



Institute of Georgian, German and
International Criminal Law
ქართული, გერმანული და საერთაშორისო
სისხლის სამართლის ინსტიტუტი



FRIEDRICH NAUMANN
FOUNDATION For Freedom.
South Caucasus

გერმანულ-ქართული სამართლის დიალოგი DEUTSCH-GEORGISCHER RECHTSDIALOG

სისხლის სამართალი და ადამიანის უფლებები STRAFRECHT UND MENSCHENRECHTE

ბაჩანა ჯიშკარიანი (რედ.)
Bachana Jishkariani (Hrsg.)

მარტინ პაულ ვაშმერი (რედ.)
Martin Paul Waßmer (Hrsg.)

ბაჩანა ჯიშკარიანი (რედ.)
Bachana Jishkariani (Hrsg.)

მარტინ პაულ ვაჰმერი (რედ.)
Martin Paul Waßmer (Hrsg.)

გერმანულ-ქართული სამართლის დიალოგი
DEUTSCH-GEORGISCHER RECHTSDIALOG

სისხლის სამართალი და ადამიანის უფლებები
STRAFRECHT UND MENSCHENRECHTE

კონფერენციის მასალები
TAGUNGSBAND



თბილისი
TBILISI
2023

კრებული მომზადებულია ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის ფარგლებში, 2022 წლის 11-12 ნოემბერს გამართული კონფერენციის მასალების საფუძველზე, რომელიც სისხლის სამართალსა და ადამიანის უფლებებს ეხებოდა. კონფერენცია ორგანიზებული იყო საქართველოს უნივერსიტეტის ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტისა (ხელმძღვ. პროფ. ბაჩანა ჯიშკარიანი) და კიოლნის უნივერსიტეტის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტის (პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი) მიერ.

პროექტი განხორციელდა ფრიდრიხ ნუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიაში წარმომადგენლობის ფინანსური მხარდაჭერით.

Diese Band wurde aufgrund der Materialien vorbereitet, die im Rahmen der am 11-12. November 2022 durchgeführten Tagung über das Strafrecht und Menschenrechte bearbeitet wurden. Die Tagung fand in Zusammenarbeit zwischen dem Institut für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht (Leiter: Prof. Dr. Bachana Jishkariani) der University of Georgia und dem Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. Dr. h. c. Martin Paul Wassmer) statt.

Das Projekt, deutsch-georgischer Rechtsdialog, wurde mit finanzieller Unterstützung der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, Büro Südkaukasus, verwirklicht.

დამკაბადონებელი: თამარ ქიტუაშვილი

მთარგმნელები: ლაშა კალანდაძე, რამაზ ვადაჩკორია, ეთუნა ჩაჩანიძე

Übersetzt von Lasha Kalandadze, Ramaz Vadachkoria, Etuna Chachanidze

ყველა უფლება დაცულია. ამ წიგნის არც ერთი ნაწილი (ეს იქნება ტექსტი, ფოტო-ილუსტრაცია თუ სხვა) არანაირი ფორმით და საშუალებით (იქნება ეს ელექტრონული თუ მექანიკური), არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას რედაქტორების წერილობითი ნებართვის გარეშე.

საავტორო უფლებების დარღვევა ისჯება საქართველოს კანონმდებლობით.

© ბაჩანა ჯიშკარიანი, მარტინ პაულ ვასმერი, 2023



გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას №75; ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

ელ-ფოსტა: Lawyers.world@yahoo.com;

ვებ-გვერდი: www.law.ge

www.facebook.com/PublishingWorldofLawyers

ISBN 978-9941-9778-9-3

კრეზულის ავტორები

ბაჩანა ჯიშკარიანი, LL.M. (München), კრეზულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტის ხელმძღვანელი, საქართველოს უნივერსიტეტი

მარტინ პაულ ვასმერი, კრეზულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის (საპატიო) დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტი, კიოლნის უნივერსიტეტი

ვერნერ შრიოდერი, LL.M. (Berkeley), სამართლის დოქტორი, პროფესორი, ინსბრუკის უნივერსიტეტის ევროპული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტის ხელმძღვანელი

ფრანკ ციმერმანი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, გერმანული და ევროპული სისხლის სამართლის, ასევე დიგიტალიზაციის სისხლისსამართლებრივი გამოწვევების საპროფესორო, მიუნსტერის ვესტფალიის ვილჰელმის უნივერსიტეტი

დავით ზედელაშვილი, კვლევითი ინსტიტუტი Gnomon Wise, საქართველოს უნივერსიტეტი

სერგი ჯორბენაძე, სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი, გრიგოლ რობაქიძის უნივერსიტეტი, ადვოკატი

კონსტანტინა პაპათანასიო, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, ეკონომიკური სისხლის სამართლის, Compliance-ისა და დიგიტალიზაციის კათედრა, ლიხტენშტაინის უნივერსიტეტი

ანე შნაიდერი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, გერმანული, ევროპული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის კათედრა, დიუსელდორფის უნივერსიტეტი

იორგ აიზელე, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, გერმანული და ევროპული სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესის, ეკონომიკური სისხლის სამართლისა და კომპიუტერული სისხლის სამართლის კათედრა, ტიუბინგენის უნივერსიტეტი

AUTORENVERZEICHNIS

Prof. Dr. **Bachana Jishkariani**, LL.M. (München), Herausgeber, Leiter des Instituts für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht, University of Georgia

Prof. Dr. Dr. h. c. **Martin Paul Waßmer**, Herausgeber, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität zu Köln

Prof. Dr. **Werner Schroeder** LL.M. (Berkeley), Leiter des Instituts für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck

Prof. **Dr. Frank Zimmermann**, Professur für deutsches und europäisches Strafrecht sowie strafrechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, Westfälische-Wilhelms-Universität Münster

Davit Zedelashvili, Forschungsinstitut Gnomon Wise, University of Georgia

Assoz. Prof. Dr. **Sergi Jorbenadze**, Grigol Robakidze Universität, Rechtsanwalt

Prof. Dr. **Konstantina Papathanasiou**, Lehrstuhl für Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung, Universität Liechtenstein

Prof. Dr. **Anne Schneider**, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Universität Düsseldorf

Prof. Dr. **Jörg Eisele**, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht, Universität Tübingen

სარჩევი

კრებულის ავტორები	3
AUTORENVERZEICHNIS	4
კანონის უზენაესობა და სასაპარტელო სისხლის დამოუკიდებლობა	7
სისხლის სამართლისა და სიძვიისა და შვიკრების თავისუფლების ურთიერთმიმართება გერმანიაში პოლიტიკური დემონსტრაციების დროს	23
გამოხატვის თავისუფლება საქართველოში – ძლიერი კონსტიტუციური დაცვის ნაცრისფერი ხვრელები.....	53
სოციალური ქსელები და გამოხატვის თავისუფლება გერმანიაში	65
სოციალურ მედიაში განხორციელებული ცილისწამება და უფლების დაცვის საშუალებები ქართულ სასაპარტელო პრაქტიკაში	88
ბლოკაინი და სისხლის სამართალი – გამოწვევები და შანსები.....	100
კიბერ-ბრუნინგი გერმანიაში და ევროკავშირში	118
კიბერ-ადევნების დასაბდობა გერმანიაში	134
ადევნება ქართულ სისხლის სამართალში	145

RECHTSSTAATLICHKEIT UND UNABHÄNGIGKEIT DER JUSTIZ	157
DAS VERHÄLTNIS VON STRAFRECHT UND MEINUNGS- BZW. VERSAMMLUNGSFREIHEIT BEI POLITISCHEN DEMONSTRATIONEN IN DEUTSCHLAND	169
MEINUNGSFREIHEIT IN GEORGIEN – GRAUZONEN EINES STARKEN VERFASSUNGSMÄSSIGEN SCHUTZES	193
SOZIALE NETZWERKE UND MEINUNGSFREIHEIT IN DEUTSCHLAND	203
EHRVERLETZUNGEN IN SOZIALEN MEDIEN UND RECHTSSCHUTZMECHANISMEN IN DER GEORGISCHEN GERICHTSPRAXIS	221
BLOCKCHAIN UND STRAFRECHT – HERAUSFORDERUNGEN UND CHANCEN	231
CYBERGROOMING IN DEUTSCHLAND UND IN DER EU	247
STRAFBARKEIT DES CYBERSTALKINGS IN DEUTSCHLAND	260
NACHSTELLUNG IM GEORGISCHEN STRAFRECHT	270

კანონის უზენაესობა და სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობა ¹

პროფ. დოქ. ვერნერ შრიოდერი, ინსბრუკის უნივერსიტეტი

I. მოსამართლის დამოუკიდებლობის მნიშვნელობა ევროპაში

*„სასამართლოს დამოუკიდებლობა არის თანამედროვე
სამართლებრივი სახელმწიფოს არსებითი ნიშანი“.²*

სასამართლოს დამოუკიდებლობა თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფოს მონაპოვარია, რომელშიც მოსამართლე გვევლინება არა მმართველი თუ რომელიმე მხარის/პოლიტიკური პარტიის საყვირად, არამედ, ხელისუფლების დანაწილების გადმოსახედიდან, კანონის განმარტებისა და გამოყენების მიუკერძოებელ და მეთოდურად კორექტულ ავტორად.³

მოსამართლის დამოუკიდებლობის საკითხი განიხილება წინამდებარე სტატიაში ევროპული პერსპექტივიდან, რამეთუ ეს გონივრულია გერმანიასა და საქართველოს შორის სამართალშედარებითი თვალსაზრისით. მიუხედავად იმისა, რომ მოსამართლის დამოუკიდებლობა ევროპის კავშირის წევრ სახელმწიფოებში გარანტირებულია კონსტიტუციურ-სამართლებრივად (მაგალითად, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის 97-ე მუხლი), ამ პრინციპის ძირითად პარამეტრებს მაინც განსაზღვრავს ევროპული სამართალი. გერმანია არის ევროპის კავშირის წევრი სახელმწიფო, ასევე ევროპის საბჭოს წევრი და, შესაბამისად, მიერთებულია ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა

1 მოხსენების წერილობითი ვერსია, რომელიც სტატიის ავტორმა წაიკითხა 2022წ. 11 ნოემბერს თბილისში გამართულ „ქართულ-გერმანულ სამართლებრივ დიალოგზე: სისხლის სამართალი და ადამიანის უფლებები“, საქართველოს უნივერსიტეტი, თბილისი.

2 *Säcker*, Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung, NJW 2018, 2375, 2375.

3 მოსამართლის დამოუკიდებლობის ძირითადი საფუძვლები: *Tiede*, Judicial Independence: Often Cited, Rarely Understood, Journal of Contemporary Legal Issues, 129.

დაცვის ევროპულ კონვენციაზე. საქართველო კი, როგორც ევროსაბჭოს წევრი, ანალოგიურად მიერთებულია ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაზე და სურს ასევე ევროკავშირში გაწევრება.

ძალიან მოკრძალებული და მწირია ევროპული სამართლის გამონათქვამები „სასამართლო დამოუკიდებლობაზე“. ევროსაბჭოს წესდების მე-3 მუხლი საუბრობს „სამართლის უპირატესობაზე“, ხოლო ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტი კი ანესრიგებს „საქმის სამართლიანი და საქვეყნოდ განხილვის უფლებით კანონის საფუძველზე შექმნილი დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი სასამართლოს მიერ“ პრინციპს. ევროკავშირის სამართალში კანონის უზენაესობა, როგორც ძირითადი ღირებულება, გამყარებულია ევროკავშირის ხელშეკრულების (EUV) მე-2 მუხლში.⁴ ევროკავშირის ხელშეკრულების 49-ე მუხლის თანახმად კი, კანდიდატმა ქვეყანამ უნდა გაითვალისწინოს ეს ღირებულებები და ხელი შეუწყოს მათ დანერგვას. ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტი განსაზღვრავს, რომ წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა უზრუნველყონ ეფექტური სამართლებრივი დაცვა „ევროკავშირის სამართლით მოცულ სფეროებში“.⁵ ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის (GRCh) 47-ე მუხლი კი უზრუნველყოფს „ქმედითი და ეფექტური გასაჩივრების უფლებას“ დამოუკიდებელი, მიუკერძოებელი, კანონის საფუძველზე შექმნილი სასამართლოს მიერ.⁶ საქართველოსა და ევროკავშირის შორის ასოცირების შეთანხმებაშიც საუბარია სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობაზე (მე-4 მუხლის მოთხოვნაა, „...განაგრძონ პროგრესი სასამართლო და სამართლებრივი რეფორმის კუთხით, რათა გარანტირებულ იქნეს სასამართლოს დამოუკიდებლობა...“, მე-13 მუხლი კი განსაზღვრავს: „თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და მართლმსაჯულების სფეროში თანამშრომლობისას, მხარეები განსაკუთრებულ ყურადღებას გაამახვილებენ კანონის უზენაესობის შემდგომ ხელშეწყობაზე, მათ

4 სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის ევროკავშირის ძირითად ღირებულებად ჩამოყალიბებაზე იხ. *Giegerich*, Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten, ZEuS 2019, 61, 64 ff.

5 ამასთან დაკავშირებით იხ. *Payandeh*, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, 481, 483.

6 ამასთან დაკავშირებით იხ. *Payandeh* (Rn. 4), 482-ე და შემდგომ გვერდები.

შორის, სასამართლოს დამოუკიდებლობაზე, მართლმსაჯულების ხელმისაწვდომობასა და სამართლიანი სასამართლოს უფლებებზე“).

II. მოსამართლის დამოუკიდებლობის მინიმალური ევროპული სტანდარტი

მოსამართლის დამოუკიდებლობა, როგორც კანონის უზენაესობის ნაწილი და ძირითადი უფლება, უკვე მრავალი ათწლეულია, დაცულია ევროსაბჭოსა და ევროკავშირში. ეს ტრადიცია დამკვიდრდა მთელს ევროპაში 1990 წლის შემდეგ. თუმცა, ბოლო პერიოდში, ევროპულ სახელმწიფოებში, მიმდინარეობს თავდასხმა მოსამართლის დამოუკიდებლობაზე, რომელსაც ახორციელებენ ამ სახელმწიფოების მთავრობები თუ პარლამენტები. „კანონის უზენაესობის დეგრადაცია“ („rule of law backsliding“),⁷ ანუ, სამართლებრივი სახელმწიფოს სტანდარტების რეგრესი, გამოიხატება, უპირველეს ყოვლისა, მოსამართლეთა დანიშვნაზე, დანიშნულებაზე, დისციპლინურ დევნასა და გადაყვანაზე მასიური პოლიტიკური ზეგავლენის/ჩარევის სახით. პირველ რიგში, იგულისხმება პოლონეთი, რომელმაც, 2015 წლიდან მოყოლებული, განახორციელა სხვადასხვა სახის ე.წ. „სასამართლო რეფორმა“⁸ – ვითომდა მართლმსაჯულების სფეროს კომუნისტური მოსამართლეებისაგან გასათავისუფლებლად. კერძოდ, სხვადასხვა სახის ახალი კანონებით, რომლებიც ეხება საკონსტიტუციო სასამართლოსა და საერთო სასამართლოების დაკომპლექტების წესს; უზენაეს სასამართლოში სადისციპლინო პალატის ჩამოყალიბებას. ამ უკანასკნელს აქვს მიღებული გადაწყვეტილებების გადახედვისა და მათი სხვა პალატებზე დელეგირებისა და მოსამართლეთა დისციპლინური

7 *Pech/Scheppele*, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, CYELS 2017, 3, 5.

8 ამასთან დაკავშირებით იხ. *Pech*, *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, *VerfBlog*, 2023/1/17, <https://verfassungsblog.de/7-years-later-poland-as-a-legal-black-hole/>; *Pech*, *Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law)*, *VerfBlog*, 2021/7/20, <https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-political-control/>; *Pech/Wachowicz/Mazur*, *1825 Days Later: The End of the Rule of Law in Poland (Part I)*, *VerfBlog*, 2021/1/13, <https://verfassungsblog.de/1825-days-later-the-end-of-the-rule-of-law-in-poland-part-i/>; *Burst*, *Die polnischen Justizreformen ab 2015: Eine Analyse auf Grundlage der EMRK*, *StudZR Wissenschaft Online* 2022, 139, 140 ff.

დევნის უფლებამოსილება. თუმცა, სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობა დიდ რყევებს განიცდის ასევე უნგრეთსა და რუმინეთშიც.

როგორ რეაგირებს ევროპა, ანუ, ევროსაბჭო და ევროკავშირი ამ პროცესებზე? უპირველეს ყოვლისა, პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ სასამართლო სისტემებისა და კონსტიტუციური მართლწესრიგის სიმრავლის გამო, ევროპაში გართულებულია ერთიანი მასშტაბების ჩამოყალიბება, რომელთა საფუძველზეც მოხერხდებოდა იმის შეფასება, არის თუ არა საფრთხის ქვეშ კონკრეტული ქვეყნის მოსამართლის დამოუკიდებლობა. მართლაც უდიდესი განსხვავება არსებობს „დამკვიდრებულ“ და „ახალი“ ევროპული სამართლებრივი სახელმწიფოების სასამართლო სისტემებს შორის, ანუ, დასავლეთსა და აღმოსავლეთს შორის.⁹ ევროპული სამართალი, მოსამართლის დამოუკიდებლობის დასაცავად, შემოიფარგლება მხოლოდ მინიმალური სტანდარტების განსაზღვრით. წევრ სახელმწიფოებს რჩებათ სასამართლო სისტემის სხვადასხვაგვარად მოწყობის დისკრეცია, რომელიც მათ გააჩნიათ ეროვნული კონსტიტუციური წესრიგის ფარგლებში. ყოველივე ეს დაცული და მოწესრიგებულია ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტით. სამართლებრივი სახელმწიფოს ევროპული პრინციპი არ აკისრებს წევრ სახელმწიფოებს გარკვეული სასამართლო მოდელის დანერგვის ვალდებულებას.¹⁰

და ბოლოს, სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის ეს მინიმალური ევროპული სტანდარტი არის ევროპული სასამართლო ხელისუფლების საქმიანობის შედეგი. კერძოდ, ეს გახლავთ სტრასბურგში მდებარე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო და ლუქსემბურგში მდებარე მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო.¹¹ ორივე სასამართლო ჩამოყალიბდა გასულ წლებში, როგორც ევროპაში მოსამარ-

9 Sanders, Richterliche Unabhängigkeit in Europa – aktuelle Entwicklungen, DRIZ 2021, 280, 280.

10 Giegerich (Rn. 3), 73; იხ. ასევე Czerniak, The (lack of) consequences of reasonable doubts on the independence of the judiciary system on cooperation in criminal matters in the EU, Revista Brasileira de Direito Processual Penal 2022, 85, 91.

11 ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო პრაქტიკის ურთიერთქმედებაზე იხ. Spano, The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary, ELJ 2021, 211, 223 ff.

თლის დამოუკიდებლობის გარანტი.¹² ამასთანავე, შეინიშნება ევროსაბჭოს, ანუ, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის სახით, მოქმედი სამართლებრივი სტანდარტების ევროკავშირის სტანდარტებთან ჰარმონიზაციის ტენდენცია. ევროსაბჭოს წევრმა სახელმწიფოებმა და იმ სახელმწიფოებმა, რომელთაც სურთ ევროკავშირში შესვლა (მაგალითად, საქართველო), ისედაც უნდა მოახდინონ ევროკავშირის მოთხოვნის – სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფა.

III. სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის პრინციპი ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაში

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტი განსაზღვრავს: „ყოველი ადამიანი, მისი სამოქალაქო ხასიათის უფლებებისა და მოვალეობების, ან მისთვის წარდგენილი სისხლისსამართლებრივი ბრალდების საფუძვლიანობის გამორკვევისას, აღჭურვილია, გონივრულ ვადაში, მისი საქმის სამართლიანი და საქვეყნოდ განხილვის უფლებით, კანონის საფუძველზე შექმნილი დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი სასამართლოს მიერ.“

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია განასხვავებს დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის ორ ძირითად ნიშანს: (1) დამოუკიდებლობა ვრცელდება სასამართლოს, როგორც ხელისუფლების ერთ-ერთი შტოს, სხვა სახელისუფლებო შტოებთან ურთიერთქმედებაზე, ანუ, გარე ზეგავლენისაგან დაცვაზე; (2) იმავდროულად, მიუკერძოებლობა მოითხოვს სასამართლოს დისტანცირებას მოდავე მხარეებისა და დავის საგნისაგან. სასამართლოს დამოუკიდებლობა, უპირველეს ყოვლისა, უნდა შემონმდეს აღმასრულებელ ხელისუფლებასთან,¹³ ასევე საკანონმდებლო ხელისუფლებასთან ურთიერთქმედების კუთხით.¹⁴ სასამართლოს წევრების დანიშვნა აღმასრულებელი ხელისუფლების მიერ

12 *Jelić/Kapetanakis*, European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR, HJRL 2021, 45, 57.

13 EGMR, 18. 10. 2018 – Thiam/FRA, Nr. 80018/12, Z. 71 ff.

14 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 Rdn. 35.

არ ეწინააღმდეგება მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპს, იმ შემთხვევაში, თუ თითოეული მოსამართლე დამოუკიდებლად, მითითებების გარეშე, შეასრულებს მასზე ნაკისრ ვალდებულებებს.¹⁵ დანიშვნის პროცესში აღმასრულებელი ხელისუფლების ჩართულობა ავტომატურად არ წარმოშობს მოსამართლეთა დამოუკიდებულებასა და მორჩილებას.¹⁶ ასევე, შეიძლება ითქვას, რომ დანიშვნის გადაწყვეტილების პარლამენტზე დელეგირება აპრიორი არ იცავს მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპს. სასამართლოს დამოუკიდებლობა კი მეტწილად დამოკიდებულია უფლებამოსილების ვადასა და გათავისუფლების დაუშვებლობაზე. შესაძლოა, მოსამართლის უფლებამოსილება არ იყოს უვადო, თუმცა ეს უნდა იყოს ის პერიოდი, რომელიც უზრუნველყოფს გარკვეულ სტაბილურობას.¹⁷ გადამწყვეტი კრიტერიუმია სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის დე იურე და დე ფაქტო უზრუნველყოფა.¹⁸

მოსამართლის უფლებამოსილების ვადის მოქმედების ფარგლებში, მოსამართლის გათავისუფლება დასაშვები შეიძლება იყოს მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში, განსაკუთრებული გარემოებებისა თუ მიზეზების არსებობისას, რომლებიც განსაზღვრულია ზუსტად ჩამოყალიბებული ფაქტობრივი გარემოებების სახით.¹⁹ მართალია, ძირითადად, დასაშვებია „ლუსტრაციის წარმოება“, ანუ, ყოფილ კომუნისტურ ქვეყნებში, სასამართლო სისტემის დეკომუნიზაცია, თუმცა, მხოლოდ და მხოლოდ კონკრეტული მოსამართლეების მიმართ გონივრული მომწესრიგებელი ნორმების არსებობის შემთხვევაში.²⁰ სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობა უზრუნველყოფადია ასევე მოსამართლის საქმიანობითაც. ამდენად, მოსამართლე აბსოლუტურად თავისუფალი უნდა იყოს ყოველგვარი დიქტატისაგან.²¹

15 EGMR 28. 6. 1984 – Campbell u. Fell/UK, Nr. 7819/77, Z. 79.

16 *Czerniak* (სქოლიო 9), 94.

17 EGMR – Campbell u. Fell/UK, (Rn. 14), Z. 80.

18 *Spano* (სქოლიო 10), 218 f.; ამასთან დაკავშირებით იხ. ასევე *Melton/Ginsburg*, Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence, *Journal of Law and Courts* 2014, 187.

19 EGMR, 21. 7. 2009 – Luka/ROM, Nr. 34197/02, Z. 44.

20 EGMR, 24. 4. 2007 – Matyjek/POL, Nr. 38184/03, Z. 55 ff.; პოლონეთის ლუსტრაციის კანონთან დაკავშირებით იხ. ასევე *Burst* (Rn. 7), 147 f.

21 EGMR – Campbell u. Fell/UK, (Fn. 14), Z. 78.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლი წარმოადგენს ძირითად უფლებას: აღნიშნული ნორმის გამოყენება დასაშვებია ასევე ინდივიდუალური საჩივრის წარსადგენად. თუმცა, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია არ არის მაინცდამაინც ქმედითი დოკუმენტი, ცალკეულ სახელმწიფოებში კანონის უზენაესობის მხრივ არსებული სისტემური პრობლემების მიმართ სანქციების განსახორციელებლად. ამას გარდა, სამართალწარმოების გაჭიანურება ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში განაპირობებს იმას, რომ ინდივიდუალური ბიანის ანაზღაურების შემთხვევებში, ხშირად შეუძლებელია გარკვეული ცვლილებების (მაგალითად, მოსამართლის სხვაგან გადაყვანა და გათავისუფლება) თავიდან აცილება.²² აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ, მაგალითად, პოლონეთი უარს აცხადებს, ე.წ. „სასამართლო რეფორმებთან“ დაკავშირებული ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებების აღსრულებაზე. აქაც ვლინდება, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციას მხოლოდ შებლუდულად ხელეწიფება „კანონის უზენაესობის დეგრადაციის“ (სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის კონტექსტში) თავიდან აცილება.

IV. სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის პრინციპის ასახვა ევროკავშირის სამართალში

ევროკავშირის სამართალი უფრო მეტად ეფექტურია, ვიდრე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, მხოლოდ იმიტომ, რომ ის დგას ეროვნულ კონსტიტუციურ სამართალზე მაღლა, გამოიყენება რა საკუთარი ინიციატივით, როგორც წესი, პირდაპირ ეროვნული პარლამენტის, სასამართლოსა და კომპეტენტური უწყებების მიერ.²³ ამას გარდა, ევროკავშირის გააჩნია მთელი რიგი ინსტრუმენტებისა, რათა მოახდინოს ცალკეული დარღვევების სანქცირება წევრი სახელმწიფოების მიერ სხვადასხვა სახით (ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-2 მუხლი – „კანონის უზენაესობა“,

22 Sanders (სქოლიო 8), 281.

23 ამასთან დაკავშირებით იხ. Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 5 Rdn. 14 ff. und 25 ff.

მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტი - „ეფექტური უფლებადაცვა“, ასევე ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის 47-ე მუხლი – „ეფექტური გასაჩივრების უფლება“ კანონის საფუძველზე შექმნილი, დამოუკიდებელი, მიუკერძოებელი სასამართლოს მიერ) უზრუნველყოფილი მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპის წყალობით.

მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ პირველად 2018 წელს იმსჯელა ერთ-ერთი წევრი სახელმწიფოს მხრიდან სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობაში ჩარევამ და მიიღო შესაბამისი გადაწყვეტილება (Rs. C-64/16, ASJP²⁴). პორტუგალიელმა კანონმდებელმა მაშინ დროებით, თუმცა მასიურად, განახორციელა მოსამართლეთა თანამდებობრივი სარგოს შემცირება, სახელმწიფო საბიუჯეტო დეფიციტის აღმოსაფხვრელად. პორტუგალიელ მოსამართლეთა პროფკავშირებმა აღძრა სარჩელი ადმინისტრაციულ საქმეთა სასამართლოში აღნიშნული ცვლილების წინააღმდეგ და განაცხადა, რომ ეს ეწინააღმდეგებოდა ევროკავშირის სადამფუძნებლო ხელშეკრულებებით უზრუნველყოფილი მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპს. მართლმსაჯულების სასამართლომ თავისი „საკვანძო გადაწყვეტილება“²⁵ შემდეგნაირად დაასაბუთა: ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-2 მუხლით უზრუნველყოფილი კანონის უზენაესობის პრინციპი განეკუთვნება ევროკავშირის იმ ძირითად ღირებულებებს, რომლებსაც იზიარებს ყველა წევრი სახელმწიფო;²⁶

ევროკავშირი არის ყოვლისმომცველი სასამართლო უფლებადაცვის მქონე სამართლებრივი კავშირი/გაერთიანება (ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის 47-ე მუხლი);²⁷

ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის მეორე ქვეპუნქტი, რომლითაც ხდება კანონის უზენაესობის ძირითადი ღირებულების დაკონკრეტება (ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-2 მუხლი), ახდენს უფლებადაცვის ამ კომპეტენციის დელეგირებას ეროვნულ სასა-

24 EuGH – Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117; ამ გადაწყვეტილებასთან დაკავშ. იხ. ასევე *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 11), 48 f.

25 *Giegerich* (Fn. 3), 74.

26 EuGH – Associação Sindical dos Juízes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 30.

27 EuGH – Associação Sindical dos Juízes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 31.

მართლობე, მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოსთან ერთად²⁸ და ბოლოს, ეფექტური უფლებადაცვის წინაპირობაა სასამართლოს დამოუკიდებლობა, რის გამოც წევრმა სახელმწიფომ უნდა იზრუნოს მის ჩამოყალიბებაზე.²⁹

საბოლოოდ, სასამართლომ არ გაიზიარა ის მოსაზრება, რომ თითქოსდა ხელფასების დროებითი შემცირება საფრთხის ქვეშ აყენებდა პორტუგალიელ მოსამართლეთა დამოუკიდებლობას. გადაწყვეტილების განსაკუთრებული მნიშვნელობა კი მდგომარეობს იმაში, რომ მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო ხაზს უსვამს მოსამართლის დამოუკიდებლობის ფუნდამენტალურ მნიშვნელობას ევროკავშირისა და მისი წევრი სახელმწიფოების კანონის უზენაესობის უზრუნველსაყოფად (ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-2 მუხლი). გარდა ამისა, სასამართლო მიუთითებს სასამართლოს დამოუკიდებლობას, ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტსა და ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის 47-ე მუხლში გამყარებულ ეფექტური უფლებადაცვის პრინციპის უზრუნველყოფას შორის ურთიერთკავშირზე, აცხადებს რა, რომ ეფექტური უფლებადაცვა უზრუნველყოფა დია მხოლოდ დამოუკიდებელი სასამართლოს მეშვეობით.³⁰

V. სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის მნიშვნელობა ევროკავშირის სამართალში

ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-2 მუხლი და მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტისა და ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის 47-ე მუხლის ერთმანეთთან კომბინირება ზრუნავს იმაზე, რომ მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპი არა მხოლოდ თითოეული ინდივიდის ძირითადი კონსტიტუციური უფლებაა, არამედ წევრი სახელმწიფოების ობიექტური ვალდებულებაცაა,³¹ რომელიც უფრო მარტივად

28 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 32.

29 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 41.

30 *Czerniak* (Fn. 9), 90.

31 *Payandeh* (Fn. 4), 483.

და ეფექტურად განხორციელებაღია, ვიდრე ეს ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციით არის შესაძლებელი. კერძოდ, ევროკომისია უფლებამოსილია დაიწყოს ცალკეული წევრი სახელმწიფოების წინააღმდეგ ხელშეკრულების დარღვევის გამო საქმისწარმოება (ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების (AEUV) 258-ე მუხლი). ამას გარდა, მნიშვნელოვანია ასევე მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები, განსაკუთრებით კი, წინარე გადაწყვეტილებების სახით, რომელთა ინიცირება ხდება ეროვნული სასამართლოს მიმართვის საფუძველზე (ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების 267-ე მუხლი). მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო ასევე ხაზს უსვამს მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპის გადამწყვეტ მნიშვნელობას ევროკავშირის უფლებადაცვის მთლიანი სისტემის კონტექსტში. წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა დაიცვან სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპები.

წევრი სახელმწიფოების მხრიდან კანონის უზენაესობის მიმართ ორმხრივი ნდობა უმნიშვნელოვანესი წინაპირობაა წევრი სახელმწიფოების მართლმსაჯულების ორგანოებს შორის სისხლის სამართლის სფეროში თანამშრომლობის გასაძლიერებლად (მაგალითად, 2002/584/JI ჩარჩო-გადაწყვეტილების საფუძველზე, დაპატიმრების ევროპული ბრძანების აღსასრულებლად).³² როგორც ცნობილია, რომელიმე წევრი სახელმწიფოს მიერ გაცემული დაპატიმრების ევროპული ბრძანება, როგორც წესი, ორმხრივი ურთიერთალიარების პრინციპის საფუძველზე, ექვემდებარება აღსრულებას ყველა დანარჩენ წევრ სახელმწიფოში. აღსრულების ეს ავტომატიზმი შეიძლება ძალადაკარგულად გამოაცხადოს მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ „ექსტრაორდინალური გარემოებების“³³ არსებობისას (თუმცა, 2002/584/JI ჩარჩო-გადაწყვეტილების სიტყვა-სიტყვითი შინაარსი არ იძლევა ამის საშუალებას).

იგივე წესი მოქმედებს მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის თანახმად (Rs. C-216/18 PPU LM)³⁴, ასევე, როცა დაპატიმრების ევროპული ბრძანების გამცემი სახელმწიფო თავადვე არღვევს მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპს, რომელსაც უდიდესი მნიშვნელობა

32 ABI. EU L 190 v. 18.7.2002, S. 1.

33 EuGH – LM, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rdn. 73.

34 EuGH – LM (Fn. 32).

აქვს კანონის უმენაესობის ღირებულების დასაცავად. მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებაში საუბარია დაპატიმრების ევროპული ბრძანების აღსრულებაზე, რომელიც გასცა პოლონურმა სასამართლომ ირლანდიაში დაკავებული პირის მიმართ, მათ შორის, ნარკოვაჭრობის ბრალდებით. დაკავებულმა პირმა განაცხადა, რომ მას პოლონეთში განხორციელებული „სასამართლო რეფორმის“ გამო, სამართლიანი სასამართლოს პრინციპის დარღვევის საფრთხე ემუქრებოდა. მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრაქტიკით, დაპატიმრების ევროპული ბრძანების ორმხრივი ურთიერთაღიარების პრინციპი შეიძლება გაუქმდეს და ძალადაკარგულად გამოცხადდეს მაშინ, როდესაც დაპატიმრების ბრძანების გამომცემ სახელმწიფოში, არა უბრალოდ არსებობს სამართლებრივი სახელმწიფოს სისტემატური ხარვეზები (როგორც ეს დანამდვილებით ხდება პოლონეთში), არამედ ცალსახად არსებობს რეალური საფრთხე, რომ კონკრეტული დაინტერესებული პირის ძირითადი უფლება შეიძლება დაირღვეს მოცემულ შემთხვევაში, რაც საჭიროებს კონკრეტული საქმის ფაქტობრივი გარემოებების საფუძვლიანად გადამოწმებას.³⁵ ვინაიდან ყოველივე საკმაოდ რთული დასამტკიცებელია, სასამართლოს დამოუკიდებლობის პრინციპის სისტემატური დარღვევა, მხოლოდ გამონაკლისის სახით, აისახება დაპატიმრების ევროპული ბრძანების აღსრულებაზე.

VI. მოსამართლის დამოუკიდებლობის კრიტერიუმები ევროკავშირის სამართალში

მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ შეიმუშავა (აღამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის საფუძველზე) მთელი რიგი კრიტერიუმებისა, რომლებიც გადამწყვეტია მოსამართლის დამოუკიდებლობის უზრუნველსაყოფად. სასამართლოს აზრით, დამოუკიდებლობის წინაპირობაა, უპირველეს ყოვლისა, რომ აღნიშნულმა დაწესებულებამ სრული ავტონომიით განახორციელოს სასამართლო ფუნქციები, ისე, რომ იერარქიულად არ უკავშირდებოდეს ან ექვემდებარებოდეს რო-

35 EuGH – LM (Fn. 32), Rdn. 61 და 68; იხ. ასევე *Czerniak* (Fn. 9), 97 ff. და *Giegerich* (Fn. 3), 97 ff.

მელიმე სხვა უწყებას, არ იღებდეს რომელიმე უწყებიდან მითითებებსა თუ განკარგულებებს, დაცული იყოს რაიმე სახის ჩარევისა ან ზეგავლენისაგან, რამაც შეიძლება საფრთხე შეუქმნას მისი წევრების მიერ მიღებული გადაწყვეტილების დამოუკიდებლობას.³⁶

მოსამართლეთა პენსიაზე გაშვების საყოველთაო იძულება (საპენსიო ასაკის დაწვეით, როგორც ეს მოხდა პოლონეთში) ეწინააღმდეგება სასამართლოს დამოუკიდებლობის პრინციპს, მეტადრე, როდესაც ყოველივე ხორციელდება სასამართლო სისტემის რეფორმის შემდგომი რეგულაციების კონტექსტში. ამის შედეგად, პოლონეთის პრეზიდენტს აქვს დისკრეციული უფლებამოსილება, გადაწყვიტოს, თუ რომელმა მოსამართლემ, საპენსიო ასაკის მიღწევის მიუხედავად, შეიძლება გააგრძელოს სამოსამართლო საქმიანობა.³⁷

ყოველად დაუშვებელია უზენაეს სასამართლოში იმგვარი დისციპლინური პალატის ჩამოყალიბება, რომელსაც აქვს მოსამართლეთა გათავისუფლების კომპეტენცია, თუმცა იმავდროულად თავად არ არის დამოუკიდებელი ორგანო, ექვემდებარება რა პოლონეთის აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლების დიქტატს. მეტადრე, როდესაც მოსამართლეებს, არ აქვთ დისციპლინური პალატის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებებისა და დაკისრებული დისციპლინური ზომების გასაჩივრების უფლება.³⁸

მოსამართლის სხვა სასამართლოში მისი ნების საწინააღმდეგო გადაყვანამაც შეიძლება დაარღვიოს მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპი. ეს შეიძლება იქცეს სასამართლო გადაწყვეტილებების შინაარსობრივი კონტროლის საშუალებად, რამეთუ ამას შეიძლება ჰქონდეს სერიოზული ზეგავლენა მოსამართლის ცხოვრებასა და პროფესიულ საქმიანობაზე, მათ შორის, დისციპლინური სახდელის დაკისრების სახით. მსგავსი გადაწყვეტილება უნდა მიიღებოდეს მხოლოდ დასაბუთებულ შემთხვევებში და უნდა იყოს გასაჩივრებადი. ამასთან, გადამწყვეტია აღნიშნული ღონისძიების ფონი. მაგალითად, მოსამართლის სხვაგან გადაყვანა ეწინააღმდეგება მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპს იმ

36 EuGH – Associação Sindical dos Juízes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 44.

37 EuGH – Kommission/Polen, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rdn. 124.

38 EuGH – Kommission/Polen, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, Rdn. 235.

შემთხვევაში, თუ ეს არის რეაქცია მოსამართლის მხრიდან რაიმე სახის კრიტიკულ გამონათქვამებზე.³⁹

VII. მოსამართლის დამოუკიდებლობის გაზომვა ევროკავშირის სამართალში

2020 წლიდან ევროკავშირში არსებობს ევროკომისიის კანონის უზენაესობის ანგარიში,⁴⁰ რომელიც შეიცავს წევრი სახელმწიფოების ოთხი საკვანძო სფეროს კანონის უზენაესობის ანალიზს, მათ შორის, სასამართლო სისტემის სფეროში. 2022 წლის ანგარიშში ასახულია ცალკეული წევრი სახელმწიფოებისათვის სპეციფიური რეკომენდაციები. ანგარიშის მნიშვნელოვანი ნაწილი ეძღვნება ცალკეულ სახელმწიფოებში განხორციელებულ ან დაგეგმილ სასამართლო რეფორმებს სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის გასაძლიერებლად. მაგალითად, სასამართლო სფეროში გაუმჯობესებული დანიშვნის/შერჩევის პროცედურის ან პროკურატურის ავტონომიის გასაძლიერებლად. სწორედ ამიტომ, გერმანიაზე უნდა ითქვას, რომ აუცილებელია რეფორმის განხორციელება იუსტიციის მინისტრების მიერ პროკურორებისათვის, ცალკეულ შემთხვევებში, მითითებების მიცემის უფლებამოსილების საკითხსა⁴¹ და დამატებითი საკადრო რესურსების სასამართლოს სისტემისათვის გამოყოფის აუცილებლობაზე.⁴²

როგორია საქართველოს სასამართლო სისტემაში არსებული მდგომარეობა? როგორც ცნობილია, საქართველომ 2022 წლის მარტში შეიტანა ევროკავშირში განწერიანების განაცხადი, 2022 წლის ივნისში კი ევროკომისიამ გადადო აღნიშნული საკითხის განხილვა. ეს გადაწყვეტილება ეფუძნება საქართველოს მართლმსაჯულების სისტემაში არსებული მდგომარეობის კვლევას. სწორედ ამიტომ, საქართველო მხოლოდ მას შემდეგ მიიღებს კანდიდატის სტატუსს, როდესაც გაუმჯობესდება კანონის უზენაესობის მდგომარეობა. ევროკომისია, მის უკანასკნელ დასკვნაში,

39 EuGH – W.Z., Rs. C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, Rdn. 114 ff.

40 ამასთან დაკავშირებით იხ. ასევე *Payandeh* (Fn. 4), 489.

41 SWD (2022) 505 final, 13. 7. 2022, S. 6.

42 SWD (2022) 505 final (Fn. 40), S. 3.

აქებს საქართველოში მიმდინარე სასამართლო რეფორმებს, თუმცა, ჯერ კიდევ ხედავს პრობლემებს, რამეთუ „სასამართლო რეფორმების პროგრესი და მათი განხორციელება (...) შეიძლება შეფერხდეს, და (...) შეინიშნება გარკვეული რეგრესი. (...) საქართველოს 2020 წლიდან ჯერ კიდევ არ მიუღია სასამართლო რეფორმების სტრატეგიული ჩარჩო-დოკუმენტი.“⁴³

საქართველოს სასამართლო სისტემის სხვადასხვა სფეროში არსებობს ცვლილებების განხორციელების აუცილებლობა, კერძოდ, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დაკომპლექტების წესი, შემთხვევითობის პრინციპით საქმეთა განაწილების წესი, პროკურორების დანიშვნის წესი, მოსამართლეთა და პროკურორთა საშტატო ერთეულების რაოდენობა. საქართველოს სასამართლო სისტემის საკადრო აღჭურვა, ევროპულ საშუალო მაჩვენებლებთან შედარებით, არის საშუალოზე დაბალნიშნულზე (მხოლოდ 9 მოსამართლე და 12 პროკურორი საქართველოს 100 000 მოსახლეზე).⁴⁴ აუცილებელია ამის სათანადოდ გაგება და აღქმა, რათა, დამოუკიდებელი სასამართლოს მიერ, უზრუნველყოფილ იქნეს ეფექტური უფლებადაცვა.

VIII. შეჯამება

ეროვნული კონსტიტუციები მეტწილად განსაზღვრავენ მოსამართლის დამოუკიდებლობის მხოლოდ მინიმალური დაცვის სტანდარტს გათავისუფლების დაუშვებლობისა და მითითებებისგან თავისუფლების ფორმით. ევროკავშირის სამართალსა და ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაში შეინიშნება ევროპული სასამართლო მოწყობის სამართლის წანამდგრები, რომელიც ერთმნიშვნელოვნად აუზღოებს მოსამართლის დამოუკიდებლობის დაცვის სტანდარტს. ევროპული სასამართლო ორგანოები – მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო – მხოლოდ იმ შემთხვევაში „ხუჯავენ თვალს“ სახელმწიფოს მხრიდან სასამართლო სისტემაში ჩარევამდე, თუ არსებობს ამის დასაბუთებული ფაქტობრივი გარემოებები,

43 COM (2022) 405 final, 17. 6. 2022, S 8.

44 COM (2022) 405 final (Fn. 42), S 8 f.

რომლებიც მკაფიოდ და გონივრულადაა ფორმულირებული და როდესაც არსებობს, მსგავსი ღონისძიებების მიმართ, სასამართლოსმიერი ეფექტური უფლებადაცვა.

მართლმსაჯულების საექვო რეფორმებთან დაკავშირებულმა საქმისწარმოებებმა ისეთ ქვეყნებში, როგორცაა, მაგალითად, პოლონეთი, ცხადყო, რომ მოსამართლის დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფა ხშირად სამართლებრივი კულტურის საკითხია. საბოლოოდ, ყველაფერი იმაზეა დამოკიდებული, თუ როგორ ვლინდება მოსამართლეებთან პრაქტიკაში დაკავშირებული სიტუაცია აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლების მიმართ.⁴⁵ ეს ვლინდება, მაგალითად, იმგვარად, რომ გერმანიასა და პოლონეთში, ფორმალურად არსებობს მოსამართლეთა დანიშვნის/შერჩევის ანალოგიური პროცედურა, თუმცა, დგება სრულიად განსხვავებული შედეგები.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო კარგად აცნობიერებს აღნიშნულ პრობლემას. კერძოდ, ევროპული სასამართლოს ხედვით (საქმე Rs. C-272/19, ჰესენის ფედერალური მიწა), მხოლოდ ის გარემოება, რომ გერმანიაში მოსამართლეთა დანიშვნასა და დაწინაურებას ახორციელებენ ფედერალური მიწების იუსტიციის სამინისტროები, ანუ, რომ სწორედ აღმასრულებელი ხელისუფლების შტო არის დაკავებული მოსამართლის დანიშვნითა თუ დაწინაურებით, ავტომატურად არ ადასტურებს მოსამართლის დამოუკიდებულებას, თუ კონკრეტული, მოსამართლის თანამდებობაზე დანიშნული პირი, დანიშვნის შემდგომ, სამოსამართლო საქმიანობის განხორციელებისას, სრულად თავისუფალია რაიმე ტიპის ბეწოლისა თუ მითითებისგან.⁴⁶

აუცილებელია „ცალკეული ფაქტორების საერთო შეფასება/ურთიერთშეჯერება, რომლებმაც ერთობლივად შეიძლება შეუწყონ ხელი“, მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის მიმართ, სამართლიანი ეჭვის არსებობის გაღვივებას.⁴⁷ სწორედ ამიტომ, პოლონეთში, მოსამართლეთა დანიშვნის პროცედურაში, მეტწილად საკანონმდებლო ორგანოს წარმომადგენლებით დაკომპლექტებული იუსტიციის საბჭოს

45 Sanders (Fn. 8), 281.

46 EuGH – Land Hessen, Rs. C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535, Rdn. 42 ff.

47 EuGH – X u. Y, Rs. C-562/21 PPU u. C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, Rdn. 74.

ჩართულობა, აპრიორი სულაც არ ნიშნავს, რომ „არსებობს დასაბუთებული ეჭვი პროცედურის შედეგად დანიშნული მოსამართლეების დამოუკიდებლობის მიმართ“.⁴⁸ ამის საპირისპიროდ, „იგივე გარემოებამ, გადაწყვეტილების მისაღებად მნიშვნელოვან სხვა დანარჩენ მოსაზრებებსა და პირობებთან ურთიერთკავშირში, შეიძლება წარმოშვას ამგვარი ეჭვი.“⁴⁹

საბოლოოდ, ყველაზე გადამწყვეტი ფაქტორია ის, თუ რამდენად რეალურად დამოუკიდებლად ახორციელებს მოსამართლე თავის საქმიანობას. სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობის პრინციპის კონტექსტთან მიმართებით ეს ხედვაც ერთობ პრობლემურია, რამეთუ იგი ართულებს ე.წ. „სასამართლო რეფორმის“ ეფექტურ შეფასებას, როდესაც ეტაპობრივად ხდება სახელმწიფოებში არსებულ მოსამართლის დამოუკიდებლობის გარანტიებზე აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლების მხრიდან ზეგავლენების დამკვიდრება. როგორ და სად უნდა გაავლონ ევროპულმა სასამართლოებმა გარკვეული წყალგამყოფი, როდესაც, სამართლებრივ სახელმწიფოებში, ნაწილობრივ ხდება მოსამართლეთა დაკომპლექტების, დისციპლინური დევნისა და გათავისუფლების დაუშვებლობის ანალოგიური ინსტრუმენტების გამოყენება?⁵⁰ ევროკავშირი ვალდებული იქნება გააძლიერებს ზეწოლა ისეთ სახელმწიფოებზე, თუნდაც როგორცაა გერმანია, რომლებიც თავადვე აღიქვამენ საკუთარ თავს „სანიმუშო მოწაფედ“, მართლმსაჯულების სისტემის დამოუკიდებლობის კიდევ უფრო გასაძლიერებლად, რათა აღმოიფხვრას მართლმსაჯულების სისტემაში არსებული პოტენციური სუსტი რგოლები.

48 EuGH – X u. Y (Fn. 46), Rdn. 75.

49 EuGH – X u. Y (Fn. 46), Rdn. 75.

50 მოსამართლის თანამდებობაზე დანიშნული პირის, რომელმაც არაერთხელ გამოხატა მემარჯვენე-ექსტრემისტული მოსაზრებები, პენსიაზე გასაშვებად გერმანიის იუსტიციის ორგანოების მიერ (გერმანიის მოსამართლეთა კანონის 31-ე პარაგრაფის მე-3 პუნქტი), „მართლმსაჯულებისათვის მძიმე შედეგების თავიდან ასაცილებლად“, დრეზდენის მეორე ინსტანციის სასამართლო, გადაწყვეტილება 1. 12. 2022, Az. 66 DG 2/22, <https://openjur.de/u/2461062.html>.

**სისხლის სამართლისა და სიტყვისა და შიკრების
თავისუფლების ურთიერთმიმართება გერმანიაში
პოლიტიკური დემონსტრაციების დროს**

პროფ. დოქ. **ფრანკ ციმერმანი**, მიუნსტერის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

ჩვენ ვცხოვრობთ დრამატულ პერიოდში. კოვიდპანდემიამ სულ ცოტა ხნის წინ გადაიარა, ახლა კი, რუსეთის უკრაინაზე თავდასხმის შემდეგ, ევროპაში მიმდინარეობს ღია ომი. იმავდროულად დგას ეგზისტენციალური გამოწვევები – მოსალოდნელი კლიმატური კოლაფსი და მთელს მსოფლიოში სახეობების გადაშენება (ამ სიტყვის პირდაპირი მნიშვნელობით), რომელთა დაძლევაც ადეკვატურად აღინერება ტერმინით „საუკუნის ამოცანა“. ყველა ეს კრიზისული სიტუაცია გვაიძულებს, რადიკალურად შევცვალოთ ჩვენი ცხოვრების სტილი. ყოველივე ეს არ გამოდის საზოგადოებრივი განხილვის გარეშე, რაც ნაწილობრივ მცირე, საჯარო საპროტესტო აქციების სახით, გამოიხატება, ნაწილობრივ კი ხალხმრავალი დემონსტრაციებით. პოლიტიკური სპექტრის კიდემე არსებული ძალები ცდილობენ, ამ უკანასკნელთა მიზანმიმართულად ინსტრუმენტალიზაციას და თავისუფალი, დემოკრატიული სამართლებრივი სახელმწიფოს დასამარებას. ამ ფონზე, მით უფრო მნიშვნელოვანია, სისხლის სამართლის სპეციალისტის გადმოსახედიდან, სიტყვის თავისუფლებისა და ცალკეული სისხლისსამართლებრივი დებულების ურთიერთთავსებადობის განხილვა. სიტყვის თავისუფლება გერმანულ სამართალში კონსტიტუციურ-სამართლებრივად დაცულია გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის (კონსტიტუცია) მე-5 მუხლის პირველი პუნქტით. შეგვიძლია წარმოვიდგინოთ უამრავი ცალკეული სიტუაცია, სადაც ეს ძირითადი უფლება ეწინააღმდეგება სისხლისსამართლებრივ ნორმებს. ამ აქტუალური გამოწვევების საფუძველზე, ძირითადი აქცენტი გაკეთდება მეტისმეტად მნიშვნელოვან ფოკუსჯგუფზე, კერძოდ, წინა-

მდებარე სტატია კონკრეტულად მიეძღვნება, პოლიტიკური დემონსტრაციების კონტექსტში, სიტყვის თავისუფლებისა და სისხლის სამართლის ერთმანეთთან მიმართებას. ეს კი წარმოშობს იმის აუცილებლობას, რომ გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტით უზრუნველყოფილი შეკრების თავისუფლების პრინციპთან ერთად, დამატებით განვიხილოთ სხვა ძირითადი უფლება, რამეთუ იქ, სადაც ტარდება პოლიტიკური დემონსტრაციები, როგორც წესი,¹ სახეზეა გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონით დაცული შეკრებაც. სიტყვისა და შეკრების თავისუფლების პრინციპები ერთმანეთს ემთხვევა იმ თვალსაზრისით, რომ ეს უკანასკნელი ქმნის სიტყვის კოლექტიური გამოხატვის სივრცესა და შეუძლია თავისუფალი, დემოკრატიული საზოგადოებისათვის უმნიშვნელოვანესი საჯარო სიტყვის თავისუფლების უზრუნველყოფა.²

II. სიტყვისა და შეკრების თავისუფლებისა და სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობების ერთმანეთთან ურთიერთმიმართება

სისხლისსამართლებრივი ნორმებისა და კონსტიტუციურ-სამართლებრივად დაცული ძირითადი გარანტიების ურთიერთქმედების უკეთ აღსაქმელად და გასააზრებლად, უპირველეს ყოვლისა, აუცილებელია ძირითადი უფლებების დოგმატიკის სწორად გაგება. გერმანული გაგებით, პირველ რიგში, მოწმდება დაცული სფეროს (საგნობრივი და პერსონალური) გახსნა. თუ ეს კრიტერიუმი არ არის სახეზე, მაშინ ძირითად უფლებებს იმთავითვე არ აქვს გადამწყვეტი მნიშვნელობა – მაგალითად, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-13 მუხლი იცავს მხოლოდ საცხოვრებელ ბინას და არა კომერციულ ფართებს. ეს საფეხური კონცეპტუალურად ჰგავს სისხლის სამართალში ქმედების შემადგენლობის შემოწმებას. იმ შემთხვევაში, თუ დაცული სფერო გახ-

1 დასაშვებია გამონაკლისი, განსაკუთრებით, როდესაც შეკრება იძენს ძალადობრივ ფორმას და აღარ ჯდება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტით დაცულ სფეროში.

2 BVerfGE 104, 92 (104).

სწილია და სახეზეა ჩარევა, ამ სიტყვის კლასიკური გაგებით, ამაში მოიაზრება, როგორც წესი, ის სახელმწიფო აქტები, რომლებიც უშუალოდ და მიზანმიმართულად ამცირებენ დაცულ თავისუფლებას³. ასეთ დროს ბუნებრივად დგება კონკრეტული ძირითადი უფლების „შებლუდვის“ საკითხი. ამაში იგულისხმება კონკრეტული ძირითადი უფლების შებლუდვის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი შესაძლებლობები. იმ შემთხვევაში, თუ პარალელს გავავლებთ სისხლის სამართლის დოგმატიკასთან, ძირითადი უფლებების შებლუდვის მხრივ, დავინახავთ ფუნქციონალურ მსგავსებას ბრალის გამომრიცხველ გარემოებებთან, რომლებიც, გამონაკლისის სახით, დასაშვებად მიიჩნევენ ძირითადი უფლებების დარღვევით განხორციელებულ სახელმწიფო მოქმედებას. ნაწილობრივ, შებლუდვები სწორედ გერმანიის ძირითად კანონშია ცალსახად და მკაფიოდ ასახული, სადაც ძირითადი უფლება პირდაპირ მიბმულია საკანონმდებლო დათქმაზე.⁴ მსგავსი ერთმნიშვნელოვანი შებლუდვის დათქმის გარეშე,⁵ ყოველივე ეს გამომდინარეობს კოლიზიური კონსტიტუციური სამართლიდანაც, კერძოდ, მესამე პირების ძირითადი უფლებებიდან.⁶ ძირითადი უფლებების შებლუდვის ყველა ამ შესაძლებლობამ არ უნდა მიგვიყვანოს იქამდე, რომ ყოველივე შინაარსობრივად გამოცარიელებულ ძირითადი უფლებების შებლუდვა თავადვე ექვემდებარება შებლუდვებს – საუბარი „შებლუდვების შებლუდვებზე“, მათ შორის, თანამომიერების შემოწმებაზე.

