S. 483.

237. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 704.

238. *Lackner/Kühl*, StGB, § 202a, Rn. 5; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 488; *Schmitz*, a.a.O. (Fn. 222), S. 483; *Sch/Sch-Lenckner*, § 202a, Rn. 10.

239. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 705; *Lenckner/Winkelbauer*, ebd.; *Sch/Sch-Lenckner*, ebd.; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 202a, Rn. 9.

§ 202a StGB strafbar. § 202a StGB greift aber dann ein, wenn sich der Hacker die Kenntnis der Daten verschafft hat.<sup>240</sup> Regelmäßig wird mit dem Eindringen in ein fremdes System auch die Wahrnehmung von Daten verbunden sein. Es wird deshalb in vielen Fällen auch ein Sich-Verschaffen i.S.d. § 202a StGB vorliegen.<sup>241</sup>

Um zu vermeiden, dass entgegen dem Willen des Gesetzgebers das bloße Hacking als solches strafbar ist, muss für ein Sich-Verschaffen gefordert werden, dass „der Täter die wahrgenommenen Daten oder deren wesentlichen Gehalt später wiedergeben kann, d.h. der wesentliche Informationsgehalt der Daten reproduziert werden kann.“<sup>242</sup>

Das Merkmal „unbefugt“ bei § 202a StGB gehört nicht zum gesetzlichen Tatbestand, sondern ist ein Hinweis auf das allgemeine Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit.<sup>243</sup> Wenn die Daten zwar nicht für den Täter, aber für einen Dritten bestimmt sind und der Täter diese Daten diesem Dritten verschafft, kommt eine (mutmaßliche) Einwilligung in Betracht.<sup>244</sup>

---

240. Näher Darstellung dazu *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 704 f.; ebenso *Hauptmann*, *Jur-PC* 1989, S. 217; *Schmitz*, a.a.O. (Fn. 222), S. 483.

241. *Hilgendorf*, ebd., S. 704; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 488; *Schmitz*, ebd.

242. *Hilgendorf*, ebd., S. 705; ebenso *Hauptmann*, a.a.O. (Fn. 240), S. 216.

243. *Hilgendorf*, ebd.; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 488; *Sch/Sch-Lenckner*, § 202a, Rn. 11.

244. *Sch/Sch-Lenckner*, ebd.



## 2. Der Computerbetrug (§ 263a StGB)

### A. Das geschützte Rechtsgut

Normzweck des Computerbetrugs (§ 263a StGB) ist es, die Strafbarkeitslücke im Vermögensschutz zu schließen, die durch den zunehmenden Einsatz von Datenverarbeitungssystemen entstanden ist, da hier - anders als beim klassischen Betrug (§ 263 StGB) - Täuschungshandlung und Irrtumserregung nicht möglich sind.<sup>245</sup>

Das geschützte Rechtsgut des Computerbetrugs ist nach h.M. wie bei § 263 StGB (Betrug) ausschließlich das Vermögen. Bisher hat diese Norm in der Praxis im Wesentlichen nur in zwei Fallgruppen Bedeutung erlangt,<sup>246</sup> beim Codekartenbetrug und dem Missbrauch von Geldspielautomaten. Es ist jedoch zu erwarten, dass neue Anwendungsbereiche der Norm, vor allem im Bereich der Datennetzkriminalität, hinzukommen werden.<sup>247</sup>

### B. Der Tatbestand

Nach § 263a StGB muss der Datenverarbeitungsvorgang durch eine der folgenden vier Verhaltensweisen beeinflusst werden: „unrichtige Programmgestaltung“, „Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten“, „unbefugte Verwendung von Daten“, oder „sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf“. Anders als beim Betrug (§ 263

---

245. *Haft*, a.a.O. (Fn. 219), S. 7; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 654; *Möhrenschlager*, wistra 1986, S. 131; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, § 13, Rn. 598.

246. *Hilgendorf*, JuS 1997, S. 130.

247. Ebd.

StGB)<sup>248</sup> versteht man beim Computerbetrug unter „Datenverarbeitung“ alle technischen Vorgänge, bei denen durch Aufnahme von Daten und deren Verknüpfung mit Programmen bestimmte Arbeitsergebnisse erzielt werden.<sup>249</sup> Der Datenverarbeitungsvorgang ist dabei nur der konkrete, dem jeweiligen bestimmten Ergebnis vorangehende Vorgang.<sup>250</sup> Daneben muss die Beeinflussung des Datenverarbeitungsvorgangs wie auch beim klassischen Betrug eine schädigende Vermögensdisposition verursachen.<sup>251</sup>

Für die Tathandlung des § 263a I StGB gibt es vier Varianten, die kaum voneinander abgrenzbar sind und sich teilweise überlagern.

Eine unrichtige Programmgestaltung i.S.v. § 263a I Var. 1 StGB liegt dann vor, wenn Programmmanipulationen vorgenommen werden, die das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs modifizieren (objektive Betrachtungsweise). Die Unrichtigkeit der Programmgestaltung ist also nicht nach dem Willen des Verfügungsberechtigten oder Systembetreibers zu bestimmen. Es kommt nicht auf die subjektive Unrichtigkeit auf Grundlage des Willens des

---

248. Hierbei ist erforderlich, dass ein menschlicher Denk- und Entscheidungsprozess zu einem Irrtum und im Ergebnis zum deliktischen Schaden führt.

249. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 131; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 4; *Möhrenschlager*, a.a.O. (Fn. 245), S. 133; *Rengier*, BT I, § 14, Rn. 2; *SK-Günther*, § 263a, Rn. 8; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 263a, Rn. 3. Demgegenüber wird teilweise vertreten, dass die menschliche Denk- und Entscheidungstätigkeit auch als ein dieser Datenverarbeitung bezeichnet werden kann. Ausführlich dazu *Sieber*, Computerkriminalität 1980, Teil 1/6f., Teil 2/34; *Schneider* (Hrsg.), Lexikon der Informatik und Datenverarbeitung, Stichwort „Datenverarbeitung“.

250. *Hilgendorf*, ebd.; *Lackner/Kühl*, StGB, ebd.

251. *Möhrenschlager*, a.a.O. (Fn. 245), S. 133; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 263a, Rn. 3.

Verfügungsberechtigten,<sup>252</sup> sondern auf die objektive Unrichtigkeit an.<sup>253</sup>

Die Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (§ 263a I Var.2 StGB) erfasst die sog. Input- oder Eingabemanipulationen. Daten sind unrichtig, „wenn die mit ihnen dargestellten Informationen falsche oder entstellte Tatsachen wiedergeben,“<sup>254</sup> „wenn der durch sie bezeichnete Sachverhalt in Wahrheit gar nicht oder anders gegeben ist,“<sup>255</sup> oder „wenn sie den Lebenssachverhalt unzutreffend wiedergeben.“<sup>256</sup> Unvollständig sind Daten, wenn Informationen über „wahre Tatsachen“ pflichtwidrig vorenthalten werden, oder wenn sie den Lebenssachverhalt nicht ausreichend erkennen lassen.<sup>257</sup>

Verwendet i.S.d. § 263a StGB können „unrichtige“ und „unvollständige“ Daten nur dann werden, wenn es um eine externe Wirklichkeit geht, die beim Betrug (§ 263 StGB) als „Tatsache“ zu bezeichnen wäre.<sup>258</sup> Schließlich wird das Verwenden von einer Meinung als das Einführen von bestimmten Daten in einen beginnenden oder bereits ablauf-

---

252. BT-Drs. 10/318, S. 20; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 656; *Möhrenschlager*, ebd., S. 132; *Sch/Sch-Cramer*, § 263a, Rn. 6.

253. *Haft*, a.a.O. (Fn. 219), S. 7; *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 131; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 7; *LK-Tiedemann*, § 263a, Rn. 7; *Otto*, Jura 1993, S. 613; *Rengier*, BT I, § 14, Rn. 4; *Schlüchter*, Wirtschaftskriminalität, 1987, S. 87; *SK-Günther*, § 263a, Rn. 14; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 263a, Rn. 6.

254. *Hilgendorf*, ebd.; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 10.

255. *Tröndle/Fischer*, StGB, § 263a, Rn. 7.

256. *Sch/Sch-Cramer*, § 263a, Rn. 7.

257. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 131; *Lackner/Kühl*, § 263a, Rn. 10; *Sch/Sch-Cramer*, ebd.

258. *Haft*, a.a.O. (Fn. 219), S. 8; *Möhrenschlager*, a.a.O. (Fn. 245), S. 132.

fenden Verarbeitungsvorgang bezeichnet.<sup>259</sup> Andere interpretieren die Datenverwendung weiter und bejahen sie sowohl dann, „wenn die Daten selbst Gegenstand einer Tätigkeit sind, als auch, wenn die fragliche Tätigkeit in Kenntnis und nach Maßgabe der Daten erfolgt“, weil das Wort „verwenden“ nach allgemeinem Sprachgebrauch mit „benutzen“ gleichbedeutend sei.<sup>260</sup>

Besondere Probleme wirft die dritte Tathandlungsvariante, also die unbefugte Verwendung von Daten, auf. Es ist umstritten, wie das Merkmal „unbefugt“ in § 263a I Var. 3 StGB zu verstehen ist.

Nach einer Ansicht meint dieses Merkmal eine Datenverwendung, die dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Verfügungsberechtigten, oder dem „vertraglich vereinbarten Dürfen“ zuwiderlaufe.<sup>261</sup> Dies wird als die subjektivierende Auslegung bezeichnet. Diese Auslegung wird auch in anderen Tatbeständen angewendet, in denen das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ zu finden ist. Dieser Ansicht wird jedoch entgegen gehalten,<sup>262</sup> sie sei zu unbestimmt und daher nicht mit dem Grundgesetz in Einklang

---

259. *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 9.

260. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 131; *ders.*, Fallsammlung, 1998, S. 82.

261. BGHSt 40, 335; BayObLG, NJW 1991, S. 440; BayObLG, JR 1994, S. 291 mit Anmerkung von *Achenbach*, S. 293 ff.; *Bühler*, Die strafrechtliche Erfassung, 1995, S. 134 f.; *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 131 f.; *ders.*, Fallsammlung, 1998, S. 83; *Otto*, Grundkurs, 2002, § 52, Rn. 40 f.

262. *Kleb-Braun*, JA 1986, S. 259. Hierbei sei die Tatbestandsalternative „durch unbefugte Verwendung von Daten“ entweder gegenstandslos oder verstoße gegen Bestimmtheit- und Verhältnismäßigkeitsgebot; *Ranft*, wistra 1987, S. 83; *Spahn*, Jura 1989, S. 520; *Theater*, JA 1988, S. 551.

zu bringen.<sup>263</sup> Um die Bedenken bezüglich eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG zu zerstreuen, müsse über eine restriktive Auslegung nachgedacht werden.<sup>264</sup>

Nach a.A. wird das Merkmal „unbefugt“ betrugsspezifisch ausgelegt, wonach das Verhalten des Computermanipulators wie beim klassischen Betrug Täuschungscharakter haben muss.<sup>265</sup> Demnach wären also die Tatbestände §§ 263a und 263 StGB in der Struktur gleich. Eine „unbefugte“ Datenverwendung liegt nur in Fällen einer „täuschungsgleichen“ Handlung vor. Dagegen wird vorgebracht, der Vorschlag, „täuschungsgleiches“ Vorgehen zu verlangen, sei zu unbestimmt, um stringente Ergebnisse zu ermöglichen.<sup>266</sup> In § 17 UWG (Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen), dessen Schutzzweck dem des § 263a StGB ähnelt, sei das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ i.S.v. „gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Geheimnisinhabers“ zu interpretieren.<sup>267</sup> § 17 II UWG wurde in seiner heutigen Form durch dasselbe Gesetz eingeführt

---

263. LG Köln, NJW 1987, S. 667, 669; *Kleb-Braun*, ebd.; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 12; *Spahn*, ebd.; *Theater*, ebd.

264. *Achenbach*, a.a.O. (Fn. 261), S. 294; *Arloth*, Jura 1996, S. 357; *Schulz*, JA 1995, S. 541. Hiergegen *Mitsch*, JR 1995, S. 432. Durch Einführung restriktiver Beurteilungsmaßstäbe einen Bestimmtheitsmangel des Gesetzes zu korrigieren, wäre untauglich.

265. BGHSt 38, 121 f.; OLG Köln, NJW 1992, S. 126 f.; OLG Düsseldorf, StV 1998, S. 266; *Haß*, in: *Lehmann* (Hrsg.), 1993, S. 476, Rn. 14; *Lackner*, in: FS für *H. Tröndle*, 1989, S. 53; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 13; *Möhrenschrager*, a.a.O. (Fn. 245), S. 133; *Sch/Sch-Cramer*, § 263a, Rn. 2, 11; *Tiedemann*, JZ 1986, S. 869; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 263a, Rn. 8, 8a; im Ergebnis ebenso *Lampe*, JR 1988, S. 437 f.; *ders.*, JR 1990, S. 348 f.

266. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 132.

267. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 2001, § 17 UWG, Rn. 29.

wie § 263a StGB, so dass nicht anzunehmen sei, dass der Begriff in beiden Normierungen in einem unterschiedlichen Sinn verwendet wird. Auch verfehle diese Auffassung den Willen des Gesetzgebers und folge nicht aus der Gesetzssystematik.<sup>268</sup>

Eine dritte Ansicht,<sup>269</sup> die z.B. das OLG Celle vertreten hat, schränkt das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ noch weiter ein. Es wird darauf abgestellt, ob die unbefugt verwendeten Daten „computerspezifische“ bzw. „datenverarbeitungsspezifische“ Vorgänge betreffen. Diese Ansicht führt oft zu sachgerechten Ergebnissen, doch ist im Detail unklar, wie eine Einschränkung auf „computerspezifische Vorgänge“ im einzelnen vorzunehmen wäre.<sup>270</sup>

In jüngerer Zeit hat *Hilgendorf* einen weiteren Vorschlag präsentiert, der sich als Variante der betrugsspezifischen Auslegung deuten lässt.<sup>271</sup> *Hilgendorf* folgt dem Ansatz, dass bei der Interpretation des § 263a StGB auf die Nähe zu § 263 StGB zu achten sei. Diese besondere Beziehung müsse jedoch nicht notwendig nur im Rahmen der Täuschungshandlung berücksichtigt werden (täuschungsäquivalentes Vorgehen des Computerbetrügers). Möglich sei es vielmehr auch, die Betrugsnähe beim „Täuschungsobjekt“ zu verorten. Beim klassischen Betrugstatbestand ist das Täuschungsobjekt der menschliche Geist. *Hilgendorf* schlägt nun vor, den Computerbetrug auf solche Ma-

---

268. *Achenbach*, Jura 1991, S. 227.

269. OLG Celle, CR 1989, S. 1002 = NStZ 1989, S. 367 f. = wistra 1989, S. 356 = JR 1990, S. 346; LG Duisburg, CR 1988, S. 1027 = wistra 1988, 279; LG Freiburg, NJW 1990, S. 2636 f. = NStZ 1990, S. 344; LG Ravensburg, StV 1991, S. 215; *Achenbach*, a.a.O. (Fn. 261), S. 295; *Herzog*, StV 1991, S. 217; *Neumann*, JuS 1990, S. 537; *ders.*, in: JR 1991, S. 304 f.

270. *Hilgendorf*, Fallsammlung, 1998, S. 83.

nipulationen zu beschränken, bei denen die beeinflusste Datenverarbeitung eine besondere Komplexität und Leistungsfähigkeit aufweist.<sup>272</sup> Man nennt dies die „personersetzende Theorie“.

Die Diskussion über die verschiedenen Einschränkungsansätze zu § 263a StGB ist noch nicht abgeschlossen. In der jüngsten Rechtsprechung des BGH zeichnet sich jedoch eine deutliche Hinwendung zur betrugsnahen Auslegung des Computerbetrugs ab.<sup>273</sup>

Das Merkmal „unbefugt“ ist, wie oben bereits erwähnt, insbesondere beim Bankautomatenmissbrauch mit Codekarten problematisch.<sup>274</sup> Wenn der unberechtigte Karteninhaber, der sich einer manipulierten<sup>275</sup> oder rechtswidrig erlangten<sup>276</sup> Codekarte bedient, Geld aus einem Bankautomaten abhebt und dabei eine von den Banken zugeteilte persönliche Geheimnummer verwendet, ist es fraglich, ob dieser Täter nach § 263a StGB bestraft werden kann, da er einem Bankangestellten in diesem Fall seine fehlende Berechtigung konkludent hätte vortäuschen müssen.

Nach h.L.<sup>277</sup> macht sich der Täter nach § 263a StGB strafbar. Nach a.A.<sup>278</sup> kommt nur eine Strafbarkeit nach § 266 b

271. *Hilgendorf*, JuS 1999, S. 542 ff.

272. *Hilgendorf* folgend z.B. *Müller*, Aktuelle Probleme, 1999, S. 163 ff.

273. Vgl. insbesondere BGHSt 47, 160 ff.

274. Zusammenfassend siehe *Meier*, JuS 1992, S. 1017 ff.

275. BGHSt 38, 120 = NJW 1995, S. 669; BayObLGSt 93, 36 = NJW 1991, S. 439.

276. OLG Köln, NJW 1992, S. 125.

277. *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 13; *LK-Tiedemann*, § 263a, Rn. 51; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 263a, Rn. 8a.

StGB (Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten) in Betracht, weil diese vertragswidrige Nutzung der Kreditkarte durch den Kontoinhaber einen Fall der Untreue darstellt. Teilweise wird auch vertreten,<sup>279</sup> die kartenausstellende Bank müsse sich gegen diesen Fall auf andere Weise schützen, z.B. durch Sperren des Kontos. Weder § 263a StGB noch § 266b StGB seien in diesem Fall verwirklicht.<sup>280</sup> Der BGH hat sich kürzlich dafür ausgesprochen, den berechtigten Karteninhaber, der unter Verwendung der Karte und der PIN an einem Geldautomaten Bargeld abholt, ohne zum Ausgleich des erlangten Betrags willens oder in der Lage zu sein, mache sich nicht nach § 263a StGB strafbar. Auch § 266 b StGB sei nicht einschlägig, wenn es sich um Abhebungen an Automaten des Kreditinstituts handele, das die Karte selbst aufgegeben habe.<sup>281</sup>

Die letzte Tathandlungsvariante „sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf des Datenverarbeitungsvorgangs (§ 263a I Var. 4 StGB) besitzt nur eine Auffangfunktion. Dies bedeutet, dass dieses Merkmal die noch verbleibenden, von den anderen Varianten nicht erfassten strafwürdigen Manipulationen erfassen soll.<sup>282</sup> Der Anwendungsbereich dieses Merkmals ist davon abhängig, ob man für die

278. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 135 f.; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 658; *Mitsch*, JZ 1994, S. 880 f.; *Sch/Sch-Cramer*, § 263a, Rn. 19.

279. *Meier*, a.a.O. (Fn. 274), S. 1021; *Sch/Sch-Cramer*, § 263a, Rn. 8 und *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 266b, Rn. 8.

280. § 266b StGB ist nicht anwendbar, da „die Karte nicht als Scheckkarte mit der für sie wesentlichen Garantiefunktion, sondern ausschließlich in der mit ihr nur äußerlich verbundenen Eigenschaft eines „Schlüssels“ (Codekarte) benutzt wird, der den Zugang zu dem fraglichen Konto öffnet.“ *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 266b, Rn. 8.

281. BGHSt 47, 160.

282. *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 15; *Rengier*, BT I, § 14, Rn. 13.



Verwendung von Daten i.S.d. Var. 2 und 3 verlangt, dass die Daten in den Datenverarbeitungsvorgang eingegeben werden.<sup>283</sup> Unter diese Var. 4 fallen Konsolmanipulationen, Einwirkungen auf das Programm, auf den Datenfluss, auf die Datenausgabe einschließlich des Aufzeichnungsvorgangs oder auf die Anlage (Hardware-Manipulation) und ferner nach Ansicht des BGH<sup>284</sup> auch das Leerspielen von Glücksspielautomaten.

Aber die Subsumtion des Leerspielens von Glücksspielautomaten unter diese Handlungsalternative ist umstritten,<sup>285</sup> da mittels Betätigung der Risikotaste die illegal erlangten Daten über das Spielprogramm nicht in den Verarbeitungsvorgang eingegeben werden.<sup>286</sup>

### 3. Die Datenveränderung (§ 303a StGB)

Die Vorschrift der Datenveränderung (§ 303a StGB) schützt das Interesse des Verfügungsberechtigten an der unversehrten Verwendbarkeit der gespeicherten Daten. Das Rechtsgut ist daher „nicht betroffen, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Berechtigten an den Daten gar nicht mehr besteht.“<sup>287</sup> Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, dass das Rechtsgut das Vermögen in seiner spezialisierten Ausprägung in Daten oder Programmen

---

283. *Rengier*, BT I, § 14, Rn. 7, 13.

284. BGHSt 40, 331; kritisch z.B. *Arloth*, CR 1996, S. 364.

285. Zur bejahende Ansicht, BGHSt 40, 331; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, § 13, Rn. 613; Zur zustimmenden Ansicht nicht nach Var. 4, sondern nach Var. 3, *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 131.

286. *Neumann*, Jus 1990, S. 536. Kritisch dazu *Lampe*, JR 1990, S. 348.

287. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 894.

ist.<sup>288</sup> Außerdem wird § 303a StGB wegen der Unbestimmtheit des Tatbestandes von einigen Stimmen als verfassungswidrig (Art. 103 II GG) bezeichnet.<sup>289</sup>

Tathandlungen der Datenveränderung sind Löschen, Unterdrücken, Unbrauchbarmachen und Verändern von Daten.

Unter Löschen von Daten versteht man die unwiederbringliche, vollständige Unkenntlichkeit der konkreten Speicherung oder ihre Entfernung vom Datenträger. Dies entspricht dem Merkmal des Zerstörens in § 303 I StGB. Unterdrückt werden Daten, wenn sie dem Zugriff des Berechtigten auf Dauer oder zumindest zeitweilig entzogen werden und dadurch ihre Verwendbarkeit ausgeschlossen wird. Vom Unbrauchbarmachen spricht man, wenn die Daten in ihrer Gebrauchsfähigkeit so beeinträchtigt werden, dass sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen können. Schließlich erfasst das Verändern von Daten Funktionsbeeinträchtigungen i.S.d. § 3 V Nr.2 BDSG. Dieses Verändern erfordert ein Umgestalten des Dateninhalts, d.h. die Anwendung des Tatbestands muss auf die Veränderung solcher Daten beschränkt werden, an deren Bestand ein anderer als der Täter ein rechtlich geschütztes Interesse hat.

Zum Merkmal „rechtswidrig“ werden im Wesentlichen zwei Ansichten vertreten. Zum einen sei nur die Veränderung solcher Daten rechtswidrig, die für den Täter „fremd“ sind.<sup>290</sup> Zum anderen will man den Tatbestand des § 303a StGB dadurch einschränken, dass der Ausdruck „rechtswidrig“ in § 303a StGB nicht als allgemeines Deliktsmerk-

---

288. *Haft*, a.a.O. (Fn. 219), S. 10.

289. Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, § 263a, Rn. 4.

290. *Sch/Sch-Stree*, § 303a, Rn. 3; *Welp*, a.a.O. (Fn. 231), S. 447.

mal,<sup>291</sup> sondern als Tatbestandsmerkmal angesehen wird.<sup>292</sup> An der ersten Ansicht wird kritisiert, dass der sachenrechtliche Begriff der Fremdheit auf Daten gar nicht anwendbar sei,<sup>293</sup> weil es sich bei Daten nicht um „Sachen“ i.S.d. Zivilrechts handele.

Versteht man das Merkmal „rechtswidrig“ mit der h.M. als Einschränkung des Tatbestands, so ist es vor den Rechtfertigungsgründen im Rahmen des objektiven Tatbestandes zu behandeln.<sup>294</sup> Versteht man das Merkmal „rechtswidrig“ dagegen als allgemeines Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit, wird durch § 303a StGB nicht nur eine Verletzung des Verfügungsrechts des Speichernden geschützt, sondern auch eine Verletzung von Interessen des vom Inhalt der Daten Betroffenen i.S.d. § 41 BDSG (Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Medien).

#### **4. Die Computersabotage (§ 303b StGB)**

Die Vorschrift des § 303b StGB soll das Funktionieren von Datenverarbeitungen schützen, die für Betriebe, Unternehmen und Behörden von wesentlicher Bedeutung sind. Deswegen ist geschütztes Rechtsgut das Interesse von Wirtschaft und Verwaltung am störungsfreien Funktionieren der Datenverarbeitungsanlagen. Hierbei umfasst der Begriff der Datenverarbeitung sowohl den einzelnen Datenverarbeitungsvorgang als auch den weiteren Umgang mit Daten und deren Verwertung. Verschiedentlich wird darauf

---

291. *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 828.

292. *Frommel*, JuS 1987, S. 667; *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 892; *Lackner/Kühl*, StGB, § 303a, Rn. 4; *SK-Samson*, § 303a, Rn. 4; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 303a, Rn. 9.

293. *Hilgendorf*, JR 1994, S. 478.

294. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 894.

hingewiesen, dass die Computersabotage ein Tatbestand sei, der für die Bekämpfung der Kriminalität im Internet in Zukunft große praktische Bedeutung haben wird.<sup>295</sup>

Der Tatbestand des § 303b StGB wird durch eine softwarebezogene Tat nach § 303a I StGB (§ 303b I Nr.1 StGB) oder durch einen Angriff auf die Hardware (§ 303b I Nr. 2 StGB) verwirklicht. Der Tatbestand des § 303b I Nr.1 StGB ist ein Qualifikationstatbestand des § 303a I StGB, dagegen ist der Tatbestand des § 303b I Nr.2 StGB selbstständig. Tathandlungen des § 303b I Nr.2 StGB sind das Zerstören (Var.1), Beschädigen (Var.2), Unbrauchbarmachen (Var.3), Beseitigen (Var.4) und Verändern (Var.5) einer Datenverarbeitungsanlage oder eines Datenträgers. Hierbei orientieren sich das Zerstören (Var.1) und das Beschädigen (Var.2) an § 303 StGB (Sachbeschädigung).

Eine Datenverarbeitungsanlage bzw. ein Datenträger ist beschädigt (Var.2), wenn es zu einer Substanzverletzung gekommen ist. Eine Zerstörung (Var.1) liegt nur dann vor, wenn die Beschädigung (Var.2) so gravierend ist, dass die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit aufgehoben ist. Datenverarbeitungsanlagen und Datenträger sind unbrauchbar gemacht (Var.3), wenn ihre Gebrauchsfähigkeit nicht unerheblich eingeschränkt ist, d.h. wenn Datenverarbeitungsanlagen und Datenträger in ihrer Funktion so schwerwiegend beeinträchtigt werden, dass sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen können.<sup>296</sup> Unter Beseitigung (Var.4) versteht man, dass die Gegenstände aus dem Verfügungsbereich des Berechtigten entfernt werden. Eine Veränderung (Var.5) von Datenverarbeitungsanlagen oder

---

295. Vgl. *Brunnstein*, CR 1993, S. 456 ff.; *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 1082; *Kersten*, Sicherheit, 1995, S. 55 ff.; *von Gravenreuth*, NStZ 1989, S. 201 ff.

296. BT-Drs. 10/5058, S. 36; *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 1084.

Datenträgern von § 303b I Nr.2 StGB liegt dann vor, wenn der Zustand der Hardware irgendwie modifiziert wird.<sup>297</sup>

Tatobjekt des § 303b I Nr.2 StGB ist eine Datenverarbeitungsanlage oder ein Datenträger, d.h. körperliche Gegenstände. Der Begriff der Datenverarbeitung in § 303b StGB erfasst den gesamten Arbeitsbereich im Hinblick auf Speicherung und Verarbeitung von Daten mittels EDV, sowie ihre Dokumentierung und Aufbereitung. Deswegen schließt dieser Begriff nicht nur die Summe der Datenverarbeitungsvorgänge ein, sondern auch den zusammenhängenden weiteren Umgang mit Daten und deren Verwertung.<sup>298</sup> Diese weite Auslegung wird dahingehend kritisiert, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift im Hinblick auf ihren Wortlaut, Sinn und Zweck zu weit gefasst sei.<sup>299</sup> Der Tatbestand der Computersabotage erfaßt jedenfalls auch die neuesten Formen der Sabotagesoftware, etwa „Viren“, „Würmer“ und „trojanische Pferde“.<sup>300</sup>

Nach § 303b I StGB muss die Datenverarbeitung für die betroffenen Einrichtungen, das Gesetz nennt einen fremden Betrieb, ein fremdes Unternehmen oder eine Behörde, von wesentlicher Bedeutung sein. Das Merkmal „wesentliche Bedeutung“ ist dann gegeben, wenn der betroffene Betrieb bei einem Ausfall der Datenverarbeitung seine Aufgaben nicht mehr oder nur noch unter erheblichem Mehraufwand erfüllen kann. Ob eine Datenverarbeitung wesent-

---

297. BT-Drs. 10/5058, S. 36; *Hilgendorf*, ebd., S. 1082.

298. BT-Drs. 10/5058, S. 35; *Haß*, a.a.O. (Fn. 265), XII, S. 499 f./Rn. 56; *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 830; *Ren gier*, BT I, § 26, Rn. 5; *Sch/Sch-Stree*, § 303b, Rn. 3; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 303b, Rn. 3; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, § 1, Rn. 54.

299. *LK-Tolksdorf*, § 303b, Rn. 3 f.

300. Dazu *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 1082; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, § 1, Rn. 55; *von Gravenreuth*, a.a.O. (Fn. 295), S. 201 ff.

lich ist, bestimmt sich allein nach ihrer Bedeutung für den von der Sabotage unmittelbar betroffenen Betrieb, das Unternehmen oder die Behörde. Mittelbare Auswirkungen auf einen anderen Betrieb sind deshalb nicht zu berücksichtigen, weil ansonsten das Interesse an einer korrekten Erfüllung schuldrechtlicher Pflichten in den Schutzbereich des § 303b StGB einbezogen werden würde.

Nach § 303b I StGB muss die Tathandlung ferner kausal für eine Störung der Datenverarbeitung sein. Eine bloße Gefährdung der Datenverarbeitung reicht nicht aus. Eine Störung der Datenverarbeitung ist nach h.M. gegeben, wenn eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung ihres reibungslosen Ablaufs vorliegt. Die Beeinträchtigung ist nur dann als unerheblich anzusehen, wenn sie sich ohne großen Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten beheben lässt.

### **III. Zusammenfassung**

Zusammenfassend läßt sich sagen, dass das deutsche Computerstrafrecht außerordentlich differenziert ist. Auffallend ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die verschiedentlich zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit einzelner Normen (§ 263a I Var.3, § 303a StGB) geführt hat. Rechtsprechung und Strafrechtsdogmatik bemühen sich aber, durch dogmatische Feinarbeit Strukturen in die unbestimmten Tatbestände einzuziehen. Von einer Flexibilisierung im Sinne einer „Aufweichung“ rechtsstaatlicher Strukturen durch Gesetzesanwendung kann also nicht gesprochen werden. Allenfalls dem Gesetzgeber ist vorzuwerfen, durch teilweise zu unbestimmte Tatbestände unnötige Auslegungsstreitigkeiten erzeugt und die rechtsstaatlichen Prinzipien von Gesetzesbestimmtheit und Voraussehbarkeit der Strafrechtsanwendung gefährdet zu haben.

## Kapitel 5

### Das koreanische Computerstrafrecht

#### I. Vorbemerkung

Die Computerkriminalität ist nicht nur in Deutschland, sondern auch in Korea eines der wichtigsten Rechtsgebiete mit vielen offenen Fragen, die das Strafrecht und die Kriminalpolitik zu bewältigen haben. In Korea tritt Computerkriminalität zwar erst seit Mitte der 80er Jahren in Erscheinung, sie hat jedoch seit Mitte der 90er Jahre bis heute durch die Internetrevolution in Korea stark zugenommen. Deshalb ist sie zurzeit ein häufig diskutiertes Thema sowohl im Bereich des Strafrechts, als auch darüber hinaus; erst im Jahr 1995 wurde die Computerkriminalität im Strafgesetzbuch neu geregelt. Diese Vorschriften reichten zu ihrer Bekämpfung jedoch nicht aus. Deswegen wurde der Computerbetrug mit Gesetz vom 29.12.2001 verbessert und ergänzt. Die Diskussion zur Computerkriminalität wird in Korea sehr aktiv geführt.

Die strafrechtlichen Vorschriften über Computerkriminalität sind: (1) Die Computerspionage (§§ 140 III, 316 II KStGB); (2) Der Computerbetrug (§ 347b KStGB); (3) Die Beschädigung elektromagnetischer Aufzeichnungen (§§ 141 I, 366 KStGB), (4) Die Computersabotage (§ 314 II KStGB) und (5) Die Fälschung einer elektromagnetischen Aufzeichnung (§§ 227b, 228 I, 229, 232b, 234 KStGB).

## II. Überblick über das koreanische Computerstrafrecht

### 1. Die Computerspionage (§§ 140 III, 316 II KStGB)

§ 140 III KStGB (Verletzung eines Geheimnisses im öffentlichen Dienst): Ein Amtsträger, der sich vom Inhalt eines verschlossenen Schriftstücks, einer Abbildung oder einer Aufzeichnung auf einem elektromagnetischem oder einem sonstigen Datenträger unter Anwendung technischer Mittel Kenntnis verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 7.000.000 Won<sup>301</sup> bestraft.

§ 316 II KStGB (Verletzung des Privatgeheimnisses): Wer sich vom Inhalt eines verschlossenen privaten Briefs, eines Schriftstücks, einer Abbildung oder einer Aufzeichnung auf einem elektromagnetischem oder einem anderen Datenträger unter Anwendung technischer Mittel Kenntnis verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 5.000.000 Won bestraft.

Die Fälle der Computerspionage werden in Korea von den §§ 140 III, 316 II KStGB erfasst. Unter Computerspionage ist das Ausspähen von Daten sowie Programmen verstehen. Während das Ausspähen von Programmen durch das „Computerprogrammenschutzgesetz“ aus dem Jahr 1986 als Straftatbestand eingeführt wurde, wurde das Ausspähen von einzelnen Daten damals nicht geregelt, obwohl auch hier zahlreiche Stimmen eine Pönalisierung forderten. Als Grund für das Unterlassen einer solchen Regelung wurde angeführt, dass der Begriff des Tatobjekts bei der Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 316 KStGB) und der Be-

---

301. 1000 Won entsprechen etwa 0,85 Euro.



griff des Tatsubjekts bei der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (§ 318 KStGB) früher sehr eng waren,<sup>302</sup> so dass das unbefugte Ausspähen von Daten nicht darunter subsumiert werden konnte. Dadurch entstand eine empfindliche Strafbarkeitslücke. Um diesem Problem beizukommen, hat im Jahr 1995 der Gesetzgeber die Computerspionage um die Verletzung des Geheimbereichs ergänzt.<sup>303</sup>

Geschütztes Rechtsgut bei der Verletzung des „Geheimnisses“ i.S.v. § 140 III KStGB sind die Geheimnisse im öffentlichen Dienst, während Rechtsgut der Verletzung des Privatgeheimnisses (§ 316 II KStGB) der persönliche Lebens- und Geheimbereich ist, der im Individualinteresse des Betroffenen steht. Heute werden diese Geheimnisse oft durch elektromagnetische Aufzeichnungen bewahrt. Deshalb fallen auch Aufzeichnungen auf elektronischen oder sonstigen Datenträgern unter diese reformierten Vorschriften.

Nach heutigem Recht sind Tatobjekte der §§ 140 III, 316 II KStGB sowohl Briefe, Schriftstücke und Abbildungen als auch Aufzeichnungen auf einem elektromagnetischem oder sonstigen Datenträger. Unter Aufzeichnungen versteht man nicht nur die auf Datenträger gespeicherten Daten, sondern auch solche auf Tonbändern, Videobändern

---

302. *Chang*, Die Welt des Staatsexamens (Goshyghey) 2/1996, S. 54.

303. Diese strafrechtliche Verrechtlichung der Computerspionage wird als Risikostrafrecht bezeichnet, weil das Hackingstrafrecht durch Verwendung von abstrakten Gefährdungsdelikten zur Vorfeldkriminalisierung beiträgt. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass die flächendeckende Kriminalisierung des Hacking mit Vollzugsdefiziten einhergeht. Aus diesem Grund wurde vorgeschlagen, das Problem der Computerspionage eher durch „soziale Kontrolle“ als durch das Strafrecht zu lösen. Dazu *Yi, S.-D.*, Korean Lawyers Association Journal (Bup Jo) 2002·3 (Vol. 546), S. 111 ff. insbes. 119 f.; zu diesem Vorschlag vgl. auch *Hassemer, a.a.O.* (Fn. 54), S. 316 ff.

und CDs. Im Unterschied zum deutschen Recht (§ 202a StGB)<sup>304</sup> werden von der koreanischen Vorschrift über Computerspionage (§§ 140 III, 316 II KStGB) solche Daten nicht erfasst, die sich im Übertragungsvorgang befinden oder gerade bearbeitet werden.

Tathandlung ist das Kenntnisverschaffen vom Inhalt einer Aufzeichnung auf einem elektromagnetischen oder einem sonstigen Datenträger unter Anwendung technischer Mittel. Als Beispiel dazu kann man das „Hacking“ anführen. Dazu gehört auch, sich vom Inhalt eines verschlossenen Briefs oder Schriftstücks durch ein besonderes Gerät Kenntnis zu verschaffen.<sup>305</sup>

Im koreanischen wie im deutschen Recht ist umstritten, ob ein Fall der Computerspionage vorliegt, wenn zwar in ein fremdes Computersystem eingedrungen wird, dabei aber keine Kenntnis vom Inhalt von Aufzeichnungen erlangt wird. Eine Ansicht<sup>306</sup> sieht die Computerspionage als ein abstraktes Gefährdungsdelikt, weshalb in diesem Fall der Tatbestand der Computerspionage erfüllt sein soll. Dies bedeutet, dass für die Computerspionage nicht unbedingt erforderlich ist, sich Kenntnis von irgendwelchen Daten zu verschaffen. Es reicht also die bloße Möglichkeit aus, sich Kenntnis davon verschaffen zu können. Dementsprechend wird auch ein Hacker bestraft, der Daten nur ausspäht, kopiert und von Rechner zu Rechner innerhalb

---

304. Nach § 202a StGB sind Daten „nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.“ Siehe dazu Kap. 4, II. 1. B.

305. *Bae*, BT, S. 295; *Chang*, a.a.O. (Fn. 302), S. 56; *Kang*, Korean Lawyers Association Journal (Bup Jo) 8/1997, S. 132 f.

306. *Chang*, a.a.O. (Fn. 302), S. 56; *Park*, BT, S. 207.

eines Netzwerks oder über Fernmeldewege übermittelt, ohne sie selbst zur Kenntnis zu nehmen.

Die Gegenmeinung<sup>307</sup> sieht die Computerspionage als Verletzungsdelikt an. Danach scheidet eine Strafbarkeit wegen Verletzung des Privatgeheimnisses (§ 316 II KStGB) aus, wenn man sich keine Kenntnis von Daten verschafft. Der Grund dafür wird darin gesehen, dass sich die Tathandlungen in §§ 140 III, 316 II KStGB einerseits und §§ 140 II,<sup>308</sup> 316 I<sup>309</sup> KStGB andererseits unterscheiden. Während die Tathandlung bei §§ 140 II, 316 I KStGB die Öffnung des Verschlusses sei, sei es bei §§ 140 III, 316 II KStGB nicht die bloße Öffnung, sondern erst die Kenntnisnahme vom Inhalt. Folglich macht sich der Computerhacker nicht strafbar, wenn er, ohne sich vom Dateninhalt Kenntnis zu verschaffen, nur in eine fremde Datenverarbeitungsanlage eindringt.

## 2. Der Computerbetrug (§ 347b KStGB)

§ 347b KStGB: Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er einen Computer oder eine sonstige Datenverarbeitungsanlage durch Eingabe falscher Daten oder unrichtiger Befehle oder sonst durch unbefugte Eingabe oder Veränderung von Daten beein-

---

307. *Bae*, BT, S. 295; *Kim*, I.-S., BT, S. 199; *Yim*, BT, S. 213; *Kang*, a.a.O. (Fn. 305), S. 133; *Yi*, J.-S., BT, S. 216.

308. § 140 II KStGB

Ein Amtsträger, der ein verschlossenes Schriftstück oder eine Abbildung öffnet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 7.000.000 Won bestraft.

309. § 316 I KStGB

Wer unbefugt einen verschlossenen Brief, Schriftstück oder eine Abbildung öffnet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 5.000.000 Won bestraft.

flusst, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 20.000.000 Won bestraft.

Der Zweck des Computerbetrugs (§ 347b KStGB) ist, wie in Deutschland, Strafbarkeitslücken im Vermögensschutz zu schließen. Fälle, in denen rechtswidrig unter Anwendung eines Computers Vermögensvorteile verschafft werden, haben bis heute immer mehr zugenommen. Diese mittels des Computers oder einer sonstigen Datenverarbeitungsanlage begangenen Delikte konnten bisher nicht unter Strafe gestellt werden, weil eine Täuschungshandlung oder Irrtumserregung über den Computer nicht ohne weiteres wie beim Betrug (§ 347 KStGB) angenommen werden kann. Insbesondere wurde die koreanische Regelung des Computerbetrugs heftig kritisiert, weil die Tathandlung „unbefugte Eingabe sowie Veränderung von Daten“ im Gegensatz zum deutschen Computerbetrug fehlte.<sup>310</sup> Deshalb wurde diese Tathandlung am 29.12.2001 ergänzt. Dadurch wurde diese Vorschrift dem deutschen Computerbetrug (§ 263a StGB) überaus ähnlich.

Geschütztes Rechtsgut des § 347b KStGB ist wie beim Betrug (§ 347 KStGB) das Vermögen. Während die geschützten Objekte des Betrugs Sachen und das Vermögen sind, schützt der Computerbetrug nur das Vermögen. Wenn die Sache ohne Vermögenswertminderung beschädigt wird, ist deshalb nur eine Sachbeschädigung (§ 366 KStGB) verwirklicht. Auch wenn man sich eine Sache ohne einen Vermögensvorteil verschafft, kommt nur ein Diebstahl (§ 329 KStGB) in Betracht. Dagegen wird teilweise auch vertre-

---

310. Allerdings ist diese Tathandlung im deutschen Computerbetrug nicht „unbefugte Eingabe oder Veränderung von Daten“, sondern „unbefugte Verwendung von Daten“. Deshalb ist ihre Auslegung umstritten. Siehe ausführlich dazu oben Kap. 4. II. 2.

ten, dass nicht nur das Vermögen, sondern auch Sachen in den Schutzbereich des Computerbetrugs einbezogen werden sollten.<sup>311</sup>

Tathandlung des Computerbetrugs ist die Eingabe von falschen Daten oder unrichtigen Befehlen oder die sonst unbefugte Eingabe sowie Veränderung von Daten.

Eingabe falscher Daten bedeutet, inhaltlich unrichtige Daten zu speichern. Als Beispiel dafür wird oft angeführt, dass ein Bankangestellter falsche Einzahlungsdaten eingibt, oder dass er durch Computermanipulation<sup>312</sup> das Geld eines fremden Kontos auf sein eigenes überweist. Eingabe unrichtiger Befehle bedeutet, entweder unbefugt die falschen Programmbefehle zu verändern, zu löschen und hinzuzufügen oder ein Programm als Ganzes zu manipulieren. Im Fall, dass das fremde Geld durch Fahrlässigkeit eines Bankangestellten auf sein eigenes Konto eingezahlt wird, macht er sich, selbst wenn er dieses Geld abhebt, weder wegen Computerbetrugs noch wegen Betrugs durch Unterlassen strafbar.<sup>313</sup> Er braucht diese Tatsache nicht anzugeben, da es ihm an einer Garantienstellung fehlt. Allerdings kommt ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch in Betracht.

Beim koreanischen Computerbetrug war insbesondere der Bargeldkartenmissbrauch problematisch, da die Tathandlung „unbefugte Verwendung von Daten“ im Gegensatz zum deutschen Computerbetrug nicht geregelt wurde. Deshalb war umstritten, ob sich der unberechtigte Karteninhaber

---

311. Kang, a.a.O. (Fn. 305), S. 121: ders., Studien des Staatsexamens (Goshyyeongu) 7/2000, S. 163 f.; Kim, I.-S., BT, S. 376; Park, BT, S. 305 f.; Yim, BT, S. 343.

312. Hierunter fallen Inputmanipulation, Programmmanipulation, Konsolmanipulation und Outputmanipulation.

313. Bae, BT, S. 452.

nach § 347b KStGB strafbar macht, wenn er mit einer fremden Karte und der dazugehörigen Geheimnummer an einem Bankautomaten Geld abhebt. Es existierten dazu vier Meinungen:

- (a) Die erste Gruppe von Autoren vertritt die Auffassung, die unbefugte Verwendung von fremden Zahlungs- oder Bargeldkarten sei als Computerbetrug strafbar. Dies wird damit begründet, dass diese unbefugte Verwendung in einem weiten Sinne als „Eingabe von unrichtigen Befehlen“ ausgelegt werden könne.<sup>314</sup> Andere argumentieren, die scheinbare Gesetzeslücke sei durch eine extensive Auslegung der Bestimmung gegen den Computerbetrug zu schließen.<sup>315</sup>
- (b) Eine andere Ansicht kommt zu dem Ergebnis, dass sich der Täter nur des Diebstahls schuldig mache, weil die Tathandlung „unbefugte Verwendung von richtigen Daten“ (des unberechtigten Karteninhabers) jedenfalls anders als „Eingabe von unrichtigen Befehlen“ ist.<sup>316</sup>
- (c) Nach einer dritten Ansicht beinhaltet zwar die „Eingabe von unrichtigen Befehlen“ die unbefugte Verwendung von Kartendaten, dennoch handele es sich nicht um einen Computerbetrug, sondern nur um einen Diebstahl, da das Geld, das mittels der fremden Karte abgehoben werde, nicht als Vermögen, das das geschützte Rechtsgut beim Computerbetrug ist, zu betrachten sei, sondern als eine Sache.<sup>317</sup>

---

314. Ebd.

315. *Kim, I.-S.*, BT, S. 378.

316. *Chang*, a.a.O. (Fn. 302), S. 49; *Yi, J.-S.*, BT, S. 337 f. Vgl. kritisch dazu *Bae*, BT, S. 452.

317. *Kang*, a.a.O. (Fn. 305), S. 123; *Park*, BT, S. 314 f.

- (d) Schließlich wird vertreten, die Tat sei weder als Computerbetrug noch als Diebstahl strafbar.<sup>318</sup> Der Grund für die Ablehnung des Diebstahls liege darin, dass es unmöglich sei, erstens den Geldautomaten zu täuschen, zweitens von Geldautomaten das Bargeld unter Zwang wegzunehmen. Nach dieser Ansicht soll also eine Regelungslücke vorliegen, d.h. dazu soll die Tathandlung „unbefugte Verwendung von richtigen Daten“ gehören.

Die vorstehend geschilderte Diskussion wurde erst entschärft, als am 29.12.2001 der Tatbestand des Computerbetrugs durch die Tathandlung „unbefugte Eingabe oder Veränderung von Daten“ ergänzt wurde.

### **3. Die Beschädigung elektromagnetischer Aufzeichnungen (§§ 141 I, 366 KStGB)**

§ 141 I KStGB: Wer amtliche Dokumente, sonstige Sachen oder Aufzeichnungen auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern beschädigt, unterdrückt oder auf sonstige Weise unbrauchbar macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sieben Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 10.000.000 Won bestraft.

§ 366 KStGB (Sachbeschädigung): Wer eine fremde Sache, Urkunde oder Aufzeichnung auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern beschädigt, unterdrückt oder auf sonstige Weise unbrauchbar macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 7.000.000 Won bestraft.