1. სიტყვის თავისუფლება, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტი

მოდით, პირველ რიგში, დავიწყოთ სიტყვის თავისუფლებით. ამას უზრუნველყოფს გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის

3 იხ. BVerfGE 105, 279 (299 f.); იხ. დეტალურად *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Vor Art. 1 Rn. 26 ff.

4 მაგ., სიცოცხლისა და ორგანიზმის მთლიანობის უფლება, ასევე პიროვნების თავისუფლების უფლება. გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის მე-3 წინადადება.

5 ნათელი მაგალითია რელიგიის თავისუფლება, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-4 მუხლის პირველი პუნქტი.

6 ამასთან დაკავშირებით იხ. *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Vor Art. 1 Rn. 48 ff.

(კონსტიტუცია) მე-5 მუხლის პირველი პუნქტი. აღნიშნული ნორმა ამბობს: „ნებისმიერ ადამიანს აქვს უფლება, გამოხატოს ან გაავრცელოს თავისი აზრი სიტყვიერი, წერილობითი ან გამოსახულების სხვა ფორმით [...]“

a) დაცული სფერო

დაცული სფეროს დონეზე, სიტყვის თავისუფლების კუთხით, აუცილებელია რამდენიმე მნიშვნელოვანი შეზღუდვის განხორციელება: დაცულია აზრის გამოხატვა და გავრცელება; ანუ, იმგვარი მოსაზრებების, რომლებიც შეიცავს შეფასებით და პერსონალური შეხედულების ელემენტს და არ ხდება მათი მართებულობის და უმართებულობის დადგენა.⁷ ამისგან უნდა გაემიჯნოს ფაქტობრივი გარემოებები, რომელთა სისწორე ან სიმცდარე გადამოწმებადი. მართალია, ისინიც მოიაზრება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველ პუნქტში, იმ შემთხვევაში, თუ ისინი წარმოადგენენ აზრის ჩამოყალიბების საფუძველს,⁸ თუმცა, დადასტურებულად ან შეგნებულად მცდარი გამონათქვამები და მცდარი ინფორმაციის გავრცელება არ მოიაზრება სიტყვის თავისუფლებით დაცულ სფეროში.⁹ განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს ამას სისხლისსამართლებრივ კონტექსტში, ნაციონალურ-სოციალისტური მმართველობის ქვეშ ჩადენილი გენოციდის, კერძოდ, ჰოლოკოსტის (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-3 აბზაცი),¹⁰ ასევე კაცობრიობის წინაშე ჩადენილი დანაშაულების (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-5 აბზაცი) ტერიტორიაში.

გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის დაცულ სფეროში არ მოიაზრება ასევე გამოხატვის ის ფორმები, რომლებიც არ ეფუძნება სულიერი არგუმენტის დამატებულობის ძალას, არამედ ცდილობს, თავს მოახვიოს საკუთარი აზრი სხვა ადამიანებსა და ამგვარად შეზღუდოს მათი აზრის თავისუფლება.¹¹

7 იხ. მაგ. BVerfGE 7, 198 (210); 90, 241 (247).

8 BVerfGE 61, 1 (8).

9 BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8).

10 BVerfGE 90, 241 (249), ბოლო გადაწყვეტილება BVerfG NJW 2018, 2858 (2859 f.).

11 BVerfG NJW 1969, 1161 (1162); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar,

ბ) შეზღუდვები

სიტყვის თავისუფლება შეუზღუდავად არ არის დაცული გერმანულ სამართალში. გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, ის იზღუდება „ზოგადად კანონებით, მოზარდი-ახალგაზრდობის დამცავი ნორმებითა და პირადი ღირსების უფლებით“. ერთი შეხედვით, ეს ნიშნავს ძალიან ყოვლისმომცველ შეზღუდვას და ეს კარგად ვლინდება სისხლისსამართლებრივად დასჯადი შეურაცხყოფის შემადგენლობებში, რომლებიც ემსახურება პირადი პატივის დაცვას. გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობით, საბოლოოდ, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 185-ე პარაგრაფის განმარტებაზე დამოკიდებული, დაცულია თუ არა კონკრეტული გამონათქვამი ძირითადი უფლებებით. ეს პრობლემა განიხილა გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ჯერ კიდევ 1958 წელს, თავის ე.წ. ლიუთის გადაწყვეტილებაში. უპირველეს ყოვლისა, სასამართლომ ხაზი გაუსვა სიტყვის თავისუფლების ძირითად მნიშვნელობას თავისუფალი, დემოკრატიული კონსტიტუციური წეს-წყობილებისათვის: „სიტყვის თავისუფლების ძირითადი უფლება, როგორც საზოგადოებაში ადამიანის პიროვნების უშუალო გამოხატულება, ადამიანის ყველაზე პრიორიტეტული უფლებაა [...]“. ეს არის გადამწყვეტი თავისუფალი, დემოკრატიული წეს-წყობილებისათვის, რამეთუ მხოლოდ ამგვარადაა შესაძლებელი მუდმივი, სულიერი დაპირისპირება, აზრთა ჭიდილი, ცხოვრების სტილის წარმართვა [...]. ეს არის გარკვეულწილად ნებისმიერი თავისუფლების საფუძველი [...].“¹² სწორედ ამიტომ, სიტყვის თავისუფლების ბირთვი ვერ განისაზღვრება ცალმხრივად, იმისდა მიხედვით, თუ რას უშვებს სამართალი: გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის რეგულაცია უნდა იქნას ნებისმიერ შემთხვევაში დაცული, „დანახული და განმარტებული ძირითადი უფლების შემზღუდველი, ამ ძირითადი

3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1-2 Rn. 73; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 53. Edition, Stand: 15.11.2022, Art. 5 Rn. 13. შემდგომი, სპეციალურად შეურაცხყოფის დელიქტებისათვის მნიშვნელოვანი გამონაკლისი შეურაცხყოფელი კრიტიკის შემთხვევებისათვის იხ. აქვე.

12 BVerfGE 7, 198 (208).

უფლების მნიშვნელობის კონტექსტში, იმგვარი ეფექტით, რომ, დაცული იყოს ამ უფლების განსაკუთრებული ღირებულებითი დატვირთვა, რამაც უნდა განაპირობოს ყველა სფეროში, კერძოდ, სამოგადოებრივ ცხოვრებაში, თავისუფალ დემოკრატიაში, სიტყვის თავისუფლების პრეზუმფცია.¹³ ერთის მხრივ, ზოგადი, პატივისა და მოზარდი-ახალგაზრდობის დამცავი კანონების, ხოლო, მეორეს მხრივ, სიტყვის თავისუფლების ურთიერთქმედებას, შემდეგნაირად აღწერს გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო: „ადგილი აქვს [...] ურთიერთქმედებას იმ თვალსაზრისით, რომ, მართალია, „ზოგადი კანონები“, სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობით, განსაზღვრავს ძირითადი უფლებების შემზღვევებს, თუმცა იმავდროულად, თავისუფალი დემოკრატიული სახელმწიფოს ამ ძირითადი უფლების ფუნდამენტალური მნიშვნელობის მიხედვით, უნდა მოხდეს მათი განმარტება და, ძირითადი უფლების შემზღვეველი ეფექტით, თავის მხრივ ისინიც უნდა იქნას შემზღვეველი.“¹⁴

2. შეკრების თავისუფლება, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტი

გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტით უზრუნველყოფილი შეკრების თავისუფლება და ის შემდეგს განსაზღვრავს: „ყველა გერმანელს აქვს, მშვიდობიანად და უიარალოდ, წინასწარი რეგისტრაციისა და ნებართვის გარეშე, შეკრების უფლება“.

a) დაცული სფერო

შეკრება განიმარტება, როგორც მინიმუმ ორი პირის თავყრილობა, რომლებსაც აკავშირებთ საერთო მიზანი,¹⁵ კერძოდ, სამოგადოებრივი აზრის

13 BVerfGE 7, 198 (208).

14 BVerfGE 7, 198 (209). აკრიტიკებს მაგ. *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 193 Rn. 6, 33.

15 *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 13 f.

ჩამოყალიბებაში მონაწილეობის სახით.¹⁶ ძირითადი უფლების დაცული სფერო გახსნილია იმ შემთხვევაში, თუ შეკრება ტარდება მშვიდობიანად და უიარაღოდ. რა შემთხვევაშია შეკრება „მშვიდობიანი“, ეს დამოკიდებულია კონსტიტუციურ-სამართლებრივ მასშტაბსა და არა სისხლისსამართლებრივი ძალადობის ცნებაზე. სხვაგვარად, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი აბზაციით გათვალისწინებულია იძულების ზოგადმა ქმედების შემადგენლობამ შეიძლება სრულად „გამოფიტოს“ შეკრების თავისუფლების ძირითადი უფლება.¹⁷ ერთი შეხედვით, ეს მიდგომა ჰგავს სიტყვის თავისუფლების ურთიერთქმედების მოძღვრებას. თუმცა, საქმე ეხება დაცული სფეროს (და არა შეზღუდვა) საკითხს, ხოლო, მეორე მხრივ, მშვიდობიანი ხასიათის აუცილებლობას უბრალო კანონების დებულებების კონტექსტში, რის გამოც ეს ნიშანი დამოუკიდებლად უნდა განიმარტოს, კონსტიტუციური სამართლის საფუძველზე.

ბ) შეზღუდვები

ამავდროულად, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტი ითვალისწინებს მარტივ კანონისმიერ შეზღუდვებს, ღია ცის ქვეშ შეკრებების ჩასატარებლად. ყოველივე ეს მონესრიგებულია ფედერალური მიწების შეკრებებისა და მანიფესტაციების შესახებ კანონებში, ან კიდევ, შეკრებებისა და მანიფესტაციების ფედერალურ კანონში (ფედერალურ მიწებში ასეთი კანონების არარსებობის შემთხვევაში). შეკრების თავისუფლების წინამდებარე კონტექსტისათვის მნიშვნელოვანი შეზღუდვა განსაზღვრულია შეკრებებისა და მანიფესტაციების ფედერალური კანონის მე-3 პარაგრაფის პირველ პუნქტში, რომლის თანახმადაც იკრძალება იმგვარი უნიფორმების ან ისეთი ტანსაცმლის ტარება, რომლებიც გამოხატავენ საერთო პოლიტიკურ კონტექსტს. ამ ამკრძალავი ნორმის დარღვევა ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით ორ წლამდე (შეკრებებისა და მანიფესტაციების ფედერალური კანონის 28-ე პარაგრაფი). გარდა მკაფიო კანონისმიერი შეზღუდვებისა,

16 BVerfGE 104, 92 (104).

17 BVerfGE 73, 206 (248 f.); Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 22.

გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტის შემთხვევაში, როგორც დამატებითი შებლუდვა, გასათვალისწინებელია კოლიზიური კონსტიტუციური სამართალი.

III. ცალკეული მაგალითები

გერმანული ძირითადი უფლებების დოგმატიკის აბსტრაქტული მიმოხილვის შემდეგ, ქვემოთ უნდა იქნას განხილული სიტყვისა და შეკრების თავისუფლებისა და სისხლის სამართლის ურთიერთქმედება კონკრეტული პრობლემების საფუძველზე. წინა პლანზე დგება განსაკუთრებით კონფლიქტური დელიქტური კატეგორიები.

1. პატივის წინააღმდეგ მიმართული დელიქტები

უკვე აღინიშნა, რომ პატივის შემლახველი დელიქტები განსაკუთრებულ სირთულეს ქმნიან სიტყვის თავისუფლების მხრივ. ამის აქტუალური მაგალითია უკრაინაზე რუსეთის თავდასხმის გამო გამართული ერთ-ერთი საპროტესტო დემონსტრაცია, რომელზეც გამოჩნდა პლაკატი წარწერით „Putin Du bist so 1 Pimmel“ (პუტინ, შენ ხარ ერთი ასო). რუსეთის პრემიერ-მინისტრი, ამ გამონათქვამით, წარმოიჩინა იქნა, მამაკაცის სასქესო ორგანოს ჟარგონული და საბავშვო ენობრივი აღწერილობით. აღნიშნულ ფორმულირებას აქვს წინაისტორიაც: ჰამბურგის შინაგან საქმეთა სენატორი გროტე ზუსტად იგივე კრიტიკული ფორმულირებით იქნა მოხსენიებული ტვიტერზე. გროტემ შეიტანა საჩივარი პოლიციაში შეურაცხყოფის გამო, რის შემდეგაც ეჭვმიტანილთან ჩატარდა ჩხრეკა, რომელიც ჰამბურგის მეორე ინსტანციის სასამართლომ არათანაბრომიერად და უკანონოდ მიიჩნია.¹⁸ გამორიცხული არაა, რომ მსგავსმა დახასიათებამ შეიძლება მოგვეცეს დასჯადი შეურაცხყოფის ქმედების შემადგენლობა.

18 იხ. <https://www.sueddeutsche.de/politik/hausdurchsuchung-pimmelgate-affaere-rechtswidrig-1.5634877>.

ა) მნიშვნელოვანი სისხლისსამართლებრივი ნორმები

გერმანულ სამართალში, კერძოდ, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 103-ე პარაგრაფში, არსებობდა, სულ რამდენიმე წლის წინ გაუქმებული, სპეციალური ქმედების შემადგენლობა, რომელიც ითვალისწინებდა სასჯელს უცხო ქვეყნის ორგანოებისა და წარმომადგენლების შეურაცხყოფის გამო. აღნიშნული ნორმა გაუქმებულია. ამდენად, უკრაინის ომის მოწინააღმდეგე დემონსტრანტებს აღარ მოუწევთ ამაზე წუხილი. დღეისათვის მოქმედებს შეურაცხყოფის ზოგადი დელიქტები, კერძოდ, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 185-ე პარაგრაფი. აღნიშნული ნორმა მოიცავს „შეურაცხყოფას“, ისე, რომ არც კი განმარტავს მას. აქ იგულისხმება ღირებულებითი შეფასებები, რომელთა გამოყენებითაც ხდება კონკრეტული პირის მიმართ უპატივცემულობის გამოხატვა.¹⁹ დამატებით განმარტებას აღარ საჭიროებს, რომ ზუსტად ამას გამოხატავს ზემოთ ხსენებული პლაკატი.

საჯაროდ გამოთქმული შეურაცხყოფისათვის კი, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 188-ე პარაგრაფი 2021²⁰ წლიდან, ითვალისწინებს დამამძიმებელ გარემოებას, როდესაც ქმედება ჩადენილია პოლიტიკურ ცხოვრებაში მონაწილე ადამიანის მიმართ მის საქმიანობასთან დაკავშირებით, [...] იმ მოტივით, რომ მისი საჯარო საქმიანობა მნიშვნელოვანად გართულდეს. თუმცა უცხოელი პოლიტიკოსები არ დგანან „[გერმანელი] ხალხის სამსახურში“; ამდენად, ეს ადამიანთა ჯგუფი არ მოიაზრება ამ კვალიფიკაციაში.²¹ იგივე წესი ვრცელდება გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 90-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული სპეციალური ქმედების შემადგენლობაზე, რომელიც განსაკუთრებულ სასჯელს აწესებს გერმანიის ფედერაციის პრეზიდენტის ცილისწამების შემთხვევაში. ცილისწამებად მიიჩნევა – შეურაცხყოფის ზოგად დელიქტებთან შედარებით – პატივის შელახვის განსაკუთრებული ფორმა.²² იმ შემთხვევაში,

19 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 185 Rn. 3.

20 იხ. BGBl. 2021 I, S. 441. მანამდე 188-ე პარაგრაფი ეხებოდა მხოლოდ მძიმე შეურაცხყოფას (Üble Nachrede) (§ 187) და ცილისწამებას (§ 188).

21 Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 188 Rn. 3.

22 BGHSt 16, 338 (339); Anstötz, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 90 Rn. 5.

თუ რომელიმე დემონსტრაციაზე გაიჟღერებს ანალოგიური შინაარსის გზავნილები რომელიმე გერმანელი პოლიტიკოსის მიმართ, შესაძლოა, აღნიშნული ქმედება დასჯადი იყოს სწორედ ამ სპეციალური ნორმების საფუძველზე.

b) დაცული სფერო და შესაბამისი ძირითადი უფლებების შეზღუდვები

ვინაიდან მსგავსი გამონათქვამები წარმოადგენს შეფასებით მოსაზრებას, იხსნება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტით უზრუნველყოფილი დაცული სფერო. ამასთან, კონკრეტულად შეურაცხყოფის დელიქტების კონტექსტში, გასათვალისწინებელია დამატებითი, ჯერ კიდევ არნახსენები საგამონაკლისო შემთხვევა: დაცული სფერო არ მოიაზრებს ე.წ. შეურაცხყოფელ კრიტიკას, ანუ, იმგვარი სახის კრიტიკას, როდესაც წინა პლანზე დგას არა მწვავე და პოლემიკური კრიტიკა, არამედ კრიტიკის ობიექტის პირადი შეურაცხყოფა.²³ თუმცა, სიტყვის თავისუფლების დასამარების თავიდან ასაცილებლად, ვინაშით უნდა იქნას განმარტებული შეურაცხყოფელი კრიტიკის ცნება.²⁴ სწორედ პოლიტიკურ ამრთა ჭიდილში მწვავე და უხეში გამონათქვამები არც თუ იშვიათი მოვლენაა. თუ გავითვალისწინებთ („ასოს პლაკატის“ შემთხვევაში) საგნობრივ კონტექსტს, პუტინის რუსეთის მიერ უკრაინის წინააღმდეგ განხორციელებულ ინტერვენციას, გასაგები გახდება, რომ აღნიშნული გამონათქვამი არა იმდენად პუტინის პიროვნებას, არამედ მის მიერ წარმოებულ დანაშაულებრივ ომს ეხება. ამასთანავე, გასათვალისწინებელია ირონიული, იუმორით სავსე ქვეტექსტი, რომელიც წარმოიშვა ჰამბურგელი შიდა სენატორის „Pimmelgate“-ს კონტექსტში. ამდენად, საქმე არ ეხება წმინდა წყლის შეურაცხყოფელ კრიტიკას და შესაბამისად, სიტყვის თავისუფლების დაცული სფერო გახსნილია.

23 BVerfGE 82, 272 (284).

24 BVerfGE 82, 272 (284).

c) სისხლისსამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციასთან თავსებადი გამოყენება

„Pimmel-Plakat“ კარგი მაგალითია ზემოთ აღწერილი, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ დასაბუთებული ურთიერთქმედების დოქტრინისა. ერთი მხრივ გახსნილია სიტყვის თავისუფლების დაცული სფერო, თუმცა, მეორე მხრივ, ერთი შეხედვით, მას ზღუდავს გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 185-ე პარაგრაფი (ისევე, როგორც გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 188-ე და 90-ე პარაგრაფები), როგორც პატივის დამცველი ნორმა. სიტყვის თავისუფლების უზრუნველსაყოფად, აუცილებელია იმ ნორმებისა და სამართლებრივი ნიშნების იდენტიფიცირება, რომლებსაც ებმის შეურაცხყოფის დასჯადობის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი შემლუღვა. ამ მხრივ, მნიშვნელოვანია ორი მატერიალურ-სამართლებრივი მექანიზმი²⁵:

პირველ რიგში, განხილვის საგანია შეურაცხყოფის ცნება, რომელმაც უნდა გაითვალისწინოს გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 185-ე პარაგრაფის უკან მდგომი სამართლებრივი სიკეთე, კერძოდ, პატივი. ერთობ სადავო გარემოებაა, მუსტად რა არის პატივის, როგორც სისხლის-სამართლებრივი დაცვის, მიზანი. პატივის დღესდღეობით არსებული, გაბატონებული, ნორმატიული ცნების მიხედვით, საქმე ეხება ადამიანის ღირსებიდან აღმოცენებულ ღირებულებას, რომელიც სამართლიანად აქვს თითოეულ ინდივიდს თავისი უნარებისა და ქცევის საფუძველზე.²⁶ ის, რომ პუტინის მიერ დაწყებული ომი არღვევს საერთაშორისო სამართალსა და სტიმულს აძლევს ომის უამრავი დანაშაულის ჩადენას, ეს გასათვალისწინებელია გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 185-ე პარაგრაფის მოქმედების ფარგლების კონტექსტში. თუმცა, ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ამის გამო შეურაცხყოფის ქმედების შემადგენლობა პირდაპირ

25 აქ გასათვალისწინებელია საპროცესო ელემენტები და სისხლისსამართლებრივი საჩივრის შეტანის აუცილებლობა (სისხლის სამართლის კოდექსის 194-ე პარაგრაფი), კერძო საჩივრის აღძვრის შესაძლებლობაზე მითითება (სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 374-ე პარაგრაფის პირველი ნაწილის მე-2 ქვეპუნქტი), ასევე, ამ ფარგლებში არსებული შესაძლებლობა, უმნიშვნელო ბრალის გამო, საქმის შეწყვეტაზე (სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 383-ე პარაგრაფის მე-2 ნაწილი).

26 ob. *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2020, Vor § 185 Rn. 5.

გამოირიცხება, რამეთუ, ამ გამონათქვამის თავდაპირველი მიზანი იყო პუტინის პიროვნების გაკრიტიკება, მიუხედავად იმისა, რომ, საგნობრივი კონტექსტის გამო, ეს არ წარმოადგენდა შეურაცხმყოფელ კრიტიკას. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ უპირატესობას მივანიჭებთ ფუნქციონალური პატივის ცნებას, რომლის ბირთვი არის არა ადამიანის ღირსებაში, არამედ დანტერესებული პირის სოციალურ როლში,²⁷ ქმედების შემადგენლობის კონსტიტუციური შეზღუდვა ამ საფეხურზე არ მოხდება.

საბოლოოდ, შეურაცხყოფის ცნებასთან დაკავშირებული ეს მოსაზრებები სწორედ იმიტომ არის გამოუსადეგარი, რომ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 193-ე პარაგრაფი შეიცავს პატივის სფეროში ჩადენილი დელიქტების სპეციალურ მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებას. ეს ნორმა მოიცავს, შემდგომი სიტუაციების გარდა, სამართლებრივად აღიარებული ინტერესების ნებისმიერ უფლებამოსილ აღქმას.²⁸ სადავოა ამ ნორმის ურთიერთქმედება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველ პუნქტთან. ნაწილობრივ ხაზგასმა ხდება იმისა, რომ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 193-ე პარაგრაფი დამოუკიდებელი შემადგენლობაა და გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტი ვერ მოგვცემს ლეგიტიმაციას სხვა პირების პატივის შესაღებად.²⁹ ნორმათა იერარქიის მიუხედავადაც, თუ სავარაუდო პატივის წინააღმდეგ მიმართული დელიქტების ფართომასშტაბიანი დევნა მოხდებოდა, ეს გამოიწვევდა პოლიტიკურ მოწინააღმდეგეთა დადუმებასა და სიტყვის თავისუფლების შეზღუდვას. ამასთანავე, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 193-ე პარაგრაფის გარდა, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტიდან გამომდინარეც უნდა მოხდეს დასჯადობის შეზღუდვა.³⁰ „Pimmel-Plakat“-ის მსგავს შემთხვევებში, დასჯადობა გამოირიცხება, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 193-ე პარაგრაფისა და გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის ერთ-

27 *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Vor § 185 ff. Rn. 1 m.w.N.

28 *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 195 Rn. 8.

29 *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 193 Rn. 33.

30 ამ თვალსაზრისით ასევე *Regge/Pegel*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 193 Rn. 40.

მანეთთან კომბინირებით. თითოეული ინდივიდის უფლებაა, მწვავედ აკრიტიკოს საერთაშორისო სამართლის დარღვევით განხორციელებული ომები. ასევე ამ საჯარო გამონათქვამებს აქვთ ლეგიტიმური მიზანი, თავდასხმითი ომის მიმართ მოსახლეობაში შექმნას უარყოფითი განწყობები და იმავდროულად ის შეამზადოს სანქციების მოსალოდნელი შედეგების მიმართ. განურჩევლად იმისა, დადასტურდება თუ არა, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 193-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებების არსებობა თუ პასუხისმგებლობის გამორიცხვა დაეყრდნობა პირდაპირ გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველ პუნქტს, სამართლებრივი შედეგი იქნება ერთი და იგივე. კონტექსტის გათვალისწინებით, მსგავსი გამონათქვამები არ დაისჯება.

2. იძულების დელიქტები, განსაკუთრებით, ბლოკადის შემცველი აქციების დროს

განვიხილოთ მეორე კომბინაცია, რომელშიც თვალნათლივ ჩანს სისხლისსამართლებრივი ნორმებისა და ძირითადი უფლებების ურთიერთქმედება. საუბარია იმ პირების შესაძლო დასჯადობაზე იძულების შემცველი დელიქტების გამო, რომლებიც მონაწილეობას იღებენ საპროტესტო აქციებში. ამის აქტუალური მაგალითია ე.წ. კლიმატური ცვლილებების მოწინააღმდეგეთა პროტესტები, რომელთა დროსაც აქტივისტები სხდებიან გზებზე და ახდენენ მათ ბლოკირებას, რათა ამ სახით მოახდინონ ყურადღების მიქცევა CO₂ გამონახობის შემცირების აუცილებლობაზე.

a) მნიშვნელოვანი სისხლისსამართლებრივი ნორმები

მსგავს შემთხვევებში, იბადება კითხვა, სახეზეა თუ არა გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი პუნქტი. აღნიშნული ნორმა შემდეგნაირად არის ჩამოყალიბებული: „იმ პირის ქმედება, ვინც უკანონოდ, ძალადობრივად ან მნიშვნელოვანი მუქარით, აიძულებს ადამიანს გარკვეული მოქმედების ჩადენას, თმენის ან უმოქმედობისაკენ უბიძგებს მას, ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით სამ წლამდე ან ფუ-

ლადი ჯარიმით.“ კანონი ზღუდავს იძულების ქმედების ფორმებს და შემოიფარგლება ძალადობითა და მუქარით. ძირითადად, ისინი ერთმანეთისგან განსხვავდება იმით, რომ მუქარა გულისხმობს სამომავლო ქმედებას და დამუქრების მომენტში, მას აქვს წმინდა ფსიქიკური ზემოქმედების ხასიათი. ძალადობა კი იმნუთიერ ზემოქმედებას გულისხმობს.³¹

ერთი შეხედვით, სულაც არ არის აშკარა და თვალნათლივი, რომ დემონსტრაციები, რომელთა დროსაც ხდება ქუჩის ბლოკირება, დაკვალიფიცირებადია, როგორც იძულება, ჩადენილი ძალადობის გზით. თავდაპირველად, ძალადობად განიმარტებოდა მხოლოდ ფიზიკური ზემოქმედება, რომელიც ხორციელდება მსხვერპლის სხეულზე ზემოქმედების გზით.³² თუმცა, შემდგომში, ძალადობის ცნება უფრო ფართოდ იქნა განმარტებული. გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ 1969 წელს საკმარისად მიიჩნია მოძალადის მხრიდან (კონკრეტულ შემთხვევაში საუბარია მჯდომარე გაფიცვაზე სარკინიგზო ლიანდაგზე) „მინიმალური ძალისხმევით, ფსიქიკურად განსაზღვრული პროცესის განხორციელება.“³³ ძალადობის „გასულიერებული“ ცნების საფუძველზე, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ახალი პრაქტიკის დამკვიდრებამდე, ბლოკადის ფორმით გამართული აქციები სისხლისსამართლებრივად კვალიფიცირდებოდა, როგორც იძულება.

ვინაიდან იძულების საშუალებები ძალიან ფართოდ განიმარტება, ბევრი ყოველდღიური სიტუაციაც ჯდება გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის (უბრალოდ, ბავშვის აღზრდის ეპიზოდი რომ გავიხსენოთ: „შენს ოთახს თუ არ დააღაგებ, სმარტფონს ჩამოგართმევ.“) 240-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის შემადგენლობაში. სწორედ ამიტომ, ნორმას გააჩნია გარკვეული სპეციფიკა. იგი ჩამოყალიბებულია, როგორც ე.წ. ღია ქმედების შემადგენლობა, რომლის ნიშნების განხორციელება ავტომატურად არ გულისხმობს ქმედების მართლწინააღმდეგობასაც. 240-ე პარაგრაფის პირველ აბზაცთან მიმართებით მართლწინააღმდეგობა დამატებით უნდა იქნას პოზიტიურად დადგენილი. გერმანიის სისხლის სამართლის

31 შდრ. *Sinn*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 240 Rn. 29.

32 RGSt 60, 157 (158); BGHSt 1, 145 (147); *Schluckebier*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2021, § 240 Rn. 5.

33 BGHSt 23, 46 (54); ხაზგასმულია ავტორის მიერ.

კოდექსის 240-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცი კი განსაზღვრავს: „მართლსაწინააღმდეგოა იმგვარი ქმედება, როდესაც ძალადობის განხორციელება ან მისი ჩადენის შექარა, სასურველ მიზანთან მიმართებით, უნდა იქნეს აღქმული, როგორც გასაკიცხი საქციელი“. იმ შემთხვევაში, თუ დასჯადობა უნდა იქნეს გამოკვლეული დემონსტრაციებთან ურთიერთკავშირში, უნდა გავითვალისწინოთ არა მხოლოდ იძულების შედეგის გამომწვევი მიზეზები („ქმედება, თმენა ან უმოქმედობა“), არამედ ასევე გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცით აღწერილი მიზნისა და საშუალების რელაცია.

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის გარდა, კიდევ არსებობს იძულების ორი სპეციალური შემადგენლობა, რომლებიც შეიძლება მნიშვნელოვანი იყოს დემონსტრაციების კონტექსტში. ესენია გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 105-ე და 106-ე პარაგრაფები. 106-ე პარაგრაფის თანახმად, გერმანიის ფედერაციის პრეზიდენტის ან კონსტიტუციური ორგანოს წევრის იძულება (პარლამენტები, მთავრობები, ფედერალური მიწების საკონსტიტუციო სასამართლოები და ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო, ასევე გერმანიის ფედერაციის პრეზიდენტის ამრჩევი ფედერალური კრება), რომელიც გამოიწვევს იძულებული პირის მიერ თავისი თანამდებობრივი უფლებამოსილების განუხორციელებლობას ან რაიმე სხვა სახით განხორციელებას, ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით სამ თვიდან ხუთ წლამდე. კიდევ უფრო შორს მიდის გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 105-ე პარაგრაფი, იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც ხდება რომელიმე მთელი კონსტიტუციური ორგანოს (და არა მხოლოდ ცალკეული წევრის) იძულება, არ განახორციელოს ან სხვაგვარად განახორციელოს საკუთარი უფლებამოსილებები. აღნიშნული ქმედება ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით ათ წლამდე და, ამდენად, არის მძიმე დანაშაული. უკანასკნელ ნორმასთან დაკავშირებული ცნობილი გადაწყვეტილება ეხებოდა მაინის ფრანკფურტის აეროპორტის გაფართოების მოწინააღმდეგეთა პროტესტს სახელწოდებით „დასავლეთის სასტარტო რკინიგზა“, რომელიც მიმდინარეობდა გასული საუკუნის 80-იანი წლების დასაწყისში. მასშტაბური დემონსტრაციის მონაწილეების მიზანი იყო, არსებული აეროპორტის დაბლოკვით, ეიძულებინათ ფედერალური მიწის მთავრობა, შეეჩერებინა სამშენებლო სამუშაოები. პირველი ინსტანციის

სასამართლომ გაასამართლა მიტინგის ერთ-ერთი ინიციატორი კონსტიტუციური ორგანოს იძულების მცდელობის გამო (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 105-ე პარაგრაფი). გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ გააუქმა აღნიშნული გამამტყუნებელი განაჩენი და დაადგინა, რომ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი აბზაციტ გათვალისწინებული იძულების ზოგადი ქმედების შემადგენლობიდან გამომდინარე, ძალადობის ფართო ცნება არ არის გადატანადი (მოსალოდნელი სასჯელის გარდა) გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 105-ე პარაგრაფით განსაზღვრულ უფრო მძიმე დანაშაულზე. მოძალადისგან მომდინარე წნეხი იმდენად დიდი უნდა იყოს, რომ მას, ყველა გარემოების გათვალისწინებით, უნდა შეეძლოს კონსტიტუციური ორგანოს ნების გატეხვა.³⁴ ძალადობის ცნება უნდა განიმარტოს ქმედების შემადგენლობის კონტექსტში;³⁵ ეს არ გამომდინარეობს მაინცდამაინც ძირითადი უფლებებიდან, არამედ სისხლისსამართლებრივი ნორმების სისტემატური განმარტების შედეგია.

b) დაცული სფერო და შემხებლობაში მყოფი ძირითადი უფლებების შეზღუდვები

ვინაიდან ბლოკადა-აქციები, როგორც წესი, ერთობლივად ხორციელდება რამდენიმე პირის მიერ, სახეზეა შეკრება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტის შესაბამისად, თუ ამ ღონისძიებას აქვს საკომუნიკაციო ხასიათი და მიზნად ისახავს საზოგადოებრივი აზრის ჩამოყალიბებაში მონაწილეობას.³⁶ ის ფაქტი, რომ მსგავსი სახის დემონსტრაცია სისხლისსამართლებრივად შეიძლება ჩაჯდეს გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი აბზაციტ გათვალისწინებული ძალადობის ცნებაში, აპრიორი არ აძლევს ამ დემონსტრაციას არამშვიდობიან ხასიათს. მანამ, სანამ მონაწილეები შემოიფარგლებიან პასიური საპროტესო ფორმებით (როგორიცაა, მაგალიტად, მჯდომარე გაფიცვა), მსგავსი ქმედებებიც,

34 BGHSt 32, 165 (170).

35 BGHSt 23, 46 (49); 32, 165 (170).

36 საპირისპირო მაგალიტი – ქვეყანაში შესვლის იძულების ბლოკადა – იხ. BVerfGE 104, 92 (105).

როგორც წესი, არის დაცული სფეროს ნაწილი (გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტი).³⁷ აღნიშნული ცხადყოფს, რომ გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული მშვიდობიანობის კრიტერიუმი არ უნდა განიმარტოს სისხლისსამართლებრივი ძალადობის ცნებასთან კავშირში. ის საჭიროებს ავტონომიურ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ შეფასებას.

ბუნებრივია, გასათვალისწინებელია ისიც, რომ მსგავსი ბლოკადა-აქცია შეიძლება ჩაატაროს მხოლოდ ერთმა ადამიანმაც. ამ შემთხვევაში, სახეზე არ გვაქვს გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტის შესაბამისი შეკრება.³⁸ ეს მიდგომა იმ შემთხვევაშია მართებული, როდესაც სხვა გარანტიები, როგორცაა, მაგალითად, სიტყვის თავისუფლება, შეავსებს ამ ხარვეზს. თუმცა, ამის წინაპირობაა ის, რომ, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ხედვისაგან განსხვავებით, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის გამოყენება ვერ იქნება უარყოფილი მხოლოდ იმის გამო, რომ დემონსტრანტი არ აკეთებს არანაირ გამონათქვამს, არამედ, ფაქტობრივი ყოფნით (მაგალითად, ბლოკადა) ცდილობს საზოგადოებრივი ყურადღების მიპყრობას.³⁹ მსგავსი გარეგნული, ფენომენოლოგიური დიფერენცირება ვერ დააკმაყოფილებდა ბლოკადა-აქციის საკომუნიკაციო ხასიათს, რომლის

37 BVerfGE 73, 206 (249); 104, 92 (106); *Gusy*, in: von Mangold/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 23 und Rn. 79 f.; განსხვ. შეხედულება *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 99. Ergänzungslieferung 2022, Art. 8 GG Rn. 63.

38 *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 8 GG Rn. 45; *Gusy*, in: von Mangold/Klein/Starck, Art. 8 Rn. 15; *Schulze-Fiellitz*, in: Dreier, Art. 8 Rn. 24. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე შეაფასა ცალკეული ინდივიდის მიერ პიკეტირება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველ პუნქტთან მიმართებით: BVerfG NJW 1987, 3245. თუმცა, აღნიშნული გადაწყვეტილება არ არის მაინცდამაინც პრინციპულად მნიშვნელოვანი, რამეთუ მასში არ არის მსჯელობა შეკრების თავისუფლების დაცულ სფეროზე.

39 ასე აფასებს BVerfGE 104, 92 (103). თუმცა, მოცემულ შემთხვევაში, საქმე ეხებოდა მრავალი პირის შეკრებას და შესაბამისად, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტი იყო რელევანტური. აღნიშნული მაგალითიდან ვერ გაკეთდება დასკვნები ცალკეული პირების მხრიდან ბლოკირებასთან/პიკეტირებასთან დაკავშირებით.

დროსაც საზოგადოებას, გადატანითი მნიშვნელობით, მიაძახებენ ხოლმე „სდექ!“ ან „შეაჩერეთ CO₂ გამონაბოლქვი“.

c) სისხლისსამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციასთან თავსებადი გამოყენება

მას შემდეგ, რაც გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ 1986 წლის ერთ-ერთ პირველ გადაწყვეტილებაში, ხმათა თანაბრად გადანაწილების გამო, ვერ დაადგინა ძალადობის „გასულიერებულ“ ცნების ანტიკონსტიტუციურობა,⁴⁰ აღნიშნული მდგომარეობა შეიცვალა 1995 წელს. ძალადობის ცნების ფართო განმარტება შეფასდა, როგორც გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მე-2 პუნქტით ნორმირებული კანონიერების პრინციპის („nullum crimen sine lege“) დარღვევა.⁴¹ ეს იმით იქნა დასაბუთებული, რომ ჯერ კიდევ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული იძულების ელემენტის წინაპირობაა იძულებითი ზემოქმედება; იმ შემთხვევაში, თუ ძალადობის ცნება გაფართოვდებოდა და მოიცავდა ფსიქიკურ ზემოქმედებასაც, ის გაცდებოდა „იძულებაში“ ნაგულისხმევ ზემოქმედებას.⁴² ძალადობის წინაპირობა გარკვეულწილად „ინტერპრეტირებული“ იქნებოდა ნორმიდან და გაცდებოდა მის სიტყვასიტყვით მნიშვნელობას. ძალადობა მოითხოვს არა მხოლოდ უბრალოდ ადგილზე ყოფნას ან მსხვერპლზე ამ გზით მხოლოდ ფსიქიკურ ზემოქმედებას.⁴³ აღსანიშნავია, რომ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი პუნქტის გამოყენებაზე მიღებულ ძირითად გადაწყვეტილებას, არანაირი კავშირი არ აქვს თავისუფლების უფლებებთან, რომლებიც უზრუნველყოფილია გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველ პუნქტსა და მე-8 მუხლის პირველ პუნქტში. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ღიად დატოვა საკითხი, ეს გარანტიებიც

40 BVerfGE 73, 206 (242 ff.).

41 BVerfGE 92, 1 (16 ff.).

42 BVerfGE 92, 1 (17).

43 BVerfGE 92, 1 (18).

იყო თუ არა დარღვეული იძულების შემადგენლობის გამო დამდგარი გამამტყუნებელი განაჩენით.⁴⁴ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ლიტერატურაში, ამოსავალი წერტილია ის, რომ ძალადობის ცნების განმარტებისას, გასათვალისწინებელია ძირითადი უფლებების შეფასებები.⁴⁵ თუმცა, შემლუდვა არ განხორციელებულა ქმედების შემადგენლობის დონეზე.

მოგვიანებით, სასამართლო პრაქტიკაში, მოხდა სხეულებრივი, ფიზიკური იძულებითი ზემოქმედების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი აუცილებლობის „განწყალება“: გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადასტურა ფიზიკური იძულების საკმარისი ელემენტის არსებობა, თუ ბლოკადა ხდება იმგვარი ფორმით, რომ მომიტინგეები თავს იბამენ ან ავტომობილებს აყენებენ გზის საგალ ნაწილზე.⁴⁶ გარდა ამისა, სისხლის სამართლის საქმეთა განმხილველი სასამართლოები ადგენენ, მჭდომარე აქციების დროს, ძალადობის არსებობის ფაქტს (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის შესაბამისად), რაც აიძულებს მძღოლს ავტომანქანის გაჩერებას, რომლის ავტომობილიც შემდგომ ხდება ფიზიკური წინააღმდეგობა უკან მომავალი ავტომანქანებისათვის.⁴⁷ ეს დაადასტურა გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომაც.⁴⁸ აქედან გამომდინარე, დემონსტრანტების მიერ გზის საგალ ნაწილზე დაჯდომა, რომლითაც წარმოიქმნება დაბრკოლება (ვიდრე უბრალოდ დასწრება), განიხილება ძალადობად; პირველი ავტომობილის დამუხრუჭება ავტომატურად იწვევს ყველა შემდგომი ავტომანქანის გაჩერებას.

იმ შემთხვევაშიც კი, თუ თანამედროვე აქციები კვალიფიცირდება, როგორც ძალადობა, ეს სრულებითაც არ ნიშნავს იმას, რომ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის მიხედვით, აღნიშნული ქმედებები დასჯადია. აქ, უპირველეს ყოვლისა, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს გაკიცხვის შემოწმებას (გერმანიის სისხლის

44 BVerfGE 92, 1 (20).

45 გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლის პირველ პუნქტთან მიმართებით ასე მსჯელობს Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 79a.

46 BVerfGE 104, 92 (102 f.).

47 ამ „მეორე რიგის სასამართლო პრაქტიკაზე“ იხ. BGHSt 41, 182.

48 BVerfGE NJW 2011, 3020.

სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცი). ეს კი მოითხოვს ცალკეული შემთხვევის ყველა გარემოების ყოვლისმომცველ გააზრებას.⁴⁹ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცით გათვალისწინებული მიზანი არ უნდა შემოიფარგლოს კონკრეტული ქუჩისა თუ დაწესებულების ბლოკადით, არამედ უფრო მეტად საქმე ეხება კონსტიტუციურ-სამართლებრივად დაცულ საკომუნიკაციო მიზანს.⁵⁰ გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ამისათვის შემდეგი მასშტაბები ჩამოაყალიბა:⁵¹

ერთის მხრივ, გასათვალისწინებელია საპროტესტო აქციის შედეგები, განსაკუთრებით, მესამე პირების მიმართ. ამ კონტექსტში გასაანალიზებელია, მაგალითად, შეფერხების ხანგრძლივობა და ინტენსივობა, პრევენციული შესაძლებლობები და წინასწარი ინფორმაციის არსებობა.

ასევე, არსებობს ურთიერთკავშირი აქციასა და საკომუნიკაციო მიზანს შორის: რაც უფრო მჭიდროდ უკავშირდება ბლოკადას ის, რაზეც სურთ დემონსტრანტებს ყურადღების მიქცევა, მით უფრო ნაკლებად არის ეს ქმედება გასაკიცხი. საკომუნიკაციო მიზნის შინაარსი ან მისი დამატებლობა არ უნდა გახდეს სასამართლოს განხილვის საგანი.

აქედან გამომდინარე, ქუჩის მიმდინარე ბლოკადები კლიმატის დამცველთა მიერ, იმთავითვე არ არის გასაკიცხი. იმ შემთხვევაში, თუ საპროტესტო აქცია (როგორც ეს ხშირად ხდება ხოლმე) მიზნად ისახავს გზის სავალი ნაწილის გადაკეტვას, რომელიც სწორედ CO₂ ინტენსიური განობოლქვის ტერიტორიად მიიჩნევა, ყოველივე ეს გამომდინარეობს პროტესტის საკომუნიკაციო მიზნიდან. ერთი შეხედვით, მსგავსი ქმედებები არ არის გასაკიცხი, გარდა ცალკეული შემთხვევებისა, დარღვევის ინტენსივობისა და შედეგების გათვალისწინებით. თუმცა, გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ დაუშვა თავის გადაწყვეტილებაში, რომ სისხლის სამართლის საქმეთა განმხილველი სასამართლოები, როგორც წესი, არ ითვალისწინებენ კომუნიკაციის აქტს, ქმედებას გასაკიცხად მიიჩნევენ (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცი), თუმცა, ისინი ამას მხედველობაში იღებენ სასჯელის

49 Schluckebier, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 240 Rn. 17 m.w.N.

50 BVerfGE 104, 92 (110).

51 BVerfGE 104, 92 (110).

ზომის განსაზღვრისას და აწესებენ ძალიან დაბალ სასჯელს. ამდენად, საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, გამამტყუნებელი განაჩენები არ ეწინააღმდეგებოდა კონსტიტუციურ-სამართლებრივ სტანდარტებს.⁵² ეს არის მცდარი მოსაზრება, რამეთუ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცის საფუძვლიანი გადამოწმება ხელს შეუწყობდა გამამართლებელი განაჩენის დადგომას. ეს ეწინააღმდეგება გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გაკიცხვის საკითხზე მანამდე არსებულ მოსაზრებებს. აუცილებლად გასათვალისწინებელია, რომ კონკრეტული დანაშაულის გამო, დამდგარი გამამტყუნებელი განაჩენი განაპირობებს ქცევის სოციალურ გაკიცხვას. ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ ეს დაცულია ძირითადი უფლებებით, მაშინ, შესაძლოა, არ იყოს სახეზე გასაკიცხი საქციელი. გერმანიის ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთგვარად შეეშინდა საკუთარი გამბედაობის. ვიმედოვნებთ, რომ სასამართლო შეასწორებს ამ ლაფსუსს კლიმატის საპროტესტო აქციების საქმეების განხილვისას. ფაქტია, რომ იძულებასთან მიმართებითაც არსებობს შეურაცხყოფის შემადგენლობის (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 193-ე პარაგრაფი) მსგავსი მოქნილი ნორმა. შესაბამისად, აუცილებელია მისი გამოყენება, რათა ანგარიში გაეწიოს სისხლის სამართალში ძირითადი უფლებებით დაცულ დონეს.

3. საჯარო წესრიგის დამცავი დელიქტები

დანაშაულის კიდევ ერთი კატეგორია, რომელსაც ასევე აქვს გარკვეული როლი დემონსტრაციების კონტექსტში, არის საჯარო წესრიგის დამცავი დელიქტები. მათი მიზანი (ამ დრომდე განხილული დელიქტებისაგან განსხვავებით), როგორც მინიმუმ, არ არის უშუალოდ ინდივიდუალური სამართლებრივი სიკეთის დაცვა, არამედ მიმართულია საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვის. ამის კლასიკური მაგალითებია უცხოელთა წინააღმდეგ მიმართული, ანტიემიტური ან ანტიმუსლიმანური გზავნილები. სულ ცოტა ხნის წინ კი, თავი იჩინა ასევე ფენომენმა, რომ პრორუსულ დემონსტრაციებზე, რუსეთ-უკრაინის ომის კონტექსტში, ხდება „Z“ სიმბოლიკის გამოყენება.

52 BVerfGE 104, 92 (114 f.).

a) მნიშვნელოვანი სისხლისსამართლებრივი ნორმები

განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი ნორმა ამ სფეროდან არის ეროვნული შუღლის გაღვივების შემადგენლობა (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცი), მისთვის დამახასიათებელი სხვადასხვა გამოვლინებით: ნაციონალურ-სოციალისტური მმართველობის რეჟიმის მიერ გენოციდისა (მე-3 აბზაცი) და სხვა სახის დანაშაულის (მე-5 აბზაცი) ჩადენის უარყოფა, ასევე ნაციონალურ-სოციალისტური რეჟიმის მოწონება, განდიდება ან გამართლება (მე-4 აბზაცი). ამის კიდევ ერთი თვალნათლივი მაგალითია რელიგიური რწმენის ან მსოფლმხედველობრივი მრწამსისა ან გაერთიანების შეურაცხყოფა (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 166-ე პარაგრაფი). „Z“ სიმბოლიკის ჩვენებაში, სულ ცოტა ხნის წინ, გამოიწვია სხვის მიერ ჩადენილი დანაშაულების მოწონების ჭრილში, გამამტყუნებელი განაჩენის დადგომა (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 140-ე პარაგრაფის პირველი აბზაციის მე-2 ქვეპუნქტი).⁵³

აღნიშნული მიმოხილვა გვიჩვენებს, რომ აღნიშნული შემადგენლობები შეიცავს სრულიად განსხვავებული მოსაზრებების გამო დასჯადობას. თუმცა, მათ ორი რამ აერთიანებთ: ერთის მხრივ, ისინი უკავშირდება პარადიგმულად მიზლის წაქეზებას (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის პირველი აბზაციის პირველი ქვეპუნქტი), ადამიანის ღირსებაზე თავდასხმას შეურაცხყოფით, დისკრედიტაციითა და ცილისწამებით (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის პირველი აბზაციის მე-2 ქვეპუნქტი) ან უხეშად დაკნინებას (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-5 აბზაცი). მეორეს მხრივ, ყველა ერთად, წინაპირობაა იმისა, რომ ქმედებას ძალუძს საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევა. ეს ახასიათებს ამათ, გაბატონებული აზრით, როგორც ე.წ. პოტენციური საფრთხის დელიქტებს და, ამგვარად, აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტების ქვეკატეგორიას.⁵⁴ სხვაგვარია მდგომარეობა მხოლოდ გერმანიის სისხლის სამართლის

53 ob. AG Hamburg, Urt. v. 25.20.2022 – 240 Cs 121/22 (ECLI:DE:AGHH:2022:1025.24 OCS121.22.00).

54 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, § 130 Rn. 1 i.V.m. Vor § 13 Rn. 32; ob. ასევე BGH NSTZ 2017, 146 (147).

კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-4 აბზაცში, რომლის წინაპირობაა წესრიგის ფაქტობრივი დარღვევა და შედეგის დადგომა.⁵⁵ თუმცა, თავად საზოგადოებრივი წესრიგის ცნება, როგორც ასეთი, ბუნდოვანია და კიდევ უფრო ბუნდოვანია მისი დარღვევა. ამდენად, ეს ნიშანი წარმოშობს გარკვეულ ეჭვებს განსაზღვრულობის პრინციპის გადმოსახედიდან.⁵⁶

b) დაცული სფერო და შემხებლობაში მყოფი ძირითადი უფლებების შეზღუდვები

ვინაიდან გამონათქვამები, რომლებიც შედის აღნიშნულ შემადგენლობებში, შეიცავს პირადი შეხედულებების ელემენტებს, გახსნილია სიტყვის თავისუფლების დაცული სფერო. გამონაკლისია, ერთმნიშვნელოვანად არასწორი ფაქტების მტკიცება, როგორცაა, მაგალითად, ჰოლოკოსტის უარყოფა (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-3 აბზაცი).⁵⁷ იმ შემთხვევაში, თუ ეს ეფუძნება საკუთარ დასკვნებსა და შეფასებებს, მაშინ გახსნილია დაცული სფერო (გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის (კონსტიტუცია) მე-5 მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული).⁵⁸ იგივე წესი ვრცელდება რუსული აგრესიული ომის მოწონებაზე, იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც ყოველივე ეფუძნება უკრაინაში რუსეთის მიერ ჩადენილი ომის დანაშაულის (მცდარი) უარყოფას.⁵⁹ ამდენად, იბადება კითხვა სიტყვის თავისუფლების შეზღუდვებთან დაკავშირებით, განსაკუთრებით, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის (კონსტიტუცია) მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის კონტექსტში.

55 Lohse, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 240 Rn. 45.

56 BVerfGE 124, 300 (339 f.).

57 BVerfG NJW 2018, 2858 (2859); მსგავსი ფაქტების არსებობის განცხადება არ ჯდება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის დაცულ სფეროში, თუ ამას მოჰყვება აზრის გამოხატვა.

58 BVerfG NJW 2018, 2858 (2860).

59 ეს არ ეწინააღმდეგება გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პოზიციას, BVerfG NJW 2018, 2858 (2859), ვინაიდან § 140 Abs. 1 Nr. 2 – განსხვავებით სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-3 ნაწილისაგან – მიზნად ისახავს სწორედ არა ფაქტის არსებობის განცხადებას, როგორც ასეთს, არამედ მხოლოდ დანაშაულის მოწონებას.