---

318. *Ha*, Untersuchungen zur strafrechtlichen Rechtsprechung, 1996, S. 330 ff., 334 f.; *Kim, Y.-W.*, Untersuchungen zur strafrechtlichen Rechtsprechung, 1998, S. 249 f., 253; *Yim, BT*, S. 352 f.

Eine Aufzeichnung auf einem elektromagnetischen oder einem sonstigen Datenträger ist weder eine Urkunde noch eine Sache. Dennoch hat sie sowohl eine Beweisfunktion als auch eine Garantiefunktion. Deshalb ist es erforderlich, ihre Gebrauchsfähigkeit zu schützen. Folglich wurde sie neu als Tatbestandsalternative der Sachbeschädigung (§ 366 KStGB) eingefügt. Der Zweck dieser Vorschrift ist nicht der Schutz der Beweisfunktion, sondern der Schutz der Gebrauchsfähigkeit der Daten. Deshalb können taugliches Tatobjekt dieser Tatmodalität nicht nur beweisbare Aufzeichnungen sein.<sup>319</sup>

Tathandlungen sind das Beschädigen (Var.1) bzw. Unterdrücken (Var.2) der elektromagnetischen Aufzeichnungen oder das Beeinträchtigen (Var.3) ihrer Gebrauchsfähigkeit auf sonstige Weise. Unter Beschädigen versteht man wie bei der Computersabotage das physische Zerstören oder Beseitigen der Aufzeichnungen. Unterdrückt werden Aufzeichnungen, wenn das Abrufen dieser Aufzeichnungen unmöglich oder schwierig gemacht wird. Die Gebrauchsfähigkeit ist schließlich beeinträchtigt, wenn der Gebrauchswert dieser Aufzeichnungen als Urkunde gemindert wird.

#### **4. Die Computersabotage (§ 314 II KStGB)**

§ 314 II KStGB: Wer ein fremdes Geschäft dadurch stört, dass er Computer oder sonstige Datenverarbeitungsanlagen oder Aufzeichnungen auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern beschädigt, oder in einer Datenverarbeitungsanlage falsche Daten oder unrichtige Befehle eingibt, oder auf sonstige Weise die Datenverarbeitung behindert, wird

---

319. Ausführlich dazu siehe im selben Kap. unten 5.



mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 15.000.000 Won bestraft.

Im Gegensatz zu Deutschland wird die Geschäftsstörung in Korea strafrechtlich (§ 314 KStGB) geahndet. Dies bedeutet, dass die koreanische Computersabotage (§ 314 II KStGB) zum Abschnitt der Geschäftsstörung gehört, während die deutsche Computersabotage (§ 303b StGB) den Sachbeschädigungsdelikten zuzuordnen ist. Die koreanische Computersabotage wurde im reformierten Strafrecht eingeführt, um eine Gesetzeslücke zu schließen, die bei Geschäftsstörung durch Verwendung eines Computers vorlag. Damit ist das geschützte Rechtsgut der koreanischen Computersabotage das Geschäft wie bei der Geschäftsstörung, wohingegen das geschützte Rechtsgut im deutschen Recht der Computersabotage das Interesse von Wirtschaft und Verwaltung am störungsfreien Funktionieren einer Datenverarbeitung ist.

Ein Computer oder eine sonstige Datenverarbeitungsanlage ist ein Computersystem, das Hardware und Software einschließt.<sup>320</sup> Aufzeichnungen auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern sind elektronisch oder magnetisch gespeicherte Daten, z.B. auf Magnetbändern, Festplatten und Disketten.<sup>321</sup> Schallplatten, CDs und Kassetten fallen dagegen nicht hierunter.<sup>322</sup>

---

320. *Bae*, BT, S. 282; *Kim, I.-S.*, BT, S. 187. Hiergegen wird teilweise vertreten, dass die Software nicht der Datenverarbeitungsanlage, sondern den Aufzeichnungen mit elektronischem oder sonstigem Datenträger zuzurechnen sei, vgl. *Park*, BT, S. 198; *Yim*, BT, S. 207.

321. Näher dazu siehe im selben Kap. unten 5.

322. *Bae*, BT, S. 282; *Chang*, a.a.O. (Fn. 302), S. 45; *Kim, I.-S.*, BT, S. 188; *Park*, BT, S. 198.

Tathandlungen des § 314 II KStGB sind das Beschädigen, die Eingabe falscher Daten oder unrichtiger Befehle, die Behinderung der Datenverarbeitung auf sonstige Weise und die Störung eines fremden Geschäfts. Das Beschädigen (Var.1) erfasst sowohl das physische Zerstören oder Unbrauchbarmachen der Datenverarbeitungsanlage bzw. des Datenträgers als auch das Beseitigen der eingespeicherten Daten. Dies sind auch nach deutschem Strafrecht Fälle der Datenveränderung. Die Eingabe falscher Daten oder unrichtiger Befehle (Var.2) hat die gleiche Bedeutung wie im Rahmen des Computerbetrugs. Wenn man ohne Erlaubnis fremde Daten ausspäht, aber keine Kenntnis von irgendwelchen Daten erlangt, macht man sich nur wegen „Verletzung eines Geheimnisses durch Anwendung technischer Mittel“ (§ 316 II KStGB) strafbar. Verschafft man sich dadurch auch einen Vermögensvorteil, liegt zusätzlich eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs (§ 347b KStGB) vor.<sup>323</sup>

Zum dritten versteht man unter Behinderung der Datenverarbeitung „auf sonstige Weise“ (Var.3) das Stören der Funktion der Datenverarbeitungsanlage durch eine unmittelbare Beeinträchtigung. Diese Tathandlung lässt sich ebenso wie das Unbrauchbarmachen i.S.d. deutschen Computersabotage (§ 303b StGB) verstehen. Bei dieser Tathandlung ist die Gebrauchsfähigkeit einer Datenverarbeitungsanlage in so hohem Maße einzuschränken, dass der eigentliche Zweck der Datenverarbeitung nicht mehr erfüllt werden kann.<sup>324</sup> Als Beispiel dafür wird angeführt, dass man in der Absicht, eine Geschäftsstörung zu bewirken, die Stromversorgung der Datenverarbeitungsanlage unterbricht, der Strom jedoch über eine Notstromanlage

---

323. Bae, BT, S. 283.

324. Ebd.; Kang, a.a.O. (Fn. 305), S. 126.

dennoch zur Verfügung steht. Hier würde es an einer hinreichend schweren Störung des Betriebs der Datenverarbeitungsanlage fehlen. Dies bedeutet, dass die bloße Gefährdung der Datenverarbeitung nicht ausreicht. Schließlich erfasst die Störung eines fremden Geschäfts die Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs sowie der Geschäftsführung. Hierbei ist eine abstrakte Gefährdung bereits ausreichend.<sup>325</sup> Andere vertreten, es handele sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt.<sup>326</sup>

Nach der am meisten verbreiteten Ansicht ist für die Computersabotage ein Doppelerfolg erforderlich: erstens die Behinderung einer Datenverarbeitung und zweitens die Störung des Geschäftsbetriebs. Zu fragen ist, ob beide Erfolge unbedingt eintreten müssen. Nach koreanischer Rechtsprechung und h.M. wird die Strafwürdigkeit der Computersabotage bejaht, wenn der Geschäftsbetrieb durch List oder Androhung von Gewalt beeinträchtigt wird, auch wenn eine Geschäftsstörung in der Tat nicht vorliegt. Als Grund wird genannt, dass die Sabotage (§ 314 I KStGB) ein abstraktes Gefährdungsdelikt sei. Dementsprechend liegt auch dann eine Computersabotage vor, wenn Daten beseitigt werden, selbst wenn eine Kopie derselben vorhanden ist, so dass eine eigentliche Geschäftsstörung im Ergebnis nicht erfolgt.

Sowohl im koreanischen wie auch im deutschen Recht werden durch den Tatbestand der Computerspionage viele aktuelle Probleme der Internetkriminalität erfasst.<sup>327</sup> Zu nennen sind hier in erster Linie Computerviren, Würmer, Trojanische Pferde, Logische Bomben, usw. In Bezug auf

---

325. *Kim, I.-S.*, BT, S. 190; *Park*, BT, S. 199; *Yi, J.-S.*, BT, S. 207; *Yim*, BT, S. 208.

326. *Bae*, BT, S. 283.

327. Siehe dazu unten Kap. 6.

Computerviren ist umstritten, unter welche Tathandlung das Infizieren mit Viren zu subsumieren ist. Nach h.M.<sup>328</sup> sei dies ein Fall der Eingabe falscher Daten. Die Gegenmeinung<sup>329</sup> sieht hierin eine Behinderung der Datenverarbeitung in sonstiger Weise.

Fraglich ist, ob auch der öffentliche Dienst Angriffsobjekt einer Computersabotage sein kann. Dies wird teilweise bejaht<sup>330</sup> mit der Begründung, dass sich die koreanische Computersabotage an den deutschen Tatbestand der Computersabotage (§ 303b StGB) anlehnt. Dort ist neben dem Betrieb und dem fremden Unternehmen auch eine Behörde als taugliches Tatobjekt aufgeführt, weil andernfalls eine Strafbarkeitslücke entstünde. Nach anderer Ansicht<sup>331</sup> ist der öffentliche Dienst im koreanischen Recht kein taugliches Tatobjekt der Computersabotage, weil das geschützte Rechtsgut der Computersabotage die individuelle Wirtschaftstätigkeit sei, d.h. die persönliche, freie Tätigkeit. Die Störung des öffentlichen Dienstes könne dagegen allenfalls Widerstand gegen eine öffentliche Vollstreckung (§ 136 I KStGB) sein. Ansonsten werde die Strafbarkeit zu weit gefaßt.

---

328. *Bae*, BT, S. 283; *Kim*, I.-S., BT, S. 189; *Park*, BT, S. 199; *Yim*, BT, S. 207.

329. *Jun*, Forschungsbeitrag vom „Korean Institute of Criminology“ 1996, S. 271; *Kang*, a.a.O. (Fn. 305), S. 126.

330. *Jun*, ebd., S. 273.

331. *Bae*, BT, S. 283.

## **5. Die Fälschung von öffentlichen oder privaten elektromagnetischen Aufzeichnungen (§§ 227b, 228 I, 229, 232b, 234 KStGB)**

Die einschlägigen Normen lauten:

§ 227b KStGB: Wer in der Absicht, eine behördliche Dienstleistung zu stören, eine unechte öffentliche Aufzeichnung mit elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern als echt nachmacht oder eine echte öffentliche Aufzeichnung verfälscht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren bestraft.

§ 228 I KStGB: Wer durch falsche Anmeldung bei einer Behörde eine falsche Tatsache in eine öffentliche Urkunde oder in eine ähnliche Aufzeichnung auf einem elektromagnetischem oder einem sonstigen Datenträger einträgt oder einzutragen veranlasst, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 10.000.000 Won bestraft.

§ 229 KStGB: Wer durch eine der in den §§ 225 bis § 228 bezeichneten Handlungen hergestellte Urkunde, Abbildung, Aufzeichnung auf einem elektromagnetischen oder sonstigen Datenträger als originale öffentliche Urkunde, Führerschein, Erlaubnisschein, Eintragungsbescheinigung oder Pass gebraucht, wird jeweils gemäß betreffender Vorschrift bestraft.

§ 232b KStGB: Wer in der Absicht, ein fremdes Geschäft zu stören, eine unechte private Aufzeichnung auf einem elektromagnetischem oder sonstigem Datenträger über ein Rechtsverhältnis oder einen Tatsachenbeweis als echt nachmacht oder eine echte Aufzeichnung verfälscht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 10.000.000 Won bestraft.

§ 234 KStGB: Wer eine mittels der in den §§ 231 bis 232b bezeichneten Handlungen hergestellte Urkunde, Abbildung

oder Aufzeichnung auf einem elektromagnetischen oder sonstigen Datenträger gebraucht, wird jeweils gemäß betreffender Vorschrift bestraft.

Die zitierten Vorschriften gehören zum Abschnitt über Urkunden. Der Zweck dieses Abschnitts ist, die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechts- und Beweisverkehrs zu schützen. Heute erfüllen elektromagnetische Aufzeichnungen eine gesellschaftlich wichtige Beweisfunktion wie die herkömmlichen Urkunden. Durch obige Vorschriften wurden solche elektromagnetischen Aufzeichnungen vor Fälschung geschützt.

Die Vorschriften über elektromagnetische Aufzeichnungen wurden in zwei Teile, also über die öffentliche elektromagnetische Aufzeichnung (§§ 227b, 228, 229 KStGB) und über die private elektromagnetische Aufzeichnung (§§ 232b, 234 KStGB), eingeteilt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass auch die Vorschriften zur klassischen Urkunde zwischen öffentlichen und privaten Urkunden unterscheiden.

Geschütztes Rechtsgut der „Fälschung einer elektromagnetischen Aufzeichnung“ ist das öffentliche Vertrauen in elektromagnetische Aufzeichnungen, so wie es bei der Urkundenfälschung das öffentliche Vertrauen in die Urkunde ist. Die Tatobjekte sind Aufzeichnungen auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern, während im deutschen Computerstrafrecht Daten das Tatobjekt sind. Näher betrachtet, ist Tatobjekt des § 227b KStGB eine elektromagnetische Aufzeichnung einer behördlichen Dienstleistung. Tatobjekt des § 228 I KStGB ist elektromagnetische Aufzeichnungen, die einer originalen öffentlichen Urkunde entsprechen: die öffentliche elektromagnetische Aufzeichnung. Dagegen ist das Tatobjekt des § 232b KStGB

die fremde elektromagnetische Aufzeichnung in Bezug auf ein Rechtsverhältnis oder einen Tatsachenbeweis. Unter einem Rechtsverhältnis versteht man in diesem Zusammenhang ein Recht oder eine Verpflichtung.

Unter elektromagnetischer Aufzeichnung versteht man eine auf einem bestimmten Datenträger gespeicherte elektronische oder magnetische Form der Aufzeichnung. Solche Aufzeichnungen sind deshalb weder der Datenträger selbst, auf dem die Daten aufbewahrt werden, noch die auf dem Datenträger aufgezeichneten Daten, sondern ein im Datenträger aufgezeichneter Zustand der Daten, d.h. der Verbindungszustand zwischen dem Datenträger und den Daten.<sup>332</sup> Zur elektronischen Speicherform gehören z.B. ICs, ROMs und RAMs, während Magnetplatten, Magnetbänder eine Form magnetischer Speicherung sind, wie z.B. Scheckkarte, Telephonkarte usw. Der (Mikro-)Film, auf dem Daten gespeichert werden, ist dagegen keine solche Aufzeichnung, weil dieser Film nur eine vergrößerte oder verkleinerte Kopie der Daten ist.<sup>333</sup>

Nach einigen Auffassungen<sup>334</sup> sollen Aufzeichnungen auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern nicht in akustischer Form (Tonträger) vorliegen, sondern nur in visueller Form (Bildträger). Deshalb seien elektromagnetische Aufzeichnungen, die nur akustisch wahrnehmbar sind, z.B. solche auf Schallplatten, CDs oder Kassetten, keine tauglichen Tatobjekte. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die elektromagnetische Aufzeichnung die gleiche Funktion wie die Urkunde haben muss, die dem Beweis von Tatsachen einer menschlichen Gedankenerklärung

---

332. Kang, a.a.O. (Fn. 305), S. 113.

333. Bae, BT, S. 640.

334. Chang, a.a.O. (Fn. 302), S. 45.

und auch der Perpetuierung dienen soll.<sup>335</sup> Hierunter fallen nach koreanischem Recht weder Aufzeichnungen, die innerhalb eines Netzwerkes oder über Fernmeldewege im Übertragungsprozess sind, noch solche Aufzeichnungen, die im Entstehungsvorgang sind.<sup>336</sup>

Tathandlung ist das Nachmachen oder das Verfälschen von Aufzeichnungen auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern. Der Begriff des „Nachmachens“ ist umstritten. Nach einer Ansicht<sup>337</sup> wird eine elektromagnetische Aufzeichnung nachgemacht, entweder wenn diese Aufzeichnung unbefugt hergestellt wird oder der Aufzeichnung ein falscher Inhalt gegeben wird. Unter Verfälschen einer solchen Aufzeichnungen versteht man das unbefugte Verändern der Aufzeichnungen, so dass diese einen falschen Inhalt erhalten. Nach anderer Ansicht<sup>338</sup> liegt ein Nachmachen oder ein Verfälschen von Aufzeichnungen auf elektromagnetischen oder sonstigen Datenträgern dann vor, wenn unbefugt oder durch Missbrauch einer Befugnis die elektromagnetischen Aufzeichnungen abgefasst oder verändert werden. Darunter fällt aber nicht, dass ein Befugter unrichtige Aufzeichnungen herstellt. Eine dritte Ansicht<sup>339</sup> besagt, dass ein Nachmachen nur vorliege, wenn von Anfang an die falschen Aufzeichnungen hergestellt und dann gespeichert werden. Ein Verfälschen liegt vor, wenn die bestehenden Aufzeichnungen teilweise verändert oder gelöscht und damit diese Aufzeichnungen neu gemacht werden.

---

335. Kang, a.a.O. (Fn. 305), S. 113 f.; Yi, J.-S., BT, S. 568.

336. Chang, a.a.O. (Fn. 302), S. 46; Kang, ebd.

337. Bae, BT, S. 640 f.

338. Yi, J.-S., BT, S. 569.

339. Chang, a.a.O. (Fn. 302), S. 46.



### III. Zusammenfassung und Ausblick

Infolge zunehmender Computerkriminalität wurde das Computerstrafrecht seit 1986 in Deutschland, seit 1995 in Korea geschaffen. Hierunter fallen die Computerspionage, der Computerbetrug, die Computersabotage, die Datenveränderung und die Fälschung einer elektromagnetischen Aufzeichnung. Aber viele Probleme sind noch ungelöst. Problematisch ist, dass das koreanische Strafrecht den Begriff der „Aufzeichnung mit elektromagnetischem oder sonstigem Datenträger“ bislang noch nicht klar genug definiert hat. Vor allem ist es unklar, welche Datenträger als „sonstige Datenträger“ bezeichnet werden können.

Im koreanischen wie im deutschen Computerstrafrecht ist es wegen der fortlaufenden technischen wie terminologischen Neuerungen schwierig, die rechtlichen Begriffe eindeutig zu bestimmen. Dementsprechend werden immer wieder Stimmen laut, die an der Verfassungsmäßigkeit einiger Regelungen zweifeln. Dieses Problem wird sich aber lösen lassen, wenn die Rechtsdogmatik auch die Computerdelikte hinreichend gründlich erfaßt und eine feststehende eigene Terminologie gebildet hat. Außerdem tritt die Computerkriminalität aufgrund der rasanten Entwicklung der Informationstechnologie, insbesondere des Internets, in immer neuen Erscheinungsformen auf. Es erscheint aussichtslos, alle neuen Formen der Computer- und Internetkriminalität unter das bestehende Computerstrafrecht subsumieren zu wollen. Dies bedeutet wie, der Gesetzgeber hinkt dem Straftäter stets hinterher.

Dennoch läßt sich im Ergebnis festhalten, dass sowohl das deutsche als auch das koreanische Strafrecht heute über Straftatbestände verfügen, die es grundsätzlich möglich machen, die Internet- und Computerkriminalität zu erfassen. Neue Deliktsfassungen knüpfen eng an klas-

sische Deliktstypen wie die Sachbeschädigung, den Betrug usw. an. Dies bedeutet, dass sich der Rechtsanwender bei der Auslegung der neuen Bestimmungen an die ältere Kasuistik und dogmatische Feinarbeit anlehnen kann. Aus diesem Grund spricht nichts dafür, bei der Auslegung und Anwendung des Internet- und Computerstrafrechts von den bewährten rechtsstaatlichen Regeln der Gesetzesbindung und Wortlauttreue abzuweichen.

In den kommenden Kapiteln soll untersucht werden, wie sich die Rechtspraxis der Herausforderung durch die Computer- und Internetkriminalität gestellt hat. Dabei beschränke ich mich auf eine Darstellung der Rechtslage in Deutschland.

## Kapitel 6

### Aktuelle Probleme

#### im Computer- und Internetstrafrecht

Das Computerstrafrecht wird im Allgemeinen als eine besonders moderne Form des Strafrechts angesehen. Da allerdings in diesem Bereich immer wieder neue Probleme aufgrund aktueller Gegebenheiten und neuer technischer Entwicklungen auftauchen, läßt es sich auch als ein „unvollständiges Strafrecht“ bezeichnen. Die Internetkriminalität hat die Frage aufgeworfen, inwieweit das Computerstrafrecht in diesem Bereich intervenieren kann und sollte. Darüber hinaus ist fraglich, ob das Computerstrafrecht Gefahr läuft, über seine rechtsstaatlichen Grenzen hinaus im *Hassemerschen* Sinne „flexibilisiert“ zu werden. Um dies zu klären, sollen im folgenden zentrale Probleme der Internetkriminalität näher untersucht werden.

Zunächst ein paar allgemeine Worte zur sogenannten Internetkriminalität. Sie ist eine der jüngsten Erscheinungsformen von Kriminalität. Ihre Existenz ist erst vor ca. 10 Jahren in das Bewußtsein der Öffentlichkeit gedrungen, während die Computerkriminalität schon in den 70er Jahren bekannt wurde. Trotzdem wird der Internetkriminalität heute ein sehr großes Interesse entgegengebracht. Dies zeigen z.B. die folgenden drei Fälle von Internetkriminalität: am 20. November 2000 wurde Yahoo Frankreich dazu verurteilt, seine Internet-Seiten mit Nazi-Angeboten für die Nutzer des französischen Netzes zu blockieren.<sup>340</sup> Weiterhin wurde von Ende Oktober 2000

---

340. SZ. 24.11.00.

bis zum 27. Januar 2001 die US-Firma Microsoft von Hackern viermal angegriffen. So stahlen die Täter u.a. den Quellcode der Firma MS<sup>341</sup> und brachten zweimal die MS-Homepages zum Zusammenbrechen.<sup>342</sup> Und schließlich verbreitete sich im Mai 2000 weltweit ein Computervirus namens „I Love You“, durch den ein riesiger Schaden (rund 10 Milliarden US-Dollar) verursacht wurde.<sup>343</sup>

Als Folge dieser aufsehenerregenden Fälle ist man sich heute der von der Internetkriminalität ausgehenden Gefahr heute weitaus stärker bewusst als noch vor fünf Jahren. Dennoch ist sowohl der Begriff der Internetkriminalität als auch der des Computerstrafrechts derzeit noch nicht eindeutig und von seiner Form her noch nicht endgültig abgegrenzt. Im Allgemeinen bezeichnet man als Internetkriminalität diejenige Kriminalität, die sich nur via Internet begehen lässt bzw. dadurch erleichtert wird, auch wenn davon auszugehen ist, dass das Internet tatsächlich fast alle Straftaten erleichtert.<sup>344</sup>

---

341. SZ. 24.11.00.

342. SZ. 27.01.01.

343. Dem Bericht des philippinischen Justizministeriums Ende Oktober 2000 zu Folge sind alle Anklagen gegen Verdächtige hinsichtlich des „I Love You“- Computervirus fallen gelassen worden, weil auf den Philippinen bis Juni 2000 noch kein Straftatbestand für ein solches Verhalten existierte. Allerdings ist zu bemerken, dass den Opfern noch andere Klagemöglichkeiten blieben wie z.B. die Zivilklage für Fälle, in denen Verluste durch den zerstörerischen Virus nachgewiesen werden könnten.

344. *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), S. 653 f.