ვინაიდან აღნიშნული შემადგენლობები, უკვე გამოკვლეული შეურაცხყოფის დელიქტებისაგან განსხვავებით, არ ემსახურება პირადი პატივის დაცვის მიზანსა და ასევე არ აქვთ მოზარდი ახალგაზრდობის დაცვის მიზანი, იბადება კითხვა, ხომ არ არის შესაძლებელი, მათი გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის შესაბამის, „ზოგად კანონებად“ დაკვალიფიცირება. აქ მოიაზრება ის კანონი, რომელიც არ კრძალავს აზრს, როგორც ასეთს, არამედ მისი მიზანია განსაზღვრული სამართლებრივი სიკეთის დაცვა, განურჩევლად იმისა, თუ რომელი აზრის წინააღმდეგაა იგი მიმართული.⁶⁰ მსგავსი სახის „აზრის ნეიტრალიტეტი“ ჩადებულია გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 166-ე პარაგრაფში, 140-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის მე-2 ქვეპუნქტსა და 130-ე პარაგრაფის პირველ, მე-2 და მე-5 აბზაცებში. დასჯადობის მხრივ, მნიშვნელობა არ აქვს, თუ რომელი იდეოლოგიური გადმოსახედიდან ხდება რწმენის შეურაცხყოფა, რომელიმე დანაშაულის მოწონება და ა.შ. განსაკუთრებული პრობლემა ქმნის კონკრეტულად ნაცისტურ წარსულთან დაკავშირებული შემადგენლობები. კერძოდ, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-3 და მე-4 პარაგრაფები. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ უარი თქვა, ზოგადი კანონის ხასიათი მიენიჭებინა ნაცისტური რეჟიმის მოწონების შემადგენლობისათვის (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-4 აბზაცი), რამეთუ ამ ქმედების დასჯადობა სპეციალურად და პირდაპირ უკავშირდება ნაციონალ-სოციალიზმისადმი გარკვეული დამოკიდებულების გამოხატვას.⁶¹ თუმცა, გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ, შემდეგი ნაბიჯის სახით, დაუშვა გამონაკლისი საყოველთაო კეთილდღეობის აუცილებლობიდან, საფუძვლად დაუდო რა ნაცისტური სახელმწიფოს საპირწონედ, „საწინააღმდეგო კონცეფციად“ ჩამოყალიბებული გერმანიის ძირითადი კანონის ისტორიული კონტექსტის არსებობას. სხვაგვარად რომ ვთქვათ: ეს არის დამატებითი, დაუნერგელი შეზღუდვის დათქმა იმ კანონთან მიმართებით, რომელიც მიმართულია ნაცისტური იდეოლოგიის წინააღმდეგ.⁶² მოგვი-

60 BVerfGE 124, 300 (321 f.).

61 BVerfGE 124, 300 (325).

62 BVerfGE 124, 300 (328).

ანებით კი, გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ გაავრცელა ეს არგუმენტაცია ასევე ნაციონალურ-სოციალისტური მმართველობის დროს ჩადენილი გენოციდის უარყოფამაც (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-3 აბზაცი).⁶³ სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ ნაცისტურ იდეოლოგიას, ბოლომდე არ აქვს გამოცლილი სიტყვის თავისუფლების დაცვის ნიადაგი.⁶⁴ ამ იდეოლოგიის წინააღმდეგ მიმართული კანონებიც უნდა იყოს ყოველთვის თანაბომიერი და ორიენტირებული სამართლებრივი სიკეთის დაცვაზე.⁶⁵

c) სისხლის სამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციასთან თავსებადი გამოყენება

რამდენადაც, ზემოთნახსენებ ნორმებში, ქმედების განსაკუთრებული ხარისხის არსებობაა დადგენილი (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 166-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცით გათვალისწინებული შეურაცხყოფა ან კიდევ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-5 აბზაცით გათვალისწინებული უხეში დაკნინება), ეს ქმნის, სიტყვის თავისუფლების ინტერესების გადმოსახედიდან, მათი ვიწრო განმარტების საფუძველს. გარდა ამისა, საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევის ხარისხსაც ექცევა ყურადღება. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, ეს წესი არ ვრცელდება გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-4 აბზაცზე. ნაციონალურ-სოციალისტური მმართველობის მოწონება, განდიდება და გამართლება იმდენად მძიმე ქმედებაა, რომ მათი განხორციელებით იმთავითვე ივარაუდება საზოგადოებრივი წესრიგის სისტემატური დარღვევა.⁶⁶ იგივე მიდგომა ვრცელდება გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-3 აბზაცის მიმართ და ასევე, მოწონებისა და უარყოფის შემცველ სხვა შემადგენლობებზე.⁶⁷ საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევის შემოწმების სტანდარტი ამ ნორმებთან მიმართებით მხოლოდ

63 BVerfGE 124, 300 (327 ff.).

64 BVerfG NJW 2018, 2861.

65 BVerfGE 124, 300 (330).

66 BVerfGE 124, 300 (331).

67 BVerfGE 124, 300 (344).

გამონაკლისის სახით ვრცელდება, რათა გამოირიცხოს მხოლოდ ატიპური შემთხვევების დროს დასჯადობა, როდესაც, გამონაკლისის სახით, არ მოხდება საჯარო წესრიგის დარღვევა.⁶⁸ თუმცა, ეს არ ვრცელდება ყველა იმ შემადგენლობაზე, რომელთა წინაპირობაა საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევა. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ასეთ ნორმად მიიჩნია გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 130-ე პარაგრაფის მე-3 აბზაცით გათვალისწინებული, თავისი მასშტაბებით ბევრად „უწყინარი“, დაკნინების შემადგენლობა.⁶⁹ იგივე მიდგომა უნდა ვრცელდებოდეს გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 166-ე პარაგრაფსა და 140-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის მე-2 ქვეპუნქტით გათვალისწინებულ შემადგენლობებზეც.

შეჯამების სახით, შეიძლება ითქვას, რომ ცალკეული, ფართოდ ჩამოყალიბებული შემადგენლობები გვაძლევს მათი ძირითადი უფლებების ჭრილში ლმობიერი განმარტების სივრცეს. თუმცა, მოსალოდნელი არაა, რომ ეს ასპექტი, „Z“ სიმბოლიკის გამოყენების შემთხვევაში, გამოიწვევს დაუსჯელობას. პრობლემური რჩება მოწონებული დანაშაულის განზრახვის არსებობის საკითხი, როდესაც დემონსტრანტებს, რუსული Fake News-ების საფუძველზე, მართლაც სჭერათ რუსული არმიის მიერ უკრაინაში ომის დანაშაულის ჩაუდენლობა.

4. დაზიანება და განადგურება

და ბოლოს, მსურს, მიმოვიხილო ნივთების დაზიანება და განადგურება, რასაც მუდმივად ვაწყდებით მანიფესტაციებისა და დემონსტრაციების დროს. ამის მაგალითად გამოდგება დროშის დაწვა ან კიდევ უფრო აქტუალური მაგალითი – ტილოზე კარტოფილის პიურეს მისხმა, გერმანიის ძირითადი კანონის ძველის ზეთით დასვრა ან კიდევ, კლიმატური პირობების საპროტესტო აქციიდან გამომდინარე, ხის მოჭრა ფედერალური კანცლერის უწყების მიმდებარე ტერიტორიაზე.

68 BVerfG NJW 2018, 2858 (2860); BVerfGE 124, 300 (340 f.); კრიტიკულად იხ. *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, § 130 Rn. 31; *Lohse*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 130 Rn. 45.

69 BVerfG NJW 2018, 2861.

a) მნიშვნელოვანი სისხლისსამართლებრივი ნორმები

პირველ რიგში, გასააზრებელია ნივთის დაზიანება/განადგურება, როგორც დანაშაული (მატერიალური ზიანის მიყენება – გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 303-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცი). ასევე, მნიშვნელოვანია გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 303-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცი, რომელიც ეხება სხვისი ნივთის გარეგნული იერ-სახის აკრძალულ ცვლილებას. მთელი რიგი სისხლისსამართლებრივი ნორმებისა არ მოითხოვს, რომ ქმედების ობიექტი სხვისი ნივთი იყოს და დასჯა-დია საკუთარი ნივთების მიმართ განხორციელებული ქმედებებიც. ასეთი შემადგენლობებია:

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 90-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის მე-2 ქვეპუნქტი – გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკისა და ფედერალური მიწების დროშების, ალმების, სიმბოლიკისა და ჰიმნების შეზღავანა;

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 90a პარაგრაფის მე-2 აბზაცი – გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკისა და ფედერალური მიწების დროშების, ალმებისა და სახელმწიფო სიმბოლიკის მოშორება, განადგურება, დაზიანება, გამოუსადეგარ და ამოუცნობ მდგომარეობაში ჩაგდება, განსაკუთრებული უპატივცემლობის გამოხატვა;

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 104-ე პარაგრაფი, რომელიც აფართოებს დროშების, ალმებისა და სახელმწიფო სიმბოლიკის დაცვასა და ავრცელებს ამას სხვა სახელმწიფოებზე, და გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 90c პარაგრაფი – ევროპის კავშირის დროშისა და ჰიმნის მიმართ განხორციელებული ქმედებები.

b) დაცული სფერო და შემხებლობაში მყოფი ძირითადი უფლებების შეზღუდვები

გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტით დაცული სფეროში ექცევა, როგორც სიტყვის თავისუფლების გამოხატულება, ასევე წმინდა ფაქტობრივი ქცევაც, თუ დაინტერესებული პირი მონაწილეობას იღებს საზოგადოებრივ საკომუ-

ნიკაციო პროცესში.⁷⁰ ნივთების დაზიანება (ან განადგურება) შეიძლება, როგორც წესი, მოექცეს აღნიშნულ დაცულ სფეროში⁷¹ – თუმცა, გაბატონებული შეხედულებით, ეს ვრცელდება მხოლოდ საკუთარი და არა უცხო ნივთების დაზიანება-განადგურებაზე.⁷² ერთი შეხედვით, ეს საკმაოდ დამაჯერებელია. სიტყვისა და შეკრების თავისუფლებამ არ უნდა მისცეს საბაბი ვანდალებს, მათ შორის, მესაკუთრეების მხრიდან მოსალოდნელი წინააღმდეგობებისა და ესკალაციის საფრთხის გამო. სწორედ ამიტომ, დაუცველია, როგორც მინიმუმ, უცხო საკუთრების გამიზნული დაზიანება. თუმცა, გამონაკლის შემთხვევებში შეიძლება მოხდეს მატერიალური დაზიანებების აბსოლუტური გამორიცხვა. ის, რომ ამრის გამოხატვად ან შეკრებად დაკვალიფიცირებადი საპროტესტო აქცია გამოიწვევს მცირე მატერიალურ ზიანს – მაგ. მონაწილეები მიემბებიან ქუჩის აბრაზე და ამის შედეგად ის ალაგ-ალაგ იკაწრება – ეს არის ძირითადი უფლებების გამოხატვის ამ ფორმის გარდაუვალი შედეგი. იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც დამრღვევი არაპირდაპირი განზრახვით მოქმედებს (რამეთუ ნივთის გაუფრთხილებელი დაზიანება ისედაც არადასჯადი ქმედებაა გერმანიაში), არადამაჯერებელია მათა ძირითადი უფლებებით დაცვის გარეშე დატოვება. თუმცა, აღნიშნული დაცვა ვრცელდება უმნიშვნელო და გარდაუვალ მატერიალურ დაზიანებებზე, როდესაც ძირითადი უფლებების გამოყენებაზე (ანუ პროტესტზე უარის თქმა მხოლოდ ამის გამო) უარის თქმა არათანაბომიერი ჩარევა იქნებოდა.

c) სისხლისსამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციასთან თავსებადი გამოყენება

შედარებით მარტივია ისეთი შემადგენლობების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი შეზღუდვა, როგორიცაა ცილისწამება ან შებღალვა (მაგა-

70 *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 99. Ergänzungslieferung 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG Rn. 82.

71 *Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 95.

72 *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 99. Ergänzungslieferung 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG Rn. 82; მსგავსი დიფერენცირების გარეშე OLG Köln NJW 1970, 1322 (1324) – აღნიშნულ შემთხვევაში, საქმე ეხებოდა სხვისი ნივთების მითვისებას.

ლითად, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 104-ე პარაგრაფი), ვინაიდან ისინი ბევრ შეფასებით კრიტერიუმს შეიცავს. აქვს თუ არა კონკრეტულ ქმედებას ამგვარი ხასიათი, ვინაშით უნდა განიმარტოს ძირითადი უფლებების კონტექსტში. ბევრად უფრო რთულია ვითარება, როდესაც საქმე გვაქვს ისეთ აღწერილობით ქმედების შემადგენლობის ნიშნებთან, როგორებიცაა ნივთების დაზიანება ან განადგურება (მაგალითად, აბრაზე მიბმის შედეგად წარმოქმნილი ნაკანრები). ასეთ შემთხვევებში ქმედების შემადგენლობის ნიშნების არსებობა მარტივად დგინდება. შესაბამისად, პასუხისმგებლობის გამორიცხა შეიძლება მართლწინააღმდეგობის საფეხურზე მოხდეს. თუმცა, უკიდურესი აუცილებლობის შემთხვევებისას (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 34-ე პარაგრაფი), ჩნდება კითხვა, თუ რამდენად იმნუთიერი იყო საფრთხე. ამას ვერ ვიტყვით გრძელვადიან პერსპექტივაში მოსაგვარებელი საკითხების მიმართ (როგორიცაა, მაგალითად, CO₂ გამონაბოლქვის საკითხი). 34-ე პარაგრაფი ეხება იმნუთიერ საფრთხეს და მისი ამოქმედება ვერ მოხდება მხოლოდ კლიმატის ცვლილებებით გამოწვეული, მომავალში რეალიზებადი საფრთხეების საფუძველზე. გარდა ამისა, არ უნდა დაგვავიწყდეს საზოგადოების ნაკლები პოლარიზების გამომწვევი, პროტესტის ალტერნატიული ფორმებიც (ისე, რომ არ დადგეს მატერიალური ზიანი), რაც, თავის მხრივ, უფრო შესაფერისი იქნებოდა დემონსტრანტების გრძელვადიანი მიზნების. ყოველივე აქედან გამომდინარე, ვერ მოხდება დასჯადობის გამორიცხვა მართლწინააღმდეგობის საფეხურზე. შესაბამისად, გამოსავალი უნდა მოიხაზოს ძირითადი უფლებების საფუძველზე გამართლებაში.

IV. დასკვნა: არ არსებობს ძირითად უფლებებსა და სისხლისსამართლებრივ ნორმებს შორის კონფლიქტის მოგვარების „სამეფო გზა“

სხვადასხვა დელიქტური ჯგუფის მიმოხილვა სრულდება ერთგვარი პარადოქსული დასკვნით. განსაკუთრებით ფართო, განუსაზღვრელი და, ამდენად, კანონიერების პრინციპის გათვალისწინებით, პრობლემური ნიშნები ამარტივებს ვინაშით, ძირითად უფლებებზე ორიენტირებულ განმარტებას. თუმცა, ეს არ უნდა იქნას გაგებული, როგორც სისხლისსამართ-

თლებრივი ნორმების ამგვარი განმარტების საბოლოო, დასკვნითი სიტყვა. რამეთუ სიტყვის თავისუფლების დასაცავი ეს გზა იქნებოდა ბევრად უფრო რთული. მისი ფასის „გადახდა“ მოხდებოდა ამ სისხლისსამართლებრივი ნორმების განსაზღვრულობის სერიოზული დაკარგვით, რომელთა მიმართ იმთავითვე არსებობს კონსტიტუციურ-სამართლებრივი სტანდარტი (გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მე-2 პუნქტი). შემთხვევითობა არაა, რომ ცალკეულ, აქ განხილულ კონსტელაციებში (უწინარეს ყოვლისა, ძალადობის ცნება) ცალკეული ქმედებების დაუსჯელობა წარმოიქმნა კანონიერების პრინციპიდან. საუბარი არაა კანონისმიერი ესთეტიკის საკითხზე. მაშინაც კი, როდესაც მსგავსი ბუნდოვანი ნიშნები განიხილება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სამართლებრივი სახელმწიფოს კონტექსტში, სიტყვის თავისუფლების გასაძლიერებლად, მათი სხვაგვარი მოქმედება ახდენს საწინააღმდეგო ეფექტს. თავისუფალი, დემოკრატიული სამართლებრივი სახელმწიფოს ეროზიის შემთხვევაში, რაზეც მიდის ინტენსიური მუშაობა, ბუნდოვანი, დაუმუსტებელი შემადგენლობები შესაძლებელს ხდის ძირითადი უფლებების უხეშად დარღვევას. პოლიტიკური დემონსტრაციების კონტექსტში, ძირითად უფლებებსა და სისხლისსამართლებრივ ნორმებს შორის კონფლიქტების თავიდან ასაცილებლად, პრიორიტეტული გადაწყვეტა მდგომარეობს იმაში, რომ სწორედ სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობის შექმნის ეტაპზევე მოხდეს სიფრთხილის გამოჩენა.

გამოხატვის თავისუფლება საქართველოში – ძლიერი კონსტიტუციური დაცვის ნაცრისფერი ხვრელები

დავით ზედელაშვილი

კვლევითი ინსტიტუტი Gnomon Wise, საქართველოს უნივერსიტეტი

I. შესავალი

გამოხატვის თავისუფლება საქართველოს კონსტიტუციითა და კანონმდებლობით ძირითადად დაცვის მაღალი ხარისხით სარგებლობს. თუმცა, ეს ნორმატიული რეალობა ყოველთვის სათანადოდ არ რეალიზდება და გამოხატვის თავისუფლების დაცვის ნამდვილი ხარისხიც ჩამორჩება კონსტიტუციურ და სხვა სამართლებრივ მოთხოვნებს. თავის მხრივ, პრობლემა მხოლოდ აღსრულებითი ხასიათის არ არის და ნაწილობრივ პრობლემები აღსრულებაში სამართლებრივი მოწესრიგების ხარისხობრივი დეფექტებითაა გამოწვეული.

ამ სტატიის მიზნებისთვის, აღნიშნული დეფექტების გასაანალიზებლად გამოვიყენებთ სამართლებრივი ნაცრისფერი ხვრელის ცნებას.¹ ეს მეტაფორული ფორმის ცნება გავრცელებულია სამართლის ფილოსოფიაში და გამოიყენება სამართლებრივი შავი ხვრელის ცნებასთან ერთად. სამართლებრივი შავი ხვრელი იქმნება მაშინ, როდესაც საჯარო ხელისუფლების წარმომადგენლების უფლებამოსილებას არ გააჩნია სამართლებრივი საფუძველი და ფარგლები, მათი ქმედება სამართლებრივი მოწესრიგების მიღმა, შესაბამისად დისკრეცია სრულად უკონტროლო და თვითნებობის შესაძლებლობა შეუზღუდავია.

სამართლებრივი შავი ხვრელისგან განსხვავებით, სადაც სამართლებრივ მოწესრიგებასა და შეზღუდვაზე ხელისუფლების უარი ნათლად გამოხატული ან მკაფიოდ ნაგულისხმევია, ნაცრისფერი ხვრელი იქმნება

1 *Dyzenhaus, Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order*, *Cardozo Law Review*, 2009, 27.

სამართლებრივი მოწესრიგების ხარისხობრივი დეფექტით. ნაცრისფერ ხვრელში თვითნებობის შესაძლებლობა იქმნება და რეალიზდება კანონის ისეთი ხარისხობრივი დეფექტის მეშვეობით, რომელიც შესაძლებლობას აძლევს ხელისუფლების თანამდებობის პირებს შეასუსტონ ან თავი აარიდონ ძალაუფლების განხორციელების სამართლებრივ შემლუდვას, რაც, ზოგიერთ შემთხვევაში, გამოწვეულია თანამდებობის პირის უფლებამოსილებით აღმჭურველი კანონის არასათანადო სიცხადით.

ალტერნატიულად, იგივე შედეგი დგება პირის სამართლებრივი უფლებების, მისი სამართლებრივი მდგომარეობის განუსაზღვრელობით, რაც ასუსტებს ან ეფექტურად აუქმებს ამ უფლებების სამართლებრივი საშუალებებით დაცვას, რაც თავის მხრივ ქმნის სახელისუფლებო თვითნებობისთვის უკონტროლო სივრცეს.

ამ სტატიაში ვიმსჯელებთ ასეთი ნაცრისფერი ხვრელის შესახებ, რომელიც კონსტიტუციური ინტერპრეტაციის საშუალებით იქმნება, რაც აუარესებს გამოხატვის თავისუფლების დაცვის ხარისხს ან ქმნის ასეთი გაუარესების სამართლებრივ შესაძლებლობას კანონმდებლის მიერ საკანონმდებლო ნაცრისფერი ხვრელის შექმნის ან არსებულის შენარჩუნების გზით.

II. გამოხატვის თავისუფლების კონსტიტუციური და საკანონმდებლო დაცვა

გამოხატვის თავისუფლების კონსტიტუციური დაცვის საფუძველია საქართველოს კონსტიტუციის მე-17 მუხლი.² ეს მუხლი აერთიანებს დაცვის იმ ელემენტებს, რომლებიც წინა რედაქციებში მე-19 და 24-ე მუხლებში იყო გადანაწილებული. კერძოდ, მე-17 მუხლის პირველი პუნქტი იცავს ამრისა და მისი გამოხატვის თავისუფლებას (წინა რედაქციაში დაცული იყო მე-19 მუხლით), ხოლო მეორე პუნქტი იცავს ინფორმაციის მიღებისა და გავრცელების თავისუფლებას (წინა რედაქციაში დაცული იყო 24-ე მუხლით). საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენციამ გამოხატვის

2 საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს პარლამენტის უწყებები, 31-33, 24/08/1995.

თავისუფლების დაცვის ძირითად წყაროდ სწორედ ინფორმაციის მიღებისა და გავრცელების უფლება წამოსწია წინ.

მე-17 მუხლის პირველ პარაგრაფში ახალბურად ჩამოყალიბებული „აზრისა და მისი გამოხატვის“ თავისუფლება ქმნის სივრცეს, რომ დროთა განმავლობაში მანაც შეიძინოს მნიშვნელობა სასამართლოს იურისპრუდენციაში, იმის გათვალისწინებით, რომ ინფორმაციის მიღებისა და გავრცელების თავისუფლება, მისი ფართო დაცული სფეროს მიუხედავად ვერ ამოწურავს კონსტიტუციით დაცული გამოხატვის ყველა ასპექტს.

კონსტიტუციური დაცვის მიღმა, გამოხატვის თავისუფლების საკანონმდებლო დაცვის ჩარჩოს ქმნის „საქართველოს კანონი სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“.³ მიუხედავად მისი ფორმალური სტატუსისა, ეს კანონი მიეკუთვნება „მატერიალური გაგებით საკონსტიტუციო სამართალს“⁴, აწესრიგებს რა ძირითადი კონსტიტუციური უფლების დაცვას საკანონმდებლო დონეზე, აზუსტებს და დეტალურად აყალიბებს ამ უფლების შინაარსის განმსაზღვრელ და სამართლებრივი დაცვის ძირითად წესებსა და სტანდარტებს.

ეს კანონი მიეკუთვნება ე.წ. „სუპერ საკანონმდებლო აქტების“⁵ რიგს, რამდენადაც მოიცავს სხვა საკანონმდებლო აქტების განმარტებისთვის წესებსა და სტანდარტებს. სწორედ მასში მოცემული სტანდარტებისა და წესების დამსახურებაა გამოხატვის თავისუფლების დაცვის ხარისხის ამაღლება სხვა საკანონმდებლო აქტებში არსებული დაბალი დაცვის გაზრდის გზით. ამის ყველაზე ცხადი მაგალითი არის ცილისწამების მონესრიგება სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ კანონით, რომელმაც არსებითად აამაღლა მანამდე სამოქალაქო კოდექსის მე-18 მუხლით⁶ გათვალისწინებული დაცვა და საბოლოოდ ამ უკანასკნელი მუხლის სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების კანონის სტანდარტებთან შესაბამისობაში მოყვანით დასრულდა.

3 საქართველოს კანონი სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ, სსმ, 19, 15/07/2004.

4 *Grimm*, Types of Constitutions, in: Rosenfeld/Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012; online edn, Oxford Academic, 21 Nov. 2012).

5 *Eskridge Jr./JFerejohn*, Super-Statutes, 50 *Duke Law Journal*, 2001, 1215-1276.

6 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 31, 24/07/1997.

III. გამოხატვის თავისუფლების დაცვის ნაცრისფერი ხვრელები სისხლის სამართალში: ბედმეტად ფართოდ მონესრიგება და ნორმის ბუნდოვანება საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენციაში

ადამიანის უფლებების დოქტრინასა და იურისპრუდენციაში სამართლის უზენაესობის მოთხოვნებსა და ადამიანის უფლებების დაცვას შორის არსებითი კავშირი ცენტრალურ და მყარად აღიარებულ ადგილს იკავებს.⁷ ამის მიუხედავად, კონსტიტუციური სისტემების კონტექსტუალური მახასიათებლები ყოველთვის არ უწყობენ ხელს ამ ელემენტების სინერგიას ადამიანის უფლებების დაცვის ოპტიმალური ხარისხის მისაღწევად.⁸

მაგალითისათვის მოვიხმობთ და გიმსჯელებთ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენციაზე, რომელიც კანონის ხარისხის მოთხოვნების დარღვევის საფუძველზე ადგენს გამოხატვის თავისუფლების კონსტიტუციის საწინააღმდეგოდ შეზღუდვას. ამ მხრივ მნიშვნელოვანია აღვნიშნოთ, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპები, მათ შორის სამართლებრივი სახელმწიფოს (სამართლის უზენაესობის) პრინციპი პირდაპირ არ გამოიყენება ნორმათა კონსტიტუციურობის შესაფასებლად.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო ირჩევს „შეზღუდული ნორმატივიზმის“⁹ კონსტიტუციური ინტერპრეტაციის დოქტრინას და ძირითად, კონსტიტუციურ პრინციპებს იყენებს მხოლოდ კონსტიტუციის ტექსტთან ერთად, ძირითადი უფლებების შემთხვევაში, ამ უფლებების განმარტებისას და ნორმატიული აქტების მათთან შესაბამისობის განსაზღვრისას.

შეზღუდული ნორმატივიზმის მიდგომის შემომტან საკვანძო გადან-

7 *ერემაძე*, ინტერესთა დაბალანსება დემოკრატიულ საზოგადოებაში, 2013.

8 *Sajó*, “The Rule of Law.” Chapter. In *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, edited by Roger Masterman and Robert Schütze, 258–90. Cambridge Companions to Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

9 *Goldsworthy*, *Constitutional Interpretation*, in: Rosenfeld/Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012; online edn, Oxford Academic, 21 Nov. 2012).

ყვეტილებაში¹⁰, ფარული მიყურადების უფლებამოსილების მიმნიჭებელი ნორმის არასათანადო სიცხადით განსაზღვრა, კეთილსინდისიერ განმმართველს უტოვებდა გონივრულ შესაძლებლობას, ამ ნორმის საფუძველზე ფარული მიყურადება სასამართლოს ნებართვის გარეშე განხორციელება დაეშვა პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის კონსტიტუციური უფლების საწინააღმდეგოდ.

„საიას საქმე“ ერთ-ერთი გამონაკლისი გადაწყვეტილებათაგანია, სადაც საკონსტიტუციო სასამართლო შებლუდულ ნორმატივიზმს წმინდა ფორმითა და სრულად იყენებს – ძირითადი უფლების შებლუდვას ადგენს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპთან ნორმის წინააღმდეგობის საფუძველზე.

სისხლის სამართალში სამართლის უზენაესობის პრინციპის ძირითად წყაროდ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო ირჩევს კონსტიტუციაში მის ტექსტუალურად არტიკულირებულ ელემენტებს, კერძოდ, კანონიერების პრინციპს პასუხისმგებლობის დამდგენი სამართლებრივი ნორმების მიმართ, მათ შორის სისხლის სამართალში (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) და პასუხისმგებლობის დამდგენ ნორმების რეტროაქტიური კანონით დაწესების კატეგორიულად აკრძალვას. ეს გარანტიები ამჟამად მოცემულია საქართველოს კონსტიტუციის 31-ე მუხლის მე-9 პუნქტში¹¹ (42-ე მუხლის მე-5 პუნქტი წინა რედაქციაში).

ამ ორი ურთიერთდაკავშირებული პრინციპიდან არის ნაწარმოები სისხლის სამართალში კანონის განსაზღვრულობისა და განჭვრეტადობის მკაცრი ხარისხობრივი მოთხოვნები. 2022 წლის 4 ნოემბრის გადაწყვეტილებამდე ლოგუას საქმეზე¹², საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო სისხლის სამართალში სამართლის უზენაესობის ტექსტუალურ კონსტიტუციურ გარანტიებთან ერთად, გამოხატვის თავისუფლების საქმე-

10 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 დეკემბრის გადაწყვეტილება N1/3/407, საქმეზე საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე – ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

11 *Supra*, სქოლიო 2.

12 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2022 წლის 4 ნოემბრის გადაწყვეტილება N1/8/926, საქმეზე გიორგი ლოგუა საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

ეპი იყენებდა გამოხატვის თავისუფლებიდან გამომდინარე ნორმის განსაზღვრულობის მოთხოვნებს.

საკონსტიტუციო სასამართლომ გამოხატვის თავისუფლებიდან გამომდინარე ნორმის განსაზღვრულობის მოთხოვნები განავითარა „მსუსხავი ეფექტის“ დოქტრინასთან კავშირში. მნიშვნელოვანია, რომ „მსუსხავი ეფექტის“ დოქტრინიდან გამომდინარე განსაზღვრულობის მოთხოვნები არ შემოიფარგლება მხოლოდ სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დამწესებელი ნორმებით და მიემართება ზოგადად სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დამწესებელ ნორმებს.

სამართლებრივი პასუხისმგებლობის შიშის საფუძველზე თვითცენზურის დაუშვებლობა ქმნის „მსუსხავი ეფექტის“ დოქტრინის ძირითად შინაარსს. შესაბამისად საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენციაში „მსუსხავი ეფექტის“ დოქტრინის გამოყენების შემთხვევები სისხლისსამართლებრივ ნორმებს მიღმაც გვხვდება.¹³

შესაბამისად, სისხლის სამართლებრივი ნორმების გამოხატვის თავისუფლებასთან შესაბამისობის შემოწმებისას „მსუსხავი ეფექტის“ დოქტრინიდან გამომდინარე განსაზღვრულობის მოთხოვნების გამოყენებას ავტონომიური წყარო გააჩნია თავად გამოხატვის თავისუფლებაში და არ არის ნაწარმოები კონსტიტუციის 31-ე მუხლის მე-9 პუნქტის მოთხოვნებიდან.

აღნიშნული ინტერპრეტაცია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ განავითარა 2013 წლის გადაწყვეტილებაში „ბარამიძისა და სხვები“.¹⁴ აღნიშნულ საქმეში საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ განუსაზღვრელობის საფუძვლით გამოხატვის თავისუფლების (ინფორმაციის მიღებისა და გავრცელების ასპექტი) საწინააღმდეგოდ მიიჩნია

13 იხილეთ, მაგალითად, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2009 წლის 10 ნოემბრის გადაწყვეტილება N1/3/421,422 საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები გიორგი ყიფიანი და ავთანდილ უნგიაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

14 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 14 მაისის გადაწყვეტილება N2/2/516,542, საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები – ალექსანდრე ბარამიძე, ლაშა ტულუში, ვახტანგ ხმალაძე და ვახტანგ მაისია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 314-ე მუხლის პირველი ნაწილის სიტყვები „ან უცხოეთის ორგანიზაციის“, რომელიც იძლეოდა შესაძლებლობას უცხოეთის ნებისმიერი ორგანიზაციისთვის ნებისმიერი ინფორმაციის გადაცემა სისხლისსამართლებრივად დასჯილიყო როგორც ჭაშუშობა. საკონსტიტუციო სასამართლოს თანახმად: „...გამოხატვის თავისუფლების სფეროში პასუხისმგებლობის დაწესებისას, იგი აუცილებლად უნდა პასუხობდეს განსაზღვრულობის ისეთ სტანდარტს, რომელიც გამოიხატავს „მსუსხავ ეფექტს“ პასუხისმგებლობის განმსაზღვრელი რეგულირების გარეთ მოქცეული გამოხატვის თავისუფლების მიმართ. სადავო ნორმა გარკვეული წინაპირობების არსებობისას (საქართველოს ინტერესებისთვის საზიანოობა) პირთა ფართო ჯგუფთან (უცხოეთის ორგანიზაციები) ურთიერთობისათვის აწესებს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას. თუმცა საკითხს, უცხოეთის რომელი ორგანიზაციის დავალებით ინფორმაციის შეგროვება და გადაცემა შეიძლება იყოს დანაშაული, კანონმდებელი, ერთი მხრივ, სამართალშემფარდებლის, მეორე მხრივ კი, ნორმის შესაძლო სუბიექტთა განმარტების ამარა ტოვებს. გამოხატვის თავისუფლების ფარგლებში მოქმედი პირი შესაძლებელია სახელმწიფოს ინტერესების საზიანოდ აღიქვამდეს უცხოეთის ორგანიზაციების იმაზე ფართო სპექტრთან თანამშრომლობას, ვიდრე ამას სადავო ნორმა ითვალისწინებს. შესაძლებელია პირმა უარი თქვას რიგ უცხოეთის ორგანიზაციებთან ურთიერთობაზე იმის შიშით, რომ ეს შეიძლება სახელმწიფოსთვის საზიანო იყოს. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სადავო ნორმას გააჩნია „მსუსხავი ეფექტი“ გამოხატვის თავისუფლებაზე, რადგან რეალურად აქვს უფლების შეზღუდვის იმაზე გაცილებით ფართო ეფექტი, ვიდრე ეს სადავო ნორმითაა გათვალისწინებული, რისი შეზღუდვაც კანონმდებელს უნდოდა და რომელიც აუცილებელია დემოკრატიული საზოგადოების არსებობისთვის.“¹⁵

საკონსტიტუციო სასამართლო იგივე ნორმას მიიჩნევს მაშინ მოქმედი რედაქციით კონსტიტუციის 42-ე მუხლის მე-5 პუნქტის საწინააღმდეგოდ. ერთი და იგივე ხარისხობრივი დეფექტი საფუძვლად ედება ნორმის არაკონსტიტუციურად მიჩნევას ორ სხვადასხვა კონსტიტუციურ ნორმასთან მიმართებით.

15 Ibid. პარაგრაფი 26.

საკონსტიტუციო სასამართლოს ზემოთ ციტირებული დასაბუთებიდან ცხადი ხდება, რომ გამოხატვის თავისუფლების პერსპექტივიდან გასაჩივრებული ნორმის განსაზღვრულობის დეფექტი მიეკუთვნება ე.წ. „ზედმეტად ფართოდ მოწესრიგების“ შემთხვევას. განსაზღვრულობის ეს დეფექტი ცნობილია სხვა კონსტიტუციურ იურისდიქციებშიც, მაგალითად, აშშ-ი უზენაესი სასამართლოს პირველი შესწორების იურისპრუდენცია იცნობს მსგავს დოქტრინას („overbreadth”).¹⁶

ზედმეტად ფართოდ მოწესრიგების შემთხვევაში, ნორმა მკაფიოდ არ შემოსაზღვრავს იმ გამოხატვის ფარგლებს, რომლის რეგულირება/შემზღუდვა კონსტიტუციურად დასაშვებია. ეს, ერთი მხრივ, სამართლის შემფარდებელს/განმმართველს აძლევს დაცული გამოხატვის კონსტიტუციის სანადადმდეგოდ შეზღუდვის საკანონმდებლო საფუძველს, ხოლო მეორე მხრივ კი ნორმის სუბიექტებს უბიძგებს თვითცენზურისკენ, „მსუსხავ ეფექტს“ ავლენს.

„ბარამიძისა და სხვების“ საქმეში, საკონსტიტუციო სასამართლო ზედმეტად ფართოდ მოწესრიგებიდან გამომდინარე განსაზღვრულობის დეფექტს მოიაზრებს როგორც გამოხატვის თავისუფლების, ისე კანონიერების პრინციპების კონსტიტუციური მოთხოვნების დარღვევად. სასამართლოს დასაბუთებიდან ცხადია, რომ მას არაკონსტიტუციურობის ეს საფუძვლები ერთმანეთთან დაკავშირებულად, თუმცა მაინც დამოუკიდებელ საფუძვლებად ესმის. ზედმეტად ფართოდ მოწესრიგების აკრძალვა გამოხატვის თავისუფლებიდან ნაწარმოები ხარისხობრივი სტანდარტია, რომელიც ავტონომიური შინაარსისაა და არ არის ექსკლუზიურად ნაწარმოები პასუხისმგებლობის დამდგენი ნორმების მიმართ კანონიერების პრინციპის მოთხოვნებიდან.

შესაბამისად, ის კონსტიტუციური დაცვა, რომელიც ამ გარანტიების ერთობლივად გამოყენებით იქმნება, ძლიერია და კანონმდებელს ნაცრისფერი ხვრელების შექმნის შესაძლებლობას მნიშვნელოვნად უმცირებს. სწორედ ამ პერსპექტივიდან უნდა წავიკითხოთ კრიტიკულად საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ბოლო გადაწყვეტილება „ლოგუას საქმეზე“.

16 Fallon, Making Sense of Overbreadth, The Yale Law Journal 100, no. 4, 1991, 853–908.

ამ უკანასკნელ გადაწყვეტილებაში გასაჩივრებული იყო საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 255-ე მუხლის პირველი ნაწილის ის სიტყვები, რომლითაც იკრძალება „პორნოგრაფიული ნაწარმოების, ნაბეჭდი გამოცემის, გამოსახულების ან პორნოგრაფიული ხასიათის სხვა საგნის უკანონოდ გავრცელება ან რეკლამირება, აგრეთვე ასეთი საგნით ვაჭრობა ანდა მისი შენახვა გაყიდვის ან გავრცელების მიზნით“.

საკონსტიტუციო სასამართლომ ნაწილობრივ გაიზიარა მოსარჩელის არგუმენტაცია და სიტყვა „პორნოგრაფიული“ განუსაზღვრელად მიიჩნია. უფრო ზუსტად, საკონსტიტუციო სასამართლომ „პორნოგრაფიული“ ბუნდოვან ცნებად მიიჩნია, რომელიც ვერ აკმაყოფილებდა სისხლის სამართალში კანონიერების კონსტიტუციური პრინციპის მოთხოვნებს.

ბუნდოვანება, ნორმის განუსაზღვრელობის ცალკე სახეა, რომელიც განსხვავდება ზედმეტად ფართო მოწესრიგებისგან. ბუნდოვანების პრობლემა განსაკუთრებით კი სისხლის სამართალში უფრო კომპლექსურია ვიდრე ზედმეტად ფართო მოწესრიგება. ამ უკანასკნელისგან განსხვავებით, ბუნდოვანებამ შეიძლება გამოიწვიოს ასევე სამართლებრივი მოწესრიგების/დაცვის არეალიდან გამორიცხვა იმ სიკეთისა, რომლის სამართლებრივი დაცვის ვალდებულებაც კონსტიტუციის შესაბამისად არსებობს.

შესაბამისად, ბუნდოვანებისგან გამომწვეული შეიძლება იყოს როგორც ზედმეტად ფართო, ისე ზედმეტად ვიწრო სამართლებრივი მოწესრიგება, რომელთაგან ორივემ შეიძლება კონსტიტუციის დარღვევის შედეგი მოიტანოს.

ლოგუას საქმეში აღნიშნული ხარისხობრივი დეფექტი საკონსტიტუციო სასამართლომ მხოლოდ 31-ე მუხლის მე-9 პუნქტთან მიმართებით დაადგინა, ხოლო გამოხატვის თავისუფლებასთან მიმართებით მსჯელობაზე უარი თქვა. როგორც საქმის განმხილველი კოლეგიის ორმა მოსამართლემ განსხვავებულ აზრში აღნიშნა, საკონსტიტუციო სასამართლომ ამ გადაწყვეტილებაში „ბარამიდის და სხვების“ საქმეში დადგენილი პრაქტიკა არ დაიცვა და გამოხატვის თავისუფლების შემზღუდავი ნორმის ხარისხობრივ დეფექტებზე თავად გამოხატვის თავისუფლებიდან, კერძოდ კი „მსუსხავი ეფექტის“ დოქტრინიდან ნაწარმოები ხარისხობრივი მოთხოვნებით არ იმსჯელა.

მიუხედავად იმისა, რომ „ბარამიძისა და სხვების“ საქმეში ხარისხობრივი დეფექტი ზედმეტად ფართო მონესრიგება იყო, ხოლო „ლოგუას საქმეში“ კი ბუნდოვანება, ეს უკანასკნელიც ისევე შეფასებადია „მსუსხავი ეფექტიდან“ გამომდინარე ხარისხობრივ მოთხოვნებთან მიმართებით, როგორც ზედმეტად ფართოდ მონესრიგების დეფექტი.

ამ ნაბიჯის გასამართლებლად საკონსტიტუციო სასამართლომ შემდეგი არგუმენტი წარმოადგინა: „... შესაბამისად, ვინაიდან შეუძლებელია სადავო ნორმით აკრძალული ქმედებების ზუსტი იდენტიფიცირება, საკონსტიტუციო სასამართლო მოკლებულია შესაძლებლობას, ეს ბუნდოვანი და ამორფული შინაარსისა თუ ფარგლების მქონე მოცემულობა შეაფასოს საქართველოს კონსტიტუციით გარანტირებულ სხვა უფლებებთან, მათ შორის, საქართველოს კონსტიტუციის მე-17 მუხლით დაცულ გამოხატვისა თუ ინფორმაციის თავისუფლებასთან მიმართებით... საკონსტიტუციო სასამართლოს არ ესახება არც შესაძლებლად და არც მიზანშეწონილად, ჰიპოთეზურად იმსჯელოს ზემოაღნიშნულ საკითხებზე წინამდებარე სარჩელისა და ნორმატიული მოცემულობის ფარგლებში, ვიდრე კანონმდებელი არ ჩამოაყალიბებს ნათელ და განჭვრეტად ნორმას პორნოგრაფიის დანაშაულის შემადგენლობაზე, რომელიც დააკმაყოფილებს საქართველოს კონსტიტუციის 31-ე მუხლის მე-9 პუნქტის პირველი წინადადების მოთხოვნებს. ეს იმის ტოლფასი იქნებოდა, სასამართლომ მის მიერვე ბუნდოვნად მიჩნეულ ნორმას ჯერ თავად მიანიჭოს ზუსტი კონკრეტული შინაარსი და შემდეგ ნორმის საკუთარი ინტერპრეტაცია, მასში მის მიერვე ნაგუღვები შინაარსი შეაფასოს გამოხატვის თავისუფლებასთან ანდა კონსტიტუციის სხვა ნორმასთან მიმართებით.“¹⁷

საკონსტიტუციო სასამართლოს ეს მსჯელობა მოკლებულია თანმიმდევრულობას. საკონსტიტუციო სასამართლოსგან არავინ მოითხოვდა ბუნდოვნად მიჩნეული ნორმისთვის ჯერ თავად მიენიჭებინა შინაარსი და შემდეგ შეეფასებინა მისი შესაბამისობა გამოხატვის თავისუფლებასთან. სასამართლოს არგუმენტაციის წინააღმდეგ კრიტიკის ღერძი გადის სასამართლოსვე მიერ დადგენილი პრაქტიკის უარყოფაზე შესაბამისი დასაბუთების გარეშე.

17 Supra, სქოლიო 12, პარაგრაფი 50.

კერძოდ, მათ შორის „ბარამიძისა სხვების“ გადაწყვეტილებიდან ნათლად იკვეთება, რომ გამოხატვის თავისუფლებით დაცულ სფეროში სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დანსება განუსაზღვრელი ნორმის საფუძველზე ქმნის „მსუსხავ ეფექტს“, რაც ეწინააღმდეგება გამოხატვის თავისუფლებას. „ლოგუას საქმეზე“ საკონსტიტუციო სასამართლომ უარყო ეს სტანდარტი და ამის გასამართლებლად რელეგანტური დასაბუთება საერთოდ არ წარმოუდგენია.

არადამაკმაყოფილებელია ასევე სასამართლოს მხრიდან საკონსტიტუციო კონტროლის „დიალოგური“ მიდგომის შესაძლო მოშველიებაც.¹⁸ დიალოგური მოდელი ითვალისწინებს თანასწორ პირობებში მყოფი ორი კონსტიტუციური ინსტიტუტის (სასამართლო და საკანონმდებლო ორგანო) თანამშრომლობას კონსტიტუციის განმარტებისა და აღსრულების საქმეში.

„ლოგუას საქმეში“ სასამართლო გადაავადებს გადაწყვეტილების ამოქმედების დროს, რითაც პარლამენტს აძლევს ნორმის ხარისხობრივი დეფექტის აღმოფხვრის შესაძლებლობას (დიალოგური კონტროლის მექანიზმის გამოყენება), თუმცა არავითარ სახელმძღვანელო სტანდარტს არ განსაზღვრავს კანონმდებლისთვის, რამდენადაც საერთოდ უარს ამბობს გამოხატვის თავისუფლებასთან მიმართებით ნორმის შეფასებაზე.

ამ მხრივ, სასამართლოს კონტრარგუმენტი ამოიკითხება მის დასაბუთებაში, რომ მხოლოდ მას შემდეგ შეაფასებს ნორმის კონსტიტუციურობას გამოხატვის თავისუფლებასთან მიმართებით, რაც კანონმდებელი დაძლევს კანონის ხარისხობრივ დეფექტს. აქ სასამართლო თითქოს მკაცრად რჩება *ex post* საკონსტიტუციო კონტროლის პარადიგმაში.

თუმცა გაუგებარია, მაშინ რატომ შედის საკონსტიტუციო სასამართლო საკანონმდებლო ორგანოსთან დიალოგის რეჟიმში, თუ საკუთარი ფუნქცია მხოლოდ მკაცრად *ex post* კონტროლისა და „ნეგატიური კანონმდებლის“ პარადიგმაში წარმოუდგენია. ამ ნაბიჯის გამართლება კიდევ უფრო სუსტდება, თუ გავიაზრებთ, რომ ლოგუას საქმეზე გადაწყვეტილებაში, პორნოგრაფიის რეგულირებასთან დაკავშირებით გამოხატვის თავისუფლების დაცვის მიზნით, სასამართლომ უარყო ნორმის კონსტიტუციურობა.

18 *Benhabib*, *Dialogic Constitutionalism and Judicial Review*, *Global Constitutionalism* 9, no. 3, 2020, 506–14.

ვისუფლებით დასაშვები კონსტიტუციური ფარგლების მკაფიოდ ჩამოყალიბებით, სასამართლოს შექმნილ თავიდან აცილებინა/შემსუბუქებინა მკაცრი ex post კონტროლის აუცილებლობა პარლამენტის მიერ ნორმის ახალი რედაქციით ჩამოყალიბების შემდეგ (გადაწყვეტა, რომელიც მეტ თანხვედრაში იქნებოდა დიალოგური კონტროლის მიზნებთან.)

ცხადია, ეს დაშვება მოქმედებს მხოლოდ მაშინ, თუ მხარეები კეთილსინდისიერად ეკიდებიან საკუთარ ფუნქციებს კონსტიტუციურ დემოკრატიაში. ხოლო, თუ არც კონსტიტუციური დემოკრატის ინსტიტუტებთან გვაქვს საქმე და მხარეთა კეთილსინდისიერი დამოკიდებულებაც საეჭვოა, უფრო ახსნადი ხდება საკონსტიტუციო სასამართლოს ქცევა ლოგუას საქმეში. ისეთ ინსტიტუციურ კონსტელაციაში, სადაც სასამართლო თავს არ იწუხებს პარლამენტს განუსაზღვროს საკანონმდებლო ძალაუფლების კონსტიტუციური ფარგლები, რომლებიც ისედაც აღუსრულებლობისთვისაა განწირული, საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ გარეგნულად დიალოგური კონტროლის განხორციელებისკენ მიმართული ნაბიჯი (გადაწყვეტილების აღსრულების გადავადება) მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს პოლიტიკური ძალაუფლებისადმი მორჩილ მდგომარეობას ნიღბავს.

IV. დასკვნა

არათანმიმდევრულობა სასამართლოს დასაბუთებაში, რომელიც იკითხება როგორც კანონმდებლისადმი და მისი კონსტიტუციური დისკრეციისადმი რევერანსი, საკონსტიტუციო კონტროლის ბოროტად გამოყენების ეჭვებს უფრო მეტად აძლიერებს. ამ ნაბიჯით სასამართლო იმავდროულად ავიწროვებს გამოხატვის თავისუფლების კონსტიტუციურ დაცვას (იძლევა რა ამგვარი ინტერპრეტაციის გონივრულ საფუძველს) და ამით ქმნის ნაცრისფერ ხვერლს გამოხატვის თავისუფლების კონსტიტუციურ დაცვაში, რაც თავის მხრივ უტოვებს კანონმდებელს საკანონმდებლო ნაცრისფერი ხვერელების შექმნის უფრო ფართო შესაძლებლობას.

სოციალური ქსელები და გამონათვის თავისუფლება გერმანიაში

პროფ. დოქტ. საპ. დოქტ. მარტინ პაულ ვასმერი, კიოლნის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

სოციალური ქსელებით, რომელთა საშუალებითაც მომხმარებლები გარკვეულ ინფორმაციას ერთმანეთს უზიარებენ ანდა საჯარო სივრცისათვის ხელმისაწვდომს ხდიან, ყოველდღიურად მილიარდობით ადამიანი სარგებლობს. სამწუხაროდ, ასეთი ქსელები დანაშაულებრივი კონტენტების გავრცელებასაც ემსახურება. ჯერ კიდევ 2015 წელს იუსტიციისა და მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ფედერალურმა სამინისტრომ (BMJV) შექმნა სამუშაო ჯგუფი, რომელიც სოც. ქსელებისა და სამოქალაქო საზოგადოების წარმომადგენლებისგან შედგებოდა. ამის ფარგლებში, რამოდენიმე კომპანია საკუთარი ნებით დაეთანხმა გარკვეული ვალდებულებების შესრულებას. გათვალისწინებული იყო კრიტიკული კონტენტების გამოაშკარავებისთვის მექანიზმების შექმნა, 24 საათიან რეჟიმში მათი გადამოწმება და დანაშაულებრივი ნიშნების შემცველი მასალის წაშლა.¹ არასრულწლოვანთა დაცვის პლატფორმის (Jugendschutz.net) მიერ ჩატარებული მონიტორინგის თანახმად, კომპანიებმა ნაკისრი ვალდებულება არასათანადოდ შეასრულეს. Facebook-მა დანაშაულებრივი კონტენტების მხოლოდ 39% წაშალა. Twitter-მა კი მხოლოდ 1%.² დიდმა საპარლამენტო კოალიციამ (CDU, CSU, SPD), შექმნილ ვითარებას 2017 წლის 19 სექტემბერს, მე-18 საპარლამენტო პერიოდის დასრულებამდე, სოციალურ

1 BT-Drs. 18/12356, S. 11.

2 BT-Drs. 18/12356, S. 11; კრიტიკ. მეთოდისკანთან დაკავშირებით *Liesching, Beck-Blog vom 26.5.2017*, <https://community.beck.de/2017/05/26/netzgd-entwurf-basiert-auf-bewertungen-von-rechtslaen>.

ქსელებში სამართალგანხორციელების გაუმჯობესების შესახებ კანონის შექმნით უპასუხა (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG).³ სსენებული კანონი, რომელიც 2017 წლის 1 ოქტომბერს შევიდა ძალაში, სიძულვილის შემცველი და სხვა დანაშაულებრივი კონტენტების გავრცელებასა და მართალწერიდს მოწყვეტილი სივრცეების შექმნას უნდა დაპირისპირებოდა. ამისათვის, იმ სოც. ქსელებს, რომლებსაც გერმანიაში მინიმუმ 2 მილიონი რეგისტრირებული მომხმარებელი ყავდათ (NetzDG, მუხლი 1, აბზაცი 2), საჩივართა მართვა-დაფიქსრების სისტემის შექმნა დაევალიათ.⁴

სსენებული კანონი, თავიდანვე ძალიან სადავო იყო.⁵ 2017 წლის 19 ივნისს, იურიდიულ კომიტეტში შემდგარი საჯარო მოსმენის დროს, ათიდან რვა ექსპერტმა სსენებულ კანონთან დაკავშირებით მკვეთრად კრიტიკული პოზიცია გამოხატა.⁶ ქრისტიან მირმა, - „ჟურნალისტები საზღვრებს გარეშე“ - აღნიშნა, რომ კანონი ავტოკრატული ქვეყნების პრაქტიკას გავდა და ბოროტად გამოყენების საფრთხეს ბადებდა.⁷ მანამდე, გაერთიანებული ერების სპეციალურმა წარმომადგენელმა გამოხატვის საკითხებში, დავიდ ქეიმ, სსენებული კანონი იმ ასპექტში გააკრიტიკა, რომ ეს უკანასკნელი ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო კონვენციებთან შეუთავსებლობას ავლენდა.⁸ მიუხედავად ამისა, NetzDG, მცირე ცვლილებებით,⁹ მაინც იქნა მიღებული.¹⁰ 2017 წლის 24 სექტემბერს დიდი საპარლამენტო კოალიციის ხელახალი არჩევის შემდეგ, ოპოზიციურმა პარტიებმა სსენებული კანონის კორექტირება მოითხოვეს. პარტიამ, ალტერნატივა გერმანიისთვის, AfD, NetzDG-ის სრული გაუქმება მოითხოვა¹¹, მემარცხენეებმა

3 BGBl. I S. 3352.

4 BT-Drs. 18/12356, S. 1.

5 იხ. მიმობილვა *Hoven/Gersdorf*, in BeckOK Informations- und Medienrecht, hrsgg. von Gersdorf/Paal, 37. Edition, Stand: 1.5.2021, § 1 Rn. 5 ff.

6 შეად. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw25-pa-rechtsdurchsetzung/510328>.

7 Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll 18/153, S. 22.

8 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OL DEU 1/2017; abrufbar unter <https://www.ohchr.org>.

9 შეად. BT-Drs. 18/13013, S. 18, 21 f.

10 BT-Plenarprotokoll 18/244, S. 25127C.

11 BT-Drs. 19/81.

საჩივართა მართვა-დაფიქსირების სისტემის გაუქმება მოითხოვეს¹² და თავისუფალმა დემოკრატებმა (FDP) კი მოქალაქეთა უფლებების გაძლიერებისთვის კანონის შექმნის იდეა წამოაყენეს.¹³ მიუხედავად ამისა, NetzDG, მემარჯვენე ექსტრემიზმისა და სიძულვილის აღმოფხვრის შესახებ 2021 წლის 30 მარტს მიღებული კანონით¹⁴ და სოც. ქსელებში სამართალგანხორციელების ცვლილების შესახებ 2021 წლის 3 ივნისს მიღებული კანონით¹⁵, კიდევ უფრო გამკაცრდა.

დღეისათვის, NetzDG-ის სახით მიღებულ კანონზე ზეწოლა საკმაოდ გაიზარდა. 2019 წლის 14 თებერვალს კიოლნის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ¹⁶ პარტია თავისუფალ დემოკრატებში შემავალი დეპუტატების მიერ შეტანილი პრევენციული ხასიათის სარჩელი დაუშვებლად ცნო, რამდენადაც სასამართლოს ამრით, არც საკმარისი კონკრეტული სამართლებრივი არგუმენტი და არც კვალიფიციური აღიარების ინტერესი არ არსებობდა. სასამართლომ დაჩქარებული პროცედურის ფარგლებში, რომელიც Google-ისა და Meta-ს მიმართვას ეხებოდა, 2022 წლის 1 მარტის გადაწყვეტილებით დაადგინა, რომ¹⁷ სოც. ქსელებში სამართალგანხორციელების ცვლილების შესახებ კანონის საფუძველზე (§3a - კომპანიების მიერ დანაშაულებრივი კონტენტების გამოაშკარეების ვალდებულება; §4a - იუსტიციის ფედერალური სამსახური {BfJ}, როგორც ზედამხედველი ორგანო) შექმნილი ორი ახალი რეგულაცია ევროკავშირის სამართალს ეწინააღმდეგებოდა.

საერთაშორისო დონეზე NetzDG, როგორც კანონპროექტი, მისაბაძი გახდა, მაგრამ საეჭვოა ამ უკანასკნელის დემოკრატიასთან თავსებადობა. ბელორუსიის პრეზიდენტი, ალექსანდრე ლუკაშენკო, 2017 წლის ივნისში, ინტერნეტ სივრცეში გამოხატვის თავისუფლების შემზღუდავი ღონისძიებების გატარებისას, ზუსტადაც რომ NetzDG-ში მოცემულ რეგულაციურ ბაზას დაეყრდნო.¹⁸ რუსეთში, 2017 წლის ივლისში, დუმას დეპუტა-

12 BT-Drs. 19/218.

13 BT-Drs. 19/204.

14 BGBl. I, S. 441.

15 BGBl. I, S. 1436.

16 VG Köln MMR 2019, 342.

17 VG Köln MMR 2022, 330 (Google); CR 2022, 259 (Meta).

18 <https://www.augsburger-allgemeine.de/politik/Soziale-Netzwerke-Facebook-Gesetz-Schiesst-Maas-uebers-Ziel-hinaus-id41792751.html>.