## I. Begriffsklärung: Internetkriminalität

Zunächst ist festzuhalten, dass „Internetkriminalität“ noch kein feststehender Begriff ist.<sup>345</sup> Vor allem handelt es sich zunächst nur um ein zusammengesetztes Wort, welches die Begriffe „Internet“ und „Kriminalität“ verbindet. Allgemein wird die Internetkriminalität als ein Teil der Computerkriminalität betrachtet.<sup>346</sup> Die Geschichte der Internetkriminalität,<sup>347</sup> also die Geschichte des

---

345. Zum Begriff und zur Funktion des Internet: Im Allgemeinen versteht man heute unter Internet in erster Linie das WWW (World Wide Web). Das WWW ist ein Informationssystem, das auf Hypertext basiert. Im WWW kann man Multimedia, d.h. Bild-, Ton-, Graphik- und Videodateien, durch Hypertext übermitteln, während man im restlichen Bereich des Internet, der auf Buchstaben oder Schriftzeichen basiert, nur Textdokumente übermitteln kann. Das WWW verfügt über ein eigenes Protokoll namens HTTP (Hypertext Transport Protocol), um Daten innerhalb des Internet zu übertragen (vgl. schon *Lipinski, Lexikon, 1996, S. 540*). Jedenfalls braucht man üblicherweise seine eigene ID (Identifikation), wenn man sich an der Kommunikation im WWW beteiligen will. Im anonymen FTP (File Transfer Protocol) kann man jedoch auch ohne eine ID an Files im FTP-Server herankommen.

346. Der Begriff der Computerkriminalität selbst wird auch kritisiert, weil der Computer selbst nicht kriminell sein könne, vgl. hierzu *Frey, a.a.O. (Fn. 211), S. 5*

347. Zur Entwicklung des Internet: Das Internet wurde ursprünglich allein zu militärischen Zwecken entwickelt. Am Anfang des Internet stand im Jahre 1966 ein Projekt der ARPA (United States Advanced Research Projects Agency), das sogenannte ARPA-Net. Das „ARPA-Net“ wurde geschaffen, um Informationen zwischen dem US Verteidigungsministerium und den Unternehmen der Kriegsindustrie zu übertragen. Deswegen bestand die besondere Funktionsweise des „ARPA-Net“ darin, dass die das Militär betreffenden Informationen auch im Falle eines Atomkriegs übermittelt werden konnten (*Köhler/Arndt, Recht des Internet, 1999, S. 2, Rn. 7*). Damals war die verwendete Software das NCP (Network-Control-Protocol). Sie wurde bis 1982 verwendet (*Lipinski, Lexikon, 1996, S. 355*). Das Protocol sei eine Vereinbarung über den Verbindungsaufbau, die Überwachung der Verbindung und deren Abbau in: *ders., ebd., S. 394*). Danach ist das heutige TCP/IP Protocol (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) für die IMPs (Interface Message Processor) des ARPA-Net im Jahre 1983 aufgetreten (*Köhler/Arndt, ebd., S. 3, Rn. 7; Lipinski, ebd., S. 467*). Dieses TCP/IP ist die Anfangsform des Internet. WWW (World Wide Web), das man

rechtswidrigen Verhaltens in den Datennetzen, ist nicht sehr lang. Das Internet und somit auch die Internetkriminalität bestehen noch nicht länger als 10 Jahre. Trotzdem hat die Internetkriminalität viel Aufsehen erregt.

## **II. Erscheinungsformen der Internetkriminalität und ihre Erfassung im Computerstrafrecht**

Im folgenden werden die Erscheinungsformen der Internetkriminalität und ihre Erfassung im Computerstrafrecht dargestellt. Dabei werden zunächst die bisherigen Formen anhand des jeweils verletzten Schutzbereiches beschrieben. Da nicht alle Erscheinungsformen dargestellt werden können, sollen nur die wichtigsten und in der Literatur am häufigsten erwähnten erörtert werden.

### **1. Persönlichkeitsverletzungen (§§ 185 ff. StGB)**

Mittels des Internet, z.B. durch E-Mail oder Veröffentlichungen auf Homepages, kann es zu umfangreichen Verletzungen der Persönlichkeit kommen.<sup>348</sup> Es kommen hierbei u.a. Beleidigungen (§ 185 StGB), üble Nachrede (§ 186 StGB) und Verleumdungen (§ 187 StGB) in Betracht. Persönlichkeitsverletzungen durch das Internet können nicht nur aktiv und unmittelbar, sondern auch passiv und mittelbar verwirklicht werden. Daher kann sich gemäß § 185 StGB auch jemand strafbar machen, auf dessen Homepage

---

mittlerweile auch als Synonym für „Internet“ verwendet, wurde im Jahre 1992 im Kernforschungszentrum in Genf (Cern) in der Schweiz entwickelt. Das WWW ist heute das wichtigste Netzwerk des Internet geworden.

348. Gercke, Rechtswidrige Inhalte, 2000, S. 16. Ausführlich dazu Koch, Internet-Recht, 1998, S. 259 f.

beleidigende Inhalte von dritter Seite eingetragen werden.

Die meisten ehrverletzenden Vorschriften sind sog. Äußerungsdelikte, bei denen allein die Äußerung für die Erfüllung des Tatbestandes ausreicht. Daher kann man sich allein durch die bloße Äußerung persönlichkeitsverletzender Inhalte durch Onlinemedien (etwa E-Mail, Homepage, News-Artikel, Internet-Telefon usw.) strafbar machen.<sup>349</sup>

Die erste Entscheidung bezüglich einer Beleidigung via Internet wurde vom AG Rheinbach 1996 getroffen.<sup>350</sup> Hierbei wurde es als die Beleidigung angesehen, wenn man in einem öffentlichen Diskussionsforum eines Onlinenetzes eine andere Teilnehmerin als „Schlampe“ bezeichnet.

## **2. Verbreitung und Zugänglichmachen von pornographischen und sonstigen jugendgefährdenden Darstellungen (§ 184 StGB, GjS, JÖSchG)**

Im Zusammenhang mit der Computerkriminalität ist derzeit in erster Linie die Rede von der Darstellung und Verbreitung von pornographischen oder sonstigen strafbaren Inhalten (§ 184 StGB) im und über das Internet. Jedoch ist der Begriff der „pornographischen“ Darstellung ein vielschichtiger und umstrittener Begriff, mit dem

---

349. *Moritz*, in: *Loewenheim/Koch* (Hrsg.), 1998, S. 535; allerdings handelt es sich immer darum, „wer was zu wem sagt und unter welchen Umständen dies geschieht“. dazu *Sch/Sch-Lenckner*, § 185, Rn. 8 m.w.N.

350. AG *Rheinbach*, Beschluß vom 12.02.1996 (AkZ.: 2 Ds 397/95); vgl. dazu *Schreibauer*, in: *Kröger/Gimmy* (Hrsg.), 2000, S. 588; [http://WWW.netlaw.de/urteile/agrb\\_01.htm](http://WWW.netlaw.de/urteile/agrb_01.htm); <http://WWW.e-recht24.de/artikel/strafrecht/34.html> (Stand: 06.08.2002)

man sich seit langer Zeit auseinandersetzt.<sup>351</sup> Vom BGH wurde eine pornographische Darstellung folgendermaßen definiert: „Sie rückt unter Ausklammerung aller sonstigen menschlichen Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund, und ihre Gesamt tendenz zielt ausschließlich oder überwiegend auf das lüsterne Interesse an sexuellen Dingen ab.“<sup>352</sup>

Pornographie wird üblicherweise in zwei Formen unterteilt, nämlich die einfache und die harte Pornographie. Einfache Pornographie gemäß § 184 I, II StGB sieht man meistens in „groben Darstellungen des Sexuellen in drastischer Direktheit, die in einer den Sexualtrieb aufstachelnden oder die Geschlechtlichkeit in den Schmutz ziehenden oder lächerlich machenden Weise den Menschen zum bloßen (auswechselbaren) Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung jedweder Art degradiert“.<sup>353</sup> Demgegenüber versteht man unter „harter Pornographie“ i.S.d. § 184 III StGB Darstellungen, die Gewalttätigkeiten, den sexuellen Mißbrauch von Kindern oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand haben.<sup>354</sup> Im Zusam-

---

351. Nach der ursprünglichen Begründung des Gesetzgebers müssen „pornographische Darstellungen nach ihrem objektiven Gehalt zum Ausdruck bringen, dass sie ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes bei dem Betrachter abzielen und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstands eindeutig überschreiten“, in: *Strömer*, Online-Recht, 1999, S. 221.

352. BGHSt 37, 60; BGHSt 23, 44 = StV 1981, S. 338; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 184, Rn. 4.

353. Vgl. OLG *Düsseldorf*, NJW 1974, S. 1474; OLG *Karlsruhe*, NJW 1987, S. 1957; *Moritz*, a.a.O. (Fn. 349), 1998, S. 507; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 184, Rn. 4; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 184, Rn. 5.

354. *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 184, Rn. 53; *Strömer*, a.a.O. (Fn. 351), S. 222.



menhang mit dem Internet ist besonders diese harte Pornographie von Bedeutung.

Über Pornographie wird nicht erst seit der Erfindung des Internet diskutiert. Seit jeher ist insbesondere die Unterscheidung zwischen Kunst und Pornographie problematisch, also die Frage, welches der tangierten Rechtsgüter - der Jugendschutz (Art. 6 GG) oder die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) - bei der Abwägung hinsichtlich pornographischer Darstellungen den Vorrang haben sollte. Diese Fragen sind nicht immer eindeutig lösbar. Vielmehr ist hier eine Beurteilung des Einzelfalles erforderlich.<sup>355</sup> Jedoch hat diese Frage nach der neueren Rechtsprechung<sup>356</sup> inzwischen im Rahmen der Auslegung des § 184 StGB an Bedeutung verloren.<sup>357</sup>

Der Begriff der pornographischen Schrift gemäß § 184 StGB beinhaltet das Merkmal der Schrift nach § 11 III StGB. Hierunter fallen „Ton- und Bildträger sowie Datenspeicher,<sup>358</sup> Abbildungen und andere Darstellungen“. Die h.M. und Rechtsprechung versteht ganz allgemein unter „Schriften“ und „Darstellungen“ alle stofflichen Zeichen, die sinnlich wahrnehmbar sind und einen Vorgang oder einen sonstigen gedanklichen Inhalt vermitteln sollen, wobei die stoffliche Verkörperung von gewisser Dauer sein muß.<sup>359</sup> Hierbei war u.a. fraglich, ob der im Btx-Verfahren verwendete pornographische Text zu den Schrif-

---

355. *Moritz*, a.a.O. (Fn. 349), S. 508.

356. BVerfG 67, 226; 81, 289; BGHSt 37, 57.

357. *Tröndle/Fischer*, StGB, § 184, Rn. 9.

358. Datenspeicher wurden nach § 1 III des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GjS) hinzugefügt. Dazu *Strömer*, a.a.O. (Fn. 351), S. 223.

359. *Sch/Sch-Eser*, § 11, Rn. 78; *Strömer*, a.a.O. (Fn. 351), S. 223; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 11, Rn. 48; *Walther*, NSTZ 1990, S. 523.

ten oder Darstellungen gemäß §§ 11 III, 184 StGB gehört. Diese Frage wurde von der h.M.<sup>360</sup> und der Rechtsprechung<sup>361</sup> überwiegend bejaht.<sup>362</sup>

Inzwischen hat der Gesetzgeber in § 11 III StGB auch „Datenspeicher“ aufgenommen und damit deutlich gemacht, dass auch digitalisierte Abbildungen erfasst werden sollen.<sup>363</sup>

In § 184 I StGB werden das Anbieten, Überlassen oder Zugänglichmachen von pornographischen Schriften an Personen unter 18 Jahren unter Strafe gestellt. Für das Anbieten reicht es aus, dass es dem Jugendlichen konkret möglich ist, unmittelbar Kenntnis von den pornographischen Darstellungen zu nehmen.<sup>364</sup> Das Zugänglichmachen der Inhalte von Websites besteht darin, dass „die elektronisch gespeicherten Informationen abgerufen und auf dem Bildschirm des Empfängers angezeigt werden können.“<sup>365</sup> Dazu gehören auch die Angebote im Internet.<sup>366</sup>

---

360. *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 184, Rn. 4; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 184, Rn. 12.

361. OLG *Stuttgart*, NSTZ 1992, S. 38.

362. Vgl. zum Problem der Verfolgung von mittels Bildschirmtext begangenen Verstößen, *Walther*, a.a.O. (Fn. 359), S. 525.

363. Vgl. *Lackner/Kühl*, § 11, Rn. 28; aus der Rechtsprechung OLG *Hamburg* JR 2000, S. 125 mit Anmerkung von *Bertram*.

364. *Strömer*, a.a.O. (Fn. 351), S. 223; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 184, Rn. 9; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 184, Rn. 12; *Walther*, a.a.O. (Fn. 359), S. 523.

365. OLG *Stuttgart*, NSTZ 1992, S. 38; AG *München*, CR 1998, S. 502 mit Anmerkung von *Moritz*; *Stange*, CR 1996, S. 426; *Strömer*, a.a.O. (Fn. 351), S. 223; *Walther*, a.a.O. (Fn. 359), S. 523.

366. AG *München*, MMR 1998, S. 429 mit Anmerkung von *Sieber*; *Gercke*, a.a.O. (Fn. 348), S. 16.

Im Rahmen der Tathandlung des Zugänglichmachens wird wiederum zwischen einfacher und harter Pornographie unterschieden. Bei einfacher Pornographie (§ 184 I Nr. 2 StGB) ist für das Zugänglichmachen weder das körperliche Überlassen noch das öffentliche Zugänglichmachen der pornographischen Schrift erforderlich.<sup>367</sup> Es ist ausreichend, dass eine Darstellung auf einem Monitor abrufbar ist.<sup>368</sup> Deshalb ist es hier unwesentlich, „ob der Bildschirm als solcher mit dem jeweiligen Inhalt zugänglich gemacht oder der Inhalt auf Fremdbildschirme übertragen und dort zugänglich gemacht wird.“<sup>369</sup> Bei „harter“ Pornographie (§ 184 III Nr.2 StGB) ist das Verbreiten im Netz (E-Mail) sowie das öffentliche Zugänglichmachen im Netz ebenfalls unter Strafe gestellt. Der BGH hat in einer neueren Entscheidung das Problem der Internet-Pornographie aufgegriffen und teilweise neue Lösungswege vorgegeben. Dies wird in Kapitel 9 noch eingehend behandelt werden.

Dem Jugendschutz dient nicht nur das Strafrecht, sondern auch das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GjS) und das Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit (JÖSchG).<sup>370</sup> Das GjS hat pornographische Schriften als „jugendgefährdend“ eingeordnet und die Zuständigkeit der Bundesprüfstelle (BPS) für jugendgefährdende Schriften angeordnet. Demgegenüber regelt das JÖSchG, wo, wann und wie Jugendliche geschützt werden sollten. Auch durch das Gesetz über die Verbreitung

---

367. Vgl. BGHSt 10, 196; 11, 283; RGSt 21, 256; BayObLG, NJW 1976, S. 527; KG, NSTZ 1985, S. 220; ausführlich dazu Sieber, JZ 1996, S. 495 f.

368. OLG Stuttgart, NSTZ 1992, 38.

369. Koch, a.a.O. (Fn. 348), S. 262.

370. Vgl. ausführlich dazu Sieber, a.a.O. (Fn. 367), S. 497 f.

jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte (GjSM) wurde der Jugendschutz weiter verbessert.

### **3. Verbreitung und Zugänglichmachen von verfassungswidrigen Propagandamitteln (§ 86 StGB)**

§ 86 StGB regelt das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen. Zu den Schriften in § 86 II StGB zählen auch Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen gemäß § 11 III StGB, deren Inhalt auf aggressive Tendenzen gerichtet ist.<sup>371</sup>

Hier ist zu klären, ob diese Propagandamittel auch durch das Internet verbreitet und zugänglich gemacht werden können. Diese Frage wurde von der h.M.<sup>372</sup> und Rechtsprechung<sup>373</sup> aufgrund der Besonderheiten der in § 86 StGB aufgezählten Tatmodalitäten zunächst verneint. In § 86 StGB wird nämlich die Übergabe eines verkörperten Schriftstücks oder einer vergleichbaren Darstellung vorausgesetzt.<sup>374</sup> Die Übertragung der Inhalte im Internet erfolgt jedoch nicht körperlich. Deswegen fiel ein solches Verbreiten von Propagandamitteln im Internet nach der h.M. nicht unter § 86 StGB.<sup>375</sup> Nach neuer h.M. wird das Zugänglichmachen in Datenspeichern dagegen bestraft, wo-

---

371. *Tröndle/Fischer*, StGB, § 86, Rn. 3.

372. *Derksen*, NJW 1997, S. 1881; *Gercke*, a.a.O. (Fn. 348), S. 14.

373. BGHSt 18, 63.

374. BGHSt 18, 64; OLG *Frankfurt*, NJW 1984, S. 1128; OLG *Hamburg*, NStZ 1983, S. 127; *Gercke*, a.a.O. (Fn. 348), S. 14; *Ringel*, CR 1997, S. 304; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 184, Rn. 57; *Walther*, a.a.O. (Fn. 359), S. 524 f.

375. *Gercke*, a.a.O. (Fn. 348), S. 14.

bei die Zugänglichkeit allerdings öffentlich sein muss,<sup>376</sup> d.h. der Inhalt muss einer grundsätzlich unbeschränkten Vielzahl von Personen dadurch zur Kenntnis gebracht werden, dass er ohne körperliche Übertragung des Trägermediums für sie in elektronischer Form zum Ablauf bereitgehalten oder übermittelt wird.

#### **4. Verletzungen von persönlichen und geschäftlichen**

##### **Geheimnissen (§§ 202a, 203 StGB, § 17 UWG)**

##### **A. Ausspähen von Daten (§ 202 StGB)**

Derzeit stellt das „Hacken“ eines der am häufigsten durch das Internet verwirklichten Delikte dar. Grund hierfür ist, dass das Eindringen in fremde Rechenanlagen durch das Internet (Hacken) zum einen weltweit in hoher Geschwindigkeit möglich ist und zum anderen hierdurch sehr oft Schäden in einem Ausmaß verursacht werden, welches nicht erwartet wird. Nach § 202a StGB kann man sich durch das Eindringen in fremde Computersysteme via Internet strafbar machen, etwa wenn man mittels E-Mail „trojanische Pferde“ auf fremden Rechnern plaziert oder durch „Cookies“ auf Speicherkapazitäten fremder Rechenanlagen via Internet zugreift und sich dadurch Daten verschafft (i.S.v. § 202a I StGB). Ob § 202a StGB auch durch traditionelles „Hacking“ verwirklicht werden kann, indem man via Internet in ein fremdes Rechnersystem nur eindringt und sich dort umsieht, ist umstritten.<sup>377</sup>

Unter trojanischen Pferden versteht man Programme, bei denen neben den ursprünglich geplanten Funktionen zu-

---

376. BT-Drs. 13/7385, S. 36; *Sch/Sch-Stree/Sternberg-Lieben*, § 86, Rn. 14; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 86, Rn. 8.

377. *Lackner/Kühl*, StGB, § 202a, Rn. 5.

sätzlich vom Programmierer beabsichtigte und vom Anwender nicht erkennbare Schadensoperationen durchgeführt werden.<sup>378</sup> Das jeweilige Programm scheint zunächst unschädlich zu sein, birgt in Wahrheit jedoch schädliche Gefahrenfaktoren wie z.B. Computerviren. Aber „trojanische Pferde“ reproduzieren sich, anders als Computerviren, nicht selbst.<sup>379</sup>

Trojanische Pferde werden zum Zwecke des Hacking verwendet. Zunächst sendet der Hacker mittels einer E-Mail ein trojanisches Pferd an die Adresse einer Privatperson oder eines Unternehmens. Dieses unbemerkte und getarnte Programm schleust in den Zielrechner eine sogenannte „Briefbombe“ ein.<sup>380</sup> Dadurch werden die Programme zur Eingangskontrolle vor der Benutzung eines Computers (die LOGIN - Prozedur) so verändert, dass der Hacker durch Hintertüren jederzeit auch ohne Angabe eines rechtmäßigen Paßwortes das fremde System erreichen kann.<sup>381</sup> Sehr bekannt geworden sind Fälle, in denen Hacker mittels eines „trojanischen Pferdes“ in Datenverarbeitungsanlagen der NASA oder des KGB eingedrungen sind.<sup>382</sup>

Unter den sogenannten Cookies versteht man „eine Technik, durch die der Betreiber der Website auf der Festplatte jedes Users eine Art Identifikationsnummer hin-

---

378. Kersten, a.a.O. (Fn. 295), S. 55 f.

379. Computerviren haben zwei Kennzeichen: Reproduktion und Funktionalität. Vgl. dazu von Gravenreuth, a.a.O. (Fn. 295), S. 201; vgl. zur Struktur des trojanischen Pferdes, Schulze-Heiming, Der strafrechtliche Schutz, 1995, S. 79 f.

380. Dazu Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 246), S. 323; Schreibauer, a.a.O. (Fn. 350), S. 589.

381. Brunnstein, a.a.O. (Fn. 295), S. 459; Hilgendorf, ebd., S. 323 f.

382. Ausführlich dazu Brunnstein, ebd.; von Gravenreuth, a.a.O. (Fn. 295), S. 202.

terlassen kann.“<sup>383</sup> Cookies können beispielsweise registrieren, welche Lieblingswebsite ein User hat. So kann ein Betreiber mittels „Cookies“ die Aktivitäten seiner Kunden beobachten sowie ihre E-Mail-Adressen und ihre Vorlieben herausfinden. An sich sind diese Cookies nichts Schlimmes. Sie bergen jedoch dann Gefahren, wenn der Betreiber der Website dem anonymen Interessensprofil ihrer Benutzer persönliche Angaben (etwa Namen, Adresse oder deren Kreditkartennummer) zufügt und diese Daten möglicherweise zu Marketingzwecken verkauft.<sup>384</sup>

Unter einem „Hack“ verstanden amerikanische Studenten zunächst eine besonders gelungene Problemlösung, einen Streich, mit dem die Technik intelligent ausgetrickst wird.<sup>385</sup> Heute versteht man unter einem „Hacker“ meistens denjenigen, der in fremde Computersysteme eindringt, um seinen Einfallsreichtum und seine technischen Fertigkeiten auf die Probe zu stellen.<sup>386</sup> Der Hacker kann im Augenblick seines Eindringens Daten der fremden EDV-Anlagen auf seinem Bildschirm aufrufen.<sup>387</sup>

Hierbei ist umstritten, wie es strafrechtlich zu beurteilen ist, wenn ein Hacker lediglich in ein fremdes Computersystem eindringt und weder Daten zur Kenntnis nimmt und noch Datenmanipulationen verübt. Nach h.M. ist

---

383. *Rosenthal*, Internet, 1999, S. 37. Zur Wirkungsweise von „Cookie“, *ders.*, ebd., S. 36.

384. *Rosenthal*, ebd., S. 37.

385. *Bauerfeld*, Jur-PC 1989, S. 211; vgl. zur verschiedenen Definitionen dazu, *Volesky*, CR 1991, S. 554.

386. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 704; vgl. zur vergleichenden Untersuchung der britischen Law Commission von § 202a StGB zur Computerkriminalität, *Volesky*, ebd., S. 553 ff.

387. *Hauptmann*, a.a.O. (Fn. 240), S. 215.

keine Strafbarkeit gemäß § 202a StGB gegeben.<sup>388</sup> Dies bedeutet, dass fremde Daten nach dem Selbstverständnis des Hackers auf dem Bildschirm aufgerufen werden müssen.<sup>389</sup> Allerdings macht sich ein Hacker dann gemäß § 202a I StGB strafbar, wenn er sich fremde Passwörter in Datenform verschafft und sodann mit ihrer Hilfe in fremde Computersysteme eindringt.<sup>390</sup>

### **B. Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB)**

§ 203 StGB behandelt die Verletzung der Schweigepflicht von z.B. Ärzten, Anwälten, Notaren, Steuer-, Ehe-, Familien- und Erziehungsberatern, staatlich anerkannten Sozialarbeitern und Mitarbeitern privater Versicherungsunternehmen.<sup>391</sup> Verletzungen von anvertrauten Privatgeheimnissen können durch das Internet, z.B. durch Mitteilungen an Newsgroups oder mittels einer E-Mail, erfolgen. Bei der Verletzung von Privatgeheimnissen spielt es keine Rolle, auf welchem Wege oder mit welchem elektronischen Hilfsmittel das anvertraute Geheimnis preisgegeben wird.

### **C. Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen**

#### **(§ 17 UWG )**

Im Gegensatz zu § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) beinhaltet § 17 UWG den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Nach § 17 UWG macht sich der-

---

388. BT-Drs. 10/5058, S. 28.

389. *Schulze-Heiming*, a.a.O. (Fn. 379), S. 80.

390. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 327.

391. Ausführlich dazu, § 203 I Nr. 1-6 StGB.



jenige strafbar, der als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebs ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis mitteilt. Dieser Verrat kann auch mit Hilfe des Internet, mittels E-Mail u.a. begangen werden. Wer als Firmenmitglied Firmendaten aus einer Datenverarbeitungsanlage kopiert und Dritten via Internet (oder E-Mail) zugänglich macht,<sup>392</sup> und auch wer die Geheimnisse durch Veröffentlichung im Internet auf seiner Homepage verrät,<sup>393</sup> kann sich gemäß § 17 II Nr.1 lit.a UWG strafbar machen.

## **5. Datenveränderung und Computersabotage**

### **A. Datenveränderung (§ 303a StGB)**

Nach § 303a StGB macht sich strafbar, wer rechtswidrig die Daten eines anderen i.S.v. § 202a StGB löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert. Diese Tat handlungen können auch via Internet erfolgen. Beispielsweise<sup>394</sup> wird von der ersten Tatvariante das Löschen von Passwortdateien oder sonstigen Dateien auf einer Website erfasst. Die zweite Variante umfasst hingegen das Unterdrücken von Daten z.B. durch „Telnet-Hijacking“ und andere Angriffsarten, bei denen Daten während der Kommunikation abgefangen und durch eigene Daten des Angreifers ersetzt werden. Die dritte Tatvariante, das Unbrauchbar machen von Daten, kann z.B. durch das Ausspähen von Passwörtern erfüllt werden, die danach nicht mehr verwendet werden können. Das Verändern von Daten (vierte Tatvariante) schließlich ist dann erfüllt, wenn Daten einen anderen Informationsgehalt bzw. Aussagewert erhal-

---

392. *Schreibauer*, a.a.O. (Fn. 350), S. 590.

393. *Moritz*, a.a.O. (Fn. 349), S. 537.

394. Hierzu *Koch*, a.a.O. (Fn. 348), S. 266 f.

ten und dadurch in ihrem ursprünglichen Verwendungszweck beeinträchtigt werden.<sup>395</sup>

### **B. Computersabotage (§ 303b StGB)**

Nach § 303b StGB macht sich strafbar, wer das Funktioniieren von geschützten Datenverarbeitungsanlagen stört, die für Betriebe, Unternehmen und Behörden von wesentlicher Bedeutung sind. In Bezug auf das Internet werden „Computerviren“, „Computerwürmer“ und „trojanische Pferde“ als die wichtigsten Angriffsformen der Computersabotage angesehen.<sup>396</sup> Diese Viren- und Wurmprogramme werden über raubkopierte Software in Netzwerken schon weltweit verbreitet. Zwar erscheinen die Computersabotagefälle heute nur selten in den Statistiken,<sup>397</sup> doch hat sich die Computersabotage mit Hilfe des Internet zu einem ernststen Problem entwickelt, weil die Informationsgesellschaft heutzutage in hohem Maße von Computer- und Kommunikationssystemen abhängig ist.<sup>398</sup>

Computerviren, die Daten verändern, Texte anzeigen oder fremde Festplatten unbrauchbar machen können, schleichen sich in anderen Programmen oder an bestimmten Stellen einer Festplatte ein.<sup>399</sup> Ihr Kennzeichen ist die selbständige Vervielfältigung. Sie können mittels E-Mail in Do-

---

395. *Möhrenschlager*, a.a.O. (Fn. 245), S. 141; *Sch/Sch-Stree*, § 303a, Rn. 4.

396. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 1082.

397. In der deutschen Statistik für 2000 entfalle letzts auf die Computersabotage mit Datenveränderung nur 0.9 % der erfaßten Fälle von Computerkriminalität, in: *Polizeiliche Kriminalstatistik 2000*, S. 243.

398. Vgl. ausführlich dazu, *Sieber*, in: *Hirsch/Roxin* (Hrsg.), 1996, S. 246, Fn. 9.

399. *Rosenthal*, a.a.O. (Fn. 383), S. 222.

kumenten von Textverarbeitungsprogrammen und anderen Büroanwendungen versteckt werden. Von diesen sogenannten „Makroviren“ gelangten bis Anfang 1998 schon über 2000 Arten und Varianten an die Öffentlichkeit. Und die Anzahl steigt stetig an.<sup>400</sup>

Neben den schädlichen Computerviren, an die man üblicherweise denkt, gibt es auch unschädliche Varianten von Computerviren wie z.B. der „Herbstlaub-Virus“ und der „Ambulance-Car-Virus“.<sup>401</sup> Beispiele für die zahlenmäßig jedoch wesentlich häufiger auftretenden gefährlichen Computerviren sind folgende: der „Jerusalem-Virus“,<sup>402</sup> der „Michelangelo-Virus (1992)“,<sup>403</sup> der „Melissa-Virus (1999, 2001)“,<sup>404</sup> der „Kournikova-Virus (2001)“, der „Linux- und

---

400. Ebd. Im Internet werden die gängigen Antivirenprogramme für den Schutz vor allen Computerviren geboten (ebd., S. 223).

401. Ausführlich zu Computerviren, *Brunnstein*, a.a.O. (Fn. 295), S. 460; [http://vil.nai.com/vil/content/v\\_98161.htm](http://vil.nai.com/vil/content/v_98161.htm) (Stand: 06.08.2002)

402. „Jerusalem-Virus“, das am Freitag den 13. funktioniert, kann das jeweils gestartete Programm auf dem Rechner löschen; vgl. [http://vil.nai.com/vil/content/v\\_631.htm](http://vil.nai.com/vil/content/v_631.htm); <http://WWW.f-secure.com/v-descs/jerusalem.shtml>; <http://catless.ncl.ac.uk/risks/6.84.html> (Stand: 06.08.2002)

403. Das Michelangelo-Virus funktioniert an jedem 6. März und löscht die angeschlossenen Festplatten. Ausführlich dazu *Brunnstein*, a.a.O. (Fn. 295), S. 461; ausführlich dazu <http://WWW.cert.org/advisories/CA-1992-02.html>; [http://WWW.vmyths.com/fas/fas\\_inc/incl.cfm](http://WWW.vmyths.com/fas/fas_inc/incl.cfm); (Stand: 06.08.2002).

404. Das Melissa-Virus, der im Mai 1999 zum ersten Mal aufgetaucht ist, schleicht per E-Mail in den Computersystem des anderen ein. Anschließend versendet sich dieses Virus selbsttätig an Adressen aus dem E-Mail-Adressbuch des befallenen Rechner und versieht Dokumente der Textverarbeitung MS-Word mit Simpsons-Zitaten.“; ausführlich dazu <http://WWW.cert.org/advisories/CA-1999-04.html>; <http://WWW.symantec.com/avcenter/venc/data/mailissa.html>; <http://WWW.sendmail.com/alert/melissa> (Stand: 06.08.2002). In jüngster Zeit (Januar 2001) verbreitet sich eine neue

Palm-Virus (2001)“ und der verheerende „I LOVE YOU-Virus (2000)“. <sup>405</sup>

Unter Computerwürmern versteht man selbstreproduzierende Sabotageprogramme, die in Computernetzen tätig sind. <sup>406</sup> Dort können sie sich selbständig verbreiten, miteinander kommunizieren und auf das Netz entweder destruktive oder hilfreiche Einflüsse nehmen. <sup>407</sup> Die Gefahr durch diese Computerwürmer ist noch größer als die durch Computerviren, weil sie sich in den Netzen schneller verbreiten können. Beispiele sind der „Kettenbrief“, <sup>408</sup> der „Christmas-Wurm“, <sup>409</sup> der „Internet-Wurm“ <sup>410</sup> und jüngst der „QAZ-Wurm“. <sup>411</sup>

---

Melissa - Variante, die man „Melissa-X“ oder „Melissa 2001“ nennt.

405. Vgl. <http://WWW.u-fixit.com/webvirus.htm>;  
<http://WWW.welt.de/daten/2000/05/12/0512vm167684.htx>;  
<http://WWW.symantec.com/avcenter/venc/data/vbs.loveletter.a.html>;  
<http://getvirushelp.com/iloveyou>; (Stand: 06.08.2002)

406. Vgl. zur Information zum Computer-Virus sowie Computer-Wurm, <http://www.symantec.com/region/de/avcenter>;  
<http://WWW.ccc.de>

407. *Brunnstein*, a.a.O. (Fn. 295), S. 458 f.

408. „Kettenbrief“, der anfangs im Dezember 1988 aufgetreten hat, schrieb ein kleines Programm für IBM - Großrechner, welches über die Postverteilsysteme automatisch an alle Adressaten auf beliebigen Adreßlisten versandt werden konnte.

409. Das scheinbar harmlose Programm „Christmas“, das man eigentlich „CHRISTMA.EXEC“ nennt, bringt zunächst auf dem Bildschirm einen Weihnachtsbaum mit der Meldung „Merry Christmas“ hervor. Danach sucht dieses Programm im Hintergrund, ob Adreßlisten dieses Benutzers vorhanden sind, während der Text „Merry Christmas“ auf dem Bildschirm ausgegeben wird. Anschließend kann das Programm selbst an die Teilnehmer der herausgesuchten Adressliste versandt werden. Dieses Programm „CHRISTMA.EXEC“ ist speicherintensiv, wodurch Festplatten, Hauptspeicher, Übertragungskanäle belegt werden, während der „Kettenbrief“ keine Daten zerstören kann.

## 6. Urheberrechtsverletzungen (§§ 106, 108 UrhG)

Im Internet kommen auch Urheberrechtsverletzungen vor. Daten, Computersoftware usw. können heute durch verschiedenste technische Hilfsmittel sehr einfach unberechtigt kopiert werden. Gerade das Internet wird verbreitet zum Erstellen und zum Verbreiten von Raubkopien benutzt. Geschützte Urheberrechte, die auf diese Weise verletzt werden, sind jedoch nicht nur zivilrechtlich, sondern auch strafrechtlich geschützt.<sup>412</sup> So macht sich nach § 106 I UrhG strafbar, wer Lichtbildwerke<sup>413</sup> gemäß §§ 2 I Nr.5, 2 II UrhG an Newsgroups versendet, weil diese Werke durch das Versenden an den Newsserver kopiert werden.<sup>414</sup> Raubkopierte Werke können durch das Internet an unüberschaubar große Personenkreise auf einfache und anonyme Weise verbreitet werden. Dementsprechend ist es bei Raubkopien ausreichend, eine WWW-Seite ins Internet einzustellen, auf der raubkopierte Dateien bereitstehen, so dass jemand diese Seite nur aufrufen muss und dann die unerlaubten Kopien erhalten kann.<sup>415</sup>

---

410. Der sogenannte „Internet-Wurm“, der als Computer-Wurm weltbekannt ist, trat am 2. und 3. November 1988 über US - Computernetze bei über 50,000 Arbeitsplatzrechnern unter dem Betriebssystem UNIX auf. Dadurch waren rund 10,000 UNIX - Systeme überlastet, folglich wurden diese Systeme vorübergehend vom Netz genommen.

411. Der QAZ - Wurm (oder Virus), den ein Hacker Ende Oktober 2000 in das MS - Firmennetz eingeschleust hat, löst einen schädigenden Prozess aus, wenn man ein infiziertes Attachment öffnet.

412. Ausführlich dazu *Sieber*, a.a.O. (Fn. 217), S. 108 f.

413. Die übrigen Lichtbilder (§ 72 UrhG) werden nach § 108 I Nr.3 UrhG strafrechtlich geschützt.

414. *Schreibauer*, a.a.O. (Fn. 350), S. 591 f.

415. *Rosenthal*, a.a.O. (Fn. 383), S. 157.

## 7. Computerbetrug (§ 263a StGB)

§ 263a StGB behandelt den Computerbetrug. Der Polizeistatistik zufolge tritt dieser sehr häufig auf, während die Computerspionage (sog. Hacker) trotz ihrer großen Verbreitung in der polizeilichen Ermittlungspraxis kaum eine Rolle spielt.<sup>416</sup> Besondere Bedeutung hat der Computerbetrug mittels rechtswidrig erlangter Karten für Geldausgabe- bzw. Kassenautomaten erlangt. Insbesondere bei Betrug mittels solcher Karten wurde eine starke Zunahme der Fälle gegenüber dem Jahr 1999 registriert.<sup>417</sup> So hat diese Art des Computerbetrugs im Jahr 2000 fast vier Fünftel der registrierten Computerkriminalität ausgemacht.<sup>418</sup>

Beim Computerbetrug werden hauptsächlich zwei Fallgruppen unterschieden: der sogenannte Codekartenbetrug und der Missbrauch von Geldausgabe- bzw. Geldspielautomaten. Derzeit sind diese beiden Fallgruppen noch die wichtigsten. Jedoch hat sich mit der Datennetzkriminalität ein anderer - im folgenden darzustellender - neuer Anwendungsbereich dieses Deliktes herausgebildet.<sup>419</sup> So wurde im Bericht der Polizeistatistik ein Computerbetrug bezüglich der Zugangsberechtigung zu Kommunikationsdiensten im Jahre 1998 erstmals erfasst.<sup>420</sup>

---

416. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 216), S. 510; zu dieser Statistik, *Paul*, NJW-CoR 1995, S. 42 ff.; aus neuerer Zeit, in: *Polizeiliche Kriminalstatistik 2000*, S. 242 f.

417. *Polizeiliche Kriminalstatistik 2000*, S. 242.

418. *Polizeiliche Kriminalstatistik 2000*, S. 243.

419. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 130.

420. *Polizeiliche Kriminalstatistik 1998*, S. 233.

### **III. Zusammenfassung**

Zusammenfassend läßt sich sagen, dass in Deutschland eine Fülle von ganz unterschiedlichen Fallgestaltungen der Computer- und Internetkriminalität aufgetreten ist. Rechts-praxis und Rechtswissenschaft ist es gelungen, diese Fälle mittels der Normen des Computerstrafrechts im StGB zu lösen, wobei eine stetige Weiterentwicklung und Ausdifferenzierung der Dogmatik zu beobachten ist. Im folgenden soll anhand dreier bedeutender Fälle aus dem Internetstrafrecht geprüft werden, ob sich hierbei eine Flexibilisierung des Strafrechts und seiner hergebrachten rechtsstaatlichen Strukturen beobachten läßt.

**Dritter Teil:**

**Lösungsansätze der Rechtsprechung**

**zum Internetstrafrecht:**

**Eine Tendenz zur Flexibilisierung ?**



## Kapitel 7

### Der CompuServe-Fall

#### I. Vorbemerkung

Im folgenden wird beleuchtet, welche Antworten bislang die deutsche Rechtsprechung auf die Herausforderungen der Internetkriminalität gegeben hat und ob sich dabei Tendenzen feststellen lassen, die als „Flexibilisierung“ strafrechtlicher Strukturen zu deuten sind. Vor allem drei Entscheidungen haben viel Aufmerksamkeit erregt: der „CompuServe-Fall“, der „Auschwitzlüge-Fall“ und der „Kinderpornographie-Fall“.

Das zentrale Problem des CompuServe-Falles war die Haftung des Providers für die Verbreitung von Pornographie via Internet. Der Angeklagte hatte als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft gemeinschaftlich mit der Muttergesellschaft deutschen Kunden jugendgefährdende Darstellungen zugänglich gemacht, die auf dem Server der Muttergesellschaft in den USA lagen. Das AG München hat die Verantwortung des Angeklagten u.a. gemäß § 5 II TDG a.F. (Teledienstegesetz, inzwischen durch das EGG geändert) für mittäterschaftliche Verbreitung von Kinderpornographie nicht eingeschränkt. Hingegen hat das LG München den Angeklagten wegen § 5 III TDG a.F. freigesprochen. Anhand dieser Rechtsprechung lässt sich erkennen, wie durch das TDG die bestehende Lücke einer Haftungsregelung des Providers ausgefüllt wurde, weil das AG München (Urteil vom 28.05.1998) gleich nach Inkrafttreten des Gesetzes am 13.06.1997 das Urteil gesprochen hat.

Im zweiten hier zu diskutierenden Fall, dem Auschwitzlüge-Fall, handelt es sich um die Verbreitung krimineller Publikationen vom Ausland via Internet. Hierbei stellt sich die Frage, ob auf diese aus dem Ausland stammenden Inhalte nach § 9 I StGB das deutsche Strafrecht Anwendung findet. Im Urteil vom 12.12.2000 hat sich der BGH zum ersten Mal die Frage nach dem Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts in den Internet-Fällen gestellt. Vor allem hat sich der BGH mit der Frage der Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte im Bereich des Internet befasst. Dabei ist deutlich geworden, dass die Internationalität der Datenetze weitreichende dogmatische Fragen aufwirft, deren Beantwortung in Rechtsprechung und Lehre noch sehr umstritten ist.

Im dritten Fall, dem Kinderpornographie-Fall, ging es um das Zugänglichmachen und Verbreiten von Kinderpornographie über das Internet. Es spricht einiges dafür, dass die Erzeugung und Verbreitung von Kinderpornographie durch das Internet zugenommen hat. Konsumenten dieser Form von Pornographie erleben sich nicht mehr als isoliert, sondern stoßen im grenzenlosen „cyberspace“ leicht auf Gleichgesinnte. Dateien mit kinderpornographischem Inhalt lassen sich leicht versenden, auch und gerade in verschlüsselter Form. Der BGH hat versucht, durch eine teilweise Neudefinition zentraler Begriffe des § 184 StGB den Herausforderungen durch das Internet besser gerecht zu werden. Es soll geprüft werden, ob dies auf Kosten der rechtsstaatlichen Substanz des materiellen Strafrechts geschah.

Alle drei Fälle haben auch in der Öffentlichkeit erhebliches Aufsehen erregt. Viele Menschen sind der Ansicht, die Verbreitung von Pornographie und rechtsradikaler Propaganda im Internet müsse strafbar sein; Strafrechts-

politik und Strafrechtspraxis hätten dazu die nötigen Voraussetzungen zu schaffen. Auf der anderen Seite steht ein Strafrecht, dessen rechtsstaatliche Wurzeln bis weit in das 19. Jahrhundert zurückreichen. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht schließt es aus, beliebigen Strafbarkeitbedürfnissen nachzugeben. Vielmehr muß die Strafbarkeit schon vor der Tat gesetzlich geregelt gewesen sein, und der Strafausspruch muß in einer Weise begründbar sein, die den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Strafrechts genügt. Für das vorliegende Thema folgt daraus: Obwohl das Computerstrafrecht geregelt wurde, und dadurch viele Fälle der Kriminalität im Internet unter Strafe gestellt wurden, genügt dies noch nicht, um jegliche Formen der Internetkriminalität zu erfassen. Dementsprechend ist es unvermeidlich, das die Rechtsanwender in die Versuchung geraten, Lücken im Computerstrafrecht ad hoc zu füllen, indem sie sich über traditionelle Regeln des deutschen Strafrechts hinwegsetzen oder diese so extensiv interpretieren, dass das gewünschte Ergebnis erzielt werden kann. Im folgenden soll überprüft werden, ob in den drei genannten Entscheidungen eine Tendenz zu einer derartigen Flexibilisierung des Strafrechts festgestellt werden kann.

## **II. CompuServe-Fall**

Das AG München hat sich im CompuServe-Fall mit der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte, in diesem Fall für harte Pornographie i.S.v. § 184 StGB, im Internet befasst. In der Literatur wurde das Urteil des AG München heftig kritisiert.<sup>421</sup> In der zweiten Instanz hat

---

421. *Hoeren*, NJW 1998, S. 2792 ff.; *Kühne*, NJW 1999, S. 188 ff.; *Moritz*, CR 1998, S. 505 ff. Er war schon Verteidiger

das LG München das Urteil des AG München weitgehend korrigiert. Deswegen lohnt es sich, das Urteil des LG München mit dem Urteil des AG München zu vergleichen und zu überprüfen.<sup>422</sup>

### 1. Sachverhalt<sup>423</sup>

Der Angeklagte war Geschäftsführer der deutschen Firma CompuServe Information Service GmbH (CompuServe Deutschland), die eine 100%ige Tochtergesellschaft des CompuServe USA Incorporated (CompuServe USA) ist. CompuServe Deutschland erhielt für ihre Tätigkeit von der Firma CompuServe USA ein Entgelt. Dieses betrug zu den jeweiligen Tatzeiten 31 % der Einnahmen der CompuServe USA aus dem Geschäftsbereich, den die Firma CompuServe Deutschland betreut.

CompuServe Deutschland hat den Kunden von CompuServe USA in Deutschland gewalt-, kinder- und tierpornographische Darstellungen zugänglich gemacht, die auf dem News-

---

im Verfahren vor dem AG München; Pätzl, CR 1998, S. 625 ff.; Pelz, NStZ 1998, S. 627 f.; Sieber, MMR 1998, S. 438 ff. Er hat kritisiert, dass das AG München nicht nur hinsichtlich § 5 TDG a.F., sondern auch im Hinblick auf das klassische Strafrecht Fehler gemacht habe (*ders.*, ebd., S. 443). Dies habe nicht nur dem Angeklagten, sondern auch dem Recht, dem Ansehen der Justiz, der Entwicklung der Informationstechnologie sowie dem Wirtschaftsstandort Deutschland geschadet (*ders.*, ebd., S. 447). Sieber hat als Verteidiger des Angeklagten an dem Verfahren mitgewirkt; Vassilaki, NStZ 1998, S. 521 f.; von Gravenreuth, CR 1998, S. 628 ff.; vgl. ferner <http://WWW.somm-case.de> (Stand: 06.08.2002).

422. Im vorliegenden Fall kann auch eine Strafbarkeit von CompuServe USA in Betracht kommen. Problematisch sind dabei vor allem die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts, die Strafbarkeit eines Unternehmens, die Garantienstellung über eine Gefahrenquelle. In dieser Arbeit soll nur die Strafbarkeit von CompuServe Deutschland näher betrachtet werden.

423. AG München, CR 1998, S. 501 f. mit Anmerkung von Moritz = MMR 1998, S. 429 f. mit Anmerkung von Sieber; [http://WWW.netlaw.de/urteile/lgm\\_12.htm](http://WWW.netlaw.de/urteile/lgm_12.htm) (Stand: 06.08.2002)

Server von CompuServe USA zur Nutzung bereitgehalten wurden. CompuServe USA hat seinen Kunden sowohl fremde als auch eigene (proprietäre) Dienste angeboten.

Vertragspartner der mit den Kunden in Deutschland geschlossenen Dienstleistungsverträge war ausschließlich CompuServe USA. Zwischen CompuServe Deutschland und den Kunden der CompuServe USA in Deutschland bestanden keine Vertragsbeziehungen. CompuServe Deutschland hatte u.a. die Aufgabe, für Kunden von CompuServe USA in Deutschland Einwahlknoten bereitzustellen. Der Kunde konnte sich bei dem für ihn nächstgelegenen Einwahlknoten in Deutschland einwählen. Er wurde dann von dort ohne weitere Plausibilitätsprüfung via Standleitung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft mit dem in den USA befindlichen Rechenzentrum der Muttergesellschaft verbunden worden. Nach Überprüfung der Mitgliedschaft hat CompuServe USA von ihrem Rechenzentrum über den nächstgelegenen Internet-Einwahlknoten ihren Kunden in Deutschland den Zugang zum Internet vermittelt.