ტებმა NetzDG-ზე მითითებით წარმოადგინეს საკანონმდებლო ინიციატივა ინტერნეტ სივრცის გაკონტროლების შესახებ.¹⁹ საფრანგეთში, 2020 წლის 13 მაისს, NetzDG-ზე დაყრდნობით შემუშავდა კანონი ინტერნეტ სივრცეში სიძულვილის გამავრცელებელი კონტენტების აღმოფხვრის შესახებ (Loi Avia).²⁰ მიუხედავად ამისა, 2020 წლის 18 ივნისს, საფრანგეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა²¹, რომ ხსენებული კანონი დიდწილად ანტიკონსტიტუციურია, რამდენადაც გამოხატვის თავისუფლებაში ჩარევა მიუღებელი, უსარგებლო და არათანაზომიერია. მსგავსად სხვა ქვეყნებისა, ავსტრიელი კანონმდებლებიც საკომუნიკაციო პლატფორმების შესახებ 2021 წლის 1 იანვარს ამოქმედებული კანონით²² უმეტესად NetzDG-ს დაეყრდნენ.

II. NetzDG-ის კომპეტენციის საფუძვლები

1. გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის საკანონმდებლო კომპეტენცია

NetzDG არსებითად დაფუძნებულია გერმანიის ფედერაციის ე.წ. განაწილებულ საკანონმდებლო კომპეტენციაზე, გერმანიის ძირითადი კანონის 74-ე მუხლის პირველი აბზაცის 11-ე პუნქტის („ეკონომიკის სამართალი“) და თუ საქმე არასრულწლოვანთა დაცვას შეეხება, ამავე კანონის 74-ე მუხლის პირველი აბზაცის 7-ე პუნქტის (საზოგადოებაზე ზრუნვა) საფუძველზე.²³ სამართლებრივი ლიტერატურაში უმეტესად გამოთქმულია მოსაზრება²⁴, რომ NetzDG ფორმალურად არაკონსტიტუციურია, ვინაიდან

19 *Kalscheuer/Hornung NVwZ* 2017, 1721 m.w.N.

20 Loi n. 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet; https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT_000042031970.

21 *ib.* <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>.

22 Bundesgesetz über Maßnahmen zum Schutz der Nutzer auf Kommunikationsplattformen (Kommunikationsplattformen-Gesetz, KoPl-G), Österreichisches BGBl. I Nr. 151/2020.

23 BT-Drs. 18/12356, S. 13.

24 *ib.* მხოლოდ *Feldmann K&R* 2017, 292, 293; *Gersdorf MMR* 2017, 439 ff.; *Kalscheuer/Hornung NVwZ* 2017, 1721, 1724 f.; *Ladeur/Gostomzyk K&R* 2017, 390 f.; *Liesching MMR* 2018, 26; *Nolte ZUM* 2017, 552, 561; *Wimmers/Heymann AfP* 2017, 93, 97.

ფედერაციას საერთოდ არ აქვს ამ სფეროში ჩარევის უფლებამოსილება, რამდენადაც აქ საქმე, პირველ რიგში, მომხმარებლებს შორის კომუნიკაციას ეხება. სოც. ქსელებში საჯარო უსაფრთხოებისა და წესრიგის დაცვა, ვინაიდან სოც. ქსელების სახით საქმე გვაქვს საზოგადოებრივ ამრზე ზეგავლენის მომხდენ ინსტიტუტთან, გერმანიის ძირითადი კანონის 70-ე მუხლის პირველი აბზაცის თანახმად, უნდა ექვემდებარებოდეს არა ფედერაციის ცენტრალურ ხელისუფლებას, არამედ ფედერაციაში შემავალი ცალკეული ფედერალური მიწების ხელისუფლებებს. ამის საპირისპირო მოსაზრებით,²⁵ გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის თანახმად²⁶, ტერმინი „ეკონომიკის სამართალი“, ფართოდ განიმარტება და მოიცავს ყველა იმ ნორმას, რომელიც სამეწარმეო საქმიანობის განმსაზღვრელ თუ მარეგულირებელ ხასიათს ატარებს. NetzDG ავალდებულებს მხოლოდ და მხოლოდ დიდი სოციალური ქსელების მიმწოდებლებს საჩივართა მართვა-დაფიქსირების სისტემის შექმნას და აძლევს მათ, პირველ რიგში, ორგანიზატორულ მითითებებს მათივე საქმიანობის მოდელთან დაკავშირებით. გარდა ამისა, ფართოა „საზოგადოებაზე ზრუნვის“ ტერმინი.²⁷ გერმანიის ფედერალურ ხელისუფლებას, გერმანიის ძირითადი კანონის 72-ე მუხლის მეორე აბზაცის თანახმად, ეძლევა ამავე კანონის 74-ე მუხლის პირველი აბზაცის მე-7 და მე-11 პუნქტებით გათვალისწინებულ სფეროებში კანონშემოქმედებითი კომპეტენციის განხორციელების უფლება, როდესაც საერთო-სახელმწიფოებრივი გადმოსახედიდან გამომდინარე, სამართლებრივი და ეკონომიკური სისტემების ერთობლიობის დაცვა მთელი ფედერაციის მასშტაბით მოქმედი საკანონმდებლო რეგულაციის მიღებას საჭიროებს. სოც. ქსელების საქმიანობის მოდელი არ შემოიფარგლება ცალკეული ფედერალური მიწების ადგილობრივი სუბიექტით, არამედ ის ეხება გერმანიის მთელ ფედერაციულ რესპუბლიკას.

25 *Schiff* MMR 2018, 366, 366 f.; ასევე *Peifer* AfP 2018, 14, 21 f.

26 BVerfGE 5, 25, 28 f.; 116, 202, 215.

27 BVerfGE 140, 65, 78.

2. ევროკავშირის სამართალთან თავსებადობა

გერმანელი კანონმდებელი ფიქრობდა, რომ NetzDG-ით გათვალისწინებული რეგულაციები თავსებადი იქნებოდა ევროკავშირის სამართალთან.²⁸ ელექტრონული ვაჭრობის შესახებ ევროკავშირის დირექტივის (2000/31/EG) მე-3 მუხლის (ელექტრონული საქმიანობა, ECRL) თანახმად, ელექტრონული სერვისების მიმწოდებელზე ვრცელდება ევროკავშირის იმ წევრი სახელმწიფოს სამართლებრივი სტანდარტები, რომელშიც ეს მიმწოდებელია განთავსებული. შესაბამისად, მოქმედებს ტერიტორიულობის პრინციპი. ელექტრონული სერვისების ისეთი დიდი მიმწოდებლები, როგორებიც არიან Google და Meta, განთავსებულები არიან ირლანდიაში. შესაბამისად, გერმანელი კანონმდებლების აზრით, უნდა ამოქმედდეს ელ. ვაჭრობის შესახებ დირექტივის (ECRL) მე-3 მუხლის მე-4 აბზაცით გათვალისწინებული გამონაკლისი, რომლის თანახმადაც ევროკავშირის სხვა წევრი სახელმწიფოებიც უფლებამოსილი არიან, გაატარონ შესაბამისი ღონისძიებები, თუ ეს საჭიროა საზოგადოებრივი წესრიგის დასაცავად და საქმე საზოგადოების ინფორმაციით უზრუნველმყოფ იმ მომსახურებას ეხება, რომელიც აზიანებს სამართლებრივ სიკეთეებს ან ქმნის ამ სამართლებრივი სიკეთეების მძიმე და სერიოზული დაზიანების საფრთხეს. ზემოთხსენებულისაგან განსხვავებით, სამართლებრივ ლიტერატურაში, ძირითადად და მართებულადაც, ვხვდებით მოსაზრებას, რომ NetzDG ეწინააღმდეგება ევროკავშირის სამართალს²⁹, რამდენადაც ეს უკანასკნელი ყველა დიდ მიმწოდებელს განზოგადებული ფორმით უდგენს სამართლებრივ რეგულაციებს. ის, რომ ელ. ვაჭრობის შესახებ დირექტივის მე-3 მუხლი მხოლოდ გამონაკლის სიტუაციებს ეხება, დასტურდება ამავე დირექტივის იმავე მუხლის მე-4 აბზაცით, რომლის თანახმადაც, ჯერ შესაბამისი წევრ სახელმწიფოს მოეთხოვება (ანუ სადაც განთავრებულია სოც. ქსელის ოფიციალური მისამართი), რომ გაატაროს სათანადო ღონისძიებები და თუ ეს არ იქნება საკმარისი, მხოლოდ მაშინ უნდა მოხდეს ევროკომისიასა და წევრი სახელმწიფოს ინფორმირება

28 BT-Drs. 17/12356, S. 13 f.

29 *Feldmann* K&R 2017, 292, 296; *Liesching* MMR 2018, 26, 29; *Nölscher* ZUM 2020, 301, 306; *Nolte* ZUM 2017, 552, 560; *Spindler* ZUM 2017, 473, 478.

მოსალოდნელი ღონისძიებების გატარებასთან დაკავშირებით სხვა სახელმწიფოს მხრიდან. აქედან გამომდინარე, გაცეხას არ იწვევს, რომ ავსტრიის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ 2022 წლის 24 მაისს, ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ შეთანხმების 267-ე მუხლის თანახმად, მართმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს მიმართა შეკითხვით საკომუნიკაციო პლატფორმების შესახებ კანონთან დაკავშირებით, კერძოდ, გულისხმობს თუ არა ტერმინი ღონისძიება, ასევე კანონით გათვალისწინებულ ღონისძიებას.

ევროკავშირის სამართლებრივი პრობლემატიკა ნათლად ვლინდება ევროკომისიის რეაქციითაც. გერმანიის ხელისუფლებამ NetzDG-ის საკანონმდებლო ინიციატივის ნოტიფიცირება 2017 წელს განახორციელა.³⁰ 2017 წლის ივნისში ევროკომისია მიესალმა გერმანიის ხელისუფლების ძალისხმევას ინტერნეტ სივრცეში სიძულვილის ენის გავრცელების წინააღმდეგ და განაცხადა, რომ საკანონმდებლო ინიციატივა არ დაიბლოკებოდა³¹, თუმცა, ამავე წლის ნოემბერში გახდა ცნობილი, რომ ევროკომისია არ ასაჯაროვებდა NetzDG-სთან დაკავშირებულ იმ დოკუმენტებს, რომელიც შეეხებოდა ამ უკანასკნელის ევროკავშირის სამართალთან თავსებადობის საკითხს.³² 2022 წლის აპრილში კი ევროკომისიამ, სოც. ქსელებში სამართალგანხორციელების ცვლილების შესახებ კანონი გააკრიტიკა.³³

ბოლოს ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ კიოლნის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ, ტექსტის დასაწყისში ხსენებული, 2022 წლის 1 მარტის გადაწყვეტილებით, მართებულად ჩათვალა NetzDG-ის 3a პარაგრაფით, კომპანიებისთვის დაკისრებულ ვალდებულება ინტერნეტ სივრცეში არ-

30 Notifikation 2017/127/D vom 27.3.2017.

31 <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Netz-DG-EU-Kommission-begruesst-deutsches-Vorgehen-gegen-Hate-Speech-3740069.html>.

32 <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/facebook-gesetz-eu-kommission-haelt-dokumente-zurueck-veroeffentlichung-wuerde-das-klima-des-gegenseitigen-vertrauens-beeintraechtigen/20561614.html>.

33 Mitteilung der Kommission - TRIS/(2020) 02454 vom 26.4.2022, in Reaktion auf die Mitteilung 2020/0174/D der Bundesregierung vom 30.3.2020; abrufbar unter <https://community.beck.de/2021/05/05/eu-kommission-kritisiert-netzdg-aenderungsgesetz-herkunftslandprinzip-nicht-beachtet>.

სებული კანონდარღვევების გამოვლენის თაობაზე, ელექტრონული ვაჭრობის შესახებ დირექტივით (2000/31/EG) გათვალისწინებული ტერიტორიულობის პრინციპის დარღვევად, რამდენადაც ელექტრონული მომსახურების მიმწოდებელზე ვრცელდება ევროკავშირის იმ წევრი სახელმწიფოს სამართლებრივი რეგულაციები, რომელშიც თავად ეს მიმწოდებელია განთავსებული. Google-ისა და Meta-ს შემთხვევაში ასეთი სახელმწიფო ირლანდიაა.

III. NetzDG-ის ძირითადი მახასიათებლები

1. საჩივრების მართვა-დაფიქსირების სისტემა

a) ძირითადი ასპექტები

კრიტიკის საგანია ის, რომ დიდი სოციალური ქსელების მიმწოდებლები NetzDG-ის მესამე მუხლში საჩივრების მართვა-დაფიქსირების სისტემის შემოტანით ვალდებულნი ხდებიან, წაშალონ ან დაბლოკონ ინტერნეტში გავრცელებული დანაშაულის შემცველი კონტენტები.³⁴ NetzDG-ის პირველი პარაგრაფის მესამე აბზაცის თანახმად, მართლსაწინააღმდეგოა ის კონტენტები, რომლებიც აკმაყოფილებენ კონკრეტული დანაშაულებრივი ქმედებების შემადგენლობებს. კანონით დაცულია ერთი მხრივ საყოველთაო სამართლებრივი სიკეთეები, როგორცაა სამართლებრივი სახელმწიფოს დემოკრატიული წყობა (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 86-ე, 86a, 89a და 91-ე პარაგრაფები), საზოგადოებრივი წესრიგი (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 126-ე, 129-ე, 129b, 130-ე, 131-ე და 140-ე პარაგრაფები), მეორე მხრივ კი ისეთი ინდივიდუალური სამართლებრივი სიკეთეები, როგორცაა სექსუალური თვითგანსაზღვრის უფლება (გერმანიის სისხლის სამართლის § 184b) და პირადი ღირსება (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 185-187-ე და 189-ე პარაგრაფები). მომხმარებელთა საჩივრები დაუყოვნებლივ უნდა იქნას განხილული და გადიოდეს შესაბამის დამუშავებას (NetzDG, §3, აბზაცი 2, პუნქტი

34 იხ. მხოლოდ მიმოხილვა, *Liesching* MMR 2018, 26 ff. m.w.N.

1). აშკარად დანაშაულის შემცველი კონტენტი ინტერნეტში მოხვედრიდან 24 საათში უნდა იშლებოდეს ან ამ უკანასკნელზე წვდომა იბლოკებოდეს (NetzDG, §3, აბზაცი 2, პუნქტი 2). სხვა მართლსაწინააღმდეგო შინაარსის შემცველი კონტენტებიც ასევე გადაუდებლად, როგორც წესი, 7 დღის ვადაში უნდა იშლებოდეს ან იბლოკებოდეს (NetzDG, § 3, აბზაცი 2, პუნქტი 3). ამ წესების დარღვევის შემთხვევაში, კანონი ითვალისწინებს დიდი ოდენობით ფინანსური ჯარიმის დაკისრებას (NetzDG, §4). მაგალითად, ფიზიკური პირს ხსენებული რეგულაციის განზრახ დარღვევისას შესაძლებელია დაეკისროს 5 მილიონ ევრომდე ოდენობით ჯარიმა (NetzDG, §4, აბზაცი 2, პუნქტი 1 და NetzDG, §4, აბზაცი 1, პუნქტები 2-დან 6-მდე). გაუფრთხილებლობით ჩადენილი დარღვევის შემთხვევაში ფინანსური ჯარიმის ოდენობა ნახევრდება (გერმანიის კანონი ადმინისტრაციულ სამართალ-დარღვევათა შესახებ {OWiG} § 17, აბზაცი 2) ანუ ის შეადგენს 2,5 მილიონ ევროს. ორგანიზაციის წინააღმდეგ დაკისრებული ჯარიმის ოდენობა შესაძლებელია 25 ან 50 მილიონ ევრომდეც კი ავიდეს. ფინანსური ჯარიმის ოდენობის განსაზღვრის წესის დადგენის მიზნით, იუსტიციის ფედერალურმა სამსახურმა 2018 წლის მარტში, NetzDG-ის მე-4 პარაგრაფის მე-4 აბზაცის მე-2 წინადადების თანახმად, შეიმუშავა დეტალურად განერილი ადმინისტრაციულსამართლებრივი პრინციპები³⁵ ჯარიმის დაკისრებისა და ოდენობის განსაზღვრის უფლებამოსილების შესახებ.

b) გამოხატვის ფუნდამენტური უფლების შეზღუდვა

სარჩელთა მართვა-დაფიქსირების ხსენებული მკაცრი სისტემა ხშირად³⁶ ფასდება, როგორც გამოხატვის თავისუფლების ფუნდამენტური უფლების შეზღუდვა (გერმანიის ძირითადი კანონი, მუხლი 5, აბზაცი 1, წინადადება 1). გამოხატვის თავისუფლება, მოსაზრების ზეპირი, წერილობითი თუ ვიზუალური გზით, თავისუფალ და სახელმწიფოს ჩარევისაგან დამოუკიდებელ გამოხატვა-გავრცელებას გულისხმობს და მას გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს სამართლებრივ-დემოკრატიული სახელმწიფოს ფუნ-

35 Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen im Bereich des Networkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) vom 22.3. 2018, Bundesanzeiger Amtlicher Teil (BAnz AT) vom 25.5.2018, B2.

36 Gersdorf MMR 2017, 439, 447; Guggenberger NJW 2017, 2577, 2582; Kalscheuer/Hornung NVwZ 2017, 1721, 1722; Liesching MMR 2018, 226, 27; Nolte ZUM 2017, 552, 556.

ქციონირებისათვის.³⁷ საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით, დამამცირებელი აზრებიც კი ექცევა კონსტიტუციით დაცულ სფეროში. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-2 აბზაციით გათვალისწინებული ბარიერები სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დადგომისთვის მედმეტი იქნებოდა³⁸. პირადი მოსაზრების ნებისმიერი ფორმით წაშლა ან დაბლოკვა გულისხმობს გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვას, რისი უფლებაც, NetzDG-ში მოცემული რეგულაციების გათვალისწინებით, ეძლევა სახელმწიფოს. რამდენადაც საქმე დანაშაულის შემცველი კონტენტების გავრცელებას ეხება, გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვა დაშვებულია. ასეთი კონტენტების წაშლა ან დაბლოკვა ემსახურება პიროვნების უფლებების დაცვას და შესაბამისად, სამოგადოებრივი უსაფრთხოებისა და წესრიგის უზრუნველყოფას. ეს გამართლებული მექანიზმია ლეგიტიმური მიზნების მისაღწევად და ამავე დროს, აუცილებელიც, რამდენადაც სხვა, უფრო რბილი საშუალება არ არსებობს. სასამართლო პროცესები, როგორც წესი, დიდხანს გრძელდება. საინფორმაციო და საკონსულტაციო უწყებების შექმნა თუ იუსტიციის სამინისტროსა და პოლიციის უკეთ აღჭურვა³⁹ სწრაფ გამოსავალს არ გვთავაზობს. კომპანიების მიერ საკუთარი ნებით ვალდებულებების აღება კი საკმარისი შედეგი არ გამოიღო.

თუმცა, გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, გამოხატვის უფლების შეზღუდვა კონსტიტუციურ-სამართლებრივი თვალსაზრისით გამართლებული არ არის, რამდენადაც იქმნება ე.წ. Overblocking-ის საფრთხე და შესაბამისად, ასეთი შეზღუდვა არათანაზომიერია.⁴⁰ დანაშაულებრივი კონტენტების წაშლისას ან დაბლოკვისას საკმაოდ მოკლე და მკაცრად განსაზღვრული ვადების გადაჭარბება, წარმოშობს დიდი ოდენობით ფულადი ჯარიმის გადახდის ვალდებულებას. დაფრთხობის ასეთმა ეფექტმა (Chilling-Effekt), გარკვეულ შემთხვევებში, შესაძლებელია მიგვიყვანოს იქამდე, რომ სოც. ქსელებში დასაქმებული პირები ყოველგვარი დეტა-

37 BVerfGE 7, 198, 208.

38 BVerfGE 33, 1, 15.

39 Bündnis 90/Die Grünen ფრაქციის პროექტი, BT-Drs. 18/11856, S. 8.

40 იხ. მხოლოდ *Guggenberger* ZRP 2017, 98 ff.; zurückhaltend *Kubiciel* juris PR-StrafR 7/2017 Anm. 1.

ლური გამოკვლევის გარეშე წაშლიან ან დაბლოკავენ ლეგალურ კონტენტებსაც კი. გარდა ამისა, NetzDG-ის საფუძველზე იმის შეფასება, არის თუ არა კონკრეტული კონტენტი დანაშაულებრივი, კერძო პირებს აქვთ მინდობილი და შესაბამისად, სამართალგანხორციელებაში შემოდის კერძო ინტერესთა დომინაცია.⁴¹ სოც. ქსელების მიმწოდებლებს ამით, გარკვეულწილად, მიეცათ „დამხმარე პოლიციელის როლი“.⁴² თავისუფალი დემოკრატიების ფრაქციის თავჯდომარის მოადგილის, კონსტანტინ კულეს მოსაზრებით, NetzDG შეიცავს „მნიშვნელოვან ვებ-ცდომილებას“⁴³, რამდენადაც იმის გადაწყვეტა, არის თუ არა კონკრეტული კონტენტი დანაშაულებრივი, მთლიანად იუსტიციის სისტემის კომპეტენციას განეკუთვნება. კერძო აქტორები ექცევიან, ერთგვარად, ორ ცეცხლს შუა. ისინი, ერთის მხრივ, მათ პლატფორმებზე განთავსებული კონტენტებით იღებენ სარგებელს, ხოლო მეორეს მხრივ, სამართლებრივი არბიტრის როლის მორგება უწევთ. ყველა შემთხვევაში, საქმეს თავიდანვე აკლდა ბრალდებული მხარისთვის სამართლებრივი თავდაცვის შესაძლებლობების შექმნა. საჩივრის შემომტანი მომხმარებელი და კონტენტის ავტორი მომხმარებელი მხოლოდ ინფორმაციას იღებენ გადანწყვეტილების შესახებ. მომხმარებლებს შეუძლიათ იმოქმედონ სოც. ქსელების მიმწოდებლების წინააღმდეგ მხოლოდ და მხოლოდ სამოქალაქოსამართლებრივ ჩარჩოებში. ამდენად, სამართლებრივი დაცვის ეფექტური მექანიზმის შექმნა (გერმანიის ძირითადი კანონი, მუხლი 19, აბზაცი 4) მაინც ვერ მოხერხდა.

NetzDG-ის ცვლილების შესახებ 2021 წლის 3 ივნისის კანონით, კანონმდებელმა გარკვეული ხარვეზების გამოსწორება მაინც შეძლო. პირველ რიგში, 2021 წლის 28 ივნისიდან მოპასუხე მხარეს მიეცა უფასო შესაძლებლობა. დაიწყო საპასუხო წარმოება (NetzDG, §3b), რომლის შესახებაც ინფორმაცია მიეწოდება როგორც საჩივრის შემტან მომხმარებელს, ასევე პოსტის ავტორს. ამ გზით უნდა გაიზარდოს მომხმარებელთა უფლებების

41 *Kalscheuer/Hornung NVwZ* 2017, 1721, 1724; განსხვავებულ მოსაზრებას ავითარებს *Kalbhenn/Hemmert-Halswick MMR* 2020, 518, 521.

42 *Guggenberger ZRP* 2017, 98, 100; *Kalscheuer/Hornung NVwZ* 2017, 1721, 1724; *Wimmers/Heymann, AfP* 2017, 93, 97 f.

43 <https://www.rnd.de/politik/meldung-strafbarer-inhalte-an-bundeskriminalamt-facebook-google-und-co-wehren-sich-4SS726EDKRC6THE7WB7DRQHGIE.html>.

დაცვა და შემცირდეს ე.წ. Overblocking-ის საფრთხე.⁴⁴ გარდა ამისა, დაშვებულ იქნა კერძო მედიაციის მექანიზმი (NetzDG, §3c), რათა კონფლიქტები გადაწყდეს დამოუკიდებელი, მიუკერძოებელი და კომპეტენტური მესამე პირების მიერ და არა სასამართლო გზით. ეს მოდავე მხარეებისათვის უფრო სწრაფი და იაფი გზაა.⁴⁵

აღნიშნული ცვლილებით, გარკვეულწილად შემცირდა უნდობლობა მთლიანი პროცესის მიმართ⁴⁶, ვინაიდან საბოლოო გადაწყვეტილების მიღება ხდება არა იმ პირის მიერ, რომელმაც თავდაპირველი გადაწყვეტილება მიიღო (NetzDG §3b, აბზაცი 2, ნომ. 3). მიუხედავად ამისა, გამომონმება მაინც სოც. ქსელის მიმწოდებლის მიერ ხორციელდება და არა რომელიმე დამოუკიდებელი უწყების მიერ. გარდა ამისა, კონფლიქტის არასასამართლო გზით მოგვარებაში მონაწილეობა არის ნებაყოფლობითი (NetzDG §3c, აბზაცი 4, წინადადება 1, 2). დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ საჩივართა მართვა-დაფიქსირების სისტემის თავსებადობა გერმანიის ძირითადი კანონით გარანტირებულ გამოხატვის თავისუფლებასთან, საკონსტიტუციოსამართლებრივი თვალსაზრისით, იყო და რჩება სადავო საკითხად.

c) თანასწორუფლებიანობის პრინციპის დარღვევა

გარდა ამისა, გავრცელებულია მოსაზრება⁴⁷, რომ NetzDG არღვევს გერმანიის ძირითადი კანონის მე-3 მუხლის პირველი აბზაციტ გათვალისწინებულ თანასწორუფლებიანობის პრინციპს, რომელიც კანონმდებელს მოუწოდებს, სამართლიანობის იდეიდან გამომდინარე გაატაროს ყველას მიმართ თანასწორი მიდგომის პრინციპი.⁴⁸ თანასწორობის პრინციპის დარღვევა მდგომარეობს იმაში, რომ მომხმარებლების მიერ სოც.

44 BT-Drs. 19/18792, S. 17.

45 BT-Drs. 19/18792, S. 48; https://www.bmj.de/DE/Themen/FokusThemen/NetzDG/NetzDG_node.html.

46 *Kalbhenn/Hemmert-Halswick* MMR 2020, 518, 520.

47 *Ladeur/Gostomzyk* K&R 2017, 290, 294; *Nolte* ZUM 2017, 552, 560.

48 BVerfGE 98, 365, 385; *Wolff*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 6 m.w.N.

ქსელებში განთავსებული კონტენტები, NetzDG-ის გამო, ბევრად უფრო მკაცრ შემლუდვებს ექვემდებარება, ვიდრე კონტენტები ტრადიციულ მასმედიაში. ამით ზიანდება აზრის წარმოქმნის დემოკრატიული პროცესი.⁴⁹ გარდა ამისა, ტრადიციული მასმედია, როგორც არის სატელევიზიო მაუწყებლობა და ბეჭდვითი პრესა, მოსახლეობის უფრო ფართო მასშტაბებს მოიცავს, ვიდრე ეს ცალკეული პირების მიერ სოც. ქსელებში განთავსებული კონტენტების შემთხვევაში ხდება.⁵⁰ ამ მოსაზრებების საპირისპიროდ შეიძლება ითქვას, რომ ტრადიციულ მასმედიაში მუშაობენ კომპეტენტური ჟურნალისტები, მაშინ როდესაც სოც. ქსელებში ყველას შეუძლია საკუთარი აზრის გამოხატვა. ამას ემატება ისიც, რომ ტელევიზიებსა და პრესაში დანაშაულებრივი ხასიათის კონტენტი ისე ვირუსულად არ ვრცელდება, როგორც ამას სოც. ქსელებში ვაწყდებით⁵¹ და რომ სოც. ქსელებში კანონსაწინააღმდეგო მასალის გავრცელება უფრო მარტივია. ასევე არადამაჯერებელია მოსაზრება, რომ საქმე გვაქვს თანასწორობის პრინციპის დარღვევასთან მხოლოდ იმიტომ, რომ NetzDG-ით გათვალისწინებულ რეგულაციებს მხოლოდ და მხოლოდ დიდი სოც. ქსელების მიმწოდებლები ექვემდებარებიან.⁵² პატარა სოციალურ ქსელებში გავრცელებულ დანაშაულებრივი ხასიათის კონტენტებზე თვალის დახუჭვა გამართლებულია იმით, რომ ასეთი სოც. ქსელების მიმწოდებლები სამართლებრივი ფილტრის მექანიზმების შექმნისათვის საკმარის რესურსს არ ფლობენ და დიდ სოც. ქსელებთან შედარებით, საზოგადოებრივი აზრის წარმოქმნაში ნაკლები წვლილი შეაქვთ.⁵³ გარდა ამისა, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსაზრებით⁵⁴, კანონმდებელი თვითნებურად არ იქცევა, თუ ის ყველაზე უკეთესი, ჭკვიანური და სამართლიანი გამოსავლის პოვნას ვერ ახერხებს. თვითნებობად ითვლება კანონდებლის მიერ დადგენილი მხოლოდ ისეთი მოწესრიგება, რომელიც არასაგნობრივია და დაუსაბუთებელ დიფერენცირებას ახდენს.

49 *Nolte* ZUM 2017, 552, 560.

50 *Liesching*, in: Spindler/Schmitz (Hrsg.), TMG, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 36.

51 BT-Drs. 18/12356, S. 12.

52 *Ladeur/Gostomzyk* K&R 2017, 290, 294; *Nolte* ZUM 2017, 552, 560.

53 BT-Drs. 18/12356, S. 19.

54 იხ. მხოლოდ BVerfGE 55, 72, 90; 88, 87, 96 f.

d) პრაქტიკა

საკითხავია, არსებობს თუ არა პრაქტიკაში ხსენებული Overblocking-ის რეალური საფრთხე. გამჭვირვალობას ხელს ის უწყობს, რომ სოც. ქსელების მიმწოდებლებს, რომლებიც ერთი კალენდარული წლის მანძილზე 100-ზე მეტ საჩივარს იღებენ მართლსაწინააღმდეგო შინაარსის შემცველი კონტენტების შესახებ, NetzDG-ის მე-2 პარაგრაფის თანახმად, ეკისრებათ შესაბამისი ანგარიშის შედგენის ვალდებულება. ისინი ვალდებულნი არიან, ყოველი ნახევარი წლის განმავლობაში შეადგინონ ანგარიში საჩივართა დამუშავების შესახებ და გამოაქვეყნონ ის მთავრობის მიერ უზრუნველყოფილ ვებგვერდზე და ასევე, საკუთარ საიტზეც (NetzDG, §2, აბზაცი 1, წინადადება 1). არაერთი ასპექტის შემცველი ანგარიში უნდა განთავსდეს (NetzDG, §2, აბზაცი 2, პუნქტები 1-დან 17-მდე) ადვილად პოვნადი, პირდაპირი და მუდმივად ხელმისაწვდომი ფორმით (NetzDG, §2, აბზაცი 1, წინადადება 2). ანგარიშის შედგენის ვალდებულება გაფართოვდა 2021 წლის 28 ივნისის საკანონმდებლო ცვლილებებით, რათა უფრო ნათელი გამხდარიყო, თუ როგორ ამუშავებენ სოც. ქსელების მიმწოდებლები მათთან შესულ საჩივრებს და თუ რატომ იბლოკება ან იშლება გარკვეული კონტენტები.⁵⁵

Facebook-ის, Youtube-ის და Twitter-ის მიერ 2018 წლის პირველ ნახევარში გამოქვეყნებულმა ანგარიშებმა აჩვენა, რომ მომხმარებლების მიერ დაფიქსირებული საჩივრების მხოლოდ 10%-დან 30%-მდე დაკმაყოფილდა.⁵⁶ ეს ფაქტი ადასტურებს, რომ ხსენებული Overblocking-ის საფრთხე არ შექმნილა.⁵⁷ მაგალითად, Youtube-მა მომხმარებელთა მხრიდან 215 ათასამდე საჩივარი მიიღო, რომელთაგან მხოლოდ 27% დაკმაყოფილდა. Facebook-ში გასაჩივრდა 1704 კონტენტი, რომელთაგანაც მხოლოდ 362 კონტენტი წაიშალა. იმის გათვალისწინებითაც კი, რომ მაშინ ეს სოც. ქსელი ძალიან პოპულარული იყო, გაოცებას იწვევს გასაჩივრებული კონტენტების ამდენად მცირე რაოდენობა. მაგრამ ამით ასევე აიხსნება

55 BT-Drs. 19/18792, S. 43.

56 *Beuth*, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Viele beschwerten sich über Hass, aber kaum etwas wird gesperrt*, Spiegel online vom 27.7.2018, 08.31 Uhr, <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/netzdg-so-oft-sperren-facebook-youtu-be-und-twitter-a-1220371.html>.

57 შეად. *Löber/Roßnagel* MMR 2019, 71, 73.

ის ფაქტიც, რომ Facebook-ი თავის მომხმარებლებს საჩივრის დაფიქსირების ელექტრონული გზის პოვნას უკიდურესად ურთულებდა.⁵⁸ კანონმდებელმა შექმნილ ვითარებას შესაბამისი კანონის შექმნით უპასუხა. 2021 წლის 28 ივნისიდან სოც. ქსელების მიმწოდებლები ვალდებულნი არიან უზრუნველყონ თავიანთი მომხმარებლები საჩივრის დაფიქსირების ადვილად პოვნადი, პირდაპირ ხელმისაწვდომი, მარტივად მართვადი და მუდმივად წვდომადი პროცედურით. ამით გამოჩნდა, რომ საჩივრის დაფიქსირების რთული და ხანგრძლივი გზები კანონთან არათავსებადი.⁵⁹

ასევე, NetzDG-ის მესამე მუხლზე მომზადებული შეფასებითი დასკვნა, რომელიც გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის მთავრობამ 2019 წლის 31 დეკემბრამდე არსებული მდგომარეობის შესაფასებლად დაუკვეთა, საკმაოდ პოზიტიურ სურათს აჩვენებს - არ ჩანს სისტემატიური Overblocking-ის ხელშესახები კონტურები.⁶⁰ განსხვავებული სურათი ჩანს სხვა ანგარიშის ერთ-ერთ ნაწილში, რომელიც ლაიპციგის გამოყენებითი მეცნიერებების უნივერსიტეტის ინფორმატიკისა და მედიის ფაკულტეტზე არსებულმა დამოუკიდებელი მკვლევარების ჯგუფმა შეადგინა.⁶¹ ხსენებული დასკვნით შეფასდა სამი დიდი სოც. ქსელის, კერძოდ Facebook-ის, Youtube-ისა და Twitter-ის 2018 წლიდან 2020 წლამდე პერიოდის ექვსი ნახევარწლიური ანგარიში და ასევე, მომხმარებელთა გამოკითხვის შედეგები. დასკვნის თანახმად, NetzDG-ს პრაქტიკაში მარგინალური მნიშვნელობა აქვს და გამოხატულია Overblocking-ის საკმაოდ ხელშესახები კონტურები.⁶² დასკვნაში ასევე ვკითხულობთ, რომ კონტენტების წაშლის შემლუდელი ვადებისა და დიდი ფულადი ჯარიმების გამო, სოც. ქსელები მზარდად შექმნიან შიდა კონფორმისტულ სისტემას, რაც აზრს დაუკარგავს NetzDG-ს. შესული სარჩელები უმეტესად შეფასდება სოც. ქსელების საკუთარი, ზოგადი ხასიათის კოლექტიური სტანდარტებით, რომელთა

58 <https://www.ndr.de/info/sendungen/kommentare/Das-Netz-DG-hat-sich-bereitsbewaehrt.netzdg126.html>.

59 BT-Drs. 19/18792, S. 18.

60 Bericht der Bundesregierung zur Evaluierung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 9.9.2020, S. 23; siehe auch BT-Drs. 19/18792, S. 17 und BT-Drs. 19/22610, S. 16.

61 *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 5.

62 *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 368 f.

მეშვეობითაც წაიშლება და დაიბლოკება ასევე ის კონტენტებიც, რომლებიც NetzDG-ის თანახმად არ დაკვალიფიცირდებოდნენ მართლსაწინააღმდეგო ხასიათის კონტენტებად ან როგორც მინიმუმ, მიიღებდნენ დამუშავების საჭიროების მქონე საექვო შემთხვევის სტატუსს. ეს მოსაზრება დასტურდება Facebook-ის მიერ 2022 წლის პირველ ნახევარში გამოქვეყნებული “NetzDG - გამჭვირვალობის დასკვნა”-ში ჩახედვით. დასკვნაში მოყვანილი მონაცემების თანახმად, კონტენტების 91,8% წაიშალა ან დაიბლოკა შიდა სტანდარტებთან შეუთავსებლობის გამო. სულ რაღაც 8,2 პროცენტია იმ მასალის რიცხვი, რომელიც წაიშალა NetzDG-ში მოცემული სისხლისსამართლებრივი ხასიათის რეგულაციებთან არათავსებადობის მიზეზით.⁶³

კონტენტების წაშლითვის ან დაბლოკვისთვის ხელის შეშლა იმ ზოგადი, შიდა სტანდარტების თანახმად, რომლებიც ცდება კანონით დადგენილ ჩარჩოებს, დღეისათვის თითქმის შეუძლებელია. მართალია, სოც. ქსელით სარგებლობის პირობები, როგორც ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 307-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის თანახმად, ექვემდებარება შინაარსობრივ კონტროლს, თუმცა, სასამართლო პრაქტიკა და ლიტერატურა⁶⁴ კონტენტების წაშლასა და დაბლოკვას უმეტესად განიხილავს, როგორც სამართლებრივ ნორმებთან თავსებადს, თუ ამომწურავი აწონ-დაწონვისა და ორმხრივი ინტერესების შეფასებისას, მომხმარებელთა ფუნდამენტური და კონსტიტუციით გარანტირებული უფლებების გათვალისწინება უზრუნველყოფილია და კონტენტის წაშლა თუ დაბლოკვა საგნობრივად და დასაბუთებული. სოც. ქსელები, სახელმწიფოსგან განსხვავებით, არ არის სამართლის ფუნდამენტურ პრინციპებზე მიბმული, არამედ აქ სამართალი მოქმედებს მხოლოდ გაშუალებულიად და მათი მოქმედების არეალი შეზღუდულია. ერთის მხრივ, კონტენტების თვითნებური წაშლა თუ დაბლოკვა დაუშვებელია. ის უნდა იყოს შეთავსებადი გამოხატვის თავისუფლებისა და თანასწორობის ფუნდამენტურ სამართლებრივ პრინციპებთან.⁶⁵ მეორეს

63 *Facebook*, NetzDG Transparenzbericht, Juli 2022, S. 19.

64 BGH NJW 2021, 3179; ZUM-RD 2021, 612; *Kühling* ZUM 2021, 461, 466 f.; *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 364, 368 m.w.N.

65 BGH NJW 2021, 3179, 3185 f.; ZUM-RD 2021, 612, 621 ff.

მხრივ კი, სოც. ქსელები დაინტერესებულები არიან მიმზიდველი საკომუნიკაციო და სარეკლამო პლატფორმის შექმნით. ამას კი შესაძლებელია საფრთხეს უქმნიდეს ისეთი უხეში ტონი, რომელიც შიშს აღუძრავდა მომხმარებლებსა და სარეკლამო პარტნიორებს.⁶⁶

2. საჩივრების მართვა-დაფიქსირების ვალდებულება

კრიტიკის საგანია NetzDG-ში არსებული სხვა რეგულაციებიც. მემარჯვენე ექსტრემიზმისა და სიძულვილის ენის აღმოფხვრის შესახებ 2021 წლის 20 მარტის კანონით, NetzDG-ში შევიდა საჩივრების მართვა-დამუშავების ვალდებულება, რათა უზრუნველყოფილიყო ეფექტური სისხლისსამართლებრივი დევნა.⁶⁷ ხსენებული ნორმა ჯერ კიდევ ძალაში შესვლამდე, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის კომიტეტის ინიციატივით, გაფართოვდა სოც. ქსელებში სამართალგანხორციელების ცვლილების შესახებ 2021 წლის 3 ივნისის კანონით, რათა პრაქტიკაში არსებულ გამოწვევებთან უკეთ ყოფილიყო შესაბამისობაში.⁶⁸ 2022 წლის 1 თებერვლიდან, დიდი სოც. ქსელის ნებისმიერი მიმწოდებელი ვალდებულია მიაწოდოს გერმანიის კრიმინალური პოლიციას (BKA), დანაშაულთა სისხლისსამართლებრივი დევნის მიზნებისთვის, ის ინფორმაცია, რომელიც სოც. ქსელის მიმწოდებელთან შევიდა საჩივრის სახით, წაიშალა ან რომელმღე წვდომაც შეიზღუდა და რომელშიც იკვეთება კატალოგში შესული დანაშაულის შემადგენლობის კონკრეტული ნიშნები (NetzDG, §3a, აბზ. 2, პუნქტ. 1-3). ასეთს განეკუთვნება, სახელმწიფო უსაფრთხოების საწინააღმდეგო დელიქტების (გერმანიის სსკ §§ 86, 86a, 89a, 91) გარდა, საზოგადოებრივი უსაფრთხოების წინააღმდეგ ჩადენილი დანაშაულები (გერმანიის სსკ §§ 126, 129-129b, 130, 131, 140), ბავშვთა პორნოგრაფიის მოპოვება, გავრცელება და ფლობა (გერმანიის სსკ §185b), სიცოცხლის მოსპობის მუქარა, პირის სექსუალური თვითგანსაზღვრის უფლების წინააღმდეგ მოქმედება, სხეულებრივი ხელშეუხებლობისა თუ პიროვნული თავისუფლების

66 BGH NJW 2021, 3179, 3187; ZUM-RD 2021, 612, 623.

67 BT-Drs. 19/17741, S. 15 f.

68 BT-Drs. 19/29392, S. 14.

დარღვევა (გერმანიის სსკ §241). ინფორმაციის გადაცემა უნდა მოხდეს ელექტრონული გზით (NetzDG, §3a, აბზ. 5) და ის შეიცავდეს მონაცემებს იმ მომხმარებელზე, რომელმაც კონკრეტული კონტენტი სხვებს გაუზიარა ან გაასაჯაროვა (მომხმარებლის სახელი, IP-მისამართი, პორტის ნომერი, ქსელში შესვლის უკანასკნელი დრო. გერმანიის სსკ § 3a, აბზ. 4, პუნქტ. 1, 2). კრიმინალური პოლიცია, ამ გზით, ახერხებს დამნაშავეს იდენტიფიცირებას და გადასცემს მონაცემებს სისხლისსამართლებრივი დევნის ორგანოებს. მიმწოდებელი ვალდებულია, გააფრთხილოს მომხმარებელი ზემოთხსენებულის შესახებ კრიმინალური პოლიციისთვის მონაცემების გადაცემიდან ოთხი კვირის მანძილზე (NetzDG, §3a, აბზ. 6, წინადადება 1, 2). ინტერნეტში გავრცელებული დანაშაულებრივი კონტენტების გამოვლენა-დაფიქსირებისთვის, გერმანიის კრიმინალური პოლიციის ბაზაზე შეიქმნა 200 პირისგან შემდგარი ცენტრალიზებული უწყება რომელმაც თავისი საქმიანობა 2022 წლის 1 თებერვალს დაიწყო.⁶⁹

უმეტესი მიმწოდებლები, ტექნიკური თვალსაზრისით, ჯერ კიდევ არ არიან ხსენებულ უწყებასთან მიერთებული, რამდენადაც 2021 წლის ზაფხულში Facebook-მა და Instagram-მა (ორივე Meta) და ასევე Youtube-მა (Google) ღონისძიების დროებითი შეჩერების მოთხოვნით სასამართლოს მიმართეს. მათ შეუერთდა Twitter-ი და TikTok-ი.⁷⁰ კიოლნის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ, 2022 წლის 1 მარტს, დაჩქარებულ ფორმატში, მიიღო გადაწყვეტილება და დაადგინა, რომ NetzDG-ის §3a არღვევს ელექტრონული ვაჭრობის შესახებ ღირეფტივით გათვალისწინებული ტერიტორიულობის პრინციპს (2000/31/EG, ECRL) და შესაბამისად, ის ვერ იქნებოდა გამოყენებული.⁷¹ აქედან გამომდინარე, საჩივართა მიღების ცენტრალიზებულ უწყებას, დღესდღეისობით შეუძლია მიიღოს მხოლოდ ის ინფორმაცია, რომელსაც მას აწვდიან სხვა სოც. ქსელები და დეცენტრალიზებული სტრუქტურები (მაგ. ჩრდილოეთ რაინ-ვესტფალიის მინაზე არსებული ონლაინ დანაშაულზე მომუშავე უწყება - ZAC NRW).⁷²

69 <https://www.tagesschau.de/inland/bka-internet-hass-101.html>.

70 https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/05_010_32022/index.php.

71 VG Köln MMR 2022, 330.

72 <https://netzpolitik.org/2022/zentrale-meldestelle-bundeskriminalamt-plant-jetzt-ohne-zuarbeit-der-sozialen-netzwerke>.

3. იუსტიციის ფედერალური სამსახურის ზედამხედველობითი და მითითებითი კომპეტენცია

გერმანიის იუსტიციის ფედერალური უწყება უფლებამოსილია, თუ ხდება მოქმედი რეგულაციების დარღვევა, გაატაროს პრევენციული ზომები სოც. ქსელის მიმწოდებელთან მიმართებაში⁷³ (NetzDG, §4a, აბზ. 2, წინადადება 1). კიოლნის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ ეს ნორმაც, დაჩქარებული პროცედურის ფორმატში, ევროკავშირის სამართალთან შეუთავსებლად ცნო, რამდენადაც აუდიო-ვიზუალური მედია საშუალებების შესახებ ევროკავშირის დირექტივის 30-ე მუხლის პირველი აბზაცის თანახმად (2010/13/EU, AVMD), მედია-საშუალებებზე ზედამხედველობის განმახორციელებელი უწყება, სამართლებრივი თვალსაზრისით, თავისუფალი უნდა იყოს სახელისუფლებო შტოებისგან და ფუნქციურად, ხელისუფლებისა და სხვა საჯარო თუ კერძო ინსტიტუტებისაგან დამოუკიდებლად მოქმედებდეს. გერმანიის იუსტიციის ფედერალური უწყება კი ექვემდებარება იუსტიციის სამინისტროს. შესაბამისად, ვერ იქნება საუბარი სახელისუფლებო შტოებისგან საჭირო დისტანციის ქონაზე.⁷⁴

IV. სამომავლო ხედვა ევროკავშირის სამართალთან დაკავშირებით

კიოლნის ადმინისტრაციული სასამართლოს გადაწყვეტილებები Google-მა და Meta-ამ 2022 წლის მარტში ქალაქ მიუნსტერში, ჩრდილოეთ რაინ-ვესტფალიის მიწის ადმინისტრაციული სასამართლოს სააპელაციო ინსტანციაში გაასაჩივრეს, რამდენადაც ხსენებული გადაწყვეტილებები მათთვის საკმარისი არ აღმოჩნდა.⁷⁵ Google-მა 2022 წლის აპრილში საჩივარი უკან გაიტანა, მაგრამ Meta-მ დავა გააგრძელა.⁷⁶ გერმანიის ფედერალურ უწყებას საჩივრით არ უპასუხია და მიუთითა იმაზე, რომ სოც. ქსელებისთვის

73 BT-Drs. 19/18792, 53.

74 VG Köln MMR 2022, 330 (332).

75 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/netzwerkdurchsetzungsgesetz-google-meta-facebook-vg-koeln>.

76 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/netzdg-ovg-muenster-vg-koeln-google-meta-facebook-bka>.

უახლოეს მომავალში შეიქმნებოდა ევროკავშირის მასშტაბით მოქმედი, საერთო სამართლებრივი ნორმები, რითაც საკითხების უმეტესობა ისედაც გადაწყდებოდა.⁷⁷ რეალურად, ევროკავშირის კანონმდებლები მართლაც გააქტიურდნენ. ეს გაცეხას არც იწვევს, ვინაიდან სიძულვილის ენამ ევროპაში ძლიერ იმატა⁷⁸, წევრი სახელმწიფოების ნაციონალური კანონმდებლობები კი ერთმანეთისგან განსხვავდებიან და საჭიროა ერთიანი, სრულად ჰარმონიზებული სისტემის შექმნა.

2021 წლის 7 ივნისიდან ძალაშია ევროკავშირის დადგენილება (2021/784, EU) ტერორისტული შინაარსის მქონე კონტენტების გავრცელების წინააღმდეგ (TCO-VO). იმ შემთხვევაში, თუ შესაბამისი უწყებები სადმე ტერორისტული შინაარსის მქონე მასალას წააწყდებიან, ვალდებული არიან, მოუწოდონ ინტერნეტ-მომსახურების მიმწოდებელ კომპანიას ასეთი მასალის წაშლა-დაბლოკვისაკენ. ამ დროს არ აქვს მნიშვნელობა, განთავსებულია თუ არა ინტერნეტ-მომსახურების მიმწოდებელი კომპანიის სათავო ოფისი ევროკავშირის ტერიტორიაზე. კომპანიებს ეკისრებათ ვალდებულება, შეასრულონ ზემოთხსენებული მითითება 1 საათის განმავლობაში. იმ შემთხვევაში, თუ კომპანია სისტემატურად არ ასრულებს მსგავს მითითებებს, ის შეიძლება დაჯარიმდეს გერმანიის კავშირგაბმულობის ფედერალური უწყების მიერ წინა საბიუჯეტო წელს მსოფლიოს მასშტაბით გამომუშავებული მთლიანი წლიური ბრუნვის 4 პროცენტის ეკვივალენტური ოდენობით.

გარდა ამისა, ევროკომისიამ 2022 წლის 11 მაისს წარადგინა დადგენილების პროექტი ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის პრევენციისა და აღმოფხვრის თაობაზე.⁷⁹ ამის მიზეზი, ონლაინ-კომუნიკაციებში ცირკულირებადი ფოტო-მასალის მზარდი რიცხვი იყო. ინტერნეტ-მომსახურების მიმწოდებლები დანაშაულებრივი კონტენტების არა მხოლოდ წაშლასა და გამოვლენაზე იქნებიან პასუხისმგებელნი, არამედ მათ ასევე დაეკისრებათ ონლაინ-ჩათების გაკონტროლების ვალდებულება. პერსონალურ

77 <https://www.tagesschau.de/investigativ/wdr/bka-zentralstelle-hasskriminalitaet-internet-101.html>.

78 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 9.12.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6561.

79 COM(2022) 209 final.

მონაცემთა დაცვისა და საინფორმაციო თავისუფლების ფედერალური უწყების (BfDI) სპეციალურმა წარმომადგენელმა, ხსენებული ინიციატივა შემდეგი სიტყვებით მწვავედ გააკრიტიკა: „ე.წ. ონლაინ-ჩათების კონტროლი საერთოდ არ წარმოადგენს ბავშვთა დაცვის მექანიზმს, არამედ ეს არის ევროპის მიერ კერძო კომუნიკაციების უმიზეზო და მაშტაბური კონტროლის წამოწყება“.⁸⁰ ინიციატივა ასევე გააკრიტიკეს პერსონალურ მონაცემთა დაცვის ევროპულმა კომიტეტმა (EDSA) და ევროკავშირის პერსონალურ მონაცემთა დაცვის ზედამხედველი ორგანოს ხელმძღვანელმა.⁸¹

2022 წლის 22 აპრილს, ევროკავშირის საბჭო, ევროპარლამენტი და ევროკომისია ონლაინ-მომსახურებებთან დაკავშირებული დადგენილებების შესახებ რიგით მეხუთე შეხვედრის ფარგლებში, ონლაინ-სერვისების აქტის (Digital Services Act, DSA) შექმნაზე შეთანხმდა. DSA-ის შესახებ გამოცხადდა ოქტომბრის ბოლოს⁸² და ის ძალაში შევიდა 2022 წლის 16 ნოემბერს. 2024 წლის 17 თებერვლიდან მისი გამოყენება გავრცელდება მთელს ევროკავშირზე. ეს დოკუმენტი ადგენს იმ ონლაინ-პლატფორმების ვალდებულებებისა და პასუხისმგებლობის გამომრიცხავი გარემოებების ერთობლიობას, რომლებიც საქმიანობენ ევროკავშირის ტერიტორიაზე. ამ გზით ყველა მომხმარებელი უფლებრივი დაცვის მაღალი სტანდარტით უნდა აღიჭურვოს. DSA იქნება ონლაინ-პლატფორმების ერთგვარი „კონსტიტუცია“.⁸³ ხსენებული დოკუმენტით გათვალისწინებულია არალეგალურ კონტენტთან ბრძოლის ისეთი მექანიზმი, რომლებიც მომხმარებლებს ასეთი კონტენტების მონიშვნის შესაძლებლობას აძლევს და ამის შემდეგ ონლაინ-პლატფორმებმა დაუყოვნებლივ უნდა იმოქმედონ. ასევე, სამართლებრივი თავდაცვის მექანიზმი ბრალდებულ მომხმარებელს აძლევს საშუალებას, მოითხოვოს პლატფორმის მენეჯმენტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების გადამოწმება. ამას გარდა, დოკუმენტი ითვალისწინებს

80 https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/09_Chatkontrolle.html.

81 Gemeinsame Stellungnahme vom 29.7.2022, https://edpb.europa.eu/news/news/2022/proposal-combat-child-sexual-abuse-online-presents-serious-risks-fundamental-rights_en.

82 Amtsblatt der EU vom 27.10.2022, L 277/1.

83 *Eike Kühn*, Digital Services Act, Das neue Grundgesetz für Onlinedienste, Zeit online vom 14.12.2020, 11:42 Uhr, <https://www.zeit.de/digital/internet/2020-12/digital-services-act-eu-kommission-facebook-google-amazon-gesetz>.

ლისწინებს წაშლილი კონტენტების შესახებ ინფორმაციის შემცველი ყოველწლიური და გამჭვირვალე ანგარიშების გამოქვეყნებას. უფრო შორს რომ წავიდეთ, ისეთი დიდი პალტფორმები, რომლებსაც ევროკავშირის მასშტაბით 45 მილიონზე მეტი მომხმარებელი ყავთ, ხდებიან ვალდებულნი, შეიმუშავონ რისკების განმსაზღვრელი პოლიტიკა. DSA-ის დაცვის მონიტორინგი და განხორციელება ევალებათ სახელმწიფოებს. ისინი მხარდაჭერილნი იქნებიან ონლაინ-სერვისების ევროპული ორგანოს მიერ. განსაკუთრებით დიდი პლატფორმების შემთხვევაში, ჩაერთვება ევროკომისია.