Im November 1995 wies die Strafverfolgungsbehörde München den Angeklagten auf fünf Newsgroups mit kinderpornographischen Inhalten auf den Servern der CompuServe USA hin. Im Dezember 1995 übergab sie ihm eine Liste mit 282 Newsgroups, die das Vorhandensein von pornographischen und jugendgefährdenden (also gewalt-, kinder- und tierpornographischen) Inhalten im Internet aufzeigen sollte. Der Angeklagte hat die Liste an die Muttergesellschaft, CompuServe USA mit der Bitte um Sperrung oder Löschung der angezeigten Inhalte übermittelt. CompuServe USA hat daraufhin vom 22. Dezember 1995 bis 13. Februar 1996 die meisten Newsgroups gesperrt.

Nach Mitte Februar hat aber CompuServe USA diese gesperrten Newsgroups wieder entsperrt, so dass von dem

News-Server der CompuServe USA erneut Kinderpornographie abrufbar war, nachdem CompuServe USA eine „Kinderschutzsoftware“ zur Verfügung gestellt hatte, die den Eltern eine Sperrung dieser jugendgefährdenden Inhalte ermöglichte.

## **2. Die Entscheidung des AG München**

### **A. Resümee des Urteils**

*Moritz*<sup>424</sup> hat das Urteil wie folgt zusammengefasst: Ein Zugangsprovider (Access-Provider) i.S.v. § 5 III TDG a.F. müsse eigene Kunden haben, denen er einen direkten Zugang zum Internet vermittelt. Damit sei ein Anbieter von Telediensten kein Zugangsprovider (Access-Provider) i.S.v. § 5 III TDG a.F., wenn er Einwahlknoten bereitstelle, über die die Kunden eines Online-Service-Providers via Standleitung mit dem Online-Service-Provider verbunden werden. Die Haftungsprivilegierung des § 5 II TDG a.F. komme auch einer 100%-igen deutschen Tochtergesellschaft eines amerikanischen Online-Service-Providers zugute, wenn die Tochtergesellschaft arbeitsteilig für die Muttergesellschaft dadurch tätig wird, dass sie durch Bereitstellen von Einwahlknoten die Kunden des amerikanischen Online-Service-Providers in Deutschland über eine Standleitung mit diesem verbindet.

Kenntnis über den Inhalt von Newsgroups i.S.v. § 5 II TDG a.F. bedeute, dass der Diensteanbieter wissen muss, dass unter ihm bekannten eindeutigen Newsgroups strafrechtlich relevante Inhalte zur Nutzung bereitgehalten werden. Die Kenntnis darüber, dass dem Diensteanbieter

---

424. Vgl. AG München, CR 1998, S. 500 f. mit Anmerkung von *Moritz*.

die jeweiligen Beiträge der Newsgroups im einzelnen bekannt sind, sei nicht erforderlich.

Bei der Frage des technisch Möglichen bzw. Zumutbaren sei nicht isoliert auf die Tochtergesellschaft als Teilorganisation der amerikanischen Muttergesellschaft, sondern auf die Gesamtorganisation abzustellen. Bei der Anwendung von § 5 II TDG a.F. könnten die der amerikanischen Muttergesellschaft zur Verfügung gestellten Daten einer deutschen GmbH, die selbst keine Inhalte zur Nutzung bereithält, zugerechnet werden. Die von Dritten hergestellten Inhalte könnten zu eigenen Inhalten i.S.v. § 5 II TDG a.F. werden, wenn die Daten in den Foren des Online-Service-Providers gespeichert sind, die von unabhängigen Vertragspartnern betrieben werden, und ohne Hinweis auf diese dritten Anbieter angeboten werden.

Die Tathandlung des § 184 III StGB könne dadurch in Mittäterschaft begangen werden, dass der Tatbeitrag des einen im Handeln, der des anderen im Unterlassen besteht. Der Tatbeitrag der 100%-igen Tochtergesellschaft eines amerikanischen Online-Service-Providers könne darin bestehen, dass sie die in Deutschland befindlichen Kunden der amerikanischen Muttergesellschaft über die von ihr bereitgestellten Einwahlknoten via Standleitung zwischen der Tochtergesellschaft und der Muttergesellschaft mit dem Rechenzentrum der Muttergesellschaft verbindet. Der Tatbeitrag der Muttergesellschaft könne in der Nutzungsvermittlung zum Internet verbunden mit der Nutzungsverbreitung der Dateninhalte aus ihrem News-Server bestehen, aus dem sie strafrechtlich relevante Inhalte nicht herausgefiltert hat. Die Garantienpflicht der Muttergesellschaft ergebe sich in diesem Fall aus ihrer Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle.

Dem Geschäftsführer einer deutschen GmbH als vertretungsberechtigtem Organ nach § 35 I GmbHG könne das betriebsbezogene deliktische Handeln seiner Gesellschaft gemäß § 14 I Nr.1 StGB zugerechnet werden.

## **B. Streitpunkte**

Das AG München hat eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Angeklagten nicht nach § 5 III TDG a.F. (Nichtverantwortlichkeit), sondern nach § 5 II TDG a.F. (Verantwortlichkeit) angenommen. Um den Schuldspruch auf § 5 II TDG a.F. zu stützen, bedarf es der Auslegung des § 5 TDG a.F., insbesondere des Begriffs der „Kenntnis“ und der „Zumutbarkeit“ i.S.v. § 5 II TDG a.F., und der Ablehnung von § 5 III TDG a.F.<sup>425</sup>

---

425. § 5 TDG a.F. (Verantwortlichkeit)

- (1) Diensteanbieter sind für eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.
- (2) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern.
- (3) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich. Eine automatische und kurzzeitige Vorhaltung fremder Inhalte aufgrund Nutzerabfrage gilt als Zugangsvermittlung.
- (4) Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach den allgemeinen Gesetzen bleiben unberührt, wenn der Diensteanbieter unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 85 des Telekommunikationsgesetzes von diesen Inhalten Kenntnis erlangt und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist.

; Das TDG ist inzwischen durch das EGG reformiert worden (2002). Im obigen Text wird die alte Gesetzeslage zugrundegelegt, weil nur sie entscheidungserheblich war.



**a. Die Ablehnung des § 5 III TDG a.F. (Nichtverantwortlichkeit)**

Die Verurteilung des Angeklagten durch das AG München auf Grundlage des § 5 II TDG a.F. wurde in der Literatur bestritten. Der Angeklagte sei vielmehr nach § 5 III TDG a.F. freizusprechen. Dies beruhe darauf, dass der Angeklagte „lediglich den Zugang zur Nutzung“ fremder Inhalte gemäß § 5 III TDG a.F. vermittelt habe.<sup>426</sup>

Diese Ansicht geht von der Auslegung des § 5 II TDG a.F. aus. Der Verfasser bezeichnet das Wort „lediglich“ im § 5 III TDG a.F. als Minus zu dem Begriff „zur Nutzung bereithalten“ im § 5 II TDG a.F..<sup>427</sup> § 5 II TDG a.F. setze voraus, dass derjenige, der Inhalte zur Nutzung bereithalte, die Möglichkeit besitzen müsse, die Nutzung solcher Inhalte zu verhindern. Der Angeklagte hatte im vorliegenden Fall jedoch keine solche Herrschaftsmacht. Deswegen müsse der Angeklagte nicht nach § 5 II TDG a.F. verurteilt, sondern nach § 5 III TDG a.F. freigesprochen werden.

Das AG München hat CompuServe Deutschland auch deshalb nicht für einen Zugangsvermittler i.S.v. § 5 III TDG a.F. gehalten, weil CompuServe Deutschland keine eigenen Kunden gehabt und nicht den Zugang zum Netz vermittelt hat. Hingegen kann man im TDG tatsächlich nicht feststellen, dass ein Vermittler des Zugangs zur Nutzung eines fremden Teledienstes eigene Kunden haben muss.<sup>428</sup> Auch aus diesem Grund wurde das Urteil des AG München als unzutreffend angesehen.

---

426. *Moritz*, a.a.O. (Fn. 421), S. 506.

427. *Ebd.*

428. *Moritz*, *ebd.*, S. 507.

**b. Die Anwendung des § 5 II TDG a.F. (Verantwortlichkeit)**

Das AG München hat die Auslegung des Begriffs „Kenntnis“ i.S.v. § 5 II TDG a.F. in der Weise aufgefasst, dass der Angeklagte (Diensteanbieter) die jeweiligen Beiträge der Newsgroups im einzelnen nicht zu kennen braucht.<sup>429</sup> Nach h.M. soll die „Kenntnis“ i.S.v. § 5 II TDG a.F. aber als positive Kenntnis der fremden Inhalte ausgelegt werden.<sup>430</sup> Danach ist eine allgemeine Mitteilung an den Anbieter, dass sich in seinem Angebot verschiedene rechtswidrige, schädigende fremde Inhalte befinden, nicht ausreichend, um die Kenntnis i.S.v. § 5 II TDG a.F. bejahen zu können.

Um eine Verantwortlichkeit der Diensteanbieter gemäß § 5 II TDG a.F. anzunehmen, muss es diesen technisch möglich und zumutbar sein, die Nutzung der fremden Inhalte zu verhindern. Dies hat das AG München für CompuServe Deutschland bejaht, da es CompuServe Deutschland nicht als Teilorganisation der CompuServe USA ansah, sondern auf die Gesamtorganisation von Mutter- und Tochtergesellschaft abgestellt hat. Nach a.A. wäre es erforderlich gewesen, dass die Tochtergesellschaft auf die Entscheidungen der Muttergesellschaft Einfluss nehmen konnte.<sup>431</sup> Dies war aber bei CompuServe Deutschland nicht der Fall, da CompuServe Deutschland eine 100%-ige Tochtergesellschaft der CompuServe USA war.

---

429. AG München, NJW 1998, S. 2839.

430. Moritz, ebd. (Fn. 428); Spindler, MMR 1998, S. 641.

431. Hoeren, a.a.O. (Fn. 421), S. 2792.

### c. Die fehlende Garantenpflicht

Während das AG München eine Garantenpflicht der CompuServe USA, der Muttergesellschaft, aufgrund deren Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle bejaht hat,<sup>432</sup> hat es sich infolge der Beurteilung des Tatbeitrags des Angeklagten als positives Tun mit Fragen seiner Garantenpflicht nicht befasst. Entgegen dem AG München ist jedoch Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Verhaltens im CompuServe-Fall ein Unterlassen. Dieses konnte nicht bestraft werden, da eine Garantenpflicht des Angeklagten nach h.M.<sup>433</sup> aufgrund seiner bloß zugangsvermittelnden Tätigkeit abgelehnt werden muss.<sup>434</sup> Dies bedeutet, dass eine Garantenpflicht des Angeklagten weder infolge Ingerenz noch aufgrund Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle angenommen werden kann.

Darüber läßt sich das Urteil auch mit Blick auf die Garantenstellung von CompuServe USA kritisieren. „Es fehlt die Begründung des Vertrauenselementes, dass die Umwelt sich darauf verlassen muss, dass derjenige, der die Verfügungsgewalt über Gefahrenquellen hat, die von diesen Quellen möglicherweise ausgehenden Gefahren kontrolliert und beherrscht.“<sup>435</sup> In Bezug auf das Internet kann dieses Vertrauenselement im Sinne einer Vertrauenslage nur in

---

432. Nach a.A. könne die Herrschaft über eine Gefahrenquelle eine Garantenpflicht nicht begründen, *Pelz*, a.a.O. (Fn. 421), S. 627.

433. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 246), S. 330 f. Hierbei wird die Garantenstellung aus Herrschaftsmöglichkeit über eine Gefahrenquelle nur dann angenommen, wenn der Täter diese Gefahrenquelle tatsächlich kontrollieren kann.

434. *Sieber*, a.a.O. (Fn. 421), S. 445.

435. BGH, NJW 1966, S. 1763; BGHSt 18, 361; 27, 10; 30, 391; *Otto*, Grundkurs, 2000, § 9, Rn. 87 ff.; *Reus/Vogel*, MDR 10/1990, S. 870; *Sieber*, a.a.O. (Fn. 367), S. 501; *Vassilaki*, a.a.O. (Fn. 421), S. 521.

bestimmten Fällen in Betracht kommen, etwa wenn der Anbieter durch sein konkretes Angebot die Erwartungen verursacht hat. Für vorliegenden Fall wurde allerdings vertreten, dass „jeder Internet-Nutzer inhaltliche Sauberkeit des globalen Netzes erwarten [kann], die vom jeweiligen Diensteanbieter gewährleistet werden soll.“<sup>436</sup>

#### **d. Die fehlende Mittäterschaft**

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Angeklagte die Tathandlung in Mittäterschaft d.h. gemeinschaftlich mit der Muttergesellschaft, CompuServe USA gemäß § 25 II StGB begangen hat. Dies hat das AG München bejaht, soweit der Angeklagte und CompuServe USA wußten und wollten,<sup>437</sup> dass die auf dem News-Server von CompuServe USA in eindeutigen Foren gespeicherte, harte Pornographie öffentlich zugänglich gemacht werden sollte.<sup>438</sup> Der Tatbeitrag von CompuServe Deutschland habe darin bestanden, dass es die in Deutschland befindlichen Kunden von CompuServe USA über die von ihm bereitgestellten Einwahlknoten via Standleitung mit dem Rechenzentrum der Muttergesellschaft verbunden hat.<sup>439</sup>

Demgegenüber wird vertreten, dass die bloße Billigung des Verhaltens der Muttergesellschaft durch bloße Kenntnis der Tatumstände nicht genügt, um Mittäterschaft an-

---

436. *Vassilaki*, ebd.

437. Bei der Mittäterschaft wird ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken der Beteiligten, nämlich ein gemeinsames Wollen der Tat als die subjektive Moment des Tatherrschafsgedanken vorausgesetzt. Dazu *Sch/Sch-Cramer/Heine*, Vor §§ 25 ff., Rn. 80; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 25, Rn. 8.

438. AG *München*, NJW 1998, S. 2838.

439. AG *München*, ebd., S. 2839; *Hoeren*, a.a.O. (Fn. 421), S. 2793; *Vassilaki*, ebd. (Fn. 435).

zunehmen.<sup>440</sup> Auch soll „das Gelingen einer Tat bei Mittäterschaft lediglich durch das Zusammenwirken aller Beteiligten möglich sein, so dass die Tatbestandserfüllung mit dem funktionsgerechten Beitrag des Einzelnen steht oder fällt.“<sup>441</sup> Des Weiteren kann die Frage nicht eindeutig beantwortet werden, ob der Angeklagte den Abruf durch deutsche Nutzer gewollt habe.<sup>442</sup> Damit kann weder Mittäterschaft noch Vorsatz des Angeklagten ohne weiteres angenommen werden. Aus diesem Grund wird entgegen der Entscheidung des AG München vertreten,<sup>443</sup> dass der Angeklagte die Tathandlung nicht in Mittäterschaft gemäß § 25 StGB begangen habe. Im vorliegenden Fall könne vielmehr nur eine Teilnahme in Form der Beihilfe gemäß §§ 184 III, 27 StGB in Betracht kommen.<sup>444</sup>

#### **e. Die fehlende Abgrenzung von Tun und Unterlassen**

Doch selbst wenn Mittäterschaft angenommen werden kann, so macht dies die Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen nicht entbehrlich. Das AG München wird auch dahingehend kritisiert, dass es eine solche Abgrenzung nicht in ausreichendem Maße vorgenommen hat. Die Zurechnung des Handelns von CompuServe USA nach § 25 II StGB ist erst dann möglich, wenn das Gericht einen persönlich vorwerfbaren Tatbeitrag des Angeklagten durch positives

---

440. Pätzelt, a.a.O. (Fn. 421), S. 627. Mittäterschaft setze zwei gleichberechtigte Partner voraus, die beide sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllen.

441. Vassilaki, ebd. (Fn. 436). Dies gründet auf Roxins Ansicht (LK-Roxin, § 25, Rn. 154).

442. Hoeren, a.a.O. (Fn. 421), S. 2793.

443. Hoeren, ebd.; Moritz, a.a.O. (Fn. 421), S. 509; Vassilaki, ebd. (Fn. 435).

444. Vassilaki, ebd. (Fn. 435); auch Pätzelt, a.a.O. (Fn. 421), S. 627 f.

Tun oder Unterlassen festgestellt hat.<sup>445</sup> Daran schließt sich die Frage an, worin der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Verhaltens des Angeklagten liegt. Das AG München hat diese Abgrenzung, die unabhängig von der jeweiligen Beteiligungsform ist, nur sehr versteckt konkludent in einem Satz zu erkennen gegeben.<sup>446</sup>

### **3. Die Entscheidung des LG München**

#### **A. Resümee des Urteils<sup>447</sup>**

Ist eine deutsche GmbH als Tochterunternehmen der amerikanischen Muttergesellschaft aufgrund der Gesamtorganisation als völlig untergeordnet zu betrachten, scheidet täterschaftliches Handeln seitens der GmbH mangels Tatherrschaft aus. Eine Beihilfehandlung durch Unterlassen kommt lediglich bei Ursächlichkeit für den Erfolg in Betracht. Befand sich der Täter in Kenntnis aller Tatumstände, so kann daraus noch nicht das Vorliegen vorsätzlichen Handelns geschlossen werden; zur Feststellung des Vorsatzes bedarf es der Ermittlung des voluntativen Elementes.

Die Anwendbarkeit von § 5 III TDG a.F. ist unabhängig von der vertraglichen Bindung des Nutzers an den Diensteanbieter zu beurteilen; entscheidend ist allein die Bewertung der vom Anbieter tatsächlich vorgenommenen Tätigkeiten. Wer als Betreiber von Einwählknoten den Zugang zu fremden Inhalten vermittelt, trifft bei Rechtswidrigkeit derselben mangels Garantenstellung keine Verpflichtung zur Sperrung des Zugangs.

---

445. Sieber, a.a.O. (Fn. 421), S. 444.

446. Ebd.

447. Das Resümee stammt von Moritz, CR 2000, S. 117 f.

Der Geschäftsführer einer Zugangsvermittlerfirma verletzt nicht seine Sorgfaltspflichten, wenn er keine ständige Kontrolle der im Bundesanzeiger veröffentlichten verbotenen Computerspiele und deren Vergleich mit den in hoher Anzahl auf zugangsvermittelten Servern abgelegten Spielen durchführt.

## **B. Kernargumente des Urteils**

Im Gegensatz zur Entscheidung des AG München, die auf heftige Kritik gestoßen ist, hat das LG München den Angeklagten gemäß § 5 III TDG a.F. freigesprochen und das Urteil des AG München in großen Teilen korrigiert.

Hervorzuheben ist, dass der Freispruch des LG München auf dem klassischen Strafrecht beruht, ohne zunächst § 5 TDG a.F. in Betracht zu ziehen.<sup>448</sup> Im Gegensatz zur überwiegenden Auffassung<sup>449</sup> hat das LG München § 5 III TDG a.F. nicht im objektiven Tatbestand, sondern in der Schuld geprüft. D.h. der Angeklagte wurde gemäß § 5 III TDG a.F. als ein unverantwortlicher, bloßer Zugangsmittler zu fremden, rechtswidrigen Inhalte bezeichnet. Der Grund dafür liege darin, dass er ein Gegner der harten Pornographie sei und alles in seiner Macht stehende ge-

---

448. *Moritz*, ebd., S. 120.

449. Nach h.M. wird § 5 TDG a.F. als Filter angesehen. Dies bedeutet, dass „§ 5 TDG im Haftungsfall zunächst in Betracht kommen sollte, bevor die Prüfung nach den Maßstäben des jeweiligen Rechtsgebiets, d.h. des Zivil-, des Straf- oder des Polizei- und Ordnungsrechts, erfolgen könne“. Dazu *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, S. 2984 f.; *Park*, GA 2001, S. 29 f.; *Pelz*, wistra 1999, S. 58; *Sieber*, Verantwortlichkeit, 1999, S. 114 ff.; *Vassilaki*, a.a.O. (Fn. 421), S. 521. Kritisch zur Filterfunktion des § 5 TDG a.F., *Haedicke*, CR 1999, S. 310. Hierbei „könne es zu Überschneidungen und zu einer doppelten Prüfung einzelner Tatbestandsmerkmale kommen.“; auch *Spindler*, a.a.O. (Fn. 430), S. 640 f.

tan habe, um die Verbreitung von harter Pornographie zu verhindern.<sup>450</sup> Das LG München hat die oben erwähnte, teils heftige Kritik am Urteil des AG München weitgehend übernommen:

Die Mittäterschaft des Angeklagte wurde aufgrund der Feststellungen des AG München verneint, da der Angeklagte bzw. CompuServe Deutschland der Muttergesellschaft, CompuServe USA, völlig untergeordnet gewesen war und somit der Angeklagte keine Tatherrschaft gehabt habe.<sup>451</sup> Was die Beihilfehandlung durch Unterlassen angeht, wurde eine Garantenpflicht des Angeklagte mit der Begründung abgelehnt, es fehle an der Tatherrschaft der von der Muttergesellschaft CompuServe USA abhängigen Tochtergesellschaft.<sup>452</sup> Mit Blick auf das Vergehen nach § 184 StGB wurde die Strafbarkeit des Angeklagten mangels Vorsatzes abgelehnt, weil ihm nicht nachgewiesen werden konnte, ob er nach dem 13.02. 1996 die Verbreitung harter Pornographie tatsächlich gewollt hatte.<sup>453</sup>

#### **4. Flexibilisierungstendenzen im CompuServe-Fall**

Auch wenn das Urteil des LG München im Ergebnis überzeugt, überrascht es durch die knappe, teilweise durchaus oberflächliche Art, mit der die Erwägungen der Vorinstanz beiseite gewischt wurden. Während sich der Amtsrichter mutig in noch unbearbeitetes dogmatisches Gelände vorgewagt und ein Urteil vorgelegt hat, dass, was im-

---

450. LG München, CR 2000, S. 118 mit Anmerkung von Moritz.

451. Kühne, NJW 2000, S. 1004; ders., NJW 2000, S. 1051; Moritz, a.a.O. (Fn. 447), S. 119.

452. Kühne, NJW 2000, S. 1004.

453. LG München, CR 2000, S. 118; Kühne, NJW 2000, S. 1051.



mer man sonst davon halten mag, doch zumindest die Diskussion angeregt hat, hat das LG München die Chance vergeben, die Diskussion im Internetstrafrecht voranzubringen.

Damit fügt sich das LG München in eine Rechtspraxis ein, die insgesamt einen überaus zögernden, zurückhaltenden Eindruck macht. Viele Fälle von Internetkriminalität kommen offenbar gar nicht erst vor die Gerichte, sondern werden schon im Vorfeld „gütlich beigelegt“. Dies mag den Bedürfnissen der Geschädigten entgegenkommen, die, wie z.B. Banken, kein Interesse daran haben, zusätzlich zu dem finanziellen Verlust auch noch einen Publicityschaden zu erleiden. Der Rechtsdogmatik ist jedoch nicht damit gedient, wenn sie von den Fällen der Praxis abgeschnitten wird.

Umso einflußreicher dürfte die im nächsten Kapitel zu besprechende Entscheidung des BGH im „Auschwitzlüge-Fall“ werden, mit der das Gericht der Rechtspraxis einen Weg zur Bewältigung der Internetkriminalität vorgezeichnet hat. Im folgenden wird zu untersuchen sein, ob die Lösung des BGH nicht bloß praktisch tragfähig ist, sondern auch *Hassemers* Flexibilierungsverdacht entkräften kann.

## Kapitel 8

### Der Auschwitzlüge-Fall

#### I. Vorbemerkung

Im Auschwitzlüge-Fall<sup>454</sup> befasst sich der BGH vor allem mit der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts gemäß §§ 3, 9 StGB. Dies ist im Zeitalter des Internet ein sehr bedeutendes Problem. Denn die transnationale Internetkriminalität wirft aufgrund des weltweit verbundenen Datennetzes die Frage auf, inwieweit der Strafrechtsschutz in verschiedenen Länder realisiert werden kann und sollte.<sup>455</sup> Dieses Problem wird auch in der Literatur intensiv diskutiert,<sup>456</sup> ohne dass bislang eine allseits überzeugende Lösung in Sicht wäre.

#### II. Auschwitzlüge-Fall

##### 1. Sachverhalt

Der 1944 in Deutschland geborene Angeklagte ist australischer Staatsbürger. Er emigrierte 1954 mit seinen Eltern nach Australien. Er verfasste Rundbriefe und Artikel, die er über das Internet zugänglich machte, in de-

---

454. BGH, Urteil vom 12.12.2000 - 1 StR 184/00, NJW 2001, S. 624; auch [http://WWW.netlaw.de/urteile/bgh\\_04.htm](http://WWW.netlaw.de/urteile/bgh_04.htm); <http://WWW.jurawelt.com/gerichtsurteile/896>; <http://WWW.medien-recht.com/luege.html> (Stand: 06.08.2002)

455. Sieber, NJW 1999, S. 2065 ff.

456. Collardin, a.a.O. (Fn. 56), S. 618 ff.; Conradi/Schlömer, a.a.O. (Fn. 56), S. 366 ff.; Cornils, JZ 1999, S. 394 ff.; Derksen, a.a.O. (Fn. 372), S. 1878 ff.; Hilgendorf, NJW 1997, S. 1873 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 344), S. 650 ff.; Ringel, a.a.O. (Fn. 374), S. 302 ff.; Sieber, ebd.

nen er „revisionistische“ Thesen vertrat. Darin wurde unter dem Vorwand wissenschaftlicher Forschung die unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Ermordung der Juden bestritten und als Erfindung „jüdischer Kreise“ dargestellt, die damit finanzielle Forderungen durchsetzen und Deutsche politisch diffamieren wollten. Drei Publikationen des Angeklagte waren Gegenstand der Verurteilung:

Internet-Fall 1: Zwischen April 1997 und März 1999 speicherte der Angeklagte Webseiten auf einem australischen Server, die von der Homepage des Adelaide Institutes über dessen Internetadresse abgerufen werden konnten. Diese Seiten enthielten drei englischsprachige Artikel des Angeklagten mit den Überschriften „Über das Adelaide Institut“, „Eindrücke von Auschwitz“ und „Mehr Eindrücke von Auschwitz“.

Internet-Fall 2: Im August 1998 verurteilte eine Amtsrichterin den bekannten deutschen Rechtsradikalen *Günter Deckert*, weil dieser einen Überlebenden von Auschwitz beleidigt hatte. Darauf schrieb der Angeklagte aus Australien einen „offenen Brief“ an die Richterin und versandte diesen zugleich an zahlreiche weitere Adressaten, auch in Deutschland, unter anderem an die Berliner Zeitschrift „Sleipnir“. Den englischsprachigen Text des Briefes stellte er in die Homepage des Adelaide Institutes ein. In dem Brief warf er den überlebenden Juden vor, Lügen über Auschwitz zu erzählen, und schrieb u.a.: „Ich habe Auschwitz 1997 besucht und bin auf Grund meiner eigenen Nachforschungen jetzt zu der Schlussfolgerung gelangt, dass das Lager in den Kriegsjahren niemals Menschengaskammern in Betrieb hatte.“

Internet-Fall 3: Ende Dezember 1998/Anfang Januar 1999 stellte der Angeklagte eine weitere Webseite in die Ho-

mepage des Adelaide Institutes ein. Diese Seite enthielt einen englischsprachigen Artikel des Angeklagte mit der Überschrift „Fredrik Töbens Neujahrsgedanken 1999“. Darin heißt es u.a.: „In diesem ersten Monat des vorletzten Jahres der Jahrtausendwende können wir auf eine fünfjährige Arbeit zurückblicken und mit Sicherheit feststellen: die Deutschen haben niemals europäische Juden in todbringenden Gaskammern im Konzentrationslager Auschwitz oder an anderen Orten vernichtet. Daher können alle Deutschen und Deutschstämmigen ohne den aufgezwungenen Schuldkomplex leben, mit dem sie eine böartige Denkweise ein halbes Jahrhundert lang versklavt hat.“

## **2. Die Entscheidung des LG Mannheim**

Das LG Mannheim<sup>457</sup> hat den Angeklagten wegen Beleidigung der überlebenden Juden (§ 185 StGB) in Tateinheit mit Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (§ 189 StGB) in drei Fällen, in einem Fall (Fall 2) zudem in weiterer Tateinheit mit Volksverhetzung (§ 130 I Nr.2 StGB), zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt. Dies bedeutet, das LG Mannheim bejahte in den Fällen 1 und 3 nur den Tatbestand des §§ 185, 189 StGB, aber verneinte § 130 I Nr. 2 StGB mit der Begründung, dass es einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg i.S.d. § 9 I Var. 3 Alt. StGB bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt wie der Volksverhetzung nicht gebe, weshalb das deutsche Strafrecht im Hinblick auf diese Vorschrift keine Anwendung fände.

---

457. LG *Mannheim*, Urteil vom 10.11.1999 - 5 KLS 503 Js 9551/99; vgl. dazu [http://WWW.netlaw.de/urteile/lgma\\_05.htm](http://WWW.netlaw.de/urteile/lgma_05.htm) (Stand: 06.08.2002)

### 3. Die Entscheidung des BGH

Entgegen dem landgerichtlichen Urteil hat der BGH geurteilt, dass das deutsche Strafrecht auch für die in den Internet-Fällen 1 und 3 tateinheitlich begangene Volksverhetzung gilt. Hierbei hat sich der BGH mit zwei Kernfragen befasst, nämlich der Frage nach der Existenz eines Erfolgsorts bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten, d.h. der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts gemäß § 9 I Alt.3 StGB auf § 130 I, III StGB, und der Frage nach der Einschränkung der sich aus der Erfolgsortregelung ergebenden Allzuständigkeit der deutschen Justiz für Äußerungs- und Verbreitungsdelikte im Internet bei Auslandshandlungen.<sup>458</sup>

#### A. Die Anwendung des Volksverhetzungs-Tatbestandes

(§ 130 I und III StGB)<sup>459</sup>

---

458. Clauß, MMR 2001, S. 232.

459. § 130 StGB (Volksverhetzung)

- (1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören
  1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
  2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

- (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs.1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

Der BGH hat nicht nur im Fall 2, sondern auch in den Fällen 1 und 3 sowohl § 130 I Nr.1 und 2 als auch § 130 III StGB angewendet.<sup>460</sup> Dabei sei die Eignung zur Friedensstörung gemeinsames Tatbestandsmerkmal von § 130 I, III StGB, welches zusätzlich zu der Äußerung hinzutreten müsse. Die entscheidende Passage des Urteils lautet:

„Mit der Eignungsformel wird die Volksverhetzung nach § 130 I und III StGB zu einem abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt, das man auch „potenzielles Gefährdungsdelikt“ nennt. .... Für die Eignung zur Friedensstörung ist der Eintritt einer konkreten Gefahr nicht erforderlich. .... Für diese Eignung genügt es danach, dass berechnete - mithin konkrete - Gründe für die Befürchtung vorliegen, der Angriff werde das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern.“<sup>461</sup>

Das Urteil des BGH ist überwiegend auf Kritik gestoßen.<sup>462</sup> So wurde argumentiert, bei der Anwendung des § 130 I und III StGB bedürfe es zunächst einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts, ob eine Tendenz zur Störung des öffentlichen Friedens vorhanden ist.<sup>463</sup> Auch die Behauptung des BGH, die vom Täter verbreiteten Äußerungen hätten das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert, hätte objektiv beurteilt werden müssen.<sup>464</sup> Demnach ist das durchschnittliche Verständnis des in Deutschland

---

460. BGH, NJW 2001, S. 626 f.

461. BGH, NJW 2001, S. 626.

462. *Clauß*, a.a.O. (Fn. 458), S. 232 ff.; *Klengel/Heckler*, CR 2001, S. 243 ff.; *Kudlich*, StV 2001, S. 397 ff.; *Vassilaki*, CR 2001, S. 262 ff.

463. *Vassilaki*, ebd., S. 264.

464. Vgl. BGHSt 16, 56 = OLG Koblenz, MDR 1977, S. 334 = LG Frankfurt, NJW 1988, S. 2685.

lebenden Bürgers zu Grunde zu legen.<sup>465</sup> Wichtiger Aspekt dabei ist die Sprache.<sup>466</sup> Der fremdsprachige Inhalt nimmt nur auf einen Teil der deutschen Bevölkerung Einfluss, so dass ein solcher Inhalt den Tatbestand der § 130 I und III StGB nicht erfüllt. Aus diesem Grund sei der öffentliche Friede noch nicht einmal abstrakt gefährdet.<sup>467</sup> Folglich wird die Entscheidung des BGH als bedenklich bezeichnet, der im vorliegenden Fall die Volksverhetzung (§ 130 I und III StGB) bejaht hat.

## **B. Die Anwendung des deutschen Strafrechts (§ 9 StGB)<sup>468</sup>**

### **a. Der Begriff des „abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikts“**

Um die Publikation der rechtswidrigen Artikel im Internet gemäß §§ 9 I Var.3 und 130 I Nr.2 StGB bestrafen zu können, hat der BGH den Begriff des „abstrakt-konkreten“ Gefährdungsdelikts anerkannt:

---

465. *Vassilaki*, ebd. (Fn. 463).

466. *Hilgendorf*, NJW 1997, S. 1876 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 344), S. 670. Hierbei verlangt er eine teleologische Reduktion von § 9 I Var.3 StGB in der Form, dass das deutsche Strafrecht nur auf „territorial spezifizierte Delikte“ Anwendung finde. Für Internet-Publikationen gelte dies dann, „wenn sie in deutscher Sprache erscheinen, wenn sie sich speziell auf deutsche Sachverhalte oder Personen beziehen oder wenn aus sonstigen Gründen ein besonderer, für andere Länder nicht vorliegender Anknüpfungspunkt an Deutschland gegeben ist.“

467. *Vassilaki*, a.a.O. (Fn. 462), S. 264 f.

468. § 9 StGB (Ort der Tat)

(1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

„Das deutsche Strafrecht gilt für das abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikt der Volksverhetzung nach § 130 I und III StGB auch in den Internet-Fällen. Seine Anwendbarkeit ergibt sich aus § 3 in Verbindung mit § 9 StGB. Denn hier liegt eine Inlandstat (§ 3 StGB)<sup>469</sup> vor, weil der zum Tatbestand gehörende Erfolg in der Bundesrepublik eingetreten ist (§ 9 I Alt.3 StGB).“<sup>470</sup>

Außerdem hat der BGH im Gegensatz zu abstrakten Gefährdungsdelikten als Tatbestandsmerkmal der abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten die Eignung zur Schaffung einer konkreten Gefahr angenommen: „Bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten ist ein Erfolg i.S.d. § 9 StGB dort eingetreten, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann. Bei der Volksverhetzung nach § 130 I und III StGB ist das die konkrete Eignung zur Friedensstörung in der Bundesrepublik Deutschland.“<sup>471</sup>

Dagegen wird eingewendet, der Begriff der „Eignung zur Schaffung einer konkreten Gefahr“ sei zu weit. Denn zum Tatbestand gehöre immer die Schaffung eines Gefahrenpotentials, von dem potenziell beeinträchtigte Rechtsgutsträger betroffen sind, so z.B. die Eignung zur Friedensstörung (§ 130 StGB).<sup>472</sup> Infolgedessen wird teilweise vorgeschlagen, für die Anwendung deutschen Strafrechts sei erforderlich, dass dieses Gefahrenpotential sich lo-

---

469. § 3 StGB (Geltung für Inlandstaten)

Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden.

470. BGH, NJW 2001, S. 627.

471. BGH, ebd.; *Collardin*, a.a.O. (Fn. 56), S. 621. Hierbei wird zum Auschwitzlüge-Fall vertreten, dass „der Täter wirklich in Deutschland über das Internet wirken will.“; *Kuner*, CR 1996, S. 456.

472. *Clauß*, a.a.O. (Fn. 458), S. 232.



kalisieren lassen müsse, sofern die Eignung zur Schadensverursachung im Tatbestand nötig ist.<sup>473</sup>

Auch der Begriff des abstrakt-konkreten Gefährdungsdeliktes sieht sich Kritik ausgesetzt. Zum einen wird gefordert, den Gefahrenbegriff zu präzisieren und ihn in engem Zusammenhang mit dem Kausalitätsbegriff zu definieren. Dies würde bedeuten, dass man zur Bestimmung einer Gefahr die (objektive) Eintrittswahrscheinlichkeit von Rechtsgutsverletzungen in Betracht ziehen muss.<sup>474</sup> Des weiteren wird der Ausdruck „abstrakt-konkret“ kritisiert.<sup>475</sup> In der Tat ist es kaum verständlich, wie eine Gefahr gleichzeitig abstrakt und konkret sein kann. *Hilgendorf* hat deshalb den Begriff der „abstrakt-konkreten Gefahr“ als ein typisches Beispiel für jene „gegensatz-aufhebende Begriffsbildung“ bezeichnet, deren notorische Unklarheit und beliebige Interpretationsoffenheit in der Rechtstheorie schon lange bekannt sei.<sup>476</sup>

## **b. Der Begriff des Erfolgsorts**

Um das deutsche Strafrecht auf Delikte im Internet, die im Ausland ihren Ursprung haben, anzuwenden, interpretiert der BGH den Begriff des „zum Tatbestand gehörenden Erfolges“ nicht als „Erfolg“ i.S.d. allgemeinen Tatbestandslehre, sondern weiter als „allgemeiner Handlungserfolg“: „Der Begriff des Erfolgsorts wird nicht i.S.d. allgemeinen Tatbestandslehre verstanden. So hat der BGH bei abstrakten Gefährdungsdelikten einen „zum Tatbestand

---

473. Ebd.

474. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 344), S. 669.

475. Ebd., S. 672 ff.

476. Ebd., S. 672. unter Berufung auf *O. Lepsius*, Begriffsbildung, 1994.

gehörenden Erfolg" i.S.d. § 78a Satz 2 StGB<sup>477</sup> (Verjährungsbeginn) durchaus für möglich gehalten."<sup>478</sup> Die Auslegung des Merkmals „zum Tatbestand gehörender Erfolg" müsse sich, so der BGH, an der ratio legis des § 9 StGB ausrichten.

Nach dem Grundgedanken der Vorschrift solle deutsches Strafrecht Anwendung finden, sofern es im Inland zu der Schädigung von Rechtsgütern oder zu Gefährdungen komme, deren Vermeidung Zweck der jeweiligen Strafvorschrift sei.<sup>479</sup>

Um das Erfordernis des Eintritts des zum Tatbestand gehörenden Erfolgs näher zu umschreiben, verlangt der BGH, dass der Erfolgseintritt in enger Beziehung zum Straftatbestand zu sehen ist: „Das Merkmal „zum Tatbestand gehörender Erfolg" sollte lediglich klarstellen, dass der Eintritt des Erfolgs in enger Beziehung zum Straftatbestand zu sehen ist."<sup>480</sup> Mit der Aufnahme der (konkreten) Eignung zur Friedensstörung in den Tatbestand des § 130 I und III StGB hat der Gesetzgeber indes die enge Beziehung des Eintritts des Erfolgs zum Straftatbestand umschrieben und damit den zum Tatbestand gehörenden Erfolg selbst bestimmt."<sup>481</sup>

---

477. § 78a StGB (Beginn)

Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist. Tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt.

478. BGH, NJW 2001, S. 627.

479. BGH, ebd.

480. *Kielwein*, in: Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission IV, AT, 38-52. Sitzung, 1958, S. 20.

481. BGH, NJW 2001, S. 628.

Dieses Urteil des BGH sieht sich jedoch auch kritischen Stimmen ausgesetzt. Problematisch ist zunächst, dass der BGH die Gesetzesmaterialien unvollständig zitiert. An der vom BGH angesprochenen Stelle aus den Materialien heißt es nämlich im (nicht mehr zitierten) nächsten Satz ausdrücklich, dass nur tatbestandsmäßige Erfolge erfasst werden sollten.<sup>482</sup> Der Rekurs auf den Willen des Gesetzgebers belegt deshalb genau das Gegenteil von dem, was der BGH behauptet.<sup>483</sup>

In Bezug auf den Erfolgsort gemäß § 9 I Var.3 StGB wird darauf hingewiesen, dass es bei den Äußerungsdelikten des StGB keinen Erfolg gibt.<sup>484</sup> Darüber hinaus ist der vom BGH verwendete Begriff der „engen Beziehung“ zum Straftatbestand unklar. Ein anderer Ansatz sieht in dem Erfolg i.S.d. § 9 I Alt.3 StGB einen »Tathandlungserfolg«. Dieser erfasse jede vom Täter zurechenbar verursachte und im einschlägigen Tatbestand genannte Folge seiner Handlung,<sup>485</sup> auch wenn der Täter im Ausland handelt, die vom Tatbestand beschriebene Handlung sich jedoch im Inland realisiert.“<sup>486</sup> Auch diese Begriffsbestimmung wurde jedoch wegen ihrer Unschärfe kritisiert.<sup>487</sup>

---

482. *Kielwein*, ebd. (Fn. 480).

483. *Cornils*, a.a.O. (Fn. 456), S. 396; *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 344), S. 673.

484. *Kudlich*, a.a.O. (Fn. 462), S. 398.

485. *Sieber*, a.a.O. (Fn. 455), S. 2070.

486. *Sieber*, ebd., S. 2068 f.

487. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 344), S. 667 („Tathandlungserfolge“) und 672.

### c. Der Erfolgsort bei abstrakten Gefährdungsdelikten

Ob reine abstrakte Gefährdungsdelikte einen Erfolgsort i.S.d. § 9 I Alt.3 StGB haben, wenn sich die Gefahr realisiert hat, hat der BGH offen gelassen: „Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte sind unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Erfolgsorts mit konkreten Gefährdungsdelikten vergleichbar, weil der Gesetzgeber auch hier eine zu vermeidende Gefährdung – den Erfolg – im Tatbestand der Norm ausdrücklich bezeichnet. Ob bei rein abstrakten Gefährdungsdelikten ein Erfolgsort jedenfalls dann anzunehmen wäre, wenn die Gefahr sich realisiert hat, braucht der Senat nicht zu entscheiden.“<sup>488</sup>

Dennoch wird auch hier Kritik geäußert. Die Formulierung des BGH ist insofern unpräzise, als nicht klar ist, ab wann sich eine Gefahr realisiert hat. Ob eine Realisierung der Gefahr erst dann angenommen werden kann, wenn sie in einen Verletzungserfolg umgeschlagen ist, oder ob es ausreichen soll, wenn sich die allgemeine Gefährlichkeit der Täterhandlung zu einer konkreten Gefahr verdichtet hat, wird nicht deutlich.<sup>489</sup> Nach bislang h.M.<sup>490</sup> haben abstrakte Gefährdungsdelikte weder einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, noch einen Erfolgsort i.S.d. § 9 I Alt.3 StGB. Demgegenüber wird teilweise vertreten, dass auch abstrakte Gefährdungsdelikte einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg dort haben können, wo eine Ge-

---

488. BGH, NJW 2001, S. 627.

489. Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 344), S. 673.

490. Cornils, a.a.O. (Fn. 456), S. 396; Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Jakobs, AT, 5. Abschn. Rn. 21; Kienle, Internationales Strafrecht, 1998, S. 40 ff.; Pelz, ZUM 1998, S. 531; Ringel, a.a.O. (Fn. 374), S. 303; Satzger, NStZ 1998, S. 115; Sieber, a.a.O. (Fn. 455), S. 2068; Tiedemann/Kindhäuser, NStZ 1988, S. 346.

fahrenwirkung lokalisiert werden kann.<sup>491</sup> Dieser Ansatz ist für das Internet allerdings kaum brauchbar, da jede Publikation im Internet grundsätzlich weltweit zu empfangen ist, Gefahrenwirkungen also weltweit auftreten können.

#### **d. Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts**

##### **(das Ubiquitätsprinzip)**

Im grenzüberschreitenden Internet-Fall ist vor allem die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ein Problem. Gesetzlicher Ausgangspunkt ist das Ubiquitätsprinzip in § 9 StGB.<sup>492</sup>

Die grenzüberschreitende Anwendung eines nationalen Strafrechts stellt grundsätzlich einen Eingriff in die Souveränität eines fremden Staates dar. Es versteht sich nicht von selbst, dass deutsches Strafrecht für einen Australier gilt, der auf australischem Territorium Beiträge in englischer Sprache in das Internet gestellt hat. Für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ist ein völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt erforderlich, der es rechtfertigt, gerade deutsches Strafrecht zur Anwendung zu bringen. Auch der BGH erkennt dies an: „Für die Anwendung des deutschen Strafrechts bei der Volksverhetzung nach § 130 I und III StGB in Fällen der vorliegenden Art liegt auch ein völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt vor.“<sup>493</sup>

---

491. *Heinrich*, GA 1999, S. 79, 83 f.; *Martin*, Strafbarkeit, 1989, S. 79 ff., 119 ff.; *ders.*, ZRP 1992, S. 21 f. Zur Problematik des Erfolgsortes bei abstrakten Gefährdungsdelikten, *Klengel/Heckler*, a.a.O. (Fn. 462), S. 248.

492. Ausführlich dazu *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 490), S. 1873 ff.

493. BGHSt, NJW 2001, S. 628.

Der BGH sieht die erforderliche Legitimation jedoch schon in dem für Deutschland wichtigen Rechtsgut des § 130 StGB und bejaht deshalb einen objektiven, besonderen Bezug auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland: die „Tat betrifft ein gewichtiges inländisches Rechtsgut, das zudem objektiv einen besonderen Bezug auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufweist.“<sup>494</sup> Das Äußerungsdelikt nach § 130 I StGB schützt Teile der inländischen Bevölkerung schon im Vorfeld von unmittelbaren Menschenwürdeverletzungen.“<sup>495</sup> Dagegen ist kritisch einzuwenden, dass es nach der BGH-Ansicht jeder Staat selbst in der Hand hätte, durch Formulierung passender Straftatbestände mit hinreichend weiten Rechtsgütern sein Strafrecht über sein Territorium hinaus auszudehnen.<sup>496</sup>

In der Literatur werden unterschiedliche Lösungsansätze vorgeschlagen, um § 9 I Var.3 StGB einzuschränken:<sup>497</sup> Nach einer Ansicht sei das deutsche Strafrecht nur anwendbar, „wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in Deutschland eingetreten ist und entsprechend den Anknüpfungspunkten in § 7 StGB sich die Tat gegen einen Deutschen richtet.“<sup>498</sup> Eine zweite Ansicht schlägt eine teleologische Reduktion durch eine subjektivierende Einschränkung des Ubiquitätsprinzip vor. Demnach ist darauf abzustellen, was „das finale Interesse“ des Täters im Inland ist.

---

494. Vgl. *Derksen*, a.a.O. (Fn. 372), S. 1880; *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 490), S. 1876; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 179; *Martin*, ZRP 1992, S. 22.

495. BGHSt, NJW 2001, S. 628. Vgl. *LK-Bubnoff*, § 130, Rn. 45; *Lackner/Kühl*, StGB, § 130, Rn. 8a; Gemeinsame Maßnahme des Rates der Europäischen Union betreffend die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit v.24.7.1996, ABLEG v.24.7.1996, Nr.L 185/5

496. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 344), S. 674.

497. Ausführlich dazu *Kienle*, a.a.O. (Fn. 490), S. 159 ff.

498. *Breuer*, MMR 1998, S. 144.

Dies bedeutet, dass nur der Täter, der wirklich über das Internet in Deutschland wirken will, dem deutschen Strafrecht zu unterstellen sei.<sup>499</sup> Darüber hinaus wird teilweise auch vertreten, dass das deutsche Strafrecht nur dann anwendbar ist, „wenn der vom Ausland her handelnde Täter den Eintritt des Erfolgs im Inland erkennen konnte bzw. musste.“<sup>500</sup>

Andere schlagen eine Einschränkung anhand objektiver Kriterien vor. Danach solle das deutsche Strafrecht auf solchen Taten Anwendung finden, „die objektiv einen besonderen Bezug auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufweisen“. *Hilgendorf* spricht in diesem Zusammenhang von „territorial spezifizierten Delikten“.<sup>501</sup> Legt man diesen Ansatz zugrunde, so hätte im Auschwitzlüge-Fall deutsches Strafrecht nicht angewendet werden können.