აღსანიშნავია, რომ NetzDG-სთვის, DSA-ის ძალაში შესვლის პარალელურად, აღარ დარჩება მოქმედების არეალი, რამდენადაც ევროკავშირის კანონმდებლის მიზანი წევრი სახელმწიფოების ნაციონალური კანონმდებლობების ევროკავშირის სამართალთან სრული ჰარმონიზაციაა.⁸⁴ DSA იმისათვის გამოიცა, რომ დასრულდეს ევროკავშირის ფარგლებში არსებული სახელმწიფოების სამართლებრივი ფრაგმენტაცია (DSA, მისი მიღების მე-4 საფუძველი). ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის მიერ დაკვეთილი დასკვნა ცხადყოფს, რომ NetzDG პრაქტიკულად გაუქმებულია, რამდენადაც გერმანიას აღარ გააჩნია დანაშაულებრივი კონტენტების წაშლისათვის მკაცრად განსაზღვრული ვადების დადგენის კომპეტენცია.⁸⁵ ასევე, ხსენებულ დასკვნაში ვკითხულობთ, რომ ახალი რეგულაციები არ ქმნის Overblocking-ის საფრთხეს.⁸⁶ მიუხედავად ამისა, DSA-ში ტერმინი *დანაშაულებრივი კონტენტი* ზუსტად არ არის განსაზღვრული და კვლავაც გამოიყენება NetzDG-ში მოცემული კონოტაციით – *მართლსაწინააღმდეგო* (დასჯადი) *კონტენტი*.⁸⁷ ამას გარდა, DSA ვერ წყვეტს იმ ფუნდამენტურ პრობლემას, რომ სოც. ქსელების კერძო მიმწოდებლებმა უნდა შეამოწმონ კონტენტის კანონთან თავსებადობა. Overblocking-ის საფრთხე მეტნაკლებად ნეიტრალდება იმით, რომ სოც. ქსელების კერძო

84 Grünwald/Nüßing MMR 2021, 283, 287; Kühling ZUM 2021, 461, 468.

85 Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz, Gutachten zum Entwurf des Digital Services Act im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung Für die Freiheit, Prof. Dr. Henrike Weiden, LL.M., Hochschule München University of Applied Sciences, Januar 2022, S. 5.

86 Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz, S. 17 f.

87 Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz, S. 6.

მიმწოდებლები ხელშეკრულების ზოგად პირობებში ხაზგასმით იზიარებენ ადამიანის ძირითადი უფლებების შესახებ ევროკავშირის ქარტიაში ჩადებულ პოსტულატებს⁸⁸, კერძოდ გამოხატვის თავისუფლებას, მედიის თავისუფლებისა და პლურალიზმის პრინციპს და ასევე, სხვა თავისუფლებებსა და ფუნდამენტურ უფლებებს (DSA, მუხლი 14, აბზ.4).

V. დასკვნა

NetzDG ემსახურება დანაშაულებრივი კონტენტების წაშლას ინტერნეტ სივრცეში, რამდენადაც დიდი სოციალური ქსელების მიმწოდებლებს, დაფიქსირებული საჩივრის საფუძველზე, კანონთან შეუსაბამო კონტენტების წაშლას აგაძლეულებს. მიუხედავად ამისა, ხსენებული კანონი კონსტიტუციური სამართლის გადმოსახედიდან ძალიან პრობლემატურია. NetzDG-ის მესამე მუხლით გათვალისწინებული საჩივართა მართვა-დაფიქსირების სისტემა პირდაპირ ზღუდავს გამოხატვის თავისუფლების ფუნდამენტურ უფლებას. მართალია, რომ NetzDG-ის ფარგლებში არ იქმნება ე.წ. Overblocking-ის საფრთხე, თუმცა, სოციალური ქსელების მიმწოდებლებმა შექმნეს შიდა სტანდარტების სისტემა, რომელთა თანახმადაც იმ კონტენტების წაშლაცაა შესაძლებელი, რისი წაშლაც NetzDG-ით გათვალისწინებული არ არის. ამას ემატება ისიც, რომ NetzDG არ ითვალისწინებს ტერიტორიულობის პრინციპს და შესაბამისად, კონფლიქტში მოდის ევროკავშირის სამართალთან. DSA-ის შექმნით, NetzDG ფაქტობრივად აზრს კარგავს. უნდა დავფიქსირებოთ, მოხერხდება თუ არა DSA-ის მეშვეობით ე.წ. Overblocking-ის საფრთხის განეიტრალება. პოზიტიურად უნდა შევხვდეთ იმას, რომ სოციალური ქსელების მიმწოდებლები, ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებში, სამომავლოდ გაითვალისწინებენ ადამიანის ძირითადი უფლებების შესახებ ევროკავშირის ქარტიაში დადგენილ სტანდარტებს.

88 *Friedrich-Naumann-Stiftung* (Hrsg.), *Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz*, S. 24; *Kühling* ZUM 2021, 461, 472.

სოციალურ მედიაში განხორციელებული ცილისწამება და უფლების დაცვის საშუალებები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში

ასოც. პროფ. დოქტ. **სერგი ჯორბენაძე**,
გრიგოლ რობაქიძის უნივერსიტეტი
ადვოკატი

I. წინათქმა

სოციალური მედიის განვითარებასთან ერთად, მომხმარებელს მიეცა შესაძლებლობა, თავად მართოს და განკარგოს თავისი ანგარიში. ამგვარმა შესაძლებლობამ, უფლების დაცვის ახლებური სტანდარტის დამკვიდრების საჭიროება წარმოშვა. განსაკუთრებით, ეს ეხება გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის საკითხს. თუ ტრადიციულ მედიაში (მაგალითად, ტელემაუწყებელზე) ცილისმწამებლური განცხადების უარყოფისას, წინდანიწვე გასაგებია განთავსების ფარგლები, სოციალურ მედიაში დამატებითი გათვლაა საჭირო, რათა უფლება რეალიზდეს. სწორედ ამიტომ, ქართულ რეალობაში უფლების დაცვისთვის მნიშვნელოვან კომპონენტად გვევლინება შესაბამისი სასარჩელო მოთხოვნების ჩამოყალიბება.

II. გამოხატვის თავისუფლება სოციალურ მედიაში და უფლების დაცვის სირთულე

სანამ უშუალოდ ცილისწამების საკითხზე გამახვილდება ყურადღება, მნიშვნელოვანია, რომ განხილულ იქნეს ზოგადად, გამოხატვის თავისუფლების გადაცდომის შედეგების გათვალისწინებით, უფლების დაცვის სირთულის გამოვლინება ქართულ რეალობაში. ვინაიდან, გერმანიისგან განსხვავებით, ქართული კანონმდებლობა ცილისწამებას, ისევე როგორც არაქონებრივ უფლებათა დაცვის რიგ შემთხვევებს კერძო სამართალში მოიაზრებს, უფლების დაცვის ერთადერთი გზაც სასამართლოსთვის (და

არა შესაბამისი სახელმწიფო ორგანოსთვის) მიმართვის შესაძლებლობაა. მითუმეტეს, უფრო რთულდება საკითხი, როდესაც იგი სოციალურ მედიას ეხება. ასეთ დროს, შესაძლებელია, რომ ერთგვარი ფორმალური წინაპირობების არარსებობასთანაც გვექონდეს საქმე, როგორცაა მაგალითად, შემთხვევის დაკვალიფიცირება, სათანადო მხარის განსაზღვრა და სხვ.

სოციალურ მედიაში გამოხატვის თავისუფლების თავისებურების მეტად თვალსაჩინოდ წარმოჩენისთვის, შესაძლებელია რამდენიმე პრაქტიკული მაგალითის მოყვანა, თუ რა სირთულეს (და ამასთანავე, წინასწარი გათვლის საჭიროებას) წარმოადგენს პირის მიერ უფლების დაცვა. ეს ეხება როგორც საკითხის სამართლებრივად დაკვალიფიცირებას, ისე სათანადო სასარჩელო მოთხოვნის დაყენებას.

1. წვრილმანი ხულიგნობა

იმის გათვალისწინებით, რომ „Facebook-ი“ საჯარო სივრცედ მიიჩნევა¹, პლატფორმაზე განთავსებული შეურაცხმყოფელი პოსტი, თბილისის საქალაქო სასამართლოში წვრილმან ხულიგნობად დაკვალიფიცირდა². წვრილმანი ხულიგნობა საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 166-ე მუხლით ფორმულირებულია შემდეგნაირად: „საზოგადოებრივ ადგილებში ლანძღვა-გინება, მოქალაქეებზე შეურაცხმყოფელი გადაკიდება და სხვა ამგვარი მოქმედება, რომელიც არღვევს საზოგადოებრივ წესრიგსა და მოქალაქეთა სიმშვიდეს“. სააპელაციო (მეორე) ინსტანცია პოსტის შინაარსის განმარტების ნაწილში არ დაეთანხმა ქვედა ინსტანციას და გააუქმა პირველი ინსტანციის დადგენილება³. საინტერესოა, რომ აღნიშნული პოსტი განთავსდა „Facebook-ის“ დახურულ ჯგუფში, თუმცა, სამართლებრივი კვალიფიკა-

1 საქართველოს უმენაესი სასამართლოს 2014 წლის 9 იანვრის განჩინება №ას-1559-1462-2012.

2 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 25 სექტემბრის დადგენილება №4/8628-19.

3 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 9 დეკემბრის დადგენილება №4/ა-889-19.

ციისთვის ეს ასპექტი არ ყოფილა გადამწყვეტი⁴.

2. სარჩელი ადამიანის დაცინვის გამო

2018 წელს თბილისის საქალაქო სასამართლოში პირმა სარჩელი შეიტანა და მოითხოვა „Facebook-ჯგუფის“ გაუქმება⁵. „Facebook-ჯგუფი“ შექმნილი იყო ამ ადამიანის დაცინვის (ე.წ. „დაბულინგების“) მიზნით. ჯგუფს ერქვა ამ ადამიანის სახელი ცინიკურ კონტექსტში. მაგალითად, თუ პირის სახელი და გვარია „იურგენ ჰაიდენი“⁶, ხოლო, ზედმეტსახელი – „იუჰა“, ჯგუფს დაარქვეს: „იუჰას ხუმრობები“.

მოსარჩელის განმარტებით, ეს მისთვის გახლდათ ფსიქოლოგიური ზეწოლა, როდესაც მისი დამცინავი სხვადასხვა სახის ტექსტები, ასევე, „გიფები“ და „მიმები“ იღებოდა ჯგუფში. შედეგად, ეს ქმედება ლახავდა მის არაქონებრივ უფლებებს (უპირველესად, ღირსების უფლებას)⁷. სასამართლომ არ მიიღო საქმე წარმოებაში და საფუძვლად მიუთითა ის, რომ პირმა ვერ დაადასტურა, რომ „იუჰა“ სწორედ ეს ადამიანი იყო⁸ (ვერ იდენტიფიცირდებოდა პირი⁹).

4 დახურული ჯგუფი ავტომატურად არ გულისხმობს პირთა შეზღუდული წრისთვის ცილისმწამებლური განცხადების განთავსების შესაძლებლობას. აღნიშნული საკითხი ბევრად ფართოა და ვინაიდან მისი განხილვა ცდება წინამდებარე ნაშრომის შინაარსს, იგი შეგნებულად არაა განხილული.

5 იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 30 ნოემბრის განჩინება №2/34293-18.

6 რეალური სახელი და გვარი შეგნებულად არ არის მითითებული.

7 ნიშანდობლივია აღინიშნოს, რომ მოსარჩელე გახლდათ ახალგარდა მამაკაცი და იგი თანატოლების დაცინვის ობიექტი ხდებოდა.

8 ამ ფაქტის დადასტურება რეალურადაც ფაქტობრივად შეუძლებელია. მიუთმეტეს, აქ საუბარი იყო არა პირის ზედმეტსახელის დაცვაზე, არამედ, მისი არაქონებრივი უფლებების დაცვაზე.

9 ზედმეტსახელი (განსხვავებით ფსევდონიმისგან) რთულად დაცვად ინსტიტუტს წარმოადგენს. ამ საკითხზე იხ. *კორბენაძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, ჭანტურია (რედ.), 2017, მუხლი 17, აბზ. 18.

3. პრაქტიკული ხედვის აღმატებულება ფორმალობასთან მიმართებით

გემოთ მოყვანილი ორივე განმარტება ცალსახად მიუთითებს გარემოებაზე, რომ სოციალურ მედიაში უფლების დაცვა, განსხვავებით ე.წ. „ტრადიციული“ მედიისგან, დამატებითი სირთულით ხასიათდება. პირველ შემთხვევაში, არ გვხვდებოდა ერთგვაროვანი ხედვა, საკითხი კერძო სამართალს მიეკუთვნებოდა თუ საჯარო სამართალს, ხოლო, მეორე შემთხვევაში მოსარჩელის იდენტიფიცირება გახდა რთული (საპროცესო ნორმების გათვალისწინებით). ეს კი მაშინ, როცა იგივე პირი საზოგადოებისთვის ერთმნიშვნელოვნად იდენტიფიცირებულია (მისი ზედმეტსახელის გამო). სწორედ ამის გამო, სასამართლოს ხედვაც უფრო ფართოდ უნდა იქნეს წარმოჩენილი. ეს კი შეუძლებელი იქნება, თუ მხარე არ დააყენებს იმ სათანადო სასარჩელო მოთხოვნებს, რომელსაც ქვევით შევხვებით.

III. ცილისწამების მოწესრიგება ქართულ სამართალში

2004 წელს, კანონმდებლობაში შესული ცვლილებების გათვალისწინებით, ცილისწამების დეკრიმინალიზაცია მოხდა. აღნიშნულის საფუძველზე იგი მოწესრიგდა „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონში, რაც თავის მხრივ, ავტომატურად დაექვემდებარა სამოქალაქო წესით დავათა განხილვას¹⁰. შესაბამისად, მოსარჩელეს (მაშასადამე, ცილისწამების ობიექტს) დააწვა მტკიცების ტვირთი სასამართლო დავისას¹¹. კერძოდ, დასახელებული კანონის მე-13 მუხლის ფორმულირება განისაზღვრა იმგვარად, რომ პირმა უნდა დაასაბუთოს სამი მთავარი გარემოება, რომ: ა) განცხადება მის წინააღმდეგაა მიმართული; ბ) განცხადება შეიცავს არსებითად მცდარ ფაქტს და გ) ამ განცხადებით მას მიადგა ზიანი¹². აღნიშნული ფორმულირება ეხება კერძო პირის შემთხვევას, რომლისგან განსხვავებით, საჯარო პირის შემთხვევაში, მეოთხე

10 კერძოდ, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-18 მუხლის მე-2 ნაწილში შესული ცვლილებით ზოგადი მითითება მოხდა დასახელებულ ნორმაზე.

11 მოწესრიგდა ხანდაზმულობის საკითხი, რომელიც 100 დღით შემოიფარგლა.

12 მოიაზრება როგორც ქონებრივი, ისე არაქონებრივი ზიანი.

ფაქტორიც უნდა იქნეს გათვალისწინებული (კანონის მე-14 მუხლი): განმცხადებლის ქმედება წარმოადგენს აშკარა და უხეშ დაუდევრობას, ან განმცხადებლისთვის წინასწარვე იყო ფაქტის მცდარობა ცნობილი.

IV. სასარჩელო მოთხოვნები ცილისწამებისას

ცილისწამებლური განცხადების გამო სასამართლოში დავის მოსარჩელის სასარგებლოდ დასრულების უმთავრესი ასპექტია გასაჩივრებული (სადავო) განცხადების საჭარობა¹³. ამდენად, თითოეული, ქვევით ჩამოთვლილი მოთხოვნა სწორედ საჭარო განცხადებას ეხება.

1. უარყოფა

ცილისწამებისას უმთავრესი სასარჩელო მოთხოვნაა მისი უარყოფა მოპასუხის მიერ¹⁴. ამ გზით, მოსარჩელე ერთი მხრივ, იცავს თავის უფლებებს, ხოლო, მეორე მხრივ, უფლების დაცვა მოპასუხის მიერ ხდება. სოციალური მედიის განვითარებამდე, ე.წ. „ტრადიციულ“ მედიაში ცილისწამების უფლების დაცვა შედარებით ერთგვაროვან კალაპოტში ექცეოდა. შედეგად, შემთხვევაში, ლოგიკური იყო იმის გააზრებაც, სარჩელის დაკმაყოფილების შემთხვევაში, თუ რა გზით აღსრულდებოდა გადაწყვეტილება. მაგალითად, ბეჭდურ მედიაში გამოქვეყნებული სტატიის შემთხვევაში, იმავე ბეჭდურ მედიაში სტატიის გამოქვეყნებით. ანალოგიურად ვხვდებით საკითხს მაუნყებლის შემთხვევაში, რადგან უარყოფაც ლოგიკურად იმავე მაუნყებელზე, იმავე გადაცემაში შეიძლება დაევალოს მოპასუხეს¹⁵. თუნდაც საქმე ეხებოდეს ტელემაუნყებელზე გასული გადაცემის სოცია-

13 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 5 მარტის განჩინება №ას-810-2019.

14 იხ. მაგალითად, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 26 ივლისის გადაწყვეტილება №ას-1011-972-2016.

15 მაგალითისთვის, შეიძლება მიმდინარე საქმის მოყვანა, რომელშიც სასარჩელო მოთხოვნად სწორედ მაუნყებელზე, იმავე გადაცემაში უარყოფაა მოთხოვნილი: თბილისის საქალაქო სასამართლოში მიმდინარე საქმე №2/20950-22.

ლურ მედიაში გავრცელებას, პირველგანთავსებას აქვს მნიშვნელობა¹⁶.

სოციალურ მედიაში არსებული ფართო თავისუფლების გათვალისწინებით, მხოლოდ უარყოფის მოთხოვნა არ არის საკმარისი უფლების სათანადოდ რეალიზებისთვის¹⁷, რადგან არსებობს რისკი, არ აღსრულდეს სასამართლო გადაწყვეტილება ან/და ვერ დაიცვას პირმა უფლებები. მაგალითად, მომხმარებელმა წაშალოს ანგარიში „Facebook-ში“ და სხვ. სწორედ ამიტომ, მეტი აღქმადობისთვის, უარყოფასთან ერთად მოსარჩელეს არ რჩება სხვა არჩევანი, გარდა დამატებითი მოთხოვნების დაყენებისა, რათა რეალურად მოხერხდეს მისი ინტერესების გათვალისწინება.

2. ცალკეული ქმედებები უარყოფისას

ის, თუ რა შეიძლება იყოს ცალკეული ქმედებები, უშუალოდ მოსარჩელის გადასაწყვეტია, ხოლო, მოსარჩელე თავის მხრივ, ამ გადაწყვეტილებას გასაჩივრებელი აქტივობის მიხედვით იღებს. მაგალითად, თუ „Facebook-Live-ში“ დაირღვა მისი უფლებები, შესაძლებელია, რომ მოთხოვნები ემსახურობდეს უარყოფის სათანადოდ გავრცელების უზრუნველყოფას¹⁸. ამ მხრივ გამოსარჩევია რამდენიმე მათგანი:

უარყოფელი განცხადების საჯაროდ (Öffentlich/Public) განთავსება ერთ-ერთი პირველი ასპექტია, რაც მოსარჩელემ უნდა გაითვალისწინოს, რათა მხოლოდ ფორმალურად არ შეძლოს მოპასუხემ სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულება. აღნიშნული მოთხოვნა ლოგიკური იქნება იმ შემთხვევაში, თუ ცილისმწამებლური განცხადებაც საჯარო სივრცეში გაკეთდა.

მნიშვნელოვანი ასპექტია უარყოფელი განცხადების განთავსების პერიოდულობის განსაზღვრა: ვთქვათ, თუ უფლებადამრღვევი განცხა-

16 ანალოგიურად, შეიძლება მაგალითად თბილისის საქალაქო სასამართლოში მიმდინარე საქმის (№2/38686-22) მოყვანა, სადაც დავის არსი სწორედ პირველგანთავსებიდან გამომდინარეობს.

17 იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2021 წლის 22 ოქტომბრის განჩინება №2ბ/4254-21.

18 მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოში მიმდინარე საქმე №2/33340-22, რომელიც წარმოებაში მიღებულია და მიმდინარეობს განხილვა.

დება განთავსებულია სასამართლო პროცესის მიმდინარეობის მანძილზე, უარყოფის შემცველი განცხადებაც, ლოგიკურად არანაკლებ იმავე ვადით უნდა განთავსდეს, თუმცა, აღნიშნული შეიძლება იყოს, ვთქვათ, 3 თვე, 1 წელი და ა.შ., რისი დადგენის დისკრეციაც სასამართლოს გააჩნია.

განთავსების ფორმატის განსაზღვრასთან მაშინ გვაქვს საქმე, როდესაც მოსარჩელე თავად ირჩევს, თუ რა ვიზუალით, როგორი სახით უნდა მოხდეს უარყოფა. მაგალითად, თუ ცილისმწამებლურ განცხადებას ერთვოდა ფოტო, შესაძლებელია, რომ უარყოფაც ამ ფოტოს საშუალებით მოხდეს¹⁹.

სოციალური მედიით სარგებლობის ფარგლები, მხარეს ანიჭებს შესაძლებლობას, სურვილის შემთხვევაში, წაშალოს თავისი ანგარიში. შესაბამისად, შესაძლებელია, რომ მოპასუხეს აეკრძალოს თავისი სოციალური მედიის ანგარიშის წაშლა არანაკლებ იმ ვადით, რა პერიოდშიც უნდა განთავსდეს მან უარყოფელი განცხადება საჯაროდ.

არაქონებრივი უფლებების დარღვევისას, მნიშვნელოვანი ფაქტორია ის, თუ რამდენად ხელმისაწვდომი იყო განცხადება პირთა ფართო წრისთვის²⁰. შესაბამისად, საპირისპირო განცხადებაც იმგვარად უნდა გაკეთდეს, რომ მოპასუხემ თავი არ აარიდოს ასევე პირთა ფართო წრისთვის მის ხელმისაწვდომობას. ამ მხრივ, უპრიანი იქნება, რომ მოპასუხეს აეკრძალოს მეგობრების (მიმდევრების) წაშლა. შესაბამისად, თავიდან იქნება არიდებული სასამართლო გადაწყვეტილების აღუსრულებლობის საკითხი.

თავდაპირველი (ცილისმწამებლური) განცხადების წაშლა: ამ შემთხვევაში, შესაძლებელია, ერთგვარი პარალელი გაკეთდეს დავიწყების უფლებასთან²¹. შინაარსობრივი შეუსაბამობა კანონმდებლობასთან სწო-

19 მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოში მიმდინარე საქმე №2/2359-22 – იმავე ფორმატით უარყოფა მნიშვნელოვანია, რათა რეალურად მოხდეს არაქონებრივ უფლებათა დაცვა.

20 *ჯორბენაძე*, ორ პირს შორის „Facebook Messenger-ში“ უცენზურო შინაარსის მქონე პირადი მიმოწერის სამართლებრივი შედეგი, სასამართლო პრაქტიკა, შედარებითი სამართლის ჟურნალი, 7/2021, 65-66.

21 ევროპული მართლმსაჯულების სასამართლოს გადაწყვეტილება (13.05.2014, №C-131/12).

რედ ამ საფუძველს წარმოადგენს, რათა მომხმარებლებს არ ჰქონდეთ წვდომა იმ განცხადებასთან, რომელიც ადამიანის უფლებების დარღვევის შემცველია.

თითოეული ზემოთ ჩამოთვლილი მოთხოვნა სასამართლოს მიერ უკვე დაკმაყოფილდა, თუმცა, ეს გადაწყვეტილება არ შესულა კანონიერ ძალაში²². კერძოდ, ადგილი ჰქონდა დაუსწრებელ გადაწყვეტილებას, რომლის ფორმალური წინაპირობები (შესაგებლის წარუდგენლობა) მოპასუხემ დაძლია²³. მიუხედავად ამისა, საკითხი აღსანიშნავია, ვინაიდან დაუსწრებელი გადაწყვეტილების მიღებისთვის, სასამართლოს მხოლოდ მაშინ აქვს სარჩელის დაკმაყოფილების უფლებამოსილება, თუ იგი შესაბამისობაში მოდის კანონმდებლობასთან²⁴.

3. ზიანის ანაზღაურება

„სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის მე-3 პუნქტი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებას იცნობს. ამ შემთხვევაში, მოსარჩელის მტკიცების ტვირთია, ქონებრივი ზიანი მიაღდა მას, თუ – არაქონებრივი²⁵. თითოეულ შემთხვევაში, მოთხოვნის დაკმაყოფილება პირველ რიგში ცილისმწამებლური განცხადებიდან გამომდინარე, უარყოფის დაკმაყოფილებაზე იქნება დამოკიდებული.

22 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2022 წლის 31 ოქტომბრის დაუსწრებელი გადაწყვეტილება №2/28981-22.

23 იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2022 წლის 20 დეკემბრის განჩინება №2/28981-22.

24 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 232¹ მუხლთან, სადაც განერილია, რომ სარჩელში მითითებული გარემოებები იურიდიულად უნდა ამართლებდეს სასარჩელო მოთხოვნას.

25 შესაძლებელია, რომ ორივე მათგანზე ერთობლივადაც დააყენოს მოთხოვნა.

V. დამატებითი სირთულეები პრაქტიკაში

1. ანონიმურობა

ანონიმურობის პრობლემა მოპასუხეთა წრის განსაზღვრას უქმნის საფრთხეს. კერძოდ, ამ მხრივ, რთულდება იმის განსაზღვრა, თუ ვინ დგას ანგარიშის უკან და ასევე, თუ რა მიზნით ახორციელებს ამგვარ ქმედებას²⁶. სწორედ ამიტომ, ქართულმა სასამართლომ დაუშვა პრეცედენტი, რომლითაც საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს დაავალა ანონიმური ანგარიშის უკან მდგომი პირის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება²⁷. აღნიშნული განპირობებული გახლდათ სახელმწიფოს, როგორც პოზიტიური ვალდებულების მქონე სუბიექტის, როლის გათვალისწინებით²⁸.

2. პირთა სიმრავლე სოციალურ მედიაში განთავსებულ განცხადებასთან მიმართებით

პირთა სიმრავლე შესაძლებელია გამოიხატოს ორ ასპექტში: როდესაც ერთობლივადაა რამდენიმე პირი განცხადების ავტორი ან/და როდესაც რამდენიმე პირი ასაჯაროებს მას. კერძოდ, საუბარია ე.წ. პირველად გამავრცელებლებზე²⁹ და არა შემდგომში გამზიარებლებზე, რომელთა პა-

26 ამ საკითხზე იხ. *ჯორბენაძე*, სოციალური მედიის სამართალი, თბილისი, 2019, 70-71.

27 თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 12.10.2022, №2/3022-22.

28 ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე სტრაისტა მოლდოვას რესპუბლიკის წინააღმდეგ (14191/14 – STRAISTĂ v. THE REPUBLIC OF MOLDOVA).

29 ხაზგასასმელია, რომ შემდგომ გამავრცელებელზე პასუხისმგებლობის დაკისრების საკითხის არსებობა მაშინ გვხვდება, თუ გაზიარება წარმოადგენს ცალკეულ დანაშაულს. მაგალითად, პირადი ცხოვრების საიდუმლოს ხელყოფას, რომელიც საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 157¹ მუხლშია მოწესრიგებული. წინამდებარე ნაშრომში მოყვანილი მსჯელობა სრულად ეფუძნება სამოქალაქო საქმეთა განხილვის კატეგორიას. ამდენად, გაზიარებლის პასუხისმგებლობის პრაქტიკაში არსებული გამოწვევების გააზრებისთვის საჭიროა, რომ არსებობდეს შესაბამისი სარჩელი საერთო სასამართლოებში.

სუხისმგებლობის საკითხზე დავა ჯერჯერობით ქართულ რეალობაში არ არსებულა³⁰.

2.1 ორი სუბიექტის მოქმედების შედეგები

პრაქტიკული პრობლემა არსებობდა, თუმცა სასამართლო დავაში აღარ გადაიზარდა შემთხვევა, როდესაც ერთობლივი სახელით მოქმედი ანგარიშიდან გავრცელდა შეურაცხმყოფელი განცხადება სუბიექტის მიმართ. შესაბამისად, საკითხი საინტერესოა განსახილველად: მაგალითად, „AnkeChristian“, რომელიც წარმოადგენს მეუღლეების (წყვილის) საერთო ანგარიშს და ორივე მათგანი ერთი ანგარიშით მოქმედებს³¹. თუ „AnkeChristian-ის“ ანგარიშიდან მოხდება მესამე პირის ცილისწამება, მაშინ პასუხისმგებლობა (შესაბამისად, უზრუნველყოფაც) ორივე მათგანზე უნდა გავრცელდეს³². შეიძლება, გამონაკლისად ჩაითვალოს შემთხვევა, როდესაც ამ ტექსტიდან (პოსტიდან) ან გარემოებიდან იკვთება, რომ იგი განთავსებულია „Anke-ს“ ან „Christian-ის“ მიერ³³. თუმცა, უზრუნველყოფის მიზნებიდან გამომდინარე, სასარჩელო მოთხოვნის ორივე მათგანის მიმართ დაყენება ყველაზე გონივრული იქნებოდა³⁴.

2.2 განცხადების ავტორისა და განმთავსებლის პასუხისმგებლობა

თუ განცხადების ავტორმა თავისი განცხადება სხვის პლატფორმაზე (კვლეულზე) განათავსა, მოთხოვნა განმთავსებელსაც უნდა წარედგინოს³⁵.

30 წინამდებარე ნაშრომის დამუშავებისას არ იძებნება ამგვარი ინფორმაცია (არ გახლავთ იგი საჯაროდ ხელმისაწვდომი).

31 აღნიშნული დამახასიათებელია ცალკეულ სამხრეთულ ქვეყნებში, თუმცა, გამოიყენება ოპიკითა და ხშირად სხვა პირთა გაქილიკების საგნადაც იქცევა.

32 *კორბენაძე*, სოციალური მედიის სამართალი, 2019, 73.

33 იქვე.

34 ლოკიკურად იგულისხმება, რომ ანგარიშის განკარგვის ფარგლებში პასუხისმგებლობასაც თანაბრად იზიარებენ.

35 იხ. მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოში მიმდინარე საქმე №2/3022-22.

მაგალითად, „ოლივერი“ არის განცხადების ავტორი (რომელიც შეიცავს უფლების დამრღვევ შინაარსს), ხოლო, განცხადებას ათავსებს „ლიზა“ თავის „Facebook-ანგარიშით“. ასეთ შემთხვევაში, სარჩელის ადრესატი ორივე მათგანია³⁶, ხოლო, უბრუნველყოფის საკითხი³⁷ სუბიექტის შესაბამისად გადაწყდება³⁸.

VI. ბოლოთქმა

სოციალური მედიის განვითარების კვალად, სასამართლო პრაქტიკაც ვითარდება. გამოხატვის თავისუფლების ფართო ფარგლების გათვალისწინებით³⁹, საქართველოში მოსარჩელეს უწევს სასარჩელო მოთხოვნების სათანადოდ ფორმულირება, რათა დაცულ იქნეს მისი არაქონებრივი უფლებები. თუმცა, ვინაიდან ხშირად მოსარჩელის აქტივობა რთულ და დაბრკოლებით სავსე გზას გადის⁴⁰, პრობლემის გადაჭრის ორი მთავარი გზა არსებობს: ა) საკანონმდებლო ცვლილება და ბ) სასამართლო პრაქტიკის განვითარება. დასახელებულიდან მეორე მათგანი უპირიანი სამი მიზეზის გათვალისწინებით: (1) სოციალური მედიის (ტექნოლოგიის)

36 ვინაიდან ორივეს ქმედების შედეგია მოსარჩელის უფლების შელახვა. მეტიც, გამავრცელებლის მხრიდან თავის შეკავება უკვე გახდებოდა ამ შედეგის თავიდან აცილების საფუძველი.

37 მაგალითად, თუ „მხოლოდ მე-მე“ („Nur Ich-მე“, „Only Me“) გადაყვანას მოითხოვს მოსარჩელე, ან ანგარიშის სახელის შეცვლის შემზღუდვას და სხვ.

38 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 24 დეკემბრის განჩინება №ას-1192-2021.

39 მათ შორის, ცილისწამების მოწესრიგების ჭრილში, რომელიც არ წარმოადგენს სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებულ სამართლებრივ ინსტიტუტს.

40 იგულისხმება სასამართლოს მხრიდან მზაობის არარსებობა, როდესაც წარმოებაში არ იღებს ამგვარ საქმეს (იხ. მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 6 აგვისტოს განჩინება №2/19489-21). მართალია, რომ 2021 წლის დასასრულიდან სასამართლომ დაიწყო ამგვარი საქმეების წარმოებაში მიღება (თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2021 წლის 22 ოქტომბრის განჩინება №2ბ/4254-21), მაგრამ სამომავლოდ, ტექნოლოგიის (სოციალური მედიის) განვითარებისა და ახლებური მიდგომების გათვალისწინებით, შეიძლება, რომ მეტ სიახლესთან გვეკონტაქტოს საქმე, რასაც არ უნდა მოჰყვეს ფორმალური დაბრკოლება მართლმსაჯულების განხორციელებისას.

განვითარებას ვერ ეწევა საკანონმდებლო განვითარება⁴¹; (2) საქართველოს კონსტიტუციით აღიარებული ღირსების ხელშეუვალობის დაცვა დამოკიდებული არ უნდა იყოს მხოლოდ საკანონმდებლო ჩანაწერზე⁴²; (3) კანონმდებლობით ვერ გაიწერება ყველა ის აქტივობა, რაც შეიძლება სოციალურ მედიაში პირის მიერ იქნეს განხორციელებული. შესაბამისად, საკანონმდებლო ცვლილების საჭიროება მხოლოდ პრინციპების განსაზღვრის დონეზე იქნებოდა გასათვალისწინებელი.

41 ვერძოდ, სიახლე უსწრებს საკანონმდებლო ჩანაწერს.

42 იხ. მაგალითად, *ჯორბენაძე*, საქართველოს კონსტიტუციაში არსებული ტერმინ „ხელშეუვალის“ განმარტების თავისებურებანი, კრებულში: გეგენაგა (რედ.), გურამ ნაჭყებია 75, საიუბილეო გამოცემა, 2016, 75-76.

ბლოკჩეინი და სისხლის სამართალი – გამოწვევები და შანსები¹

პროფ. დოქტ. კონსტანტინა პაპათანასიო, ლიხტენშტაინის უნივერსიტეტი

ბლოკჩეინის წარმოშობა დაახლოებით 14 წლის წინ ემთხვევა კრიპტოვალუტა ბიტკოინის გაჩენას, მაგრამ ბლოკჩეინი გაცილებით უფრო მეტია, ვიდრე მხოლოდ ბიტკოინი. 2008 წლის 31 ოქტომბერს, დღემდე არაიდენტიფიცირებადი ფსევდონიმით, Satoshi Nakamoto, გაჩნდა ეპოქალური მასშტაბის დოკუმენტი – ბიტკოინი: თანასწორუფლებიანი კვანძებით დაკომპლექტებული ელექტრონული ფულის სისტემა². სულ რაღაც რვა გვერდზე ერთმანეთთან შეერთდა სხვადასხვა კრიპტოგრაფიული ინსტრუმენტი, რათა შექმნილიყო დეცენტრალიზებული და შესაბამისად, მესამე ინსტანციის (ბანკი) საჭიროების არმქონე ციფრული ფულის სატრანზაქციო სისტემა³. რამდენიმე თვის შემდეგ, ამას მოჰყვა პირველი ბიტკოინების შექმნა ბლოკჩეინის ბაზაზე. წინამდებარე ტექსტის⁴ მიზანია, რაც შეიძლება ამომწურავად აჩვენოს, თუ რა გამოწვევებისა და შანსების წინაშე აყენებს ბლოკჩეინის ტექნოლოგია სისხლის სამართალს. პირველ რიგში, ისმის ტექნიკური ხასიათის შეკითხვა: რა არის საერთოდ ბლოკჩეინი და როგორ შეიძლება ეს არაინფორმატიკული განათლების მქონე პირს ესმოდეს? როგორ ფუნქციონირებს ბლოკჩეინი?

1 წინამდებარე ტექსტი გერმანულ ენაზე უკვე გამოქვეყნდა ეკონომიკისა და ფინანსური სამართლის ავსტრიულ ჟურნალში (ZWF 2022, S. 178-184).

2 „Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System“ – დოკუმენტის ორიგინალი იხ. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

3 შეად. <https://www.bitcoin.de/de/bitcoin-whitepaper-deutsch> (ნანახია 5. 9. 2022).

4 მოცემული ტექსტი ეყრდნობა ლიხტენშტაინის უნივერსიტეტში, ახლად-დაფუძნებული, ეკონომიკური სისხლის სამართლის, Compliance-ისა და დიგიტალიზაციის კათედრის ფარგლებში, ზემის ფორმატში, 2022 წლის 17 მარტს ორგანიზებულ პირველ თემატურ საღამოს.

I. შესავალი

პროცესები დღემდე სწრაფად განვითარდა. ახლანდელი მონაცემით, უკვე არსებობს დაახლოებით 2000-მდე სხვადასხვა კრიპტოვალუტა და როგორც მოქალაქეებს, ასევე კომპანიებს, 2021 წლის თებერვლიდან, შეუძლიათ მაგ. შვეიცარიის ქალაქ ცუგში, დაფარონ საკუთარი საგადასახადო ვალდებულებები ყველაზე გავრცელებული კრიპტოვალუტებით, კერძოდ ბიტკოინით და ეთერეუმით.⁵ უახლესი ტენდენცია უფრო შორსაც მიდის და ეძიებს საშუალებებს კრიპტოვალუტების მერყეობის სტაბილიზირებისთვის.⁶ ასეთი მასტაბილურებული ფუნქცია უნდა შეითავსონ ე.წ. stablecoin-ებმა. საუბარია კრიპტოვალუტებზე, რომელთა ღირებულება რაიმე სხვა ვალუტით, კერძოდ ფიატ ვალუტით (დოლარი ან ევრო), ნედლეულით (ოქრო) ან რაიმე სხვა ფინანსური ინსტრუმენტითაა გამყარებული.⁷ ბიტკოინის გამოყენების წყალობით, სწრაფად გაიზარდა ბლოკჩეინით დაინტერესება.

II. ბლოკჩეინის ფუნქციონირების სპეციფიკა

ბლოკჩეინები წარმოადგენს დეცენტრალიზებული ე.წ. Ledger ტექნოლოგიის (DLT) ტიპურ ნიმუშს. DLT არის დეცენტრალიზებული ციფრულ მონაცემთა ბაზა, რომელშიც ყველა მონაწილის ოპერაცია მახსოვრდება და უახლესი მონაცემებით ნახლდება. რეალურად, საქმე ეხება დანაყოფე-

5 ob. <https://www.zg.ch/behoerden/finanzdirektion/steuerverwaltung/kryptowaehrungen> (ნანახია 5. 9. 2022).

6 ბიტკოინისა და ეთერეუმის კურსების მერყეობის ერთი ნახვაც საკმარისია, რომ დაგინახოთ მათი არასტაბილურობა. ცალკეული ფაზები ექსტრემალური ინფლაციითა და დეფლაციით გამოირჩევა. შეად. <https://www.bitcoinsuisse.com/de/research/decrypt/season-2020/prufung-der-krypto-volatilitat> (ნანახია am 5. 9. 2022). *ნაკამოტოს* მიზანი, დაეცვა ბიტკოინი ინფლაციისა და ცენტრალური ბანკების ნეგატიური გავლენებისგან, ჭერჭერობით ვერ იქნა მიღწეული.

7 დანვრ ob. <https://www.bankrate.com/investing/stablecoin-cryptocurrency/> ასევე <https://www.investopedia.com/terms/s/stablecoin.asp> (ნანახია 5. 9. 2022).

ბით მოცემულ საბუღალტრო წიგნს, რომელშიც ყველა მონაწილეს ახალი მონაცემი შეაქვს.⁸

რაც შეეხება კონკრეტულ ბლოკჩეინს, ქსელის მონაწილეთა შორის მიმდინარეობს რეგულარული ურთიერთშეთანხმება იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად მოქმედია კონკრეტული დროის პერიოდში შეკრული და დამახსოვრებული მონაცემები. თუ უმრავლესობაში ხერხდება შეთანხმების მიღწევა, მაშინ მახსოვრდება მონაცემი როგორც ინფორმაციული ბლოკი, რაც წინა ინფორმაციულ ბლოკს, გნებავთ, მონაცემთა ბლოკს, ჭაჭვის პრინციპით ებმება (chained). ინფორმაციული ბლოკების ჭაჭვი (Blockchain), როგორც ეს უკვე ფართოდაა აღიარებული, გამოირჩევა იმით, რომ ნებისმიერ წინა ბლოკში არსებული ბოლო მონაცემი წარმოადგენს ნებისმიერი მომდევნო ბლოკის პირველ მონაცემს, ისე, რომ მონაცემები ქრონოლოგიური თანმიმდევრობითაა ერთმანეთზეა გადაბმული.⁹

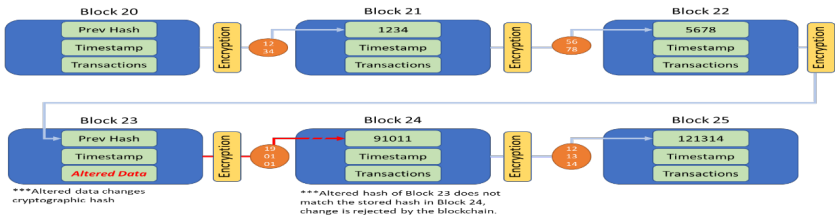
ეს ქრონოლოგიური თანმიმდევრობა გაიგება როგორც მონაცემთა დროში არაუკუქცევადი მწკრივი, რამდენადაც ნებისმიერ ბლოკს, ბლოკების ჭაჭვში შეტანისას, ერთგვება შექმნის დროის აღმნიშვნელი ბეჭედი და შესაბამისად, „ქვაში ამოტვიფრულივითაა“¹⁰. აქედან წარმოდგება ურთიერთდაკავშირებული ბლოკების შეუცვლელი მწკრივი. არავის შეუძლია რომელიმე ბლოკში არსებული ამა თუ იმ ინფორმაციის შეცვლა, ნაშლა ან გაყალბება ისე, რომ ეს ღიად არ ჩანდეს. ასეთ ოპერაციებს ბლოკჩეინი ბლოკავს.

შეჯამების სახით შეიძლება ითქვას, რომ ბლოკჩეინი წარმოადგენს დეცენტრალიზებულ, ძირითადად საჯაროდ ხელმისაწვდომ, გამჭვირვალე მონაცემთა ბაზას, რომელშიც შეტანილი მონაცემები შეცვლას არ ექვემდებარება. ბლოკჩეინის ფუნქციონირების უკეთ გაგებისათვის, რეკომენდებულია, ცალკეული ბლოკების და მათი დონეების ნახვა.

8 შუად. *Hops*, Blockchain 2.0³ (2019) 36; იხ. ასევე <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/distributed-ledger-technologie-dlt-54410> (ნანახია 5. 9. 2022).

9 *Hops*, Blockchain 2.0³, 37.

10 *Hayes*, Blockchain facts, იხ. ლინკი <https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp> (ნანახია 5. 9. 2022).



ილუსტრაცია 1: ცალკეული ბლოკების ბლოკები; წყარო:

<https://dai-global-digital.com/blockchain-for-development-part-1-understanding-the-tech.html>

(ნანახია 5. 9. 2022)

თითოეული ბლოკი შეიცავს მონაცემებს როგორც ინფორმაციას. იმისდა მიხედვით, თუ რა ინფორმაციასთან გვაქვს საქმე, განისაზღვრება ბლოკების გამოყენების სპეციფიკური ფორმა. თუ შეტანილი ინფორმაციის სახით, საქმე საფინანსო ტრანზაქციებს ეხება (იხ. გრაფიკი), მაშინ წარმოიშობა კრიპტოვალუტა. თუ საქმე გვაქვს რაიმე ტიპის ჩამახსოვრებულ საკონტრაქტო პირობებთან, რომლებიც მისდევნ კონდიციონალურ ლოგიკას („თუ-მაშინ“), მაშინ აღმოცენდება ე.წ. სმარტ-კონტრაქტი.

ყოველი შეტანილი ინფორმაცია ალგორითმების დახმარებით გარდაიქმნება ასო-რიცხვების კომბინაციად (ბინარული სქემა), ჯამში 256 შემადგენლით. ანუ, იქმნება ე.წ. ჰაში (hash). რას ნიშნავს ეს? შევხებით კრიპტოგრაფიული ჰაშის ფუნქციას, რომელიც სამ ძირითად რამეს ემსახურება, კერძოდ:

1. მონაცემთა დეტერმინისტულ კოდირებას¹¹;
2. ნებისმიერ მოცულობის მონაცემების შეტანას და ფიქსირებული მოცულობის მქონე შედეგის გამოტანას (fixed size values);
3. და ასევე, ინფორმაციის ისე გარდაქმნას, რომ მიღებული შედეგიდან შეტანილ მონაცემზე წვდომა არ იხსნებოდეს, კერძოდ, შეტანილი მონაცემიდან ვერ უნდა ხერხდებოდეს ჰაშის გაშიფვრა.¹²

11 დეტერმინირება მოცემულ შემთხვევაში ნიშნავს იმას, რომ შეყვანილი მონაცემებისთვის ყოველ ჯერზე იგივე ჰაშის წარმოქმნა ხდება.

12 შეად. <https://www.mycryptopedia.com/sha-256-related-bitcoin/> და <https://blog.boot.dev/cryptography/how-sha-2-works-step-by-step-sha-256/> (ნანახია 5. 9. 2022).

ზემოთხსენებული რიცხვი 256, ცხადია, არ წარმოადგენს შემთხვევითობას. აქ საქმე ეხება ყველაზე უსაფრთხო და ხშირად გამოყენებულ SHA-256-ალგორითმს, რომელიც ასევე ბლოკჩეინის ტექნოლოგიისთვისაც გამოიყენება. SHA-256 ალგორითმის გამოყენებისას, ინარმოება 256 ბიტის (32 ბაიტი) მქონე კოდირება¹³.

მაგალითისათვის: თუ ჩავწერთ სიტყვას სისხლის სამართალი, საძიებო შედეგად გამოვა – d062bec5a7070c513b7c6f1ac494ad61b6db5a3a3c3cfc54ddb543bc1cb99b35.¹⁴ მაგრამ თუ შევცვლით ჩანერის ფორმას და ჩავწერთ სისხლის სამართალი, მაშინ შედეგად მივიღებთ საერთოდ განსხვავებულ კოდს – 96a5808df29e4f76fc808a508bb33e296d8feab1a00170a93cc5db5f550409dc. ჩანანერში მცირე ცვლილებაც კი საკმარისია, რომ მთლიანად შეიცვალოს ჰაშის სტრუქტურა. იმის გასაგებად, თუ რამდენად კომპლექსურია ბლოკჩეინის ალგორითმი, კომპიუტერულ ლიტერატურაში წარმოსახვით ხრიკს გვიჩვენებ: დედამიწაზე ყოველმა ადამიანმა ამ ალგორითმის მეშვეობით წამში მილიარდი ჩანანერიც რომ დააფიქსიროს, ყველა შესაძლო კომბინაციის ამოწურვას დასჭირდებოდა იმაზე მეტი დრო, ვიდრე არსებობს სამყარო¹⁵.

როგორც აღმოჩნდა, ბლოკჩეინში ყოველს ბლოკს საკუთარი კრიპტოგრაფიულად კოდირებული ჰაში გააჩნია, რომელიც ბლოკის შექმნისას წარმოიქმნება და ემსახურება ბლოკის ერთიანობის დაცვას. ასეთი ჰაში შეგვიძლია შევადაროთ თითის ციფრულ ანაბეჭდს. ის ახდენს ბლოკის ინდივიდუალიზებას ბლოკში შემავალი ყველა ინფორმაციის ჩათვლით. ყოველი ბლოკი შეიცავს ასევე წინა ბლოკის ჰაშს, რაც ბლოკთა ჯაჭვს, როგორც ეს უკვე ვახსენეთ, დროში არაუკუმეცვლად მონაცემთა შეკრულ მწკრივად აქცევს. მხოლოდ სულ პირველ ბლოკს არ გააჩნია ინფორმაცია წინა ბლოკზე – პირველი ბლოკი არის ერთგვარი წარმომქმნელი ბლოკი. ამ მეთოდითაა შექმნილი ბლოკების ეფექტური, დაცული

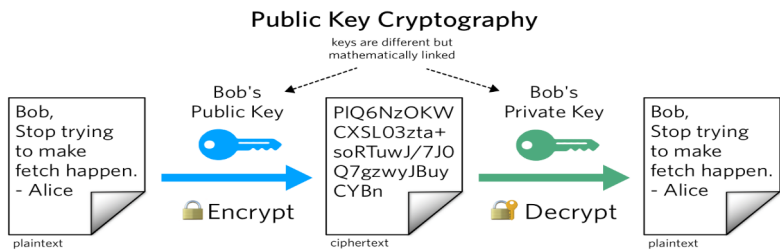
13 დაწვრ. ob. <https://komodoplatform.com/en/academy/sha-256-algorithm/> und <https://www.movable-type.co.uk/scripts/sha256.html> (ნანახია 5. 9. 2022).

14 <https://hashgenerator.de/> (ნანახია 5. 9. 2022).

15 *Haps*, Blockchain 2.0³, 52.

ჭაჭვი. თუ ვინმეს ბლოკთა ჯაჭვში რომელიმე ბლოკის სახეცვლა სურს, უნდა შეცვალოს ასევე ამ ბლოკის ჰაში, მომდევნო ბლოკში მომდევნო ჰაში და ა.შ.¹⁶

ბლოკჩეინის უსაფრთხოება უზრუნველყოფილია ამ უკანასკნელის დეცენტრალიზირებული სტრუქტურით. ბლოკების ჯაჭვის სამართავად, ბლოკჩეინი, ცენტრალური ინსტანციის ნაცვლად, იყენებს თანაბარუფლებიანი კვანძებისგან შემდგარ ქსელს, რომელიც ყველასათვის ხელმისაწვდომია. სისტემაში შესვლისას, ყველა მომხმარებელს ბლოკჩეინის სრულ ასლზე ეძლევა წვდომა. მიუხედავად ყველა მომხმარებლის თანასწორუფლებიანობისა, ბლოკებში ჩამახსოვრებული მონაცემებით სარგებლობა ნებართვას საჭიროებს.¹⁷ ამის მიზეზი ისაა, რომ მონაცემები დამატებით არის დაშტრიხული, რაც დაშტრიხვის არსებითად ახალი ასიმეტრიული სისტემითაა უზრუნველყოფილი (Public-Key-Kryptografie).



ილუსტრაცია 2: Public-Key-კრიპტოგრაფია; წყარო:

<https://www.twilio.com/blog/what-is-public-key-cryptography> (ნანახია 5. 9. 2022)

ასიმეტრიული დაშტრიხვის დროს არსებობს არა მხოლოდ ერთი, როგორც ეს სიმეტრიული დაშტრიხვის დროს ხდება, არამედ ორი გასაღები: საჯარო გასაღები (public key) ახორციელებს ინფორმაციის დაშტრიხვას, ხოლო პირადი გასაღები (private key) გამოიყენება დაშტრიხვის მოხსნისთვის. აქედან გამომდინარე, პირადი გასაღები უნდა ინახებოდეს

16 შეად. <https://fintaxtech.com/what-is-blockchain-technology-how-blockchain-works/> (ნანახია 5. 9. 2022).

17 *Hops*, Blockchain 2.0³, 53 f.

საიდუმლოდ და მასზე წვდომა მხოლოდ მფლობელს გააჩნდეს. ამისგან განსხვავებით, საჯარო გასაღები არ საჭიროებს გასაიდუმლოებას და თავისუფლად გადადის ხელიდან ხელში. ორივე გასაღები არის ასიმეტრიული, რამდენადაც საჯარო გასაღები იქმნება პირადი გასაღებიდან, მაგრამ პირადი გასაღების გამოთვლა საჯარო გასაღების საფუძველზე, პროგრამულად შეუძლებელია (computationally infeasible)¹⁸. ზუსტად ამ ასიმეტრიულ ლოგიკას ემორჩილება კრიპტოვალუტების მიღება და გაგზავნა: საჯარო გასაღების მეშვეობით მყარდება კომუნიკაცია ქსელის მონაწილეთა შორის და სრულდება ტრანზაქციები კონკრეტულ კრიპტოვალუტაში. პირადი გასაღები კი მათ მფლობელს აძლევს შესაძლებლობას, ისარგებლოს საკუთარი კრიპტოვალუტით და შეასრულოს ტრანზაქციები, მათ შორის გადარიცხოს მონეტები (coins)¹⁹

III. ბლოკჩეინზე დაფუძნებული კრიმინოგენული ქმედების ფენომენოლოგია

ბლოკჩეინის გამოყენების გზები და საშუალებები შეუზღუდავია. ის ახდენს რეგულაციებს ფინანსურ ბაზრებზე, აქვს დიდი პოტენციული ჯანდაცვის სფეროში, ლოჯისტიკურ მომსახურებაში, საღებავებო სისტემაში, უძრავი ქონებისა და ენერჯო ბაზარში. შესაბამისად, იგი ცვლის რიგი სამართლებრივი საქმის წარმოების ფორმას (modus operandi). გარდა ამისა, ბლოკჩეინით სარგებლობასთან თავისთავად დაკავშირებულია მოქმედების ახალი საშუალებები და საფრთხეები, რომელთა მართვა და გადაჭრა ხდება სისხლისსამართლებრივი რეგულირების საგანი.

აქედან გამომდინარე, არსებობს საფუძველი, რომ დავფიქრდეთ ბლოკჩეინზე დაფუძნებული კრიმინოგენული ქმედების ფენომენოლოგიაზე, კერძოდ შემდეგზე:

18 დაწვრ. იხ. <https://www.britannica.com/topic/public-key-cryptography> (ნანახია 5. 9. 2022).

19 შეად. <https://btc.co.at/private-key> (ნანახია 5. 9. 2022).

1. ფიქტიური ბლოკჩეინი – საქმე ეხება 146-ე პარაგრაფში მოცემულ, კლასიკური თაღლითობის შემთხვევას ან სსკ-ის 147-ე პარაგრაფში ასახულ მძიმე თაღლითობას²⁰. ეს ის შემთხვევაა, როდესაც პირი არარსებული მომსახურების ბლოკჩეინს არსებულად ასაღებს და ამ გზით, თაღლითურად იღებს ფინანსურ სარგებელს.
2. კრიპტოვალუტის ვებგვერდი www.blockchain.com ხშირად გამოიყენება თაღლითობებისთვის. დამნაშავეები აგზავნიან ელ.ფოსტასა და წერილებს, რომლებიც, ერთი შეხედვით, ავთენტურია და თითქოს ეკუთვნის ოფიციალურ ვებგვერდს – www.blockchain.com. ასეთ დროს დაზარალებულს ეგზავნება წერილი, რომ მისი ელექტრონული ანგაროში დაზიანებულია და საჭიროებს გასწორებას შესაბამისი თანხის გადარიცხვის სანაცვლოდ. თაღლითობის მეორე გზა მდგომარეობს იმაში, რომ წერილების მიმღებებს ეგზავნებათ თხოვნა, დაადასტურონ თავიანთი სარეგისტრაციო მონაცემები, რაც ფიშინგის თაღლითურ მცდელობას უტოლდება.²¹
3. გარდა ამისა, მომხმარებლებს შეუძლიათ შეიტანონ ბლოკჩეინის ცალკეულ ბლოკებში ბავშვთა პორნოგრაფიული მასალა. როგორც უკვე აღინიშნა, ბლოკჩეინში შეტანილი მონაცემებისთვის ახალი მონაცემების დამატება შეიძლება, მაგრამ არა წაშლას. ის, ვინც ამ მასალით ინფიცირებული ბლოკიდან მონაცემებს გადმოიწერს, შესაძლებელია დაუდგეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი სსკ-ის 207a პარაგრაფის თანახმად, რაც ბავშვთა პორნოგრაფიული მასალის ფლობას გულისხმობს.²² ამ კონტექსტში ჩნდება სხვა კითხვებიც: ვინ იყო საქმის კურსში? როდის გაიგო ბლოკჩეინის მომხმარებელმა ამის შესახებ? როდის წარმოიშობა ასეთ დროს ბლოკჩეინის სრული დეაქტივირების ვალდებულება?²³ ბიტკოინის ბლოკჩეინისადმი ასეთი მიდგომა

20 ლიხტენშტაინის სსკ §§ 146 და 147, გერმანიის სსკ § 263.