#### **4. Flexibilisierungstendenzen im Auschwitzlüge-Fall**

Abschließend stellt sich wieder die Frage nach einer Flexibilisierung der überkommenen strafrechtlichen Strukturen. Flexibilisierung ist mehr als bloße Rechtsfortbildung. Sie geht nur bis an die Grenze des Vertretbaren, um Strafbedürfnisse zu befriedigen, und nimmt dabei das Abschleifen rechtsstaatlicher Sicherungen in Kauf. Eine derartige Flexibilisierung kann darin gesehen werden, dass das Gericht von dem Erfordernis eines „tat-

---

499. *Collardin*, a.a.O. (Fn. 56), S. 621; *Derksen*, a.a.O. (Fn. 372), S. 1880 f.; *Ringel*, a.a.O. (Fn. 374), S. 307. Dem tritt *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 490), S. 1874 entgegen, da eine solche teleologische Reduktion nicht dem Wortlaut des § 9 I Var.3 StGB entspräche.

500. *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, Rn. 254.

501. *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 490), S. 1876 f.

bestandsmäßigen“ Erfolgs absieht und noch dazu den Erfolgsbegriff so stark ausweitet, dass jede negative Veränderung darunter fällt. Der BGH hat diesen Schritt getan, um bestimmte Formen von rechtsradikaler Propaganda und vor allem die sog. „Auschwitzlüge“ nach § 130 III StGB unter deutsches Strafrecht subsumieren zu können. Dieses Bemühen mag angesichts der deutschen Geschichte verständlich. Der BGH tut jedoch dem Gesetzeswortlaut Gewalt an (§ 9 I Var.3 StGB). Seine Entscheidung führt überdies zu einer Art Allzuständigkeit deutscher Strafverfolgungsorgane im Internet. Im Ergebnis heißt das, dass man dem BGH mit Blick auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts im Internet eine Flexibilisierung des Gesetzes vorwerfen kann.<sup>502</sup>

---

502. Ebenso *Hilgendorf*, a.a.O. (Fn. 344), S. 674.



## Kapitel 9

### Der Kinderpornographie-Fall

#### I. Vorbemerkung

Im Kinderpornographie-Fall beschäftigt sich der BGH mit der Frage, wie Tatbestandsmerkmale wie das „Zugänglichmachen“ oder „Verbreiten“ bestimmter Inhalte unter den Bedingungen der globalisierten Kommunikationstechnik neu gefasst werden können. Die früher herrschende Meinung, die auf eine körperliche Übergabe von „Schriften“ (§ 11 II StGB) abstellte, erscheint dem BGH heute nicht mehr zeitgemäß.

#### II. Der Kinderpornographie-Fall

##### 1. Sachverhalt<sup>503</sup>

Dem hier zu erörternden Urteil des BGH vom 27.06.01 lag eine Entscheidung des LG Würzburg zu Grunde, in welcher der Angeklagte u.a. wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 Jahren verurteilt wurde. Dabei ging es vor allem um folgende Taten:

Der Angeklagte verlangte, dass sich das Kind bis auf die Unterhose auszieht und fasste dabei an seine Brust. Darüber hinaus fertigte er mehrere Fotoserien von dem Kind und speicherte sie auf seinem PC, um sie später ins Internet zu stellen. Gegenstand der ersten Serie waren

---

503. BGH, NJW 2001, S. 3558 ff.

Nacktaufnahmen des Kindes und sexuelle Handlungen, das Berühren der Scheide des Kindes durch den Täter und Onanierbewegungen des Mädchens. Bei der zweiten Serie musste sich das nackte Mädchen vom Angeklagten an einer Hundeleine herumführen lassen und u.a. sexuelle Handlungen an ihm vornehmen. In einer weiteren Bilderserie setzte er dem Kind Katzenohren auf und verlangte, dass es Milch aus einem Teller trinkt, wobei es wiederum zu sexuellen Handlungen kam. Verschiedene Fotos bzw. Fotoserien wurden vom Täter bei einem Provider ins Internet gestellt. Das Mädchen wurde dabei als 18-Jährige vorgestellt, die wie eine 14-Jährige aussehe. Andere Fotos wurden zwecks späterer Einstellung ins Internet auf dem PC gespeichert.

## **2. Die wesentlichen Ergebnisse der Entscheidung**

Der BGH vertritt, dass die Vorschrift des § 176a II StGB sämtliche Varianten der in Bezug genommenen Absätze 3 und 4 des § 184 StGB erfasst. Ein Verbreiten gemäß § 184 III Nr.1 StGB im Internet liegt dann vor, wenn die Datei auf dem Rechner des Internetnutzers angekommen ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob dieser die Möglichkeit des Zugriffs auf die Daten genutzt oder ob der Anbieter die Daten übermittelt hat. Ein Zugänglichmachen nach § 184 III Nr.2 StGB im Internet liegt vor, wenn eine Datei zum Lesezugriff ins Internet gestellt und dem Internetnutzer so die Möglichkeit des Zugriffs auf die Datei eröffnet wird. Das Tatbestandsmerkmal des § 184 III "sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben" soll stets vorliegen, wenn die Person des tatsächlichen sexuellen Missbrauchs ein Kind ist und es in den übrigen Fällen nicht auf die Sicht eines verständigen Betrachters ankommt.

### 3. Rechtliche Würdigung

Nach der Ansicht des LG Würzburg bezieht sich § 176a II StGB lediglich auf die Tatbestandsalternative des Verbreitens nach § 184 III StGB bezieht. Dagegen nimmt der BGH an, dass die Vorschrift des § 176a II StGB sämtliche Varianten der in Bezug genommenen Absätze 3 und 4 des § 184 StGB erfasst, weil sich dem Wortlaut des Gesetzes eine derartige Beschränkung nicht zwingend entnehmen lasse. So verwende das Gesetz bei § 6 Nr.6 StGB und bei der gesetzlichen Überschrift des § 184 StGB einen weiteren Verbreitungsbegriff, der unter anderem auch das Zugänglichmachen erfasst. Hätte der Gesetzgeber in § 176a II StGB allein die Absicht der Verbreitung im engeren Sinne erfassen wollen, so hätte es genügt, die Modalität der Weitergabe mit "die verbreitet werden soll" zu umschreiben. Eine Verweisung auf § 184 StGB wäre dann überflüssig gewesen.

Zudem entspreche die umfassende Bezugnahme auch dem vom Gesetzgeber mit der Einführung des § 176a StGB verfolgten Ziel, den sexuellen Kindesmissbrauch zum Zwecke der Vermarktung im Internet besonders zu bestrafen.<sup>504</sup> Durch den mit dem 6. StrRG eingeführten Qualifikationstatbestand des § 176a II StGB sollte das gesteigerte Unrecht einer auf "Vermarktung abzielenden Kinderschändung" erfasst und durch die Verweisung auf § 184 III und IV StGB zum Ausdruck gebracht werden.

Da den in §§ 176a II, 184 StGB genannten Schriften Datenspeicher gleichstehen (§ 11 III StGB), stellen auch digitalisierte Fotos, die ins Internet gestellt werden, Datenspeicher in diesem Sinne dar; genauer: auf einem

---

504. Vgl. BT-Drucks. 13/9064, S. 11.

Speichermedium - in der Regel der Festplatte des Servers - gespeicherte Daten. Diese Gleichstellung der so gespeicherten Daten mit Schriften wurde mit dem JuKDG v. 22. Juli 1997 eingeführt, mit dem der Gesetzgeber dem tiefgreifenden Wandel der Informations- und Kommunikationstechnologie Rechnung tragen wollte. Es ging ihm dabei auch um eine effektive Gewährleistung des Jugendschutzes.

Im Hinblick auf die Auffassung, Darstellungen (der Oberbegriff in § 11 III StGB) seien nur körperliche Gebilde von gewisser Dauer, hat der Gesetzgeber klargestellt, dass auch elektronische oder sonstige Datenspeicher, die gedankliche Inhalte verkörpern, die nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte wahrnehmbar werden, den Schriften gleichstehen. Erfasst werden sollten danach nicht nur Datenträger, sondern auch elektronische Arbeitsspeicher.

Das Gericht weitet das Begriffsverständnis des „Verbreitens“ von Inhalten aus: Wegen der vom Gesetzgeber vorgenommenen Gleichstellung des Datenspeichers mit Schriften könne die alte Rechtsprechung, wonach ein Verbreiten von Schriften nur dann vorliege, wenn die Schrift ihrer Substanz nach - und damit körperlich - einem größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten Personenkreis zugänglich gemacht wurde, auf Publikationen im Internet nicht übertragen werden.<sup>505</sup> Dies widerspräche dem gesetzgeberischen Willen, den Jugendschutz gerade auch im Bereich Informations- und Kommunikationstechnologie effektiv zu gewährleisten. Gerade die Einbeziehung des flüchtigen und unkörperlichen Arbeitsspeichers zeige, dass es hier auf eine Verkörperung nicht mehr ankommen soll.

---

505. BGHSt 18, 64; BGH, NJW 1999, 1980; BGHSt 45, 41.

Aus diesem Grund erfordere die Datenübertragung im Internet einen für diese Form der Publikation spezifischen Begriff des „Verbreitens“. Ein Verbreiten im Internet liegt danach dann vor, wenn die Datei auf dem Rechner des Internetnutzers - sei es im (flüchtigen) Arbeitsspeicher oder auf einem (permanenten) Speichermedium - angekommen ist. Dabei ist es unerheblich, ob dieser die Möglichkeit des Zugriffs auf die Daten genutzt, oder ob der Anbieter die Daten übermittelt hat.

Im Hinblick darauf, dass die jeweiligen technischen Vorgänge ineinander übergehen und deswegen kaum praktikabel unterschieden werden können, hat der Senat von einer Differenzierung zwischen einem upload (= Schicken der Daten durch explizite Handlung des Anbieters zum Nutzer) und einem download (= Nutzer holt die angebotenen Daten auf dem Server des Anbieters ab) abgesehen. In diesem Sinne kann es keinen relevanten Unterschied machen, ob der Anbieter - etwa auf ein "Abonnement" des Nutzers - diesen Dateien zusendet, oder ob der Nutzer durch Aktivieren eines Links auf der Internetseite des Anbieters die Dateien anfordert. Denn schon mit dem Einrichten des Links wird der Anbieter aktiv. Die Grenzen verfließen vollends, wenn sich der Nutzer in eine Mailing-Liste des Anbieters einträgt, über die möglicherweise sogar in Form eines "Tauschrings" Dateien gegenseitig zugesandt werden.

Daneben bejahte der BGH auch die Absicht des Angeklagten, die Tat zum Gegenstand von gespeicherten Daten zu machen, die nach § 184 III Nr. 2 StGB zugänglich gemacht werden sollten. Seiner Ansicht nach liegt ein Zugänglichmachen bereits dann vor, wenn eine Datei zum Lesezugriff ins Internet gestellt wird. Es reiche die bloße

Zugriffsmöglichkeit aus. D.h. es sei nicht erforderlich, dass tatsächlich ein Zugriff des Internetnutzers erfolgt.

Schließlich hatte der BGH darüber zu entscheiden, wann Fotos den „sexuellen Missbrauch“ von Kindern enthalten. Bezogen auf den Fall bestimmte er, dass es grundsätzlich nicht auf die Angaben des Verbreiters über das Alter der abgebildeten Person ankommt, weil dann das umfassende, dem vorbeugenden Rechtsgüterschutz dienende Verbot aus §§ 176a II, 184 III StGB durch einfache unwahre Behauptungen des Verbreiters umgehen könnte.<sup>506</sup> Nach Ansicht des BGH liegt das Tatbestandsmerkmal des § 184 III StGB "sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben" stets vor, wenn die Person des tatsächlichen sexuellen Missbrauchs ein Kind ist. Dann komme es auf die Sicht eines verständigen Betrachters nicht mehr an. Begründet wird diese Annahme zum einen mit dem Wortlaut des § 184 III StGB und der Bezugnahme auf die gesetzliche Überschrift des § 176 StGB. Zum anderen spreche auch die ratio legis des § 184 III StGB für dieses Verständnis, da das Verbot der Verbreitung pornographischer Schriften des § 184 StGB zwar in erster Linie dem Jugendschutz dient.

Bei der "harten" Pornographie in § 184 III StGB aber sei dieser Schutz verstärkt worden. Bei der pädophilen Pornographie stehe der Schutz der missbrauchten Kinder im Vordergrund. Erwerber von Kinderpornographie schafften den Anreiz dafür, dass laufend neue einschlägige Schriften hergestellt werden. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Vorschriften des § 184 III, IV StGB auch dem Individualrechtsgüterschutz dienen, nämlich dem Schutz

---

506. So auch BGH, NStZ 2000, 309.

des Kindes davor, als Modell für die Herstellung derartiger Schriften missbraucht zu werden. Das wird auch durch die verschärfte Strafdrohung des § 184 IV StGB (Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens) deutlich.

### **III. Flexibilisierung der Strafbarkeitsvoraussetzungen?**

Die für das Thema dieser Arbeit entscheidende Frage lautet wieder, ob sich in der BGH-Entscheidung zur Kinderpornographie Anhaltspunkte für eine Flexibilisierung rechtsstaatlicher Strukturen zum Zweck der Befriedigung von Strafbarkeitswünschen auffinden lassen. Problematisch erscheint besonders die ausdehnende Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Verbreiten“. Während dabei früher eine körperliche Übergabe erfolgen musste, reicht jetzt eine unkörperliche Übertragung aus. Dieselbe Frage stellt sich auch beim „Zugänglichmachen“, das ebenfalls den Erfordernissen des Internet angepaßt wurde.

In den ersten Stellungnahmen zum Urteil wurde die ausdehnende Interpretation akzeptiert.<sup>507</sup> Vor allem wurde darauf hingewiesen, dass die weite Interpretation sich ohne Probleme mit dem Alltagssprachgebrauch vereinbaren lasse.<sup>508</sup> Dies erscheint überzeugend. Wenn man nicht jede (zulässige) Rechtsprechungsänderung als (unzulässige) Flexibilisierung einstufen will, setzt die Behauptung einer Flexibilisierung voraus, dass rechtsstaatliche Schranken überschritten oder jedenfalls bedroht werden.

---

507. Vgl. vor allem *Kudlich*, Anmerkung, JZ 2002, S. 310 ff., der allerdings bezweifelt, ob die weite Interpretation des „Verbreitens“ und „Zugänglichmachens“ ausreichend sei, um die Kinderpornographie wirksam bekämpfen zu können.

508. *Hörnle*, NJW 2002, S. 1010.

Dementsprechend kann man die weite Auslegung der Tatbestandsmerkmale des „Verbreitens“ und „Zugänglichmachen“ nicht als unzulässige Flexibilisierung des Strafrechts einstufen. Die Gründe hierfür sind im Einzelnen:

Erstens widerspricht die weite Auslegung nicht den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, vor allem nicht dem Gesetzlichkeitsprinzip, welches als der wichtigste Maßstab zur Feststellung einer Flexibilisierung angesehen werden kann. Zweitens spricht gerade das Wortlautargument hier nicht gegen die Auslegung, die der BGH gewählt hat. Hierbei geht es nicht um eine unzulässige Ausdehnung der gesetzlichen Terminologie, sondern vielmehr um eine Anpassung der gesetzlichen Sprachverwendung an den allgemeinen Sprachgebrauch.

Des Weiteren steht das Bestimmtheitsgebot auch einer gewissen Flexibilität der Strafrechtsanwendung nicht entgegen.<sup>509</sup> Das Gesetz darf den Wandel der Gesellschaft nicht ignorieren. Dementsprechend gibt es einen Beurteilungsspielraum für den Richter bei der Auslegung unbestimmter Begriffe. Dies verletzt grundsätzlich nicht die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit. Eine weite Auslegung ist noch keine verbotene Analogie.<sup>510</sup> Im vorliegenden Fall kann der BGH für seine Interpretation auf die teleologische Auslegungsmethode, also die Berücksichtigung des

---

509. *Hassemer*, a.a.O. (Fn. 54), S. 256 ff.

510. Was die Wortlautgrenze angeht, wird sie erst verletzt, „wenn eine Begründung der Auslegung nicht mehr möglich ist.“ (*Yi, S.-D., Wortlautgrenze*, 1992, S. 265 ff.; vgl. *Roxin*, AT I, V § 5, Rn. 38 mit Fn. 59) Dies bedeutet im Ergebnis, eine Unterscheidung von Auslegung und Analogie abzulehnen. Dementsprechend wird dem Richter aufgetragen, nach der Regel „in dubio pro libertate“ oder nach dem Subsidiaritätsprinzip, der Verhältnismäßigkeit, der Schuldprinzip usw. zu entscheiden (*Yi, S.-D., a.a.O., S. 300*).



kriminalpolitischen und gesetzgeberischen Zwecks des § 184 StGB, verweisen.

Abschließend bleibt somit festzuhalten, dass die Entscheidung des BGH, den Begriff des Verbreitens nicht länger auf die körperliche Weitergabe einzuschränken, überzeugt. Es kann sich nicht um eine verbotene Flexibilisierung des Strafrechts handeln.

## **Vierter Teil:**

### **Die wesentlichen Ergebnisse**

## Kapitel 10

Das Computer- und Internetstrafrecht ist ein Paradebeispiel für das moderne Strafrecht, dessen Strukturen *Hassemer, Prittwitz, Hilgendorf* und andere herausgearbeitet haben. Das moderne Strafrecht zeichnet sich u.a. dadurch aus, dass der Gesetzgeber es zur Bewältigung menschengeschaffener Großrisiken einsetzt. Das moderne Strafrecht wird deshalb auch als Risikostrafrecht bezeichnet. Seine Vereinbarkeit mit den rechtsstaatlichen Traditionen des Strafrechts wurde wiederholt in Frage gestellt.

In der vorliegenden Arbeit wurde untersucht, ob sich die Tendenzen zur Aufweichung der rechtsstaatlichen Strukturen, die vor allem *Hassemer* am Beispiel des Umweltstrafrechts und anderer Teilgebiete des modernen Strafrechts aufgezeigt hatte, auch im Computerstrafrecht finden lassen.

Zu diesem Zweck wurde im ersten Teil der Arbeit in Kapitel 1 die gegenwärtige Situation des Strafrechts in soziologischer Perspektive untersucht. Es wurde zu zeigen versucht, dass sich die moderne Risikogesellschaft auf das Strafrecht auszuwirken beginnt.

In Kapitel 2 wurde die Kritik des modernen Strafrechts durch *Winfried Hassemer* in den Blick genommen. Seine Hauptthese lautet, dass sich im modernen Strafrecht eine Tendenz zur Flexibilisierung überkommener rechtsstaatlicher Strukturen zum Zweck der Befriedigung vordergründiger Pönalisierungsbedürfnisse feststellen lässt.

Das 3. Kapitel ist der Rezeption der Kritik *Hassemers* in der deutschen Strafrechtsdogmatik gewidmet. Seine Gedan-

ken sind ganz überwiegend auf Zustimmung gestoßen und wurden weiterentwickelt und differenziert.

Im zweiten Teil der Arbeit geht es um die Frage, ob sich in den positiven Normen des deutschen und koreanischen Computerstrafrechts Tendenzen zu einer Flexibilisierung im *Hassemerschen* Sinne auffinden lassen.

Zuerst wird das deutsche (Kapitel 4) und dann das koreanische (Kapitel 5) Computerstrafrecht untersucht. Das deutsche Computerstrafrecht ist schon sehr differenziert geregelt. Auffällig ist eine Tendenz zur Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (z.B. in § 263a StGB und § 303a StGB). Die Dogmatik hat sich jedoch bemüht, klare Regeln zur Strukturierung dieser unbestimmten Begriffe zu entwickeln, so dass insgesamt nicht von einer durchgehenden Flexibilisierung dieses Rechtsgebiets gesprochen werden kann.

Das neue koreanische Computerstrafrecht (Kapitel 5) lehnt sich eng an das deutsche Vorbild an. Auch hier lassen sich unbestimmte Rechtsbegriffe feststellen. Die Diskussion ist aber noch in vollem Gange. Wegen der rasant fortschreitenden technischen Entwicklung ist es schwierig, die rechtlichen Begriffe eindeutig zu bestimmen.

In Kapitel 6 werden aktuelle Probleme des Computer- und Internetstrafrechts untersucht. Das Interstrafrecht lässt sich als ein Teilgebiet des Computerstrafrechts verstehen. Zentrale Deliktstypen sind die Persönlichkeitsverletzungen, die Verbreitung von Pornographie und anderen jugendgefährdenden Darstellungen, die Verletzung von persönlichen und geschäftlichen Geheimnissen, Datenveränderung und Computersabotage, Urheberrechtsverletzungen und Computerbetrug. Es ist gelungen, diese unterschiedlichen Deliktsformen mit den Normen des bestehen-

den Strafrechts zu erfassen, wobei sich allerdings eine stetige Weiterentwicklung und Ausdifferenzierung der Dogmatik beobachten lässt.

Im dritten Teil der Arbeit werden die drei bisherigen Leitentscheidungen zum Internetstrafrecht „CompuServe“, „Auschwitzlüge“ und „Kinderpornographie“ auf etwaige Flexibilisierungstendenzen hin untersucht.

Diese Urteile zum Internet-Strafrecht haben viel öffentliche Aufmerksamkeit erregt. Im ersten Urteil, dem CompuServe-Fall (Kapitel 7), wird das Problem des § 5 TDG a.F., insbesondere der §§ 5 II, III TDG a.F. erörtert, während im zweiten Urteil, dem Auschwitzlüge-Fall (Kapitel 8), die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 9 StGB das zentrale Problem darstellt. Im dritten Urteil ging es um die Verbreitung von Kinderpornographie im Internet (Kapitel 9).

Sowohl im Urteil des AG München im CompuServe-Fall als auch im Urteil des BGH im Auschwitzlüge-Fall werden die einschlägigen Vorschriften sehr weit ausgelegt, damit auch die Fälle der Internet-Kriminalität von diesen Normen erfasst werden. Aus diesem Grund aber sahen sich diese Urteile erheblicher Kritik aus der Literatur ausgesetzt. Kann man diese Rechtsprechung als eine Flexibilisierung des modernen Strafrechts bezeichnen?

Zwar ist es Aufgabe der Rechtsprechung, Lücken im Gesetz durch Auslegung zu schließen. Vor allem die Entscheidung des BGH im Auschwitzlüge-Fall geht jedoch über das zulässige Maß der Auslegung hinaus. Grenze einer solchen Auslegung muss der Wortlaut der Vorschrift sein. Im Auschwitzlüge-Fall hat sich der BGH über den klaren Wortlaut des § 9 I Var.3 StGB hinweggesetzt. Im Ergebnis erfolgte damit eine Ausweitung des Strafrechts. Aus diesem Grund kann man darin eine Flexibilisierung des mo-

dernen Strafrechts sehen. Dagegen hält sich das Kinderpornographie-Urteil des BGH mit seiner ausdehnenden Interpretation des Merkmals des „Verbreitens“ noch in den Grenzen des allgemeinen Sprachgebrauchs, weshalb man ihm keine unzulässige Flexibilisierung vorwerfen kann.

Trotz der Flexibilisierungstendenzen im Auschwitzlüge-Fall wäre es allerdings übertrieben, wollte man das Internet-Strafrecht pauschal unter den Verdacht einer Abkehr von rechtsstaatlichen Grundsätzen stellen. Die Ausweitungstendenzen, die sich vor allem in dem Bestreben zeigen, die deutsche Strafrechtsjurisdiktion in Fällen von rechtsradikaler Internet-Propaganda weltweit auszuweiten, sind durch die Besonderheiten der deutschen Geschichte motiviert. Sie könnten durch ein Eingreifen des Gesetzgebers und eine Reform des deutschen internationalen Strafrechts, wie es gegenwärtig viele deutsche Strafrechtswissenschaftler fordern, abgefangen werden. Die rechtsstaatlichen Traditionen Deutschlands sind viel zu stark, als dass sie durch vereinzelte Entwicklungen in letztlich neueren Gebieten des Strafrechts unmittelbar gefährdet werden könnten.