21 <https://www.pcrisk.com/removal-guides/18005-transaction-received-into-blockchain-wallet-email-scam> (ნანახია 5. 9. 2022).

22 ლიხტენშტაინის სსკ § 219, გერმანიის სსკ § 184b; შეად. *Peters*, Strafbarkeitsrisiken beim Betrieb einer Blockchain, MMR 2018, 644 [645 ff].

23 იხ. მაგ. § 10 Telemediengesetz – dTMG (2021 წლის 12 იანვრიდან მოქმედებს ახალი კანონი – das Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der

არათანაზომიერი იქნებოდა.²⁴

4. მსგავი პრობლემა შეიძლება წარმოიქმნას საავტორო უფლებით დაცული ინტელექტუალური საკუთრებების შემთხვევაშიც. ასეთ დროს, საქმე გვაქვს საავტორო უფლებების შესახებ კანონის 91-ე პარაგრაფით გათვალისწინებულ დელიქტებთან²⁵

IV. ბიტკოინ-ბლოკჩეინზე დაფუძნებული კრიმინალური ქმედების ფენომენოლოგია

კრიმინალური ქმედებების ასორტიმენტი გაცილებით უფრო ფართოა, როდესაც საუბარია კრიპტოვალუტებზე. ავსტრიული FMA-ის გენერალური დირექტორის მოსაზრებაზე დაყრდნობით, ყველა კრიპტოქონების დაახლოებით 80%-ს თაღლითური საფუძველი აქვს. მაშინ, როდესაც კრიპტოვალუტებით განხორციელებული თაღლითობით მიყენებული ქონებრივი ზიანი საშუალოდ 40.000 ევროს შეადგენს, ერთხელ 650.000 ევროს ღირებულების ქონებრივი ზიანიც დაფიქსირდა.²⁶ ასევე, კრიპტო-დანაშაულის შესახებ უახლესი ცნობების თანახმად (Crypto Crime Report)²⁷, კრიპტოვალუტებით განხორციელებულმა დანაშაულებრივმა ქმედებებმა 2021 წელს ახალ რეკორდულ მაჩვენებელს მიაღწია და 14 მილიარდი ამერიკული დოლარი განთავსდა არალეგალურ კრიპტოანგარიშებზე (2020 წელს ეს რიცხვი 7.8 მილიარდ ამერიკულ დოლარს შეადგენდა).²⁸

Telekommunikation und bei Telemedien – dTTDSG). დაწვრ. იხ. *Beaucamp/Henningsen/Florian*, Strafbarkeit durch Speicherung der Bitcoin-Blockchain? MMR 2018, 501 (504).

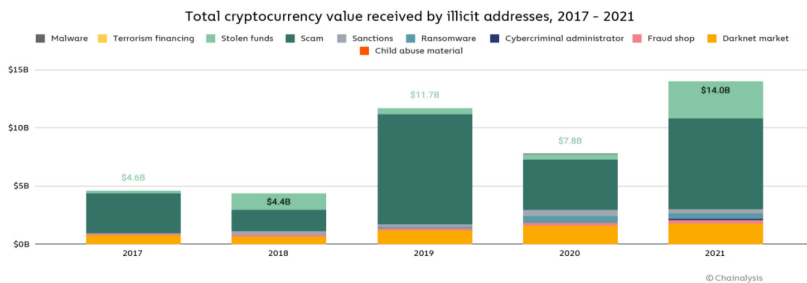
24 შეად. *Beaucamp/Henningsen/Florian*, MMR 2018, 501 (505).

25 ლიხტენშტაინის საავტორო უფლებების შესახებ კანონი, მუხ. 61 ნაწ. 1 (განსაკუთრებით საინტერესოა ქვეპ. m: „*wer [...] ein Werk digitalisiert*“), გერმანიის საავტორო უფლებების შესახებ კანონი § 106; *Peters*, MMR 2018, 644 (647).

26 იხ. „*Krypto-Angebote: 80 Prozent sind betrügerisch*“, Vienna.at vom 6.9.2021, <https://www.vienna.at/krypto-angebote-80-prozent-sind-betruegerisch/7115441> (ნანახია 5. 9. 2022).

27 წამყვანი მონაცემთა ბაზა ბლოკჩეინების შესახებ.

28 <https://blog.chainalysis.com/reports/2022-crypto-crime-report-introduction/> (ნანახია 5. 9. 2022). აქვე ისიცაა აღნიშნული, რომ კრიპტოვალუტის ლეგალური მოხმარების მოცულობა ბევრად აჭარბებს მის დანაშაულებრივ გამოყენებას და ამის გამო, საერთო ჯამში, არალეგალური ტრანზაქციების მოცულობა არასდროს ყოფილი ასე მცირე.



ილუსტრაცია 3: კრიპტო-ვალუტებით ჩადენილი კრიმინალი 2017 წლიდან 2021 წლამდე; წყარო: Crypto Crime Report von Chainanalysis

როგორც მე-3 ილუსტრაცია აჩვენებს, კრიპტოვალუტებით ხორციელდება არაერთი და განსხვავებული სახის კრიმინალური ქმედებები. რამდენადაც ბიტკოინი ყველაზე გავრცელებულ კრიპტოვალუტას წარმოადგენს, საქმის გამარტივებისთვის, უპირველეს ყოვლისა, ვისაუბრებთ ბიტკოინ-ბლოკჩეინით განხორციელებულ დანაშაულებზე. ამ უკანასკნელის ფენომენოლოგია შეიძლება შემდეგნაირად დახასიათდეს:

1. ბიტკოინზე საუბრისას, პირველი, რაც მხედველობაშია მისაღები, არის ე.წ. wallet-ი, ანუ ელექტრონული საფულე. ის არის ციფრული საფულე, რომელშიც განთავსებულია კრიპტოვალუტა. პირადი გასაღების (private key) უნებართვო მოპოვებამ, რაც იძლევა მონაცემებზე წვდომის საშუალებას, შესაძლებელია დააკმაყოფილოს კომპიუტერულ სისტემაში უკანონო შეღწევის დანაშაულის შემადგენლობა, სსკ-ის 118ა პარაგრაფის მიხედვით.²⁹
2. თაღლითური ფიშინგის კლასიკური შემთხვევები გვხვდება გაყალბებულ კრიპტო-ვებგვერდებსა და გაყალბებული კრიპტოვალუტის აპლიკაციებში³⁰. მათი მიზანია, გადააცემინოს მსხვერპლს დამნაშავეებისთვის ისეთი სენსიტიური მონაცემი, როგორიცაა

29 ლიხტენშტაინის სსკ § 131a – მონაცემების მოპარვა, გერმანიის სსკ § 202a.

30 ამასთან დაკავშირებით: <https://news.bitcoin.com/10000-people-downloaded-fake-cryptocurrency-apps/> (ნანახია 5. 9. 2022).

პაროლი. თუ ფინანსური ზიანი დგება, საქმე გვაქვს პირადი მონაცემებით თაღლითური სარგებლობის შემადგენლობასთან, სსკ-ის 148a პარაგრაფის თანახმად³¹.

3. გარდა ამისა, შესაძლებელია დავფიქრდეთ სხვისი კომპიუტერის გამოყენებით ბიტკოინის არალეგალური მაინინგის დასჯალობაზე. სსკ-ის 146-ე პარაგრაფით, შუალობითი ამსრულებლობის ფორმით ჩადენილი თაღლითობის დასჯადობის გარდა, შესაძლებელია, როგორც სსკ-ის 126a პარაგრაფში მოცემული მონაცემთა დაზიანებების, ასევე სსკ-ის 126c პარაგრაფში ასახული კომპიუტერული პროგრამების ან პირადი მონაცემების ბოროტად გამოყენების დასჯადობაზეც ვიფიქროთ³². გერმანიის ფედერალური უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის ივლისის განაჩენი ზუსტად ასახავს იმას, თუ რა შემთხვევასთან გვაქვს აქ საქმე:³³

დამნაშავე ქმნის ე.წ. ბოტების ქსელს, ანუ ერთმანეთთან აკავშირებს რამდენიმე კომპიუტერს, რომლებიც გარკვეულ არითმეტიკულ დავალებებს ავტომატურად ასრულებენ და ეს მომხმარებელთა თვალისთვის უმეტეს შემთხვევებში შეუმჩნეველი რჩება. პროგრამები ერთმანეთს დამოუკიდებლად უკავშირდება ცენტრალური სერვერიდან გაცემული ბრძანებების მეშვეობით. ამ გზით დამნაშავე სერვერზე მიბმულ კომპიუტერებს დისტანციურად მართავს და იყენებს საკუთარი მიზნებისთვის. ეს დამნაშავეს უმეტესად იმიტომ გამოსდის, რომ კომპიუტერის მომხმარებლები ე.წ. ტროას ცხენს გაუთვალისწინებლად ხსნიან და შემდგომ თავად აინსტალირებენ. ბოტების ქსელი (მალალი არითმეტიკული დატვირთვით მომუშავე) ემსახურება ბიტკოინების გამომუშავებასა და მონაცემების მოპარვას. ხსენებულ შემთხვევაში ტროას ცხენის გახსნა და ჩამოტვრითვა ჯამში 327.379 მომხმარებელმა. მიუხედავად იმისა, რომ 86 დაუშტრიხავი ბიტკოინი დაყადალდა, მომდევნო 1730 ბიტკოინი დროებით ხელუხლებელი დარჩა, ვინაიდან

31 ლიხტენშტაინის სსკ § 148a, გერმანიის სსკ § 263a-კომპიუტერული თაღლითობა.

32 ლიხტენშტაინის სსკ §§ 126a და 126c, გერმანიის სსკ §§ 202a და 303a.

33 დაწვრ. იხ. BGH 27. 7. 2017, 1 StR 412/16, NSStZ 2018, 401 (*Safferling*).

მათ პაროლი ედოთ, ბრალდებულმა პირმა ეს პაროლი არ გაამხილა და შესაბამისად, ისინი ვერ იქნა დევლოდირებული.

4. საკამათოა საკითხი, არის თუ არა ბიტკოინი რესურსის განსაკუთრებულად ჭარბი მოხმარების გამო კლიმატის კილერი³⁴. თუმცა, ასეთ ასეთ დროს ჩნდება სხვა კითხვაც, თუ ვინ უნდა ჩაითვალოს კონკრეტულად დამნაშავედ.
5. რამდენადაც ბიტკოინის მომხმარებლები თავიანთ ანგარიშებს ანონიმურად ქმნიან, ხშირია ასევე სსკ-ის 144-ე პარაგრაფით დასჯადი გამოძალვის შემთხვევები.³⁵ ამის კლასიკური მაგალითია ე.წ. Ransomware (კონკრეტული დამაზიანებელი პროგრამა³⁶), რომელიც ასევე გამოძალვის სოფტვერად იწოდება. ესენი არის დამაზიანებელი, ბოროტი პროგრამები, რომელთა საშუალებით დამნაშავეები მომხმარებლებს საკუთარ მონაცემებზე, მათი სარგებლობის საშუალებებზე ანდა მთლიან კომპიუტერულ სისტემაზე წვდომას უზღუდავენ. ასეთ დროს დამნაშავეები სხვის პირად მონაცემებს უცხო კომპიუტერში შტრიხავენ ან რაიმე სხვა ფორმით ბლუდავენ მათზე წვდომას, რათა ამ მონაცემების დაბრუნების სანაცვლოდ, მოითხოვონ თანხა ბიტკოინის ვალუტაში. ბლოკჩეინზე მომუშავე ანალიტიკური ჯგუფის ერთ-ერთმა თანადამფუძნებელმა, რამდენიმე თვის წინ, Ransomware-ის შესახებ საუბრისას აღნიშნა, რომ 2021 წელს კრიმინალი ჰაკერების მიერ კომპანიებისგან გამოძალული ჯამური თანხის (400 მილიონ ამერიკულ დოლარზე მეტი) 74% ბლოკჩეინის მისამართებზე განთავსდა. დიდი ალბათობით, ამ ოპერაციების უმეტესი ნაწილი დაკავშირებული იყო რუსეთთან³⁷.

34 ბიტკოინებმა 2021 წელს უფრო მეტი CO₂-ის გამოფრქვევა გამოიწვია ატმოსფეროში, ვიდრე მათი შემცირება მოხერხდა ელექტრომანქანების მეშვეობით, აღნიშნულია შემდეგ სტატიაში: <https://www.nzz.ch/technologie/im-jahr-2021-hat-bitcoin-mehr-co2-verursacht-als-die-umstellung-auf-e-autos-gespart-hat-aendert-sich-diese-bilanz-nach-dem-krypto-crash-id.1690082?reduced=true> (ნანახია 5. 9. 2022).

35 ლიხტენშტაინის სსკ § 144, გერმანიის სსკ § 253.

36 შეად. <https://www.kaspersky.de/resource-center/threats/ransomware> (ნანახია 5. 9. 2022).

37 <https://www.manager-magazin.de/finanzen/kryptoexperte-michael-gronager-russland->

6. ამ დროისთვის უკვე გაჩნდა რამდენიმე ნაწილობრივ საკმაოდ კომპლექსური საგადასახადო რეგულაცია, რომლებიც გარკვეულ გარემოებებში ბიტკოინით სარგებლობას (ბრუნვა) საგადასახადო ვალდებულების სფეროში აქცევენ. ბოლო ეკო-სოციალური საგადასახადო რეფორმით (ÖkoStRefG 2022 Teil I), რომელიც ძალაშია 2022 წლის 1 მარტიდან, 2021 წლის 1 მარტიდან მოპოვებული კრიპტო-ვალუტების გაყიდვით მიღებული მოგება 27,5%-ით დაიბეგრა.³⁸ ვინც თავის მოგებას არ აფიქსირებს ან აფიქსირებს მცდარი ოდენობით, ექვემდებარება სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას გადასახადების დაფარვის გამო, როგორც ამას საფინანსო სამართლის შესახებ კანონის 33-ე პარაგრაფის პირველი ნაწილი ითვალისწინებს.³⁹
7. კრიმინოგენული ქმედებების დიდ წყაროს ვაწყდებით ასევე დარკნეტში. ეს უკანასკნელი სავსეა ონლაინ ბაზრებით, სადაც ბიტკოინის ვალუტაში არალეგალური პროდუქტების ფართო ასორტიმენტის შექმნა შესაძლებელია. საუკეთესო შემთხვევაში, აქ საქმე გვაქვს სსკ-ის 164-ე პარაგრაფით დასჯად, მოპარული ან რაიმე სხვა არალეგალური გზით მოპოვებული საქონლით ვაჭრობასთან.⁴⁰ მაგრამ ხშირად, დანაშაულის უფრო მძიმე შემადგენლობებიც ხორციელდება. ისეთები, როგორცაა ნარკოტიკული ნივთიერებებით შესახებ კანონის 31ა პარაგრაფში ჩამოთვლილი ნივთიერებებით ვაჭრობა.⁴¹

გერმანიის თანამედროვე სასამართლო პრაქტიკიდან გვაჩვენებს ფინანსური მოგებების მასშტაბს: ბრალდებულის ელექტრონულ საფულეში (wallet), დარკნეტში მიმდინარე ნარკოტიკული ზემოქმედების მქონე პრეპარატებით ვაჭრობისას, ჯამში 8102 გადახდა შესრულდა.

war-ein-sicherer-ort-fuer-cyberverbrecher-a-95aefd17-ea1c-4bb1-a1dc-bd8b6bf78f3a (ნანახია 5. 9. 2022).

38 დაწვრ. იხ. <https://www.bmf.gv.at/themen/steuern/sparen-veranlagen/steuerliche-behandlung-von-kryptowaehrungen.html> (ნანახია 5. 9. 2022).

39 ლიხტენშტაინის საგადასახადო კანონის მუხ. 136, გერმანიის საგადასახადების შესახებ დებულების § 370.

40 ლიხტენშტაინის სსკ § 134, გერმანიის სსკ § 259.

41 ლიხტენშტაინის ნარკოტიკული ნივთიერებების შესახებ კანონის მუხ. 20 ნაწ. 1, გერმანიის ნარკოტიკული ნივთიერებების შესახებ კანონის § 29 და შემდეგი.

გადახდების ჯამურმა ღირებულებამ შეადგინა 10.528.591,55 ევრო.⁴² ძალზედ აქტუალურია ასევე hydra-ს შემთხვევა – დარკნეტში ყველაზე მაღალი ბრუნვის მქონე არალეგალური სავაჭრო პლატფორმა (2020 წელს ჯამური ბრუნვის ღირებულება 1,23 მილიარდი ევრო) – რომელიც გერმანიის ფედერალური კრიმინალური პოლიციის მიერ იქნა დეაქტივირებული⁴³. ეს იყო 2015 წლიდან Tor-ით აგებული ქსელით მომუშავე რუსულენოვანი დარკნეტ-პლატფორმა. მის ძირითად საქმიანობას ნარკოტიკული ზემოქმედების მქონე პრეპარატებით ვაჭრობა წარმოადგენდა, თუმცა პლატფორმაზე ასევე იყიდებოდა მოპარული მონაცემები, გაყალბებული დოკუმენტები და ციფრული მომსახურებები {...} განსაკუთრებით კი უნდა აღინიშნოს, პლატფორმაზე შეთავაზებული “Bitcoin Bank Mixer” – მომსახურება, რომელიც ციფრული ტრანზაქციების გასაიდუმლოებას უზრუნველყოფს და რომელმაც მნიშვნელოვნად გაურთულა სამართალდამცავ ორგანოებს კრიპტო-დანაშაულთან დაკავშირებული გამოძიებები.⁴⁴

განსაკუთრებით მძიმე სიტუაციაა ბავშვთა პორნოგრაფიის გავრცელების მხრივ. დარკნეტში ბიტკოინებით ფინანსდებოდა ერთ-ერთი ყველაზე დიდი არალეგალური პლატფორმა welcome to video. რამდენიმე წლის წინ ეს პლატფორმა საერთაშორისო სამართალდამცავი ორგანიზაციების მიერ გაითიშა. პლატფორმაზე მიაგნეს დაახლოებით 8 ტერაბიტი მოცულობის მქონე მასალას, მათ შორის დაახლოებით 250.000 ბავშვთა პორნოგრაფიულ ვიდეოს.⁴⁵

8. ბიტკოინით ვაჭრობა შეიცავს სავაჭრო-საფინანსო დინებების გასაიდუმლოების გაზრდილ საფრთხეს და შესაბამისად, აადვილებს სსკ-ის 165-ე, 278-ე და 278d პარაგრაფებით დასჯად⁴⁶ ფუ-

42 BGH 6. 6. 2018, 4 StR 569/17, NJW 2018, 3325.

43 ob. BKA, Illegaler Darknet-Marktplatz „Hydra Market“ abgeschaltet, Pressemitteilung vom 5. 4. 2022, https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2022/Presse2022/220405_PM_IllegalerDarknetMarktplatz.html (ნანახია 5. 9. 2022).

44 BKA, Pressemitteilung vom 5. 4. 2022.

45 ob. „Kinderpornografie im Darknet – Ermittler stoppen Missbrauchsplattform – mehr als 300 Festnahmen“, Spiegel Panorama vom 16. 10. 2019, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/kinderpornographie-eine-der-weltgroessten-websites-gestoppt-a-1291918.html> (ნანახია 5. 9. 2022).

46 ლიხტენშტაინის სსკ §§ 165, 278 და 278d, გერმანიის სსკ §§ 261, 129, 89c; შუად.

ლის გათეთრებას, ორგანიზებული დანაშაულისა და ტერორიზმის დაფინანსებას. სიტუაციის სიმძიმეზე მიუთითებს ფულის გათეთრებისა და ტერორიზმის დაფინანსების წინააღმდეგ შექმნილი საერთაშორისო საკოორდინაციო ჯგუფი (KGGT) თავის აქტუალურ დასკვნაში შვეიცარიაში ვირტუალური ვალუტებით ფულის გათეთრებისა და ტერორიზმის დაფინანსების შესახებ⁴⁷. დასკვნის თანახმად, ფინანსური დანაშაულის წინააღმდეგ მებრძოლი არაერთი საგამოძიებო სტრუქტურა აფიქსირებს კრიპტოვალუტების საეჭვო გამოყენებასთან დაკავშირებით შესული ცნობების რიცხვის მატებას. 2022 წლის 29 ივნისს ევროკავშირის საბჭოსა და ევროპარლამენტის მიერ მიღწეულ იქნა გარდამავალი შეთანხმებაც კი, რომლის თანახმადაც ევროკავშირი ბრძოლას უცხადებს კრიპტოვალუტების მეშვეობით ფულის გათეთრებასა და ტერორიზმის დაფინანსებას.⁴⁸

V. სხვა კომპლექსური თემები

ბევრი საკითხი დაკავშირებულია უცხოეთთან. შესაბამისად, ისმის საერთაშორისო-სისხლისსამართლებრივი შეკითხვა, შესაძლებელია თუ არა ასეთ დროს შიდასახელმწიფოებრივი სისხლის სამართლის კანონმდებლობის გამოყენება და ადგილობრივი სასამართლოების იურისდიქციის გავრცელება. ამაზე პასუხს გვაძლევს სსკ-ის 62-ე და შემდეგი პარაგრაფები.⁴⁹ მიუხედავად ამისა, კიბერ-დანაშაულის სფერო მაინც სპეციფიკურია,

Herzog, Bitcoins und Geldwäsche: Bestandsaufnahme strafrechtlicher Fallgestaltungen und regulatorischer Ansätze, StV 2019, 412. ინგლისურენოვანი წყაროებიდან იხ. *Chad et al*, The Use of Cryptocurrencies in the Money Laundering Process, *Journal of Money Laundering Control*, 2019, 210; *van Wegberg et al.*, Bitcoin Money Laundering: Mixed Results? *Journal of Financial Crime* 2018, 419.

47 2021 წლის ოქტომბრის ანგარიში -https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/bericht_kggt.html (ნანახია 5. 9. 2022).

48 იხ. *Europäischer Rat*, Bekämpfung von Geldwäsche: Vorläufige Einigung über die Transparenz von Kryptowertetransfers, Pressemitteilung vom 29. 6. 2022, abrufbar <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/06/29/anti-money-laundering-provisional-agreement-reached-on-transparency-of-crypto-asset-transfers/> (ნანახია 5. 9. 2022).

49 ლიხტენშტაინის სსკ § 62 და შემდეგი, გერმანიის სსკ § 3 და შემდეგი.

ვინაიდან ყოველთვის ზუსტად არაა განსაზღვრული დანაშაულის ადგილი, განსაკუთრებით კი მაშინ, როდესაც საქმე ეხება უცხოურ სერვერზე არსებულ მონაცემებზე წვდომას ან ქვეყნისშიდა სერვერზე არსებულ მონაცემებზე წვდომას უცხოეთიდან.⁵⁰

რაც შეეხება ბიტკოინებით დანაშაულებრივი გამდიდრების შემთხვევებს, ისმის ასევე ძალზედ პრაქტიკული და რელევანტური კითხვა: არსებობს თუ არა კანონდარღვევით მოპოვებული ქონებრივი სარგებლის ანულირების რაიმე მექანიზმი⁵¹, მსგავსად სსკ-ის მე-20 პარაგრაფისა⁵²? ეს კითხვა, საპროცესო-სამართლებრივი თვალთახედვიდან, ეხება დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ქონებრივი უპირატესობის ანულირებისათვის საჭირო საკონფისკაციო ღონისძიების გატარების შესაძლებლობას, როგორც ეს გათვალისწინებულია სსკ-ის 110-ე პარაგრაფის პირველი ნაწილის z ქვეპუნქტით.⁵³ იმის გათვალისწინებით, რომ ბიტკოინთან დაკავშირებული საქმეები ინტერნაციონალურ ხასიათს ატარებს, თავს იჩენს საერთაშორისო ღონებზე საკონფისკაციო ღონისძიების გატარების პრობლემატიკაც.⁵⁴

50 ინტერნეტდანაშაულებთან დაკავშირებით შეად. *Ebensperger*, Die Verbreitung von NS-Gedankengut im Internet und ihre strafrechtlichen Auswirkungen, ÖJZ 2002, 132; *Park*, Die Strafbarkeit von Internet-Providern wegen rechtswidriger Internet-Inhalte, GA 2001, 23; *Schwarzenegger*, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, SchwZStR 2000, 109.

51 ამავდროულად ჩნდება პრაქტიკული შეკითხვა, თუ რა მომენტიდან ან რა ეტაპამდე არის ღირებულების გაზრდა გასათვალისწინებელი; ამასთან დაკავშ. იხ. BGH 6. 6. 2018, 4 StR 569/17, NJW 2018, 3325.

52 ლიხტენშტაინის სსკ § 20, გერმანიის სსკ § 73 და შემდეგი; ამ მოსაზრებას იზიარებს BGH 27. 7. 2017, 1 StR 412/16; შეად. ასევე *Rettke*, Bitcoin und die strafrechtliche Einziehung, NZWiSt 2020, 45; *Rückert*, Vermögensabschöpfung und Sicherstellung bei Bitcoins, MMR 2016, 295.

53 ლიხტენშტაინის სსკ § 97a ნან. 1, გერმანიის სსკ § 111b და შემდეგი (Vermögensarrest zur Sicherung der Wertersatzeinziehung); შეად. ასევე *Greier*, Möglichkeiten strafprozessualer Sicherung von Bitcoins gem. §§ 111b ff. StPO, wistra 2016, 249.

54 ამ თემატიკას ეხებოდა პასაუში, 2022 წლის 17 სექტემბერს გამართული რიგით მეთერთმეტე, სამი ქვეყნის ადვოკატთა ფორუმის მესამე და ბოლო პანელი, რომლის ერთ-ერთი მომხსენებელი აღნიშნული ნაშრომის ავტორიც იყო.

VI. პერსპექტივა: ბლოკჩეინის გამოყენება სისხლის სამართლის ინტერესებისთვის

ის ფაქტი, რომ ბლოკჩეინი დანაშაულებრივი ქმედებების განსახორციელებლად გამოიყენება და განსაკუთრებით კრიპტოვალუტები, ნაწილობრივ, მძიმე კრიმინალური საქმიანობების განხორციელებაში, სავსებით არ ნიშნავს იმას, რომ ბლოკჩეინი, როგორც ტექნოლოგია, თავისთავად ცუდია. პირიქით, ის შესაძლებელია ეფექტურად გამოიყენებოდეს სისხლის სამართლის ინტერესებშიც.

პირველ რიგში, სისხლის სამართლის საქმეებში ბლოკჩეინი უზრუნველყოფს ციფრული მტკიცებულებების გაყალბებისაგან და დაკარგვისაგან ეფექტურ დაცვას. ორივე ზემოთხსენებული შესაძლებელია მოხდეს როგორც ადამიანური შეცდომის ანდა მონაცემებზე წვდომის ბოროტად გამოყენების გამო (ჰაკერობა), ასევე კომპიუტერის გაუმართაობისა ანდა პროგრამული ხარვეზების შედეგად. გარდა ამისა, ბლოკჩეინი თავისი ტრანსპარენტულობისა და ცვლილების შეტანის შეუძლებლობის წყალობით, შესაძლებელია გახდეს ეფექტური იარაღი ორგანიზებულ დანაშაულთან საბრძოლველად. FATF-ისა და Moneyval-ის აქტუალურ ანგარიშებზე დაყრდნობით, უპირველეს ყოვლისა, უნდა დავფიქრდეთ ფულის გათეთრებისა და ტერორიზმის დაფინანსების პრობლემაზე. ბლოკჩეინის მეშვეობით ბანკებს აქვთ შესაძლებლობა, შექმნან ერთგვარი ქსელი, რომელშიც დაფიქსირდება ყველა ტრანზაქცია და დოკუმენტაცია კლიენტთა აქტივობების შესახებ. ასევე, დროულად გაიცვლება ინფორმაცია საეჭვო აქტივობებზე.⁵⁵ მსოფლიოს ეკონომიკურ ფორუმზე (WEF) გაიცა დავალება, რომ ჩატარდეს კვლევა კორუფციასთან ბრძოლის ასპექტებში ბლოკჩეინის გამოყენების ეფექტურობის შესახებ.⁵⁶ აგრეთვე, ფარმაცევ-

55 შუად. *de Preux/Trajilovic*, Blockchain et lutte contre le blanchiment d'argent, EF 2018, 64 (69). იხ. ასევე *Pavlidis*, Les cryptomonnaies et la lutte internationale contre le blanchiment d'argent, in: *Jeanneret/Sträuli* (Hrsg), Empreinte d'une pionnière sur le droit penal (2021), 323.

56 „Exploring Blockchain Technology for Government Transparency“, დაწვრ. იხ. <https://www.weforum.org/reports/exploring-blockchain-technology-for-government-transparency-to-reduce-corruption/> (ნანახია 5. 9. 2022).

ტულ ინდუსტრიაში ბლოკჩეინი შესაძლებელია წარმოადგენდეს პრეპარატების გაყალბებისაგან დაცვის მექანიზმს და ქმნიდეს მედიკამენტის მიმოქცევის სრული პროცესის დღის შუქზე გამოტანის საშუალებას.⁵⁷ და ბოლოს, ყველა სახელმწიფოსთვის მომგებიანი იქნებოდა, დაყადაღებული კრიპტოვალუტების აუქციონის პრინციპით გასხვისება.⁵⁸

დასასრულისთვის, მოვიყვანოთ ერთი პრაგმატული ციტატა, რომელიც ბრუნო ლუსატომ, ფრანგულ-იტალიური წარმომავლობის მქონე ინფორმატიკის ერთ-ერთმა პირველმა თეორეტიკოსმა, 40 წლის წინ დაწერა და დღეს ბლოკჩეინთან მიმართებაში აქტუალობას ხელახლა იძენს: „თაღლითური ტექნიკის გაუმჯობესება, დროისა და ფინანსების თვალსაზრისით, გაცილებით ნაკლებად ხარჯიანია, ვიდრე მის წინააღმდეგ ბრძოლის პრევენციული მეთოდების დახვეწა.“⁵⁹

57 „*Pharmaceutical Crime*“ ავსტრიის აფთიაქთა პალატის მონაცემებით, ერთ-ერთ უმთავრესი ზრდადი გამოწვევაა. სათანადო ორგანოების მიერ, ინტერნეტიდან ამოღებული მედიკამენტების 95 პროცენტზე მეტი ან ყალბია და არაოფიციალურად წარმოებული; <https://www.apothekerkammer.at/infothek/zahlen-daten-fakten/pharmaceutical-crime> (ნანახია 5. 9. 2022).

58 ეს პირველად მოხდა გერმანიაში, ჩრდილოეთ რაინ-ვესტფალიის მხარეში, ნარკოტიკების არალეგალურ ვაჭრობასთან დაკავშირებულ კრიპტო-ვალუტასთან მიმართებით; <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bitcoin-kryptowaehrung-auktion-nrw-justizministerium-1.5446886> (ნანახია 5. 9. 2022).

59 *Lussato, Le défi informatique (1981) 209: „L'amélioration des techniques de fraude est beaucoup moins coûteuse, en temps et en argent, que celle des moyens de prévention.“*

კიბერ-გრუმინგი გერმანიასა და ევროკავშირში

პროფ. დოქტ. ანე შნაიდერი, დიუსელდორფის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

„ვიმედოვნებ, რომ ზედმეტად ასაკოვანი არ ვარ (ოლივერი, 45)“, „დღე მშვიდობის, პატარები მიყვარს (რურელი ბიჭი, 53)“, „გინდა, რომ რამე ამაღელვებელი ნახო (სტეფანი, 1991)“, „ჭერ კიდევ ქალიშვილი ხარ? (ანაკონდა, 33)“ – ეს ყველაფერი არის ჩათბი განხორციელებული მინანქრებიდან რამდენიმე ამონარიდი, რომელიც კრიმინალური პოლიციის საგამოძიებო უწყებებმა 4 წუთში მიიღეს, მას შემდეგ, რაც დაზარალებული 13 წლის გოგონას პროფილით ერთ-ერთი ჩათის ოთახში შევიდნენ.¹ ასეთი მინანქრები გერმანიის ფარგლებს მიღმაც გვხვდება.² ის, რაც სრულწლოვნებს შორის ჩვეულებრივი, უწყინარი ფლირტის სახეობაა, პრობლემატური ხდება არასრულწლოვნებთან მიმართებაში. ეს ფენომენი, კერძოდ სტრატეგია, ნაბიჯ-ნაბიჯ დაუახლოვდე არასრულწლოვან მსხვერპლს ონლაინ-კომუნიკაციის მეშვეობით, მოაქციო ის საკუთარი გავლენის ქვეშ და მოიპოვი მისი ნდობა, ცნობილია როგორც კიბერ-გრუმინგი.³

II. კიბერ-გრუმინგის გაგრძელება და დეფინიცია

კიბერ-გრუმინგი არის ინტერნეტის მეშვეობით არასრულწლოვანთან კონტაქტის დამყარების მცდელობა, ამ უკანასკნელის სექსუალური ექსპლუატაციის მიზნით.⁴ ბოლო წლებში, ინტერნეტში დაფიქსირებულმა

1 *Kind*, Stellungnahme des BKA, S. 7, https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoerungen_archiv/stellungnahmen-665970 (ნანახია 23.12.2022).

2 შეად. ამონარიდები ბრიტანული ჩათ-მიმონწერიდან, *Kloess/Hamilton-Giachritsis/Beech*, *Sexual Abuse* 31 (2019), 73 (79 ff.)

3 იხ. *Baumhöfener*, *MMR* 2021, 30 (30).

4 *Eisele*, *FS Heinz*, 2012, S. 697 (698). შეად. <https://beauftragter-missbrauch.de/praevention/sexuelle-gewalt-mittels-digitaler-medien/cybergrooming> (23.12.2022)

სექსუალური დანაშაულის რიცხვმა იმატა.⁵ WebProtect Global Alliance-ის მიერ 2021 წელს ჩატარებული კვლევის თანახმად, 18-დან 20-წლამდე გამოკითხულ პირთა 54-მა პროცენტმა დააფიქსირა, რომ 18 წლამდე სულ ცოტა ერთხელ მაინც აქვთ განცდილი სექსუალური ექსპლუატაციის რაიმე ფორმა.⁶ კვლევა სექსუალურ ექსპლუატაციად მოიაზრებს მოწოდებას სექსუალური ხასიათის ქმედებებისკენ, სექსუალური შინაარსის მქონე მასალის გაგზავნას, დაზარალებულის ინტიმური ფოტოების უნებართვო გავრცელებას და მოთხოვნას, რომ სექსთან დაკავშირებულ თემებზე საუბარი გასაიდუმლოვდეს.⁷ აღსანიშნავია, რომ ასეთი ქმედებები მოწმენდილ ცაზე არ ხდება. დამნაშავე ჯერ ამყარებს კონტაქტს მსხვერპლთან, რომლის სექსუალური ექსპლუატაციაც მოგვიანებით შეიძლება მოხდეს. აქედან გამომდინარე, საქმე გვაქვს კიბერ-გრუმინგის კლასიკურ შემთხვევასთან. სექსუალური ექსპლუატაციის მსხვერპლთა საშუალო ასაკი თვალში საცემია: კვლევის ჩატარების დროს 20 წლის პირებში ის საშუალოდ 13,4 წელს შეადგენს, ხოლო 18 წლის პირებში 12,7 წელს.⁸ დაზარალებულებში, უფრო მეტად, უმცირესობებს ვხვდებით და უფრო მეტ გოგონას ვიდრე ბიჭს.⁹ ყოველივე ზემოთხსენებულიდან გამომდინარე ჩანს, რომ კიბერ-გრუმინგი ინტერნეტში მასიურ პრობლემას წარმოადგენს.

III. რეგულაციები საერთაშორისო და ევროპულ დონეზე

ხსენებული პრობლემა საერთაშორისო საზოგადოებას მხედველობიდან არ გამოორჩენია და მიმართა შესაბამის სამართლებრივ დონისძიებებს, როგორც საერთაშორისო, ასევე ნაციონალურ დონეებზე. კიბერ-გრუმინგის დასჯადობის შესახებ რეგულაციებს ვხვდებით ევროსაბჭოს კონვენცი-

5 სპეციალურად კიბერ-გრუმინგთან დაკავშ. იხ. *Cybergrooming Stoiber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020, S. 76 f.

6 WeProtect Global Alliance, Estimates of childhood exposure to online sexual harms and their risk factors, abrufbar unter <https://www.weprotect.org/economist-impact-global-survey/> (ნანახია 23.12.2022).

7 WeProtect Global Alliance (Fn. 6), S. 3.

8 WeProtect Global Alliance (Fn. 6), S. 5.

9 WeProtect Global Alliance (Fn. 6), S. 4 f.

აში ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციისგან დაცვის შესახებ – 2007 წლის ე.წ. ლანსაროტის კონვენცია. ის ძალაშია 2010 წლიდან და კიბერ-გრუმინგს 23-ე მუხლში შემდეგნაირად აწესრიგებს:

მუხლი 23 – სექსუალური მიზნებით ბავშვებთან კონტაქტის
დამყარების მცდელობა

ხელშეკრულების ყოველი მხარე იღებს საჭირო საკანონმდებლო და სხვა ზომას, რათა დასჯადი იყოს, ზრდასრული პირის მიერ განზრახ ჩადენილი ქმედება, რომელიც საინფორმაციო და საკომუნიკაციო საშუალებების გამოყენებით, მე-18 მუხლის მე-2 აბზაცში დადგენილ ასაკს ჯერ კიდევ მიუღწეველ ბავშვს შეხვედრას სთავაზობს, რათა ამ უკანასკნელთან მიმართებაში განახორციელოს მე-18 მუხლის მე-2 აბზაცის ა პუნქტში ან მე-20 მუხლის პირველი აბზაცის ა პუნქტში მოცემული დანაშაული, თუ შეთავაზებას მართლაც მოყვა ასეთი შეხვედრისკენ მიმართული ქმედებები.

დასჯადობა ხდება იმის მიხედვით, თუ პირი ბავშვს ინტერნეტში ან ტელეფონის გამოყენებით სთავაზობს შეხვედრას ამ უკანასკნელის სექსუალური ან პორნოგრაფიული მიზნებისთვის ექსპლუატაციის მიზნით, და თუ ასეთ შეთავაზებას მოსდევს შეხვედრამდე მიმყვანი ქმედებები. შეთანხმების 24-ე მუხლის მე-2 აბზაცის თანახმად, დასჯადი უნდა იყოს ასევე ასეთი დანაშაულის მცდელობაც. 23-ე მუხლში მოცემული შემთხვევებისთვის შეთანხმების 24-ე მუხლის მეორე აბზაცი მაინც ტოვებს გამონაკლისს, კერძოდ, შეთანხმების ხელისმომწერი ნებისმიერი სახელმწიფო უფლებამოსილია, შეთანხმებით გათვალისწინებული დანაშაულის გარკვეული მცდელობები დასჯადად არ ცნოს.

გარდა ამისა, კიბერ-გრუმინგის დასჯადობის შესახებ რეგულაციას ვხვდებით ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის აღმოფხვრის შესახებ ევროკავშირის 2011/93/EU დირექტივის მე-6 მუხლში.¹⁰

10 Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl. 2011, L 335/1.

მუხლი 6 – ბავშვებთან კონტაქტის დამყარება სექსუალური მიზნებისთვის

(1) ყველა წევრი სახელმწიფო იღებს საჭირო ზომებს, რათა დადგინდეს, რომ დასჯადია განზრახ ჩადენილი შემდეგი ქმედებები:

პირი, რომელიც სექსუალური სიმწიფის ასაკს ჯერ კიდევ მიუღწეველ ბავშვს, საინფორმაციო და საკომუნიკაციო საშუალებების გამოყენებით, განზრახ სთავაზობს შეხვედრას, რათა განახორციელოს მე-3 მუხლის მე-4 აბზაცით, ან მე-5 მუხლის მე-6 აბზაცით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი ქმედება, ისჯება მინიმუმ 1 წლით თავისუფლების აღკვეთით, თუ ასეთ შეთავაზებას შეხვედრამდე მიმყვანი ქმედებებიც მოსდევს.

(2) წევრი სახელმწიფოები იღებენ საჭირო ზომებს, რათა დადგინდეს, რომ პირის მცდელობა, განახორციელოს მე-5-ე მუხლის მე-2 და მე-3 აბზაცებით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი ქმედება, კერძოდ, საინფორმაციო და საკომუნიკაციო საშუალებების გამოყენებით, დაამყაროს კონტაქტი სექსუალური სიმწიფის ასაკს ჯერ კიდევ მიუღწეველ ბავშვთან პორნოგრაფიული მასალის მიღების მიზნით, არის დასჯადი.

მე-6 მუხლის პირველი აბზაცში ასახულია ლანსაროტის კონვენციის 23-ე მუხლის შინაარსი, რაც გერმანულ ვერსიაში ისე ნათლად არაა გამოხატული, როგორც ინგლისურ და ფრანგულ ვერსიებში. გამონაკლისს წარმოადგენს მე-2 აბზაცი, რომელიც მცდელობის დასჯადობას აწესრიგებს. სამართლებრივი ნორმის ტექსტი არის ზედმეტად კომპლექსური.¹¹ ზრდასრული პირის მცდელობა საინფორმაციო და საკომუნიკაციო საშუალებების გამოყენების გზით, მიმართული უნდა იყოს შეთანხმების მე-5 მუხლის მეორე და მესამე აბზაცებით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი ქმედების განხორციელებისკენ, კერძოდ ბავშვთა პორნოგრაფიის მოპოვების, ფლობის და ამ უკანასკნელზე შეგნებული წვდომისკენ. ეს ხდება მაშინ, როდესაც დამნაშავე განზრახ ამყარებს კონტაქტს ბავშვთან, ამ უკანასკნელისგან პორნოგრაფიული მასალის მიღების მიზნით. დასჯადი უნდა იყოს არა ბავშვთან კონტაქტის დამყარების მცდელობა, არამედ ბავშვთან კონტაქტის დამყარებით პორნოგრაფიული მასალის მიღების

11 *Ziemann/Ziethen, ZRP 2012, 168 (170 f.).*

მცდელობა.¹²

IV. რეგულაციები გერმანიაში

გერმანიაში, კიბერ-გრუმინგი, როგორც დანაშაულის შემადგენლობა, პირველად 2004 წელს ჩნდება. ის აისახა ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის შესახებ ნორმაში, კერძოდ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 176-ე პარაგრაფში (ძვ. რედ.). მას შემდეგ, რაც ხსენებული დანაშაულის შემადგენლობა 2015 წელს ლანსაროტის კონვენციასთან ადაპტირდა (გერმანიის სსკ § 176, აბზაცი 4, პუნქტი 3, ძვ. რედ.), გერმანელმა კანონმდებელმა 2020 წელს კიბერ-გრუმინგის მცდელობაც დასჯადა ცნო. 2021 წელს, ბავშვთა წინააღმდეგ მიმართული სექსუალური დანაშაულის შესახებ კანონით¹³, განხორციელდა სექსუალური დანაშაულის საფუძვლიანი რეფორმა, რომლითაც შეიქმნა დღეს მოქმედი სამართლებრივი ნორმის აქტუალური ვერსია.

1. მოქმედი ნორმები

გერმანიის სსკ-ის 176b პარაგრაფით, კიბერ-გრუმინგის დასჯადობა შემდეგნაირად არის ჩამოყალიბებული:

გერმანიის სსკ § 176b – ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის მომზადება

(1) 3 თვიდან 5 წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ისჯება პირი, რომელიც ახორციელებს ბავშვზე ზემოქმედებას (§ 11, აბზაცი 3), რათა

1. უბიძგოს მას სექსუალური ხასიათის მოქმედებებისკენ, რომლებსაც ეს უკანასკნელი შეუსრულებს დამნაშავეს ან შეასრულებს დამნაშავეს თვალწინ, შეუსრულებს ვინმე მესამე პირს ან შეასრულებს ვინმე მესამე პირის თვალწინ, შეასრულებინებს დამნაშავეს ან ვინმე მესამე პირს საკუთარ თავის მიმართ;

12 ამავე მოსაზრებას იზიარებს *Ziemann/Ziethen*, ZRP 2012, 168 (170 f.). იხ. ასევე *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (139 f.).

13 BGBl. 2021 I 1810.

2. განხორციელოს § 184b-ს პირველი აბზაცის პირველი პუნქტის მესამე ქვეპუნქტით ან § 184b მუხლის მესამე აბზაცით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი ქმედება.

(2) ისჯება ასევე პირი, რომელიც სხვას სთავაზობს ბავშვს პირველი აბზაცით გათვალისწინებულ დანაშაულებრივ ქმედების ჩასადენად ან გასცემს მსგავს დაპირებას ან რომელიც უთანხმდება ვინმე სხვას ასეთი ქმედების ერთობლივ განხორციელებაზე

(3) პირველი აბზაცით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი ქმედებების მცდელობა დასჯადია იმ შემთხვევებში, თუ დამნაშავე ცდება იმაში, რომ მისი ქმედება მიმართულია ბავშისკენ და მხოლოდ ამის გამო ვერ ითვლება ქმედების შემადგენლობა განხორციელებულად.

მაშასადამე, დამნაშავემ ობიექტურად უნდა განხორციელოს ზემოქმედება ბავშვზე ანუ 14 წელს მიუღწეველ პირზე და მას ასევე უნდა გააჩნდეს კონკრეტული განზრახვა, რათა უზიძვოს ბავშვს სექსუალური ხასიათის ქმედებებისკენ ან შექმნას ბავშვის ჩართულობით პორნოგრაფიული მასალა ან მოიპოვოს ასეთი.¹⁴ ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის შესახებ ახალი ნორმისგან განსხვავებით, არ არსებობს დასჯადობის მოხსნის არანაირი შესაძლებლობა, როდესაც დამნაშავესა და მსხვერპლს შორის არსებული ასაკობრივი სხვაობა არ არის დიდი (შეად. გერმანიის სსკ § 176, აბზ. 2).

ზემოქმედებაში იგულისხმება ინტელექტუალური ზეგავლენის ყველა შორსმიმავალი ფორმა.¹⁵ ასეთს განეკუთვნება განმეორებითი ხასიათის ზეწოლა, დარწმუნება, დაპირება, ცნობისმოყვარეობის აღძვრა, ავტორიტეტით სარგებლობა, შეტყუება, დაშინება, მუქარა და ძალის გამოყენება,¹⁶ რომლის დროსაც, საჭიროა, დამნაშავის მხრიდან სახეზე იყოს გარკვეული დონის დაჟინება.¹⁷ მაგალითად, მხოლოდ პორნოგრაფიული მასალის გაგზავნა, როგორც ასეთი, ვერ მოგვცემს ზემოქმედების საკმარის

14 აღნიშნული მონაკვეთი გადმოღებულია *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (137, 140).

15 *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT I, 11. Aufl. 2019, § 20 Nr. 12; *Eisele*, FS Heinz, S. 697 (705 f.).

16 *Eisele*, FS Heinz, S. 697 (706).

17 OLG Hamm, MMR 2016, 425 (425); *Alexiou*, Cyber-Grooming, 2018, S. 335; *Eisele*, FS Heinz, S. 697 (705 f.).

ხარისხს.¹⁸ ის არ უნდა შემოიფარგლებოდეს მხოლოდ გეპირსიტყვიერი ფორმებით, არამედ უნდა შეიცავდეს გარკვეულ ისეთ შინაარსს, რომლებსაც ბავშვი აღიქვამს.¹⁹ პორნოგრაფიული მასალით გემოქმედებას ეხება გერმანიის სსკ-ის 176a პარაგრაფის პირველი აბზაცის მესამე პუნქტი. ხოლო, გერმანიის სსკ-ის 176b პარაგრაფის პირველი აბზაცის მეორე პუნქტი კი ვრცელდება არაპორნოგრაფიული მასალით გემოქმედების ფორმებზე. მაგალითად, ონლაინ ჩათში ისეთი სახის მინაწერებიც, როგორცაა „გამარჯობა, გინდა ვიჩეთაოთ? 35 წლის ვარ“ ან „17 წლის ვარ. ჭერ კიდევ წავა?“²⁰, წარმოადგენს მსხვერპლზე გემოქმედებას, თუ დამნაშავე თავისი განზრახვითა და დანაშაულებრივი ქცევით საკმარისი ინტენსივობის ქცევას ავლენს (დაჟინება).

განხორციელება თუ არა დამნაშავის განზრახვა ან არსებობს თუ არა, როგორც მინიმუმ, ამის რეალური საფრთხე, დასჯადობისათვის არანაირი მნიშვნელობა არ აქვს.²¹ მხოლოდ გემოქმედებაც კი, კანონმდებლის აზრით, ქმნის საფრთხეს, რომ შედგეს შეხვედრა დამნაშავესა და მსხვერპლს შორის და რომლის დროსაც შესაძლებელია მოხდეს ბავშვის სექსუალური ავტონომიის ხელყოფა. აქედან გამომდინარე, ასეთ დროს საქმე გვაქვს აბსტრაქტული საფრთხის შემქმნელ დელიქტთან.²² ამას გამოხატავს ნორმის ახალი რედაქცია, რომლის სახელწოდებებაცაა „ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის მომზადება“. ნორმის მეორე აბზაცში, გემოქმედებას სიმძიმით გატოლებულია სხვა გარკვეული ქცევები დანაშაულის მომზადების ეტაპზე. გარდა ამისა, გერმანიის სსკ-ის 176b პარაგრაფის მესამე აბზაცი ითვალისწინებს კიბერ-გრუემინგის მცდელობის დასჯას ასევე იმ შემთხვევებშიც, როდესაც დანაშაული ბოლომდე მიყვანილად

18 BGH, NStZ-RR 2015, 139 (140).

19 Eisele, FS Heinz, S. 697 (699); Renzikowski, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 45.

20 Kind, Stellungnahme, S. 7.

21 Alexiou, Cyber-Grooming, 2018, S. 335; Renzikowski, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 45. ზოგიერთი მოსაზრებით ობიექტური ელემენტიც აუცილებელია, თუმცა, ეს ცდება ნორმის სიტყვასიტყვით შინაარსს. იხ. Baumhöfener, MMR 2021, 30 (30 f.).

22 Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 176 Rn. 1a; ასევე, როგორც ჩანს იმავე მოსაზრებას იზიარებს Renzikowski, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 6.

მხოლოდ იმიტომ ვერ ითვლება, რომ ზემოქმედების ობიექტი არის არა ბავშვი, არამედ საკუთარი თავის ბავშვად გამასაღებელი მრდასრული პირი.²³ ანუ, დასჯადია უვარგისი დასრულებული მცდელობა უვარგისი ობიექტის მიმართ.

2. კრიტიკა და შეფასება

გერმანული რეგულაცია კიბერ-გრუმინგის დასჯადობის შესახებ, დიდი ხანია კრიტიკის საგნადაა ქცეული. აქ უნდა გამოიყოს ორი პუნქტი: ერთის მხრივ, დანაშაულის შემადგენლობის შედგენისას, გაკრიტიკდა დასჯადობის გავრცელება დანაშაულის მომზადების თავისთავად ნეიტრალურ ქმედებაზე, კერძოდ არაპორნოგრაფიული ხასიათის კომუნიკაციაზე.²⁴ ამის გამო, ხსენებული ნორმა არაერთხელ შეფასდა როგორც ანტიკონსტიტუციური.²⁵ დამატებით, გერმანელმა კანონმდებელმა 2020 წელს შემოიტანა კიბერ-გრუმინგის მცდელობის დასჯადობაც, რომელიც დასჯადობის დადგომის ზღვარს კიდევ უფრო დაბლა წევს.²⁶ დასჯადობის ასეთი დაბალი ზღვარის გამო, ჩვეულებრივი მისაღმებაც კი, როგორცაა უბრალო “Hi”, შესაძლებელია ჩაითვალოს კიბერ-გრუმინგის მცდელობად და დასჯადად იქნას ცნობილი, თუ დამნაშავე შესაბამისი განზახვით მოქმედებდა.

a) დასჯადობის ზღვარის დაწვევა ზემოქმედების ნიშნის არსებობის საფუძველზე

პირველ რიგში, კრიტიკის საგანია ის ფაქტი, რომ მსხვერპლზე ზემოქმედება, გერმანიის სსკ-ის 176b პარაგრაფის პირველი აბზაცის თანახმად, მოიცავს გონებრივი ზეგავლენის ყველა ფორმას, ანუ დასჯადობის დად-

23 დაწვრ. იხ. *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (138).

24 *D. Amelung/Funcke-Auffermann*, StraFo 2004, 265 (267); *Eisele*, FS Heinz, S. 697 (701); *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1067 f.).

25 დაწვრ. იხ. *Alexiou*, Cyber-Grooming, 2018, S. 325 ff.; *Stoiber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020.

26 BGBl. 2020 I, 431.

გომისთვის საჭირო აღარაა კომუნიკაციას გააჩნდეს პორნოგრაფიული ხასიათი ან შეიცავდეს სექსუალური ხასიათის მინიშნებებს.²⁷ ამით კრიმინალიზებულია ობიექტურად ნეიტრალური ქცევაც, რაც ადამიანის ფუნდამენტური უფლების უხეშ დარღვევას წარმოადგენს.²⁸ ხსენებული სამართლებრივი ნორმის ლეგიტიმაციის საფუძველს წარმოადგენს ის, რომ შეხვედრის შემთხვევაში, შემდგომი ეტაპის სახით, მოცემულია ბავშვის სექსუალური ექსპლუატაციის აბსტრაქტული საფრთხე. ამით პასუხისმგებლობა დაყვანილია მხოლოდ და მხოლოდ დამნაშავის ცარიელ განზრახვამდე. მართალია, გერმანული სისხლის სამართალი იცნობს აგრეთვე შემთხვევებს, როდესაც სუბიექტური კომპონენტი არსებითად განსაზღვრავს ქცევის წესის დარღვევას. სასამართლო პრაქტიკის თანახმად, ობიექტურად ნეიტრალური ქმედების, როგორც დანაშაულის ხელშეწყობის დასჯადობა, არსებითად დამოკიდებულია იმაზე, იცოდა თუ არა დამნაშავემ წინასწარ ის, რომ მთავარი დანაშაულებრივი ქმედება განხორციელდებოდა.²⁹ მაგრამ, თანამონაწილეობის, კერძოდ დახმარების დროს, რეალურად ხდება სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა ამსრულებლის მიერ, მაშინ, როდესაც კიბერ-გრუმინგი იმ შემთხვევაშიც კი ისჯება, როდესაც საქმე საერთოდ არ მისულა მსხვერპლის სექსუალურ ექსპლუატაციის დაწყებამდე.

ამდენად, გერმანული სისხლის სამართალი საერთაშორისო რეგულაციების ფარგლებსაც სცილდება.³⁰ ლანსაროტის კონვენცია და ევროკავშირის დირექტივა 2011/93/EU კიბერ-გრუმინგს იმ შემთხვევაში ცნობენ დასჯადად, თუ დამნაშავე მსხვერპლს შეხვედრას სთავაზობს და ამ შეთავაზებას შეხვედრისკენ მიმართული მოქმედებები მოყვება. ამით მათ დანაშაულის შემადგენლობაში მეტი კონკრეტულობა შეაქვთ (შეხვედრის შეთავაზება) და ამას გარდა, დასჯადობისთვის მოითხოვენ შეხვედრამდე მიმყვანი რეალური ნაბიჯების გადადგმას. ასეთ დროს მსხვერპლის სექსუალური ექსპლუატაციის საფრთხე უფრო დიდია, ვიდრე მაშინ, როდეს-

27 არაგაბატონებული მოსაზრებით, აუცილებელია ობიექტურად შეცნობადი სექსუალური კონტექსტის არსებობა. იხ. *Baumhöfener*, MMR 2021, 30 (30 f.).

28 კრიტ. *van Endem*, NJW 2020, 1033 (1033 f.) m.w.N.

29 დაწვრ. იხ. BGHSt 46, 107.

30 დაწვრ. იხ. *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (139 ff.).

საც დამნაშავე ასეთ შეხვედრას მხოლოდ განიზრახავს. გარდა ამისა, ამ გზით კიბერ-გრუმინგის დამტკიცდება პროცესუალურად უფრო მარტივია, რამდენადაც დასჯადი და არადასჯადი ქმედებების ურთიერთგამიჯნა მხოლოდ სუბიექტურ ელემენტზე არაა დამოკიდებული. აქედან გამომდინარე, საერთაშორისო სამართლის მსგავსად ჩამოყალიბებული სამართლებრივი რეგულაცია უფრო მისაღები იქნებოდა.³¹ შესაძლებელი იქნებოდა ასევე, რომ კანონის ტექსტში ტერმინს „მემოქმედება“ შეეძინა უფრო მეტი კონკრეტულობა და დასჯადობის დასადგომად საჭირო გამოხადარიყო ობიექტურად სექსუალური ხასიათის ქმედების არსებობა.³²

ბ) მცდელობის დასჯადობა

ის, ვინც გერმანიის სსკ-ის 176b პარაგრაფში მოცემულ დანაშაულის შემადგენლობას ზედმეტად ფართოდ მიიჩნევს, ცხადია, რომ მცდელობის დასჯადობასაც სამართლიანად უპირისპირდება.³³ მაგრამ, ამის გარეშეც, ნორმაში ჩადებული მცდელობის რეგულაცია კრიტიკას იმსახურებს.

უვარგის დამთავრებულ მცდელობაზე დასჯადობის შემოფარგვლით კანონმდებელი იჭრება დოგმატიკის ახალ სივრცეში.³⁴ გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით, მცდელობის დასჯადობა მოიცავს, როგორც ვარგის, ასევე უვარგის, როგორც დამთავრებულ, ასევე დაუმთავრებელ მცდელობებს. დამატებლობას მოკლებულია ის, რომ დასჯადობა გავრცელებულია არა უვარგის მცდელობებზე, მაშინ როდესაც უფრო სახიფათო, ვარგისი მცდელობა დასჯადობის მიღმა რჩება.³⁵ ეს

31 ob. ასევე *Stoiber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020, S. 283 f.; *Renzikowski*, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 22.

32 *Baumhöfener*, MMR 2021, 30 (30 f.). თუმცა, მსგავსი ტელელოგური ვიწრო განმარტება არ ყოფილა კანონმდებლის ნება, ob. *Renzikowski*, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 47.

33 ასე ერთმნიშვნელოვნად *Stoiber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020, S. 279 f.

34 დაწვრ. ob. *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (141 ff.). ასევე, *van Endern*, NJW 2020, 1033 (1034), რომელიც აღნიშნულ მოწესრიგებას სისტემის რღვევად მიიჩნევს.

35 *Fischer*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, S. 2 f., https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen_archiv/stellungnahmen-665970 (ნანახია 23.12.2022); *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (141).

წარმოადგენს ვარჯისი მცდელობის ჩამდენი პირის უსამართლო პრივილეგირებას.³⁶ სისხლის სამართლის პროცესუალურ ასპექტს, კერძოდ საწყისი ეჭვის დასაბუთებას იმ შემთხვევებისთვის, რომლებშიც დამნაშავე ბავშვზე ზემოქმედებას მხოლოდ განიზრახავს, ასევე კარგად ეყოფოდა ზოგადი ხასიათის, არადიფერენცირებული მონესრიგებაც.

ზემოთხსენებულისაგან განსახვავებით, ლეგიტიმურია დასჯადობის გავრცელება დამთავრებულ მცდელობებზე ანუ მცდელობებზე, რომლითაც მსხვერპლზე ზემოქმედება რეალურად შედგა.³⁷ აღნიშნული საბუთდება იმით, რომ დამნაშავე თავისი ზემოქმედებით, ვინმე ვითომდა ბავშვზე, გრუმინგ-ტექნიკას ავარჯიშებს და აუმჯობესებს. თუმცა, ამავდროულად აუცილებელია, რომ საკუთარი თავის ბავშვად გამასაღებელი ზრდასრულები ისე ავთენტურად მოქმედებდნენ, რომ ვარჯიშის ეფექტი რეალურად დადგეს. ამ არგუმენტის საფუძველზე, მსხვერპლზე ზემოქმედების ნებისმიერი დასრულებული მცდელობა ამალღებს დამნაშავის უნარს, მოამზადოს ბავშვის სექსუალური ექსპლუატაცია. იმ შემთხვევაში, თუ დამნაშავის მხრიდან ასეთი მცდელობის განმეორებითობის საფრთხეს წინა პლანზე წამოვწევთ, მაშინ დამთავრებული მცდელობებიც მხედველობაში მისაღები გახდებოდა.³⁸

საერთაშორისო და ევროპული სამართალი მცდელობის დასჯადობას არ მოითხოვს. მართალია, რომ ლანსაროტის კონვენციის 24-ე მუხლის მეორე აბზაცში ამას ითვალისწინებს, თუმცა, მასში დასჯადობისგან გამონაკლისებიცაა დაშვებული. გერმანიის ფედერაციულმა რესპუბლიკამ აღნიშნული გამონაკლისით უკვე ისარგებლა.³⁹ ევროკავშირის დირექტივის მე-6 მუხლის მეორე აბზაცი შეიცავს რეგულაციას ბავშვთა პორნოგრაფიული დანაშაულის შესახებ, რაც ბავშვთან კონტაქტის დამყარების მეშვე-

36 *van Endern*, NJW 2020, 1033 (1034).

37 *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (142 f.).

38 *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (142 f.).

39 იხ. ინფორმაცია აღნიშნულ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201/declarations?p_auth=Cg9zfoLU&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=GER&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=2 (ნანახია 23.12.2022).

ბით ხორციელდება, მაგრამ ის არ შეიცავს ვალდებულებას, რომ კონტაქტის დამყარების ცარიელი მცდელობა დასჯადობის ქვეშ მოექცეს.⁴⁰ ასევე, მასში არ არის ნაგულისხმევი კონტაქტის დამყარების მცდელობა იმ ზრდასრულებთან, რომლებიც თავს ბავშვებად ასაღებენ.

მცდელობის დასჯადობის საკითხი, საერთაშორისო დონეზე, არ არის შეთანხმებული და დოგმატური თვალსაზრისით, ის დამატურებელიც არ არის, თუმცა, ის სამართალდამცავ ორგანოებს საქმეს უადვილებს, რამდენადაც ისეთი ფარული საგამოძიებო მოქმედებების დროს, როგორც დასაწყისში აღნიშნული ფედერალური კრიმინალური პოლიციის ოპერაციაა, მთავარ როლს საწყისი ეჭვის არსებობა თამაშობს.⁴¹

V. ევროკომისიის ინიციატივა

ევროკომისიის მიდგომით, კიბერ-გრუმინგის სისხლისსამართლებრივი დევნის საკითხი სამომავლოდ კიდევ უფრო უნდა გამარტივდეს. 2022 წლის მაისში კომისიამ წარადგინა ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის აღმოფხვრისა და პრევენციის შესახებ დადგენილების (რეგულაციის) საკანონმდებლო ინიციატივა.⁴² ხსენებული ინიციატივის თანახმად, ონლაინ-სერვისების მიმწოდებლებს უნდა დაეკისროთ მთელი რიგი ვალდებულებებისა, რომელთაგანაც ერთ-ერთი რისკების ანალიზი და შეფასებაა. გარკვეულ შემთხვევებში, ონლაინ-სერვისების მიმწოდებლები უნდა დაექვემდებარონ ე.წ. მითითებას გამოაშკარავების შესახებ, რათა გახსნან არასრულწლოვანი მომხმარებლების ჩათში მიმდინარე კომუნიკაციები და დააფიქსირონ სისხლისსამართლებრივი თვალსაზრისით რელევანტური დეტალები. საუბარია მათ შორის ბავშვთა პორნოგრაფიის შემცველ მასალაზე. ხსენებული დადგენილების პროექტი, ერთმნიშვნელოვნად ეხება კიბერ-გრუმინგის შემთხვევებსაც (მუხ. 2, ქვეპ. ი, მუხ. 7 აბზ. 6). ჩათის რუმებში შეღწევა უნდა განხორციელდეს ხელოვნურ ინტელექტზე დაფუძნებული პროგრამით.

40 დაწვრ. ob. *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (139 ff.).

41 BT-Drs. 19/13836, 1. კრიტ. von *Baumhöfener*, MMR 2021, 30 (34).

42 COM(2022) 209 final.

ინიციატივა წარმოადგენს ფუნდამენტური და საფუძვლიანი კრიტიკის საგანს, რამდენადაც ეს უკანასკნელი ყველა მომხმარებლის პირადი კომუნიკაციის ტოტალურ კონტროლს გულისხმობს.⁴³ ბევრი ამ ინიციატივაში ადამიანის ფუნდამენტური უფლების გაუმართლებელ შეზღუდვას ხედავს. მათ საპასუხოდ ევროკომისია აღნიშნავს, რომ რელევანტური მასალის ადრეულ სტადიაშივე დაბლოკვით, ბავშვები მომდევნო ვიქტიმიზაციისგან იქნებიან დაცულნი.⁴⁴

კიბერ-გრუმინგთან დაკავშირებული ზემოთხსენებული დადგენილების მომხრეთა რიგებშიც გაჩნდა კითხვები.⁴⁵ ეს იმითაა განპირობებული, რომ კიბერ-გრუმინგის გამიჯვნა ინტერნეტ ჩათებში მიმდინარე სხვა ლეგალური კომუნიკაციებისაგან საკმაოდ რთულია. აღსანიშნავია ისიც, რომ დანაშაულებრივი ელემენტის აღმომჩენი პროგრამების ცდომილების კვოტებთან დაკავშირებით მუდმივად სხვადასხვა მონაცემებს ვაწყდებით. კომისია მიუთითებს Microsoft-ის მიერ შემუშავებული პროგრამის ცდომილებაზე, რომელმაც შემთხვევათა 12 პროცენტში მცდარად პოზიტიური შედეგი დააფიქსირა.⁴⁶ მართებულია თუ არა ეს მონაცემი, ჯერ კიდევ გადამოწმებას საჭიროებს. Microsoft-ის მიერ შემუშავებული პროგრამა „Project Artemis“ არასამთავრობო ორგანიზაცია THORN-ის მიერ სანდო პროგრამად შეფასდა.⁴⁷ თუმცა, Thorn-ის ვებგვერდზე პროგრამის მუშაობის სიზუსტესთან დაკავშირებული მონაცემები არ იძებნება. ინფორმატიკოსების მიერ ჩატარებული სამეცნიერო კვლევის თანახმად, კიბერ-გრუმინგის სწო-

43 ob. მაგ. <https://chat-kontrolle.eu/> (ნანახია 23.12.2022); <https://digitalegesellschaft.de/wp-content/uploads/2022/02/Chatkontrolle-10-Prinzipien.pdf> (23.12.2022); Breyer, <https://www.patrick-breyer.de/beitraege/nachrichtendurchleuchtung/> (ნანახია 23.12.2022); Rudel/Reuter, <https://netzpolitik.org/2021/eu-kommission-warum-die-chatkontrolle-so-gefaehrlich-ist/> (ნანახია 23.12.2022). გერმანიის პოლიტიკურ წრეებშიც არ მოიპოვა აღნიშნულმა პროექტმა მხარდაჭერა, BMVD Pressemitteilung 019/2022; BMI und BMJ nach beck-aktuell v. 7.6.2022, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/kampf-gegen-kindesmissbrauch-eu-kommissarin-verteidigt-geplante-chatkontrolle> (ნანახია 23.12.2022). დამატებით ob. *Vasel*, ZRP 2022, 191 (191 f.).

44 COM(2022) 209 final, S. 2, 17; ob. ასევე *Heger*, ZRP 2022, 133 (134).

45 *Heger*, ZRP 2022, 133 (134, 136); *Vasel*, ZRP 2022, 191 (193).

46 COM(2022) 209 final S. 17 Fn. 32; Impact Assessment Report, S. 283.

47 <https://netzpolitik.org/2022/chatkontrolle-was-unternehmen-schon-freiwillig-tun/> (23.12.2022).

რად გამოვლენილი შეთხვევების მაჩვენებელი სულ რაღაც დაახლოებით 23 პროცენტია.⁴⁸ ხელოვნური ინტელექტის ბაზაზე მომუშავე პროგრამების შემთხვევაში, ბავშვთა პორნოგრაფიული მასალის აღმოჩენის სიზუსტე, ხსენებულ მაჩვენებლებთან შედარებით, გაცილებით მაღალია.⁴⁹ ამას ემატება ისიც, რომ კიბერ-გრუმინგის სწორი გამოვლენა საკომუნიკაციო მასალის ანალიტიკურ დამუშავებას საჭიროებს, მაშინ როდესაც ბავშვთა პორნოგრაფიის შემთხვევაში, ძიების პროცესი მხოლოდ ფოტო-მასალის აღმოჩენით შემოიფარგლება.⁵⁰ აქედან გამომდინარე, კიბერ-გრუმინგის პროგრამული სკანირება, ჭერ-ჭერობით, ნაწილობრივ უმართებულოდაა მიჩნეული.⁵¹

პროგრამული ცდომილების მაღალი მაჩვენებლები ცხადყოფს, თუ რაოდენ რთულია კიბერ-გრუმინგის, როგორც დანაშაულის შემადგენლობის ზუსტი გაგება. თუ – როგორც ეს გერმანულ სამართალშია მოცემული – პირი განზრახ მოქმედებს, მაგრამ ამავე დროს, სექსუალური შინაარსის კომუნიკაცია ანდა შეხვედრის შეთავაზება არ მომხდარა, ასეთ დროს განსაკუთრებით რთულდება იმ პარამეტრების შემუშავება, რომლითაც დანაშაულებრივი ხასიათის კომუნიკაცია არადანაშაულებრივისაგან უნდა გაიმიჯნოს.⁵² ეს სირთულე ეხება არა მხოლოდ პროგრამებს, არამედ იმ ადამიანებსაც, რომლებმაც ასეთი გამიჯვნა უნდა უზრუნველყონ. ამიტომაც, პრაქტიკაში, სისხლისსამართლებრივ დევნას, ძირითადად, ექვემდებარება კიბერ-გრუმინგის ის შემთხვევები, როდესაც სახეზეა სექსუალური ხასიათის კომუნიკაცია ან საქმე რეალურ შეხვედრამდე მიდის.⁵³

აქედან გამომდინარე, გაცეხას არ იწვევს, რომ ხელოვნური ინტელექტის ბაზაზე მომუშავე კიბერ-გრუმინგის აღმოჩენი პროგრამების დანერგვას ევროკავშირი უფრო შესაძლებლად მიიჩნევს, ვიდრე გერმა-

48 *Isaza/Muñoz/Castillo/Buitrago*, Neurocomputing 484 (2022), 250.

49 *ob. Vasel*, ZRP 2022, 191 (193).

50 EDPB/EDPS, Joint Opinion 04/2022 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse, Rn. 69.

51 *Vasel*, ZRP 2022, 191 (193); EDPB/EDPS (Fn. 50), Rn. 76.

52 შეად. ასევე EDPB/EDPS (Fn. 50), Rn. 71.

53 *Baumhöfener*, MMR 2021, 30 (30 f.). მაგალითები *ob. Kloess/Hamilton-Giachritsis/Beech*, Sexual Abuse 31 (2019), 73 (79 ff.).

ნიის პოლიტიკური ისტებლიშმენტი. ევროკავშირის 2011/93/EU დირექტივის მე-6 მუხლი დანაშაულის შემადგენლობის უფრო ზუსტ განმარტებას გვთავაზობს, ვიდრე გერმანული ნორმა, რამდენადაც ამ პირველის თანახმად, კვალიფიკაციისთვის აუცილებელია შეხვედრის შეთავაზება და შეხვედრამდე მიმყვანი კონკრეტული მოქმედებები. თუ დანაშაულის ეს შემადგენლობაც უზუსტოდ და გაურკვეველად ჩაითვლება⁵⁴, ის გერმანული სამართლისთვის მაინც მისაბაძ ნიმუშს უნდა წარმოადგენდეს. აქედან გამომდინარე, ევროკავშირის ინიციატივა, მიუხედავად იმისა, დაინერგება თუ არა ის, მიღებულ უნდა იქნას კიბერ-გრუმინგის, როგორც დანაშაულის შემადგენლობის შესახებ გერმანული ნორმის რეფორმირების სტიმულად.

VI. დასკვნა

კიბერ-გრუმინგის შესახებ გერმანული ნორმა დამაჯერებელი არ არის. მხოლოდ შემოქმედებაზე ორიენტირებით, დანაშაულის შემადგენლობა ზედმეტად ფართოდაა ჩამოყალიბებული და მოიცავს ობიექტურად არა-დანაშაულებრივ ქმედებებსაც. უპრიანი იქნებოდა, ლანსაროტის შეთანხმების 23-ე მუხლისა და ევროკავშირის 2011/93/EU დირექტივის მე-6 მუხლის ნიმუშად აღება, როგორც ეს საქართველოში გვხვდება. გერმანულ ნორმაში მოცემული მცდელობის დასჯადობაც დოგმატურად დამაჯერებელი არ არის და შესაბამისად, ნაკლებადაა რეკომენდებული საერთაშორისო და ევროპული სამართლის სტანდარტების გათვალისწინებით.

ცვლილებების იმპულსი უნდა წამოვიდეს ბავშვთა სექსუალური ექსპლუატაციის აღმოფხვრისა და პრევენციის შესახებ სამართლებრივი ნორმის შემუშავებასთან დაკავშირებული ევროკომისიის ინიციატივიდან, რომლის თანახმადაც ინტერნეტ-სერვისების მიმწოდებლები აიღებენ ვალდებულებას, გამოავლინონ კიბერ-გრუმინგის შემთხვევები ხელოვნური ინტელექტის ბაზეზე აგებული პროგრამების მეშვეობით. თუმცა, ამ პროგრამების დანერგვა, ზემოთხსენებული ცდომილებების მაჩვენებლების გათვალისწინებით, მაინც საეჭვოდ რჩება. ცდომილებების მაღალი

54 EDPB/EDPS (Fn. 50), Rn. 69.

მაჩვენებლის მიზეზი იმაში მდგომარეობს, რომ კიბერ-გრუმინგი რთულად აღმოჩენადია, მაგრამ ევროკავშირის სამართალი, ამასთან დაკავშირებით, უფრო ზუსტ პარამეტრებს გვთავაზობს, ვიდრე ეს გერმანულ სამართალშია მოცემული. დასასრულ შეიძლება ითქვას, რომ კიბერ-გრუმინგი, როგორც დანაშაულის შემადგენლობა, უფრო კონკრეტულ განსაზღვრას საჭიროებს.

კიბერ-ადევნების დასჯადობა გერმანიაში

პროფ. დოქტ. იორგ აიზელე, ტიუბინგენის უნივერსიტეტი

I. დანაშაულის შემადგენლობის ისტორია

კიბერ-ადევნება, როგორც დანაშაულებრივი შემადგენლობა, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსში (§ 238) 2007 წელს გაჩნდა, რათა აღმოეხერხებინათ ადევნების დასჯადობასთან დაკავშირებული ხარვეზები.¹ ხსენებული სამართლებრივი ნორმის შემუშავებით, კანონმდებელი იმედოვნებდა მსხვერპლის უკეთესი დაცვის უზრუნველყოფას,² ვინაიდან, მაგალითად, ადევნების ყველა ფორმა ვერ ჩაითვლება იძულებად ან შეურაცხყოფად, რათა პირი შესაბამისი ნორმებით დაისაჯოს. საქმეს ართულებს ისიც, რომ ადევნება შესაძლებელია ეწოდოს ნებისმიერ ქმედებას, რომელიც მსხვერპლის მიერ არასასურველად აღიქმება. დასაცავ სამართლებრივ სიკეთეს წარმოადგენს მსხვერპლის ქმედებისა და ნების თავისუფლება საკუთარი ცხოვრების წარმართვასთან მიმართებით.³ ამაზე მიუთითებს ნორმის შინაარსიც, რომლის თანახმადაც, დანაშაულებრივი ქმედება ისეთი უნდა იყოს, რომ მსხვერპლის მიერ საკუთარი ცხოვრების წესის განსაზღვრის შეზღუდვის საფრთხეს ქმნიდეს.

თავდაპირველად, დანაშაულის შემადგენლობა მხოლოდ მაშინ ითვლებოდა განხორციელებულად, თუ სახეზე იყო მსხვერპლის ცხოვრების წესის მნიშვნელოვანი, გნებავთ, მძიმე შეზღუდვა. დასჯადობის ეს მკაცრი წინაპირობა შერბილდა ორი კონკრეტული რეფორმით. დანაშაულის შე-

1 40. StÄG v. 22.3.2007, BGBl. I S. 354; *Sering*, NJW 2007, 375 (376).

2 BT-Drs. 16/575 S. 1; *Gericke*, in: MünchKomm, StGB, 4. Aufl. 2021, § 238 Rn.10; *Buettner*, ZRP 2008, 124; შეად. Bundesministerin der Justiz Brigitte Zypries am 30.11.3006 in Sitzung des 16. Deutschen Bundestages, BT-Plenarprotokoll 16/70, S. 6948.

3 BT-Drs. 15/5410 S. 6, 16/1030 S. 6; *Zimmermann*, in: AnwK- StGB, § 238 Rn. 2; *Neubacher/Seher*, JZ 07, 1030.

მადგენლობამ პირველი ცვლილება განიცადა 2017 წელს, ადევნებისგან დაცვის გაუმჯობესების შესახებ კანონით, რომლითაც ზემოთხსენებულმა შემადგენლობამ პოტენციური საფრთხის შემქმნელი დელიქტის სტატუსი მიიღო.⁴ აქედან მოყოლებული, აღარ არის საჭირო, რომ მოხდეს მსხვერპლის ცხოვრების ცხოვრების წესის მძიმე ფორმით შეზღუდვა. დასჯადობისთვის საკმარისია ქმედება, რომელიც, ობიექტური თვალთახედვიდან გამომდინარე, მსხვერპლის ცხოვრების წესის შეზღუდვის საფრთხეს ქმნის.

სამართლებრივი ნორმის ახალი რედაქციის შესახებ დასკვნაში⁵ ვკითხულობთ, რომ პრაქტიკაში იმის განსაზღვრა, თუ რა შემთხვევაშია განხორციელებული დანაშაულის შემადგენლობა, დიდ სირთულეებს აწყდებოდა. ამის მთავარ მიზეზად დასახელდა ის, რომ რთულია იმის განსაზღვრა, არის თუ არა ქმედება ცალკეულ შემთხვევაში ჯერ კიდევ სოციალურად ადეკვატური და შესაბამისად, არადასჯადი;⁶ ასევე, ბუნდოვანი იყო ცალკეული ტერმინი („დაჟინებით“, „უნებართვო“, „ცხოვრების წესისთვის მნიშვნელოვანი საფრთხის შექმნის პოტენციალი“);⁷ გარდა ამისა, იდგა მტკიცებულებების პრობლემა, რამდენადაც ხშირად საქმე ეხება ორი პირის კონფლიქტს, რომელსაც არ ყავს მოწმე.⁸ 2021 წლის ოქტომბერში ძალაში შევიდა ცვლილებები, რომლებიც აადვილებენ დანაშაულის შემადგენლობის განსაზღვრას და პირველ რიგში, მოიცავენ კიბერ-ადევნებას.⁹ მსხვერპლის მიერ საკუთარი ცხოვრების განსაზღვრის მძიმე შეზღუდვა დაყვანილ იქნა არა უმნიშვნელო შეზღუდვამდე: „ადევნე-

4 BGBl. I, S. 386; BT-Drs. 18/9946 S. 10 f., 13 f. და ასევე *Kubiciel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194 ff.

5 BT-Drs. 19/26515.

6 BT-Drs. 19/28679, S. 4 und S. 7; *Eisele*, Stellungnahme im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 19.5.2021, S.1.

7 BT-Drs. 19/28679, S. 4; *Gericke* (Fn. 2), § 238 Rn. 8; Eingehend *Zacharias*, Der Unrechtstatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) im Lichte des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, S. 354 ff

8 BT-Drs. 19/28679, S. 5; *Eisele* (Fn.6), S.1.

9 BT-Drs. 19/28679, S. 7; *Valerius*, in: BeckOK, StGB, § 238 Rn. 1.5; Hoven, ZRP 2022, 118 (119).

ბა უნებართვოდ ხორციელდება განმეორებითი ქმედებებით იმ ფორმით, რომელიც საკმარისია, არაუმნიშვნელოდ შეზღუდოს მსხვერპლი საკუთარი ცხოვრების წესის განსაზღვრაში, ...“

II. დანაშაულის შემადგენლობის ზოგადი წინაპირობები

1. დანაშაულებრივი ქმედება

ა) მთავარი მნიშვნელობა აქვს ტერმინ ადევნებას. აქ იგულისხმება დამნაშავის მთლიანი ქცევა, რომელიც ადევნებისათვის დამახასიათებელი ცალკეული ქმედებების ჯამით აზიანებს მსხვერპლს. ადევნებას უნდა გააჩნდეს განმეორებითი ხასიათი და ხორციელდებოდეს 1-დან მე-8 პუნქტამდე ჩამოთვლილი ქცევითი ნიმუშის თანახმად. მე-8 პუნქტი მოიცავს „სხვა ქმედებებს“, რომელიც ადევნების მრავალფეროვან გამოვლინებებსა და არსებულ დროში ამ უკანასკნელის ტექნოლოგიური განხორციელების ფორმებს ფარავს და მოიცავს ისეთ შემთხვევებს, რომლებიც არ გვხვდება 1-დან მე-7 პუნქტის ჩათვლით.¹⁰ კანონმდებლის ნებით აქ იგულისხმება ისეთი ქმედებები, რომლებიც 1-4 პუნქტებში ჩამოთვლილ ქმედებებთან მიმართებით „როგორც რაოდენობრივად, ასევე ხარისხობრივად, ახლომდგომ სიმძიმეს ავლენენ და გვანან მათ უმართლობის ხარისხით.“¹¹ მერვე პუნქტისთვის აუცილებელი არ არის 1-4 პუნქტებისთვის დამახასიათებელი მსხვერპლთან კონტაქტის დამყარება ან მუქარა. მასში იგულისხმება ისეთი ქმედებები, როგორიცაა მაგ. მსხვერპლის საკუთრებაში არსებული ნივთების დაზიანება, ხმაური, სატელეფონო ტერორი, თვითმკვლელობით დამუქრება, ცილისწამება ან ცრუ დასმენა, ოჯახისა ან სამეგობრო წრის თვალთვალი.

ბ) თანხმობის გარეშე ადევნებაზე საუბრისას, მისგან უნდა გაიმიჯნოს სოციალურად ადეკვატური ქცევა. ეს, პირველ რიგში, ეხება პირველ და მეორე პუნქტებში ჩამოთვლილი ისეთ ქმედებებს, როგორიცაა სამუშაო

10 BT-Drs. 16/3641 S. 14; *Valerius* (Fn. 9), § 238 Rn. 12.

11 BT-Drs. 16/3641 S. 14.

ადგილზე შეხვედრა, ელექტრონული წერილების და საჩუქრების გაგზავნა. ასეთ დროს, ყოველთვის საჭიროა ცალკეული ქმედების მუსტი ანალიზი. საქმე სხვაგვარადაა მე-3 და მე-4 პუნქტებთან მიმართებით, რამდენადაც მათში ნაგულისხმევი მსხვერპლის პირადი მონაცემებით ბოროტად სარგებლობა და მექარა თავიდანვე გამორიცხავს მათ გატოლებას სოციალურად ადეკვატურ ქცევასთან. თანხმობის არარსებობა გულისხმობს ქმედებას მსხვერპლის ნების წინააღმდეგ. ნებართვა მსხვერპლის მხრიდან შეიძლება გამოიხატოს სიტყვიერად ან კონკლუდენტურად.¹² თანხმობა, უნდა ვრცელდებოდეს ქმედებათა განმეორებადობაზე.

გ) დანაშაულის შემადგენლობა მოითხოვს ქმედების განმეორებადობას. მხოლოდ ფრაგმენტული ქმედებები იმ შემთხვევაშიც კი არაა საკმარისი, თუ ისინი მსხვერპლის მიერ ცხოვრების წესის განსაზღვრას არაუმნიშვნელოდ უქმნიან საფრთხეს. გაურკვეველია, თუ რამდენი ქმედებაა საჭირო, რომ დანაშაულის შემადგენლობა განხორციელებულად ჩაითვალოს. ერთხელ, კანონზე მუშაობის პროცესში, ადრე გაბატონებული დაჟინების ელემენტის გათვალისწინებით, საკმარისად ჩაითვალა ხუთი მოქმედება.¹³ საბოლოოდ, გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება თითოეული შემთხვევის გარემოებებს და ასევე, ადევნებისთვის დამახასიათებელი ცალკეული ქმედების სიმძიმეს.¹⁴ განმეორებადობა მოცემულად ითვლება მაშინაც კი, როდესაც დამნაშავე ადევნებისთვის დამახასიათებელ, 1-8 პუნქტებში ასახულ, თუნდაც განსხვავებულ ქმედებებს ახორციელებს. ამის მიზეზი ისაა, რომ ქმედებათა არაპროგნოზირებადობამ, საბოლოო ჯამში, შესაძლებელია ძლიერი გავლენა იქონიოს მსხვერპლზე.¹⁵ კანონმდებელი ამ მიდგომას ახლანდელ საკანონმდებლო ინიციატივაზე მუშაობის ეტაპზეც ემხრობა: „თუ ქმედების რამდენჯერ გამეორებაა საჭირო დანაშაულის შემადგენლობის განსახორციელებლად, დამოკიდებულია ცალკეულ შემთხვევაზე. თუ ცალკეული ქმედებების ხასიათი მძიმეა, საკმარისია განმეორებადობის მცირე, ერთნიშნა რიცხვიც კი, რათა დას-

12 BT-Drs. 15/5410 S. 7, 16/575 S. 7; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 27; *Valerius* (Fn.9), § 238 Rn. 16.

13 BT-Drs. 15/5410 S. 7; *Valerius*, JuS 07, 322.

14 BGH 54 195; *Gazeas*, JR 07, 502; *Gericke* (Fn. 2), Rn. 44.

15 BGH 54 196; *Neubacher/Seher*, JZ 07, 1032; *Valerius*, JuS 07, 322.

ჯადობა განხორციელდეს. აუცილებელი არ არის, რომ გამეორდეს პირველი აბზაცის 1-8 პუნქტებში აბსტრაქტულად დახასიათებული რომელიმე ერთი და იგივე ქმედება. საგნებით საკმარისია, როდესაც დამნაშავის მიერ ხორციელდება რამდენიმე, ურთიერთგანსხვავებული, ამ პუნქტებში ჩამოთვლილი ქმედებები¹⁶

II. დანაშაულებრივი ქმედების შედეგი

საბოლოოდ, შეფასებისას გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება იმას, ქმნის თუ არა დამნაშავის ქმედება მსხვერპლის მიერ საკუთარი ცხოვრების წესის განსაზღვრის შეზღუდვის არაუმნიშვნელო საფრთხეს. აქ საქმე ეხება არა შედეგზე ორიენტირებულ დელიქტს, არამედ პოტენციური მიანის შემცველ დელიქტს. სიტუაცია უნდა განისაზღვროს წინმსწრები პერსპექტივიდან, კერძოდ, შესაძლებელია თუ არა, რომ შეიზღუდოს მსხვერპლი არაუმნიშვნელოდ საკუთარი ცხოვრების წესის განსაზღვრის თავისუფლებაში, მსხვერპლის ინდივიდუალური ცხოვრებისეული გარემოებებისა და ქმედების განხორციელების კონკრეტული სიტუაციის პირობებში. მნიშვნელობა არ აქვს, ცვლის თუ არა რეალურად მსხვერპლი საკუთარ ქცევას ან ავლენს თუ არა რაიმე საპასუხო რეაქციას, როდესაც ადევნებისთვის დამახასიათებელი მოქმედება ისედაც სათანადო სიმძიმისაა. ეს აადვილებს მტკიცებულებით სტანდარტს, რამდენადაც აუქმებს მსხვერპლის კონკრეტულ ქცევაზე აქცენტირების საჭიროებას.

იმისათვის, რომ ცხოვრების წესის განსაზღვრის თავისუფლებაში მსხვერპლი შეზღუდულად ჩაითვალოს, საკმარისი არ არის მისი ნებისმიერი ფორმით შეწუხება, რომელიც ხშირად თან სდევს კონფლიქტების მსვლელობა-მოგვარების პროცესს, განსაკუთრებით კი ურთიერთობების დამასრულებელ ეტაპს, რამდენადაც ასეთ დროს ხშირია კონტაქტის დამყარებისა და კომუნიკაციის საჭიროება.¹⁷ იმის გათვალისწინებით, რომ ბოლო საკანონმდებლო რეფორმის დროს მხოლოდ სერიოზული და მნიშვნელოვნად დამაზიანებელი ქმედებები იქნა მხედველობაში მი-

16 BT-Drs. 19/28679, S. 12.

17 OLG Brandenburg NStZ 10, 520; OLG Hamm NStZ-RR 09, 175; *Peters*, NStZ 09, 241.

ღებულის, რომლებიც ცხოვრების წესის განსაზღვრის თავისუფლებაში მსხვერპლის საშუალო-სტატისტიკური, რეგულარულად წარმოსადგენი და დასაშვები შეზღუდვის ხარისხს სცილდება¹⁸, დასჯადობიდან ამოირიცხა უმნიშვნელო ზიანის მომტანი ქმედებები. ისეთი პრევენციული ზომები, როგორიცაა მობილური ტელეფონის ერთჯერადად გათიშვა, საკმარისად კრიტიკულ დონეს ვერ აღწევს და დანაშაულის შემადგენლობა განხორციელებულად ვერ ჩაითვლება.¹⁹ იმის შეფასებისას, თუ რომელი ქმედებებია ჯერ კიდევ დასაშვები, მხედველობაშია მისაღები ობიექტური გარემოებები, გასათვალისწინებელია მსხვერპლის ცხოვრებისეული სიტუაცია და განსაკუთრებით, მისი ფსიქოლოგიური მდგომარეობა. ასეთ დროს მნიშვნელობა ენიჭება ისევ და ისევ ზეწოლის სიმძიმესა და ხანგრძლივობას. არაუმნიშვნელო ზიანის დადგომის მაგალითებია: სამსახურიდან წასვლა, საცხოვრებელი ბინიდან გადასვლა, საცხოვრებელი ბინის დატოვება მხოლოდ გამცილებელთან ერთად, ქვეყნიდან წასვლა, თერაპიული ჩარევის საჭიროება, ასევე სოციალური ცხოვრების შეწყვეტა, მნიშვნელოვანი ცვლილებები თავისუფალი დროის გაყვანის მხრივ, მნიშვნელოვანი ცვლილებები საკომუნიკაციო ქცევაში, სახელის შეცვლა.²⁰

III. კიბერ-ადევნება

1. კანონმდებლის დასაბუთება

ნორმის ახლებური მოწესრიგებით, კანონმდებელმა, უპირველეს ყოვლისა, მიზნად დაისახა, კიბერ-ადევნების სამართლებრივი რეგულირება. კანონმდებელი ამას შემდეგნაირად ასაბუთებს:²¹ „საკანონმდებლო დონეზე შექმნილია მიმდინარე ტექნოლოგიურ პროგრესთან და ამით განპირობებულ კიბერ-ადევნების შემთხვევათა ზრდასთან ადაპტირების საჭიროება. ეგრეთ წოდებული სტოკინგის აპლიკაციებისა თუ სტოკინგ-პროგრამების მეშვეობით, დამნაშავეები ღრმა კომპიუტერული ცოდნის

18 BT-Drs. 16/3641 S. 14; BGH 54 197; Brandenburg NSTz 10, 520; OLG Stuttgart, NJOZ 2015, 1909.

19 Brandenburg NSTz 10, 520; *Löbau*, StV 08, 647.

20 *Eisele*, (Fn. 12) Rn. 32 მასში მოყვანილი სხვა მაგალითებით.

21 BT-Drs. 19/28679, S. 1.

გარეშეც ახერხებენ ელექტრონულ ფოსტებზე, სოც. მედიის პროფილებსა და ასევე, მსხვერპლთა ელექტრონულ მონაცემებზე უნებართვო წვდომას და ამ გზით, მათი სოციალურ ცხოვრების თვალთვალს. კიბერ-ადევნება ხორციელდება მსხვერპლთა მონაცემებზე არა მხოლოდ უნებართვო წვდომის გზით, არამედ უმეტესად იმით, რომ დამნაშავეები მსხვერპლთა იდენტობით სოციალურ მედიაში ყალბ ანგარიშებს ქმნიან და მათი სახელით ავრცელებენ რეპუტაციულად ზიანის მომტან შეხედულებებს ან აქვეყნებენ ვიზუალურ მასალას. ადევნების ეს განსაკუთრებული ფორმები საკანონმდებლო და სამართლებრივ დონეზე უკეთეს დამუშავებას საჭიროებს“.

2. აქამდე არსებული რეგულაციები

აქამდეც შესაძლებელი იყო კიბერ-ადევნების გარკვეული ფორმების დასაჯა (გერმანიის სსკ § 238, აბშ. 1):

ა) პირველ რიგში უნდა დასახელდეს (პუნქტი 2) კონტაქტის დამყარების მცდელობა სატელეკომუნიკაციო და კომუნიკაციის სხვა საშუალებების გამოყენებით ან კონტაქტის დამყარების მცდელობა მესამე პირების მეშვეობით. ამის ტიპური შემთხვევებია ტელეფონით, ელ.ფოსტით კომუნიკაცია. ასევე, შეტყობინებების გაგზავნა ჩეთ-რუმებსა და ისეთ საკონტაქტო ქსელში, როგორცაა ფეისბუქი. ამ პუნქტში გათვალისწინებული არ არის GPS-ის მეშვეობით თვალთვალი ან ტელეფონის ადგილსამყოფელის დადგენა, რამდენადაც ამ დროს საქმე არ ეხება მსხვერპლთან პირდაპირი კონტაქტის დამყარების მცდელობას.²² იგივეა ე.წ. სატელეფონო ტერორის შემთხვევაშიც, რომლის დროსაც მხოლოდ ზარი ხორციელდება და საუბარის გამართვა მიზანს არ წარმოადგენს.

ბ) ასევე უნდა აღინიშნოს (პუნქტი 3) შემთხვევა, როდესაც პირადი მონაცემების ბოროტად გამოყენების გზით, ხორციელდება გარკვეული პროექტებისა ანდა მომსახურების შეკვეთა მსხვერპლისთვის (ქვეპ. ა) ან

22 *Eisele* (Fn. 12), § 238 Rn. 12; *Kraus*, Zivilrechtlicher Schutz gegen Nachstellen, Eine Untersuchung der zivilrechtlichen Auswirkungen des § 238 Abs. 1 StGB unter besonderer Berücksichtigung journalistischer Recherchen, 2009, 76 f.

როდესაც ვინმე მესამე პირს ეძლევა დავალება, დაამყაროს კონტაქტი მსხვერპლთან (ქვეპ. ბ). მსხვერპლის პირადი მონაცემების ბოროტად გამოყენებით, გაიცემა შეკვეთები და ა.შ. ასეთ დროს ხსენებული მონაცემებით სარგებლობა ხორციელდება მსხვერპლის ნების გარეშე ან ამ უკანასკნელის ნების საწინააღმდეგოდ. ამის მაგალითია პიცის გამუდმებული შეკვეთები ან შეკვეთები ამაზონის სავაჭრო პლატფორმაზე მსხვერპლის სახელით. ასაღებს თუ არა თავს დამნაშავე შეკვეთის მიცემისას მსხვერპლის პიროვნებად ან ამ უკანასკნელის წარმომადგენლად, არ აქვს არსებითი მნიშვნელობა, რამდენადაც შეკვეთა გაიცემა მხოლოდ მსხვერპლის სახელზე.

გ) რამდენადაც ხარვეზები ჯერ კიდევ რჩება, შესაძლებელია მოუხმობოთ დანაშაულის შემადგენლობის მე-8 პუნქტს, თუ დამნაშავე 1-დან მე-7 პუნქტამდე ჩამოთვლილი ქმედებების მსგავს რამე სხვა ქმედებას ჩადის. ცალკეულ შემთხვევებში საკამათოა, თუ რამდენად ზუსტადაა განსაზღვრული დანაშაულის შემადგენლობა ამ პუნქტში და პასუხობს თუ არა ის კონსტიტუციის მოთხოვნებს.²³ მსგავს ქმედებებად დასახელებულია მსხვერპლის ოჯახისა და მისი საკონტაქტო წრის თვალთვალი, ფოტო ან აუდიო მასალის მოპოვება ან მსხვერპლის სენსიტიური მონაცემებისა თუ ფოტოების გასაჯაროვება ინტერნეტ სივრცეში, როგორც კიბერ-მოზინგისა თუ კიბერ-ადევნების გამოვლინებები.²⁴

III. ახალი რეგულაცია

უკანასკნელი ცვლილებით კანონმდებელმა ნათლად ასახა კიბერ-ადევნება დანაშაულის შემადგენლობაში, რათა გაემარტივებინა ამ უკანასკნელის გამოყენება სასამართლო პრაქტიკაში. ადრე სასამართლო პრაქტიკა ყოველთვის არ სჭიდა მსგავს ქმედებებს.

ა) გერმანიის სსკ-ის 202a პარაგრაფში ასახულია ისეთი ქმედებები მსხვერპლის ან მისი ახლობლის წინააღმდეგოდ, რომლებიც ცხოვრების წესის თავისუფლად განსაზღვრას არაუმნიშვნელო საფრთხეს უქმნიან. ამაში

23 *Eisele* (Fn. 12), § 238 Rn. 23; BT-Drs. 15/5410 S. 9.

24 *Eisele* (Fn. 12), § 238 Rn. 22.

იგულისხმება თვალთვალის ან პირად მონაცემებზე წვდომის შემთხვევები, მაგ. ჰაკერული შეტევა მსხვერპლის კომპიუტერზე, ყოფილი პარტნიორის კომპიუტერში სათვალთვალო პროგრამის დაინსტალირების გზით. ქართული სამართლებრივი პრაქტიკისათვის უკეთ გასაგებად: ძირითადად, საფუძვლად ადებული კიბერ-დანაშაულის კონვენციით გათვალისწინებული დელიქტები. დანაშაულის შემადგენლობა უნდა მოიცავდეს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც დამნაშავეები პაროლების უბრალო გაშიფვრით, ჰაკერული მეთოდების გამოყენებით ან, ასევე, ე.წ. სტოკინგ-პროგრამების მეშვეობით მოიპოვებენ მსხვერპლის პირად მონაცემებზე უნებართვო წვდომას, განსაკუთრებით კი როდესაც, ვირტუალურად შედიან მსხვერპლის ელექტრონული ფოსტის მისამართზე ან სოც. მედიის ანგარიშებზე ანდა მოიპოვებენ წვდომას მსხვერპლის სენსიტიურ მონაცემებზე, რომლებიც დაზარალებულის კომპიუტერში ან სმარტფონში ინახება.²⁵

მიუხედავად იმისა, რომ კიბერ-დანაშაულის გზით პირად მონაცემებზე უნებართვო წვდომა თავისთავად დასჯადი ქმედებაა, ხსენებული ქმედება ადევნების მსხვერპლისთვის დიდ ზეწოლას წარმოადგენს, რამდენადაც დამნაშავე დაზარალებულის პირად სფეროში იჭრება და მსხვერპლი სანდო და დაცული კომუნიკაციის შესაძლებლობის რწმენას კარგავს.

ბ) ახალ რეგულაციებში იგულისხმება ასევე ის შემთხვევები, როდესაც ვრცელდება და საჯაროდდება მსხვერპლის ფოტოები, განსაკუთრებით ისეთი სოციალური მედიის საშუალებით, როგორცაა ფეისბუქი და ინსტაგრამი. უმნიშვნელოა, მოყვება თუ არა მსხვერპლის ფოტოებს რაიმე სახის ტექსტი.²⁶ თუმცა, როგორც ყოველთვის, მნიშვნელოვანია, რომ ყოველივე ეს ქმნიდეს მსხვერპლის ცხოვრების წესის არაუმნიშვნელოდ შეზღუდვის საფრთხეს. დასჯადობის დასაბუთება იმაში მდგომარეობს, რომ მსხვერპლზე ძალიან დიდი ზეგავლენა შეიძლება იქონიოს პირადი ფოტოების, განსაკუთრებით კი ინტიმური ფოტოების გავრცელებამ (შურისძიებითი პორნო/Revenge Porn), რაც დაზარალებულის ცხოვრებაში უხემ შეჭრას გულისხმობს. არ ისჯება ფოტოების გავრცელების მუქარა, მიუხედავად იმისა, რომ ასეთ შემთხვევაში დასჯადობა პრაქტიკულად

25 BT-Drs. 19/28679, S. 12; *Weidemann* (Fn. 9), § 202a Rn. 17 ff.

26 BT-Drs. 19/28679, S. 12; *Valerius* (Fn. 9), § 238 Rn. 10.

სავსებით რელევანტური იქნებოდა. ეს, ცხადია, იძლევა იმედგაცრუების საფუძველს, მიუხედავად იმისა, რომ ასეთ დროს შესაძლებელია გამოყენებულ იქნეს მსგავსი ქმედებების მომცველი უფრო ფართო დანაშაულის შემადგენლობები.

გ) დასჯადია ასევე კონკრეტული პიროვნების სახელით რაიმე სახის დამაკნინებელი და საზოგადოების წინაშე მისი ღირსების შემლახველი მასალის გავრცელება. კანონმდებელი ამაში გულისხმობს ისეთ შემთხვევას, როდესაც მსხვერპლის სახელით იქმნება ანგარიშები სოც. მედიაში და შემდგომ ამ ანგარიშებიდან, მაგ. მყარდება სექსუალური ხასიათის მქონე კომუნიკაცია ვინმე მესამე პირთან. უფრო შორს თუ წავალთ, ამაში ასევე ნაგულისხმევია მსხვერპლის სახელით სექსუალური ან კრიმინალური ხასიათის ფანტაზიებისა თუ განზრახვების გასაჯაროება, მასობრივი მკვლევლობების დაანონსება, გაუპატიურების ობიექტად ქცევისა თუ არასრულწლოვნებთან სექსუალური კავშირის დამყარების სურვილის საჯაროდ გამოხატვა²⁷. გავრცელება და გასაჯაროება არ არის აუცილებელი, რომ მაინცდამაინც მსხვერპლის სახელით მოხდეს. დასჯადობისთვის საკმარისია ანონიმური მინიშნებაც, რომელიც მსხვერპლზე, როგორც ყოველივე ზემოთხსენებულის სავარაუდო ავტორზე, დაეჭვების შესაძლებლობას ქმნის.²⁸

IV. ვიბერ-აღვენების განსაკუთრებით მძიმე შემთხვევები

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 238-ე პარაგრაფის მე-2 აბზაცის მეხუთე პუნქტის თანახმად, სასჯელი მკაცრდება, როდესაც დამნაშავე იყენებს რაიმე სახის კომპიუტერულ პროგრამას სხვებზე ციფრული თვალთვალის მიზნით. მაგრამ ეს მიდგომა დიდად დამაჭერებელი არ არის, ვინაიდან Spy-Ware-ის გამოყენება მხოლოდ და მხოლოდ ერთი ცალკეული შესაძლებლობაა, რომლითაც პირველი აბზაცის მეხუთე პუნქტში მოცემული დანაშაულის შემადგენლობა შეიძლება განხორციელდებულად ჩაითვალოს. წესითა და რიგით, გერმანიის სსკ-ის 202ა პარაგრაფის, როგორც

27 BT-Drs. 19/28679, S. 12.

28 BT-Drs. 19/28679, S. 13.

დანაშაულის ძირითადი შემადგენლობის, შესაბამისი ქმედების ჩადენისას, სასჯელი ისედაც უნდა გამკაცრდეს. გარდა ამისა, კანონმდებელი ითვალისწინებს სასჯელის გამკაცრებას, თუ კიბერ-ადევნებისთვის დამახასიათებელი სხვადასხვა ქმედება ერთმანეთთანაა კომბინირებული.

V. დასკვნა

სასიხარულოა, რომ კანონმდებელმა ყურადღება დაუთმო კიბერ-ადევნების პრობლემას და ეს უკანასკნელი სსკ-ის 238-ე პარაგრაფში ასახა, მაგრამ პრაქტიკული გამოწვევები დანაშაულის შედეგისა და განზრახვის დამტკიცებასთან დაკავშირებით, კვლავაც უცვლელი რჩება. ამას გარდა, კიბერ-ადევნების განხორციელება იმდენად ურთიერთგანსხვავებული მეთოდებით არის შესაძლებელი, რომ მათი დანაშაულის ერთ კონკრეტულ შემადგენლობაში თავმოყრა თითქმის შეუძლებელია. აქედან გამომდინარე, მისასალმებელია, რომ ხსენებულ ნორმაში სხვა, მასში კონკრეტულად არდასახელებული შემთხვევებისთვის ჩადებულია ზოგადი ფორმულირება, რითაც შესაძლებელია დანაშაულის კანონში გაუთვალისწინებელი ხერხებით ჩადენის დასჯაც. დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ ისეთი პრობლემა, როგორც ადევნებაა, ამომწურავად დანაშაულებრივი ხერხების დასახელებითა და მათი კაზუსტიკური ჩამონათვალის შექმნის გზით, ისედაც ვერ გადაიჭრებოდა.

ადევნება ქართულ სისხლის სამართალში

პროფ. დოქტ. ბაჩანა ჭიშკარიანი, საქართველოს უნივერსიტეტი

I. შესავალი

ადევნების შემადგენლობა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში 2017 წელს განხორციელებული ცვლილებების შედეგად გაჩნდა, რაც, თავის მხრივ, განპირობებული იყო ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ ევროპის საბჭოს 2011 წლის 11 მაისის კონვენციის ქართულ კანონმდებლობაში იმპლემენტაციით. მანამდე, ქართულ სამართლებრივ ლიტერატურასა თუ პრაქტიკაში აღნიშნულ საკითხზე დიდად არ მიმდინარეობდა დისკუსიები და შეიძლება ითქვას, რომ სწორედ სტამბულის კონვენციის „დამსახურება“ აღნიშნული შემადგენლობის, სსკ-ის 151¹ მუხლის სახით შემოღება.

კანონმდებელმა ის სსკ-ის 23-ე თავში მოაქცია, რომელიც ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებს აერთიანებს. მათ შორისაა სსკ-ის 150-ე (იძულება) და 151-ე მუხლები (მუქარა) და ადევნება სწორედაც რომ ამ ორი შემადგენლობის, გარკვეულწილად, ნარევის წარმოადგენს. ცალ-ცალკე აღებული, სისხლის სამართლის კოდექსში, მანამდე არსებული იძულებისა და მუქარის შემადგენლობები ვერ უმკლავდებოდა თანამედროვე გაგებით ადევნებისთვის დამახასიათებელ ქმედებებს. მართალია, თეორიულად შესაძლებელი იყო სსკ-ის 150-ე მუხლის, იძულების, ფართოდ განმარტება და მასში ადევნების მოქცევა, მაგრამ ათეული წლების განმავლობაში დამკვიდრებული სასამართლო პრაქტიკის გადალახვა და მსგავს ფართო განმარტებამე გადასვლა საკმაოდ რთული იქნებოდა. გარდა ამისა, თეორიული თვალსაზრისითაც სადავო გახდებოდა, თუ რამდენად მოექცეოდა ზოგიერთი ქმედება იძულების შემადგენლობაში. ყოველივე აქედან გამომდინარე, ცალკე, სპეციალური ნორმის სახით ახალი შემადგენლობის შემოღება წინგადადგმული ნაბიჯი იყო.

ნაშრომის ფარგლებში მოკლედ შევეხებით ქართული სისხლის სამართლის კოდექსით დადგენილ ადევნების შემადგენლობის ნიშნებს, რათა, გარკვეულწილად, შევძლოთ ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის ფარგლებში შედარებითი ანალიზის გაკეთება. გარდა ამისა, ყურადღებას გავამახვილებთ ნორმის გამოყენების საკითხზე, რაც ცალკეული სასამართლო გადაწყვეტილების ანალიზის საფუძველზე მოხდება. ამ თვალსაზრისით განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კითხვაზე პასუხის გაცემა, თუ რამდენად ეფექტურად მუშაობს სსკ-ის 151¹ მუხლი პრაქტიკაში. ამასთანავე, ვისაუბრებთ კიბერ-ადევნებასთან დაკავშირებულ გამოწვევებზე და შევაფასებთ ქართული კანონმდებლობის მზაობას აღნიშნული მიმართულებით. მთლიანობაში, ვეცდებით პასუხი გავცეთ კითხვას, საჭიროა თუ არა ადამიანის უფლებების უფრო ეფექტურად დაცვისთვის ცვლილებების განხორციელება შიდა კანონმდებლობაში.

II. ქმედების შემადგენლობის ნიშნები სისხლის ქართული სამართლის კოდექსის მიხედვით - მოკლე შედარება ადევნების გერმანულ შემადგენლობასთან

სსკ-ის 151¹ მუხლი ორი ნაწილისგან შედგება. პირველი ქმნის ადევნების ძირითად შემადგენლობას, ხოლო მეორე ნაწილში გაერთიანებულია დამამძიმებელი გარემოებები, მაგ. ჭკუფურობა ან სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენება. ამ თვალსაზრისით, ერთი შეხედვით, ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის შესაბამისი ნორმები ერთმანეთისგან არ განსხვავდება (§ 238 გსსკ), მაგრამ, გსსკ-ის § 238 ბევრად უფრო დეტალურად შლის დანაშაულის ჩადენის სხვადასხვა ფორმებსა და დამამძიმებელ გარემოებებს. მაგალითად, გერმანულ სისხლის სამართლის კოდექსში, განსაკუთრებულ დამამძიმებელ გარემოებად არის მიჩნეული უშუალოდ მსხვერპლისთვის ან მისთვის ახლობელი ადამიანისთვის ადევნების შედეგად ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანების ან გარდაცვალების საფრთხის შექმნა (ნაწ. 2, ქვეპ. 2), რაც ქართული ნორმისთვის უცხოა. ასევე, გსსკ-ის § 238-ის მეორე ნაწილის მესამე ქვეპუნქტში ნახსენებია ექვს თვეზე მეტი ხნით ადევნების განხორციელება, როგორც განსაკუთრებით დამამძიმებელი გარემოება. ხანგრძლივობის მიხედვით ასეთი კლასიფიკაცია სსკ-ს 151¹ მუხლში არ გვხვდება.

გარდა ზოგადი აგებულებისა, განვიხილოთ დანაშაულის კონკრეტული ნიშნებიც. ქართულ სისხლის სამართალში ადევნება გულისხმობს პირადად ან მესამე პირის მეშვეობით სხვა პირის, მისი ოჯახის წევრის ან ახლო ნათესავის მიმართ სისტემატურად სხვადასხვა ქმედების განხორციელებას (თვალთვალი, არასასურველი კომუნიკაციის დამყარება ტელეფონით, ელექტრონული ან სხვა საშუალებით და ა.შ.). ქმედებების ჩამონათვალი არ არის ამომწურავი. სსკ-ის 151¹ მუხლის პირველ ნაწილში საუბარია ნებისმიერ სხვა ქმედებაზეც. კანონმდებელმა შეგნებულად არ დაავიწროვა ქმედების ფორმები, ვინაიდან წინასწარ ისედაც შეუძლებელია იმის განჭვრეტა, თუ რა ფორმებით შეიძლება განხორციელდეს სხვისთვის შემანუხებელი ქმედება.

ყველა ეს ქმედება სისტემატურად უნდა ხორციელდებოდეს და იწვევდეს მსხვერპლის ფსიქიკურ ტანჯვას ან/და მასში საფუძვლიანი შიშის წარმოქმნას მისი ან ოჯახის წევრის, ახლო ნათესავის მიმართ ძალადობის გამოყენების ან/და ქონების განადგურების თვალსაზრისით. მთლიანობაში კი ყოველივე ეს მსხვერპლს ან უნდა აიძულებდეს ცხოვრების წესის შეცვლას ან როგორც მინიმუმ, მისი შეცვლის რეალურ საჭიროებას ქმნიდეს.

საინტერესოა შედარება გერმანულ სისხლის სამართლის კოდექსთან, რომელშიც საუბარია ქმედების „განმეორებადობაზე“. ეს ცვლილება გსსკ-ის § 238-ში 2021 წლის ოქტომბერში განხორციელდა. მანამდე, განმეორებადობის ნაცვლად გამოყენებული იყო სიტყვა „დაჟინებული“. კანონმდებელმა ჩათვალა, რომ ეს ტერმინი პრაქტიკაში გარკვეულ სირთულეებს იწვევდა და შესაბამისად, ის ჩანაცვლებული იქნა ისეთი სიტყვით, რომლითაც მსხვერპლის დაცვა უფრო კარგად იქნებოდა შესაძლებელი.¹ მართალია, ამსრულებლის მხრიდან დაჟინებული ფორმით მსხვერპლის ნების უგულვებელყოფა ისედაც გულისხმობდა ქმედების არაერთჯერადად განხორციელებას, თუმცა, მასში მაინც დიდი იყო შეფასებითი ელემენტი და ის უფრო სხვის მიმართ უპატივცემლობას გულისხმობდა.² განმეორებადობის კრიტერიუმით ჩანაცვლების შედეგად კი თვითონ ქმედების გამეორება, როგორც ფაქტი, უკვე საკმარისია კვალიფიკაციისთვის. და-

1 BT-Drs. 19/28679, 12.

2 შეად. *Joecks/Jäger*, Studienkommentar StGB, 13. Aufl., 2021, § 238 Rn. 5.

ჟინებული ქცევა კი თავის თავში აერთიანებდა ობიექტურ (განმეორებადობა), სუბიექტურ (მსხვერპლის ნების იგნორირება) და ნორმატიულ (მართლწესრიგისადმი ნეგატიური დამოკიდებულება) ელემენტებს, ხოლო საკანონმდებლო ცვლილების შედეგად კი ძირითადი აქცენტი უშუალოდ ფაქტზე გადავიდა (ქმედების მინიმუმ ორჯერ ჩადენა).³

რაც შეეხება საქართველოს სსკ-ის 151¹ მუხლს, მასში საუბარია ქმედების სისტემატურობაზე, ეს კი უფრო მეტია, ვიდრე მხოლოდ ორჯერ ქმედების განხორციელება. კანონმდებლის სურვილი რომ ყოფილიყო, თავის დროზე ამ ნორმის შემოღებისას არ იქნებოდა პრობლემა მხოლოდ ქმედების გამეორება ჩანერილიყო ქმედების შემადგენლობის ერთ-ერთ წინაპირობად, მაგრამ სისტემატურობის კრიტერიუმის დადგენით დასჯადობის უფრო მაღალი სტანდარტი დადგინდა. აქედან გამომდინარე, მოქმედი საკანონმდებლო რეგულაციიდან გამომდინარე, ვერ ვიტყვით, რომ მხოლოდ ქმედების ორჯერ ჩადენა საკმარისია. ადევნებით დაცული სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფისთვის აუცილებელია ქმედების, სულ მცირე, სამჯერ განხორციელება.⁴ თუმცა, როგორც წესი, ადევნების დროს ბევრად უფრო მრავალჯერად, დროში გაწელილ ქმედებებთან გვაქვს საქმე და ამას სასამართლო პრაქტიკაც გვიჩვენებს.⁵

ქმედების ობიექტური შემადგენლობის ნიშნებზე საუბრისას შედარების თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია ასევე შედეგის საკითხის განხილვა. როგორც უკვე ზემოთ ვახსენეთ, სსკ-ის 151¹ მუხლში საუბარია თავდამსხმელის სისტემატური ქმედებების შედეგად მსხვერპლის ფსიქიკურ ტანჯვაზე ან მასში საფუძვლიანი შიშის წარმოშობაზე, რის გამოც მას ცხოვრების წესის შეცვლის რეალური საჭიროება ექმნება. ანუ, საჭირო არ არის რეალურად ცხოვრების წესის შეცვლა. ამით გერმანული და ქართული სისხლის სამართალი ერთმანეთისგან არ განსხვავდება.

3 *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 69. Aufl., 2022, § 238 Rn. 28a.

4 *ხარანაული*, კომენტარებში: დვალიძე/ხარანაული/თუმანიშვილი/წიქარიშვილი, ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები, 325.

5 იხ. მაგ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 23 ივნისის გადაწყვეტილება №23-473აპ.-22; 2021 წლის 19 აპრილის გადაწყვეტილება №23-955აპ.-21; 2022 წლის პირველი აპრილის გადაწყვეტილება №23-192აპ.-22.

თუ რას ნიშნავს ცხოვრების წესის მნიშვნელოვანი შეცვლა, ეს განმარტების საგანია და თითოეულ შემთხვევაში ინდივიდუალურ მიდგომას საჭიროებს. ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ხაზგასმულია, რომ არაარსებითი, უმნიშვნელო ცვლილება ცხოვრების წესში (მაგ. ფეისბუქზე ვინმეს დაბლოკვა) არ მოგვცემს ადევნების ობიექტურ შემადგენლობას.⁶ მაგრამ სახლიდან იშვიათად გასვლა, ტელეფონის ნომრის შეცვლა ან თუნდაც სოციალურ ქსელებში საკუთარი გვერდის გაუქმება უკვე მიიჩნევა ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლად.⁷ ამ საკითხზე შეიძლება დიფერენცირებულად მსჯელობა, ვინაიდან მხოლოდ ტელეფონის ნომრის შეცვლა ან ფეისბუქ გვერდის გაუქმება თუ რამდენად არის საკმარისი სსკ-ის 151¹ მუხლით ვინმეს დასასჯელად, საორჭოფოა და სულ მცირე, ინდივიდუალურ მიდგომას საჭიროებს თითოეულ შემთხვევაში. შეიძლება პირი ისედაც ხშირად იცვლიდეს ტელეფონის ნომრებს ან ქონდეს პარალელურად რამდენიმე ნომერი, რაც არცთუ იშვიათი შემთხვევაა საქართველოში და მისთვის ერთი ნომრის გაუქმება საერთოდ არც არაფერს ნიშნავდეს. ასეთ დროს საკამათოა იმის მტკიცება, რომ მისი ცხოვრების წესი მნიშვნელოვნად შეიცვალა.

შედარებისთვის საინტერესოა, რომ გსსკ-ის § 238-ის 2021 წლის ოქტომბრამდე მოქმედი რედაქცია განსხვავდება დღეს მოქმედი რედაქციისგან. კერძოდ, ადრე, ნორმაში საუბარი იყო არა „მნიშვნელოვნად“ ცხოვრების წესის შეცვლაზე, არამედ გამოყენებული იყო სიტყვა „schwerwiegend“, რაც უფრო მეტია და განსაკუთრებით მძიმე ფორმით ცხოვრების წესის შეცვლას გულისხმობს.⁸ 2021 წელს განხორციელებული ცვლილებით გერმანელმა კანონმდებელმა მიზნად დაისახა უფრო დაბლა დაეწია დასჯადობის სტანდარტი.⁹ კანონპროექტის განმარტებით ბარათში ამაზე პირდაპირ არის მითითებული. მასში აღნიშნულია, რომ დასჯადობისთვის საკმარისია ცხოვრების წესის ნაკლებად ინტენსიური ფორმით შეცვლაც,

6 ხარანაული, კომენტარებში: დვალიძე/ხარანაული/თუმანიშვილი/ნიქარიშვილი, ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები, 328.

7 თოდუა, წიგნში: ლეკვეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მე-7 გამ., 2019, 366.

8 Schramm, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl., 2022, § 18 Rn. 43.

9 Kretschmer, JA 2022, 45.

რაც შეიძლება, მაგ. ტელეფონის ნომრის შეცვლაში გამოიხატოს.¹⁰

მოკლედ თუ შევაჯამებთ ამ მონაკვეთს, შეიძლება ითქვას, რომ არსობრივად ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის დადგენილი სტანდარტები დამდგარ ან პოტენციურ შედეგთან მიმართებით, მიუხედავად სიტყვასიტყვითი განსხვავებებისა, ერთმანეთისგან დიდად არ განსხვავდება. განსხვავებები უფრო მოსალოდნელია პრაქტიკის დონეზე, ვინაიდან, ბუნებრივია, თითოეულ შემთხვევაზე და კონკრეტულ სასამართლოზე დამოკიდებული ცალკეული კრიტერიუმების შეფასება.

III. სასამართლო პრაქტიკა

მოცემულ მონაკვეთში განვიხილავთ სხვადასხვა ინსტანციის დონეზე მიღებულ რამდენიმე სასამართლო გადაწყვეტილებას ადევნებასთან დაკავშირებით. საუბარია ქართულ სასამართლო პრაქტიკაზე. უკვე მეშვიდე წელია, რაც აღნიშნული შემადგენლობა გაჩნდა სისხლის სამართლის კოდექსში. შესაბამისად, უკვე არსებობს ერთგვარად „მრავალფეროვანი“ მიდგომები სასამართლოების მხრიდან დანაშაულის ამა თუ იმ ნიშანთან დაკავშირებით. ჩვენ, ბუნებრივია, ვერ განვიხილავთ ყველა პრობლემატურ შემთხვევას, ამიტომ შევჩვენებთ ქმედების შემადგენლობასთან დაკავშირებულ მხოლოდ ერთ-ორ საკითხს.

ერთ-ერთ საქმეში,¹¹ დაცვის მხარე ცდილობდა პირის გამართლებას იმის საფუძველზე, რომ ის სიყვარულის სახელით მოქმედებდა, თუმცა, სასამართლომ აღნიშნული არგუმენტი სამართლიანად არ გაიზიარა. მესიჯების გაგზავნა, თვალთვალი და სატელეფონო ზარების განხორციელება ბრალდებულის მხრიდან საკმარის საფუძველად ჩაითვალა ქმედების ადევნებად კვალიფიკაციისთვის, ვინაიდან ეს დაზარალებულში იწვევდა ტანჯვას. სასამართლომ ასევე ხაზგასმით მიუთითა, რომ ძალა-

10 BT-Drs. 19/28679, 11. თუმცა, ტელეფონის ნომრის შეცვლასთან დაკავშირებით განსხვავებული მოსაზრებებიც არსებობს. იხ. *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Aufl., 2022, § 238 Rn. 35.

11 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 12 ივნისის განაჩენი №1/369-18. ციტირებულია კრებულიდან სტამბოლის კონვენციის 34-ე მუხლის (ადევნება) სასამართლო პრაქტიკა, საქართველოს უმენაგის სასამართლოს გამოცემა, 2019, 71.

დობა არ არის ქმედების შემადგენლობის აუცილებელი ნიშანი. ადვენების განხორციელება ამ ხერხის გარეშეც არის შესაძლებელი, რაც ნორმის სწორი განმარტებაა.

საკამათოა სხვა რაიონული სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილება,¹² რომლითაც ბრალდებულის გამართლება მოხდა იმის საფუძველზე, რომ მისი ქმედებები არ აღწევდა ფსიქოლოგიური ტანჯვის ხარისხს. ამის დადგენა კი დაზარალებულთან კლინიკური გასაუბრებისა და მისი ფსიქოლოგიური პორტრეტის გათვალისწინებით განხორციელდა. ასეთი მიდგომა ქმედების შემადგენლობის შეფასებისას საორჭოფოა და ძალიან ზღუდავს დასჯადობის ფარგლებს. სასამართლო თავის მსჯელობაში თვითონვე აღნიშნავს, რომ ბრალდებულის მხრიდან ადგილი ქონდა შეურაცხყოფას, დამცირებას, მუქარას, მაგრამ იქვე გამამართლებელი განაჩენი გამოაქვს, თავისი შეფასებით, ნორმით გათვალისწინებული შედეგის არდადგომის გამო.

ეს არ არის ადვენების სწორი გაგება. სსკ-ის 151¹ მუხლში ნახსენებში მსხვერპლის ფსიქიკური ტანჯვა ვიწროდ და განცალკევებულად არ უნდა იქნას განმარტებული. შედეგის სახით საკმარისია თავდამსხმელის მიმართ სხვადასხვა ისეთი ქმედების განხორციელება, რომელიც ობიექტურად იწვევს შიშს, ცხოვრების წესის შეცვლის საჭიროებას. სხვა ადამიანისთვის საკუთარი ქცევებით მნიშვნელოვანი დისკომფორტის შექმნა, რაც პოტენციურად ცხოვრების წესის შეცვლის საფუძველი შეიძლება იყოს, უკვე საკმარისია დასჯადობისთვის. რამე განსაკუთრებული ფსიქოლოგიური ექსპერტიზა ამას არ ჭირდება. ძირითად აქცენტი ობიექტურ გარემოებებზე უნდა გაკეთდეს, თუ რამდენად ინტენსიური და სისტემატური იყო ბრალდებულის მიერ სხვისი ნების საწინააღმდეგოდ განხორციელებული ქმედებები.

თუ სასამართლომ იმიტომ დანიშნა ფსიქოლოგიური ექსპერტიზა, რომ, ზოგადად, დაეჭვდა დაზარალებულის ნებაში (ანუ რამდენად იყო ის ნამდვილად წინააღმდეგი მის მიმართ განხორციელებული ქმედებ-

12 ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 13 დეკემბრის განაჩენი №1/286-18. ციტირებულია კრებულიდან სტამბოლის კონვენციის 34-ე მუხლის (ადვენება) სასამართლო პრაქტიკა, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გამოცემა, 2019, 72.

ბის), მაშინ ეს მიდგომა გასაგები იქნებოდა, თუმცა, მოცემულ საქმეში ეს წარმოუდგენელია. მასში ნახსენებია დამცირება, მუქარა, შეურაცხყოფა და მსხვერპლი ამაზე თანახმა, ბუნებრივია, ვერ იქნებოდა.

რთულია ზუსტად იმის შეფასება, თუ რამდენად გავრცელებულია დაზარალებულის ფსიქოლოგიურ პორტრეტზე დაყრდნობა ადევნების საკითხის შეფასებისას ქართულ სასამართლოებში, როგორც ეს ჩვენს მიერ ზემოთ განხილულ საქმეში გაკეთდა, ვინაიდან ეს ყველა ინსტანციის ყველა გადაწყვეტილების მოქიებასა და ანალიზს მოითხოვს, მაგრამ როდესაც ვკითხულობთ თუნდაც საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებებს, მათში მსგავსი გამოკვეთილი ტენდენცია არ შეიმჩნევა.

უზენაესი სასამართლოს სხვადასხვა გადაწყვეტილების გაცნობისას ძირითად აქცენტი გაკეთებულია ქმედების ფორმებზე, მაგალითად თვალთვალზე, ქუჩაში დახვედრაზე, მსხვერპლის საცხოვრებელ სახლში მივარდნაზე, სატელეფონო ზარებზე და იქვე პირდაპირ მითითებულია გადაწყვეტილებაში, რომ ამან მსხვერპლის ტანჯვა გამოიწვია.

მოკლედ შევხვით ერთ-ერთ საქმეს, რომელშიც დაცვის მხარე სწორედ ფსიქოლოგიური დასკვნის არარსებობაზე მიუთითებდა. შესაბამისად, მისი აზრით, არ დგინდებოდა მსხვერპლის ფსიქიკური ტანჯვა და მისი დაცვის ქვეშ მყოფი პირი უნდა გამართლებულიყო.¹³

უზენაესი სასამართლო, ობიექტური სურათიდან გამომდინარე არც კი თვლის საჭიროდ დამატებით მსხვერპლის ფსიქიკურ ტანჯვაზე დეტალურად მსჯელობას, ვინაიდან ეს ისედაც ცხადი იყო მსგავსი ქმედებების ფონზე, რაც სწორი მიდგომაა. სასამართლო აღნიშნავს, რომ წარმოდგენილი მტკიცებულებების ანალიზიდან გამომდინარე, დაზარალებულისა და მოწმეების ჩვენებებით ისედაც დგინდებოდა ბრალდებულის ქმედებების გამო დაზარალებულის მხრიდან ცხოვრების წესის შეცვლა, კერძოდ, ის ერიდებოდა მასთან შეხვედრებს, პასუხის გასაცემად მობილურ ტელეფონს აწვდიდა თანამშრომელს, ეშინოდა სახლში მარტო წასვლა, იჩენდა განსაკუთრებულ სიფრთხილეს, იყო უკიდურესად დაძაბული და სტრესულ მდგომარეობაში. ანუ, უზენაესმა სასამართლომ ფსიქოლოგიუ-

13 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 12 მარტის გადაწყვეტილება № 23-765აპ.-21.

რი ექსპერტიზის ჩატარების გარეშეც მიიღო შესაბამისი გადაწყვეტილება.

არც ქვედა ინსტანციის სასამართლოების გადაწყვეტილებებში არის მაინცდამაინც ფსიქოლოგიური დასკვნის საკითხზე ყურადღება გამახვილებული და ქმედებების აღწერის შემდეგ სასამართლოები პირდაპირ ადგენენ ფსიქოლოგიური ტანჯვის ფაქტს, მაგრამ, ეს არ ნიშნავს იმას, რომ გამოკვლეულ საქმის მასალებში მსგავსი დასკვნა არ იყო ჩადებული. უბრალოდ, სასამართლოები ამაზე დაწვრილებით არ მსჯელობენ.¹⁴

საბოლოოდ თუ შევაჯამებთ აღნიშნულ საკითხს, უნდა ითქვას, რომ, ფსიქიატრიულ-ფსიქოლოგიური ექსპერტიზის დასკვნა მტკიცებულების მხოლოდ ერთ-ერთი სახეა და სასამართლო მხოლოდ მას არ უნდა დაეყრდნოს. მისი არარსებობის შემთხვევაშიც კი უპრობლემოდ არის ადვენების ფაქტის დადგენა შესაძლებელი. მთავარია, ობიექტურად ჩანდეს ამსრულებლის მხრიდან განხორციელებული ისეთი ქმედებები, რომელიც მსხვერპლის ადგილას მყოფ ნებისმიერ ადამიანში გამოიწვევდა მნიშვნელოვან დისკომფორტს, ფსიქოლოგიურ სტრესს და მას დაურღვევდა შინაგან სიმშვიდეს.

IV. კიბერ-ადვენება, როგორც გამოწვევა

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსში, 2021 წლის ოქტომბერში, ადვენების შემადგენლობაში განხორციელებული ცვლილებების დროს ე.წ. კიბერ-ადვენება წამყვან საკითხს წარმოადგენდა. გსსკ-ის § 238-ის პირველი ნაწილის მეხუთე ქვეპუნქტში ცალკე გაიწერა ადვენების განხორციელების ერთ-ერთ ხერხად დაცული პერსონალური მონაცემების უკანონოდ მოპოვება. ამაში იგულისხმება მსხვერპლის სოციალური ქსელების ე.წ. გატეხვა, სმარტფონებში ან კომპიუტერებში შენახული, კოდით დაცული, ინფორმაციის ნახვა და ა.შ.¹⁵ მართალია, მსგავსი ქმედების

14 იხ. მაგ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 13 თებერვლის გადაწყვეტილება ნომ. 1/322-20, რომელშიც ასეთი დასკვნაზე არ არის მითითებული; მაგრამ, ზესტაფონის რაიონული სასამართლოს 2020 წლის 16 მარტის № 1/14-2020 განაჩენში, მტკიცებულებათა ჩამონათვალში ნახსენებია სასამართლო ფსიქიატრიულ-ფსიქოლოგიური ექსპერტიზის დასკვნა.

15 Schramm, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl., 2022, § 18 Rn. 38; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK, § 238 Rn. 9 (54. Ed., Stand: 01.08.2022).

განხორცილება გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის სხვა მუხლებითაც იყო მანამდე დასჯადი (§§ 202a-202c), მაგრამ არა როგორც ადევნება და კანონმდებელმა საჭიროდ ჩათვლა ადევნების შემადგენლობის შიგნითაც აესახა მსგავსი ქმედებები. შესაბამისად, როდესაც მაგ. სხვისი ინტიმური ფოტოების უნებართვოდ მოპოვება მოხდება მსხვერპლის ტელეფონიდან ან კომპიუტერიდან ადევნების ფარგლებში, მაშინ გამოიყენება გსსკ-ის § 238-ის მეხუთე ნაწილის პირველი ქვეპუნქტი, როგორც სპეციალური შემადგენლობა.¹⁶

დღეისათვის, თანამედროვე ტექნოლოგიების პირობებში, დანაშაულის ჩადენა ხდება არა მხოლოდ „ოფლაინ“, არამედ ონლაინ-სივრცეშიც და ყოველივე ეს კანონმდებლობაშიც უნდა აისახოს.¹⁷ ევროკომისიამ 2022 წლის გაზაფხულზე წარადგინა ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახური ძალადობის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ დირექტივის პროექტი¹⁸, რომელშიც ასევე (მუხ. 8) ასახულია კიბერ-ადევნება, როგორც დასჯადი ქმედება. დირექტივის ერთ-ერთი მიზანი სწორედ იმაში მდგომარეობს, რომ თანამედროვე ტექნოლოგიები არ იქნას გამოყენებული სხვების დასათრგუნად და მათზე სათვალთვალოდ.¹⁹

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი ცალკე არ გამოყოფს კიბერ-ადევნებას. მართალია, სსკ-ის 151¹ მუხლის პირველ ნაწილში საუბარია მსხვერპლთან არასასურველი კომუნიკაციის დამყარებაზე, მათ შორის ტელეფონის, ელექტრონული ან სხვა საშუალებით, მაგრამ ამაში უფრო მოიაზრება ამსრულებელსა და მსხვერპლს შორის კომუნიკაცია და არა მსხვერპლის პირადი ცხოვრების ამსახველი მასალის მოპოვება. თუმცა, ნორმის სიტყვასიტყვითო შინაარსი იძლევა მისი ფართო განმარტების საშუალებასაც. გარდა ამისა, იქვე, ნორმის პირველივე ნაწილში, კანონმდებელი საუბრობს „ნებისმიერ სხვა ქმედებაზე“, რამაც შეიძლება მოგვცეს ადევნების შემადგენლობა. კიბერ-ადევნების შემთხვევები

16 BT-Drs. 19/28679, 12.

17 *Kretschmer*, JA 2022, 43.

18 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, COM(2022) 105 final (aufgerufen am 15.10.2022 unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105>).

19 *Hoven*, ZRP 2022, 119.

ამ სხვა ქმედებების ქვეშ იქნებოდა მოქცეული შესაბამისი განმარტებისას. თუმცა, აქვე უნდა ვალიაროთ, რომ ამას მყარი, ჩამოყალიბებული სასამართლო პრაქტიკა ჭირდება, რათა ნორმამ ეფექტურად იმუშაოს. ბუნდოვანების თავიდან ასაცილებლად კი უმჯობესი იქნებოდა შეძლებისდაგვარად მეტი ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ხერხების სისხლისსამართლებრივ ნორმაში ასახვა, რათა ადევნების არსი მაქსიმალურად იქნას მასში ასახული.

სათანადო განმარტებას მოითხოვს ასევე ისეთი შემთხვევები, როდესაც, მაგალითად, მსხვერპლის სურათების საჭაროდ გავრცელება ხდება თუნდაც ონლაინ სივრცეში მისი ნების საწინააღმდეგოდ და იქვე საკონტაქტო მონაცემებიცაა მითითებული, რათა სხვა, უცხო პირებმა, დაიწყონ მასთან კომუნიკაცია, ვინაიდან მათ ჰგონიათ, რომ კომუნიკაციის სურვილი მსხვერპლსაც აქვს, სინამდვილეში კი ამსრულებელს ყველა შეცდომაში შეყავს და ამ გზით ახორციელებს დაზარალებულის ფსიქო-ტერორს (დავუშვათ, ატვირთა მისი ინტიმური სურათი სოციალურ ქსელებში ტელეფონის ნომრით მითითებით და მიანერა, რომ ის სექს-მუშაკია). მსგავსი ქმედების დასასჯელად ისევ ზემოთ ნახსენები „ნებისმიერ სხვა ქმედების“ განმარტება მოგვიწევს, რაც ნორმის განსაზღვრულობისა და ერთიანი სასამართლო პრაქტიკის განვითარებისთვის მაინცდამაინც საუკეთესო გზა არ არის. უშუალოდ ნორმის შინაარსის დაკონკრეტება შესაბამისი ცვლილებების გზით უმჯობესი იქნებოდა.

V. დასკვნა

მოცემული ანალიზი გვიჩვენებს, რომ ადევნების ქართული მოდელი, არსობრივად, შესაბამისობაშია სტამბულის კონვენციის მოთხოვნებთან და სსკ-ის 151¹ მუხლი განსაკუთრებული თავისებურებებით არ გამოირჩევა, რათა მასში სისხლისსამართლებრივი დეფიციტი დაგვენახა. მიუხედავად ამისა, სასამართლო პრაქტიკაში ცალკეული, არათანმიმდევრული, ინტერპრეტაციების თავიდან ასაცილებლად, უმჯობესი იქნებოდა ნორმის მოქმედი რედაქციის გადამუშავება და უფრო ერთმნიშვნელოვანად მასში თუნდაც კიბერ-ადევნების შემთხვევების ასახვა, რათა ონლაინ სივ-

რცეშიც მეტად ეფექტური სამართლებრივი რეაგირების შესაძლებლობა გვექონდეს.

გარდა ამისა, კარგად უნდა მოხდეს გააზრება იმ საკითხისა, თუ რამდენად აუცილებელია მსხვერპლის ფსიქიკური ტანჯვის ფაქტის დადგენა. არსებული პრაქტიკის ანალიზი გვიჩვენებს, რომ სასამართლოები ამას მნიშვნელოვან ყურადღებას უთმობენ, რასაც ცალკეული შემთხვევების არასწორ გადაწყვეტამდე მივყავართ. აქედან გამომდინარე, მსგავსი გაუგებრობების თავიდან ასაცილებლად, შესაძლოა ამ ჭრილშიც განხორციელდეს ცვლილება ნორმაში და მისი სიტყვასიტყვითი შინაარსი ისე ჩამოყალიბდეს, რომ უფრო პოტენციურ და არა დამდგარ შედეგზე იყოს აქცენტი გადატანილი. ნაცვლად „ინვეს ფსიქიკურ ტანჯვას“ მუხლში ჩაინეროს „შეეძლო ფსიქიკური ტანჯვის გამოწვევა“.

RECHTSSTAATLICHKEIT UND UNABHÄNGIGKEIT DER JUSTIZ

Prof. Dr. **Werner Schroeder**, Universität Innsbruck

I. Relevanz richterlicher Unabhängigkeit in Europa

„Die Unabhängigkeit der Gerichte gilt als Wesensmerkmal des modernen Rechtsstaats“.¹

Die Unabhängigkeit der Gerichte ist eine Errungenschaft des modernen demokratischen Rechtsstaats, in dem die Richter*innen nicht als Sprachrohr eines Herrschers oder einer Partei betrachtet werden, sondern im Hinblick auf die Trennung der staatlichen Gewalten das Gesetz unparteiisch und methodisch korrekt auszulegen und anzuwenden haben.²

Das Thema der richterlichen Unabhängigkeit wird in diesem Beitrag aus der europäischen Perspektive betrachtet, weil es für den Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Georgien sinnvoll erscheint. Denn auch wenn die richterliche Unabhängigkeit in den Staaten auch verfassungsrechtlich abgesichert ist (z.B. durch Art. 97 GG), werden mittlerweile die entscheidenden Parameter dieses Grundsatzes vom europäischen Recht bestimmt. Deutschland ist schließlich Mitglied der Europäischen Union (EU) und des Europarates sowie der EMRK. Georgien ist ebenfalls Teil des Europarats- bzw. EMRK-Systems und will der EU beitreten.

Die Aussagen des Europäischen Rechts zur „Unabhängigkeit der Justiz“ sind jedoch spärlich. Art. 3 der Satzung des Europarates spricht vom „Vorrang des Rechts“ und Art. 6 Abs. 1 EMRK vom Recht auf eine Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Im EU-Recht ist die Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 EUV als ein Grundwert verankert.³ Gemäß Art. 49 EUV muss ein

1 *Säcker*, Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung, NJW 2018, 2375, 2375.

2 Grundlegend zur richterlichen Unabhängigkeit *Tiede*, Judicial Independence: Often Cited, Rarely Understood, Journal of Contemporary Legal Issues, 129.

3 Zur Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips zum Grundwert der EU siehe *Giegerich*,

Beitrittskandidat diese Werte achten und sich für ihre Förderung einsetzen. Daneben statuiert Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, dass die Mitgliedstaaten einen effektiven Rechtsschutz „in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen“ zu gewährleisten haben.⁴ Art. 47 GRCh gewährt das „Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf“ durch ein unabhängiges, unparteiisches, durch Gesetz errichtetes Gericht.⁵ Auch im Assoziierungsabkommen zwischen der EU und Georgien ist von der Unabhängigkeit der Justiz die Rede (Art. 4 fordert „Fortschritte bei der Justiz- und Rechtsreform mit Blick auf die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Justiz“; Art. 13 misst der „Unabhängigkeit der Justiz, (dem) Zugang zu den Gerichten und (dem) Recht auf ein faires Verfahren (...) besondere Bedeutung“ bei).

II. Europäischer Mindeststandard der richterlichen Unabhängigkeit

Im Ergebnis ist auf diese Weise die richterliche Unabhängigkeit seit Jahrzehnten im Europarat und auch in der EU als Teil der Rechtsstaatlichkeit und darüber hinaus auch grundrechtlich geschützt. Diese Tradition wurde nach 1990 auch durchweg im gesamten Europa praktiziert. Seit einiger Zeit gibt es jedoch in europäischen Staaten Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit, die von den Regierungen oder auch den Parlamenten dieser Staaten ausgehen. Ein „rule of law backsliding“,⁶ also ein Zurückfallen hinter bereits erreichte rechtsstaatliche Standards, zeigt sich vor allem in einer massiven politischen Einmischung in die Ernennung, Beförderung, Disziplinierung oder Versetzung von Richter*innen. Im Fokus ist hier vor allem Polen, das seit 2015 verschiedene sog. „Justizreformen“⁷

Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten, ZEuS 2019, 61, 64 ff.

4 Siehe hierzu *Payandeh*, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, 481, 483.

5 Siehe hierzu *Payandeh* (Fn. 4), 482 f.

6 *Pech/Scheppele*, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, CYELS 2017, 3, 5.

7 Siehe hierzu *Pech*, 7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole, VerfBlog, 2023/1/17, <https://verfassungsblog.de/7-years-later-poland-as-a-legal-black-hole/>; *Pech*, Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law), VerfBlog, 2021/7/20, <https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-political-control/>; *Pech/Wachowiec/Mazur*, 1825 Days Later: The End of the Rule of Law in Poland

durchgeführt hat – angeblich um die Justiz von kommunistischen Richter*innen zu säubern, und zwar durch verschiedene neue Gesetze betreffend die Besetzung des Verfassungsgerichtshofs sowie von Gerichten und über die Einrichtung einer Disziplinarkammer am Obersten Gericht, die gefällte Urteile an andere Kammern revidieren und Richter*innen disziplinarisch verfolgen kann. Die Unabhängigkeit der Justiz gerät aber auch in Ungarn und Rumänien ins Wanken.

Wie reagiert Europa, d.h. der Europarat und die EU, auf diese Entwicklung? Ein Problem besteht zunächst darin, dass die Vielfalt der staatlichen Justiz- und Verfassungsordnungen in Europa die Bildung von einheitlichen Maßstäben erschwert, mit deren Hilfe sich beurteilen lässt, ob die richterliche Unabhängigkeit in einem Staat bedroht ist oder nicht. Es gibt in der Tat große Unterschiede bei der Justizorganisation in „etablierten“ und „neueren“ Rechtsstaaten Europas, also zwischen West und Ost.⁸ Das europäische Recht beschränkt sich deshalb darauf, einen Mindeststandard für den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit festzulegen. Den Staaten verbleibt durchaus Spielraum für unterschiedliche Ausprägungen des Justizwesens gemäß ihrer jeweiligen Verfassungsidentität, die auch in Bezug auf die Mitgliedstaaten der EU durch Art. 4 Abs. 2 EUV ausdrücklich geschützt ist. Das europäische Rechtsstaatsprinzip schreibt den Staaten also kein bestimmtes Justizmodell vor.⁹

Letztlich ist dieser europäische Mindeststandard für die Unabhängigkeit der Justiz das Ergebnis der Judikatur von europäischen Gerichten, d.h. des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg und des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg.¹⁰ Die beiden Gerichtshöfe haben sich in den letzten Jahren als Garanten der richterlichen

(Part I), VerfBlog, 2021/1/13, <https://verfassungsblog.de/1825-days-later-the-end-of-the-rule-of-law-in-poland-part-i/>; *Burst*, Die polnischen Justizreformen ab 2015: Eine Analyse auf Grundlage der EMRK, StudZR Wissenschaft Online 2022, 139, 140 ff.

8 *Sanders*, Richterliche Unabhängigkeit in Europa – aktuelle Entwicklungen, DRiZ 2021, 280, 280.

9 *Giegerich* (Fn. 3), 73; siehe auch *Czerniak*, The (lack of) consequences of reasonable doubts on the independence of the judiciary system on cooperation in criminal matters in the EU, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 2022, 85, 91.

10 Zum Verhältnis der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH siehe *Spano*, The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary, *ELJ* 2021, 211, 223 ff.

Unabhängigkeit in Europa erwiesen.¹¹ Dabei ist die Tendenz zu beobachten, dass sich die rechtlichen Standards des Europarats, d.h. der EMRK und die der EU insoweit aneinander angleichen. Ohnehin müssen Staaten, die Mitglieder des Europarats sind und die, wie z.B. Georgien, der EU beitreten wollen, die Standards der EU in Bezug auf die justizielle Unabhängigkeit einhalten.

III. Verankerung justizieller Unabhängigkeit in der EMRK

Gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK hat „(j)ede Person (...) ein Recht darauf, daß über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht (...) verhandelt wird.“

Die EMRK unterscheidet hier zwischen den beiden Merkmalen der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit: (1) Die Unabhängigkeit bezieht sich auf das Verhältnis des Gerichts als solches nach außen zu den anderen staatlichen Gewalten, schützt also vor Beeinflussungen von außen. (2) Die Unparteilichkeit hingegen fordert eine Abgrenzung des Gerichts zu den Parteien des Rechtsstreits bzw. zum Streitgegenstand.

Die Unabhängigkeit eines Gerichts ist zunächst im Hinblick auf sein Verhältnis zur Exekutive zu prüfen,¹² aber auch im Verhältnis zur Legislative.¹³ Die Ernennung der Mitglieder des Gerichts durch die Exekutive steht ihrer Unabhängigkeit dann nicht entgegen, wenn sie ihr Amt frei von Weisungen ausüben.¹⁴ Die Einbindung der Exekutive in den Ernennungsprozess begründet also nicht automatisch eine Abhängigkeit von Richter*innen.¹⁵ Umgekehrt lässt sich sagen, dass die Verlagerung der Ernennungsentscheidung auf die Parlamente nicht per se die Unabhängigkeit der Richter*innen wahrt. Die Unabhängigkeit des Gerichts wird maßgeblich durch die Amtsdauer der Richter*innen und ihre grundsätzliche

11 *Jelić/Kapetanakis*, European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR, HJRL 2021, 45, 57.

12 EGMR, 18. 10. 2018 – Thiam/FRA, Nr. 80018/12, Z. 71 ff.

13 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 Rdn. 35.

14 EGMR 28. 6. 1984 – Campbell u. Fell/UK, Nr. 7819/77, Z. 79.

15 *Czerniak* (Fn. 9), 94.

Unabsetzbarkeit bestimmt. Sie müssen ihr Amt zwar nicht auf Lebenszeit, aber grundsätzlich für eine bestimmte Dauer innehaben, die eine gewisse Stabilität gewährleistet.¹⁶ Grundlegend ist dabei jedenfalls, dass die justizielle Unabhängigkeit sowohl de jure als auch de facto gewährleistet wird.¹⁷

Während der Dauer ihrer Amtszeit dürfen Richter*innen nur ausnahmsweise und aufgrund besonderer Umstände, die in genau definierten Tatbeständen festgelegt sind, absetzbar sein.¹⁸ „Lustrationsverfahren“, d.h. die Dekommunisierung von Gerichten in ehemaligen kommunistischen Staaten, sind zwar grundsätzlich zulässig, aber nur bei angemessenen Verfahrensgarantien für die betroffenen Richter*innen.¹⁹ Die Unabhängigkeit des Gerichts ist auch in der richterlichen Tätigkeit zu gewährleisten. Richter*innen müssen daher weisungsfrei sein.²⁰

Art. 6 EMRK ist ein Grundrecht: Die Vorschrift kann deshalb bei Missständen auch in individuellen Fällen von Einzelnen geltend gemacht werden. Allerdings ist die EMRK nicht gut geeignet, um systemische Probleme der Rechtsstaatlichkeit in einzelnen Staaten zu sanktionieren. Außerdem führt die Dauer der Verfahren vor dem EGMR dazu, dass selbst bei einer individuellen Wiedergutmachung bereits stattgefundene Veränderungen (z.B. Versetzungen und Entlassungen von Richter*innen) nicht verhindert werden können.²¹ Hinzuzufügen ist, dass Polen sich auch weigert, den Urteilen des EGMR in Bezug auf seine sog. „Justizreformen“ Folge zu leisten. Auch daran zeigt sich, dass die EMRK nur bedingt geeignet ist, ein „rule of law backsliding“ mit Fokus auf die Unabhängigkeit der Justiz zu verhindern.

16 EGMR – Campbell u. Fell/UK, (Fn. 14), Z. 80.

17 *Spano* (Fn. 10), 218 f.; siehe hierzu auch *Melton/Ginsburg*, Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence, *Journal of Law and Courts* 2014, 187.

18 EGMR, 21. 7. 2009 – Luka/ROM, Nr. 34197/02, Z. 44.

19 EGMR, 24. 4. 2007 – Matyjek/POL, Nr. 38184/03, Z. 55 ff.; zum polnischen Lustrationsgesetz siehe auch *Burst* (Fn. 7), 147 f.

20 EGMR – Campbell u. Fell/UK, (Fn. 14), Z. 78.

21 *Sanders* (Fn. 8), 281.

IV. Verankerung justizieller Unabhängigkeit im EU-Recht

Insoweit hat das EU-Recht deutlich mehr Durchschlagskraft als die EMRK, schon weil es mit Vorrang vor nationalem (Verfassungs-)Recht ausgestattet ist, von Amts wegen und auch meist direkt von nationalen Parlamenten, Gerichten und Behörden anzuwenden ist.²² Außerdem verfügt die EU über ein breites Arsenal von Instrumenten, um Verletzungen der mehrfach durch Art. 2 EUV („Rechtsstaatlichkeit“), Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV („wirksame(r) Rechtsschutz“) und Art. 47 GRCh (das „Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf“ durch ein unabhängiges, unparteiisches sowie durch Gesetz errichtetes Gericht) abgesicherten richterlichen Unabhängigkeit durch die Mitgliedstaaten zu sanktionieren.

In seinem Urteil in der Rs.C-64/16, ASJP²³ befasste sich der EuGH 2018 erstmals mit einem EU-rechtsrelevanten Eingriff eines Mitgliedstaats in die Unabhängigkeit der Justiz. Der portugiesische Gesetzgeber kürzte damals vorübergehend, aber massiv die Gehälter von Richter*innen, um das Haushaltsdefizit des Staates abzubauen. Die Gewerkschaft der portugiesischen Richter*innen klagte vor dem Verwaltunggerichtshof gegen die Kürzungen und machte geltend, diese verstießen gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, der in den EU-Verträgen verankert sei. Der Gerichtshof legte in seinem „Schlüsselurteil“²⁴ dar,

- dass die Rechtsstaatlichkeit nach Art. 2 EUV zu den Grundwerten der EU gehöre, die alle Mitgliedstaaten teilen;²⁵
- dass die EU eine Rechtsunion mit umfassendem gerichtlichem Rechtsschutz sei (Art. 47 GRCh);²⁶
- dass Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, mit dem der Grundwert der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) konkretisiert werde, diese

22 Siehe hierzu *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 5 Rdn. 14 ff. und 25 ff.

23 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117; siehe zu diesem Urteil auch *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 11), 48 f.

24 *Giegerich* (Fn. 3), 74.

25 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 30.

26 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 31.

Rechtsschutzaufgabe den nationalen Gerichten gemeinsam mit dem EuGH übertrage²⁷ und

- schließlich, dass ein wirksamer Rechtsschutz unabhängige Gerichte erfordere, weshalb jeder Mitgliedstaat für ihre Einrichtung zu sorgen habe.²⁸

Im Ergebnis wies der Gerichtshof freilich die Ansicht zurück, eine vorübergehende Gehaltskürzung gefährde die Unabhängigkeit der portugiesischen Richter*innen. Die besondere Bedeutung der Entscheidung liegt darin, dass der EuGH die grundlegende Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für die Rechtsstaatlichkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten (Art. 2 EUV) betont. Außerdem stellt der Gerichtshof einen Zusammenhang zwischen der Unabhängigkeit von Gerichten und dem in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV sowie Art. 47 GRCh enthaltenen Gebot zur Gewährung von effektivem Rechtsschutz her, in dem er betont, dass lediglich unabhängige Gerichte einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten können.²⁹

V. Relevanz justizieller Unabhängigkeit im EU-Recht

Die Kombination aus Art. 2 und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 GRCh sorgt dafür, dass das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit nicht nur ein Verfahrensgrundrecht des Einzelnen, sondern auch eine objektive Verpflichtung der Mitgliedstaaten ist,³⁰ die leichter und effektiver durchsetzbar als in der EMRK ist, nämlich durch Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen einzelne Mitgliedstaaten (Art. 258 AEUV), aber auch in allen anderen Verfahren vor dem EuGH, insbesondere durch Vorabentscheidungsverfahren, die von nationalen Gerichten initiiert werden (Art. 267 AEUV). Der EuGH unterstreicht auch die enorme Bedeutung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit für das gesamte Rechtsschutzsystem der EU, welches darauf basiert, dass alle Mitgliedstaaten rechtsstaatliche Grundsätze einhalten.

27 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 32.

28 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 41.

29 *Czerniak* (Fn. 9), 90.

30 *Payandeh* (Fn. 4), 483.

Das gegenseitige Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten ist eine wichtige Voraussetzung für die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden der Mitgliedstaaten untereinander im Bereich des Strafrechts, etwa bei der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nach dem Rahmenbeschluss 2002/584/JI.³¹ Bekanntlich ist ein von den Justizbehörden eines Mitgliedstaats ausgestellter Europäischer Haftbefehl nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung grundsätzlich in allen anderen Mitgliedstaaten zu vollstrecken. Dieser Automatismus bei der Vollstreckung kann jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH unter „außergewöhnlichen Umständen“³² außer Kraft gesetzt werden, ohne dass der Wortlaut des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI hierfür eine Grundlage bietet.

Das gilt nach EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM³³ auch, wenn in dem Staat, der den Europäischen Haftbefehl ausgestellt hat, das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit verletzt wird, dem für die Wahrung des Werts der Rechtsstaatlichkeit, grundlegende Bedeutung zukommt. In der Entscheidung des EuGH ging es um die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, den ein polnisches Gericht gegen eine in Irland festgenommene Person, u.a. wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln, ausgestellt hatte. Die betroffene Person machte geltend, ihr drohe bei Übergabe an die polnischen Gerichte angesichts der dortigen „Justizreform“ die Gefahr eines unfairen Strafverfahrens. Nach Ansicht des EuGH kann der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung des Haftbefehls aber nur außer Kraft gesetzt werden, wenn im Staat, der den Haftbefehl ausgestellt hat, nicht bloß systemische rechtsstaatliche Mängel bestehen, wie das in Polen zweifellos der Fall ist, sondern außerdem eine echte Gefahr besteht, dass dadurch im konkreten Fall das Grundrecht der betroffenen Person auf ein unabhängiges Gericht verletzt ist, was eine Einzelfallprüfung erfordert.³⁴ Da ein solcher Nachweis schwer zu führen ist, werden sich systematische Verstöße gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte nur ausnahmsweise auf die Vollziehbarkeit eines Europäischen Haftbefehls auswirken.

31 ABI. EU L 190 v. 18.7.2002, S. 1.

32 EuGH – LM, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rdn. 73.

33 EuGH – LM (Fn. 32).

34 EuGH – LM (Fn. 32), Rdn. 61 und 68; siehe hierzu auch *Czerniak* (Fn. 9), 97 ff. und *Giegerich* (Fn. 3), 97 ff.

VI. Kriterien richterlicher Unabhängigkeit im EU-Recht

Der EuGH hat, aufbauend auf die Judikatur des EGMR, eine Reihe von Kriterien entwickelt, welche für die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit von Relevanz sind. Der Begriff der Unabhängigkeit setzt nach Ansicht des Gerichtshofs u.a. voraus, dass die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, und dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden könnten.³⁵

Die pauschale Zwangspensionierung von Richter*innen durch die Absenkung des Ruhestandsalters, wie in Polen geschehen, verstößt gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte, jedenfalls wenn sie im Kontext weiterer Regelungen einer Justizreform erfolgt, der zufolge der polnische Präsident nach freiem Ermessen darüber entscheidet, welche Richterin bzw. welcher Richter ihr bzw. sein Amt trotz Erreichen des Pensionsalters weiter ausüben darf.³⁶

Die Schaffung der polnischen Disziplinarkammer des Obersten Gerichts, die Richter*innen entlassen kann, aber die selbst nicht unabhängig ist, sondern Einflussnahmen durch die polnische Legislative und Exekutive unterliegt, ist ebenfalls unzulässig. Das gilt vor allem, wenn die Richter*innen keine wirksamen Verteidigungsrechte gegen Disziplinarmaßnahmen der Kammer haben.³⁷

Auch nicht einvernehmliche Versetzungen eines Richters an ein anderes Gericht können die Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit verletzen. Sie können ein Mittel zur Kontrolle des Inhalts gerichtlicher Entscheidungen sein, da sie erhebliche Auswirkungen auf das Leben und die Laufbahn von Richter*innen und damit entsprechende Wirkungen wie eine Disziplinarstrafe haben können. Sie dürfen nur aus berechtigten Gründen beschlossen werden und müssen angefochten werden können. Der Hintergrund der Maßnahme ist außerdem

35 EuGH – Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Fn. 23), Rdn. 44.

36 EuGH – Kommission/Polen, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rdn. 124.

37 EuGH – Kommission/Polen, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, Rdn. 235.

relevant. So verletzen z.B. Versetzungen die richterliche Unabhängigkeit, wenn sie eine Reaktion auf kritische Äußerungen der Richterin oder des Richters sind.³⁸

VII. Messen richterlicher Unabhängigkeit in der EU

Seit 2020 existiert in der EU der Rechtsstaatlichkeitsbericht der Kommission.³⁹ Dieser dokumentiert die Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten in vier Schlüsselbereichen, wozu auch die Justizsysteme gehören. Im Bericht von 2022 sind erstmals spezifische Empfehlungen für jeden Mitgliedstaat im Justizbereich enthalten. Ein wichtiger Teil des Berichts befasst sich mit Justizreformen in den Mitgliedstaaten, die erfolgt oder geplant sind, um die Unabhängigkeit der Justiz zu stärken, z.B. durch verbesserte Ernennungsverfahren im Justizwesen oder durch Stärkung der Autonomie der Staatsanwaltschaften. Zu erwähnen ist in Bezug auf Deutschland, dass die Befugnis der Justizminister*innen, Staatsanwält*innen in Einzelfällen Weisungen zu erteilen, reformiert werden soll⁴⁰ und die Notwendigkeit, weitere Personalressourcen für die Justiz bereitzustellen.⁴¹

Wie ist die Situation der Justiz in Georgien? Bekanntlich hat Georgien im März 2022 einen Antrag auf Beitritt zur EU gestellt, der im Juni 2022 durch den Europäischen Rat zunächst zurückgestellt wurde. Diese Entscheidung basiert auch auf einer Untersuchung zur Situation der Justiz in Georgien. Es ist daher damit zu rechnen, dass Georgien erst offizieller Beitrittskandidat wird, wenn die rechtsstaatliche Situation verbessert wird. Die Kommission lobt in ihrem letzten Bericht die georgischen Justizreformen der letzten Jahre, sieht aber auch noch Probleme, weil „(d)ie Fortschritte bei den Justizreformen und deren Umsetzung (...) ins Stocken geraten (sind), und (...) einige Rückschritte zu verzeichnen (waren). (...) Georgien hat noch keinen strategischen Rahmen für die Justizreform nach 2020 verabschiedet.“⁴²

Handlungsbedarf besteht in verschiedenen Bereichen des georgischen Justizwesens, so etwa hinsichtlich des Verfahrens zur Besetzung des Obersten

38 EuGH – W.Z., Rs. C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, Rdn. 114 ff.

39 Siehe hierzu auch *Payandeh* (Fn. 4), 489.

40 SWD (2022) 505 final, 13. 7. 2022, S. 6.

41 SWD (2022) 505 final (Fn. 40), S. 3.

42 COM (2022) 405 final, 17. 6. 2022, S 8.

Gerichtshofs, bezüglich des Systems der zufälligen Zuweisung der Fälle an Richter*innen, beim Ernennungsprozess der Staatsanwaltschaft sowie bezüglich der Zahl der Richter*innen und der Staatsanwäl*innen. Die personelle Ausstattung der Justiz in Georgien ist im Vergleich zu den europäischen Durchschnittswerten unterdurchschnittlich (nur 9 Richter*innen bzw. 12 Staatsanwäl*innen pro 100.000 Einwohner in Georgien).⁴³ Sie muss deutlich erhöht werden, damit hier ein effektiver Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte gewährleistet ist.

VIII. Resümee

Nationale Verfassungen bieten meist nur einen Mindestschutz für die Unabhängigkeit von Richter*innen, da diese nur allgemein als Form der Unabsetzbarkeit und Weisungsfreiheit geregelt ist. Im EU-Recht und der EMRK haben sich jedoch mittlerweile die Konturen eines europäischen Gerichtsverfassungsrechts herauskristallisiert, das den Schutzstandard für die richterliche Unabhängigkeit deutlich verbessert. Europäische Gerichte wie der EuGH und der EGMR tolerieren Eingriffe der Staaten in die Unabhängigkeit von Gerichten nur, wenn dafür sachliche Gründe vorliegen, die klar formuliert und angemessen sind und wenn ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz gegen derartige Maßnahmen besteht.

Die zahlreichen Verfahren um zweifelhafte Justizreformen in Ländern wie Polen haben jedoch auch gezeigt, dass die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit oft eine Frage der Rechtskultur ist. Es kommt letztlich darauf an, wie die Situation der Richter*innen gegenüber der Exekutive oder Legislative in der Praxis gehandhabt wird.⁴⁴ Das zeigt sich z.B. daran, dass es in Deutschland und in Polen – formal betrachtet – durchaus Ähnlichkeiten in Bezug auf die Verfahren zur Ernennung von Richter*innen gibt, die jedoch zu vollkommen unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Der EuGH ist sich dieses Problem durchaus bewusst. So ist seiner in der Rs. C-272/19, Land Hessen geäußerten Ansicht nach der Umstand, dass Richter*innen in Deutschland von den Landesministerien der Justiz ernannt und befördert werden, also dass die Exekutive im Verfahren der Ernennung einer

43 COM (2022) 405 final (Fn. 42), S 8 f.

44 *Sanders* (Fn. 8), 281.

Richterin oder eines Richters tätig wird, nicht per se geeignet, eine Abhängigkeit dieser Richterin oder dieses Richters gegenüber der Exekutive zu schaffen, wenn die betroffene Person nach ihrer Ernennung keinerlei Druck ausgesetzt ist und bei der Ausübung ihres Amtes keinen Weisungen unterliegt.⁴⁵

Notwendig ist vielmehr die „Gesamtwürdigung einer Reihe von Faktoren, die zusammen betrachtet dazu beitragen“ können, berechnete Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter zu wecken.⁴⁶ Deshalb führt der Umstand, dass in Polen der in das Verfahren zur Ernennung von Richter*innen eingebundene Landesjustizrat überwiegend aus von der Legislative bestimmten Mitgliedern besteht, „für sich genommen nicht zu Zweifeln an der Unabhängigkeit der am Ende dieses Verfahrens ernannten Richter“.⁴⁷ Etwas anderes könne hingegen der Fall sein, „wenn derselbe Umstand in Verbindung mit anderen relevanten Gesichtspunkten und den Bedingungen, unter denen diese Entscheidungen getroffen wurden, zu solchen Zweifeln führt.“⁴⁸

Es kommt also darauf an, ob Richter*innen ihre Arbeit in der Realität unabhängig ausführen können oder nicht. Diese kontextabhängige Betrachtung des Prinzips der Unabhängigkeit der Gerichte ist allerdings auch problematisch. Sie erschwert es, sog. „Justizreformen“, mit denen in Staaten bestehende Sicherungen richterlicher Unabhängigkeit zugunsten eines größeren Einflusses von Regierung und Parlament Schritt für Schritt abgebaut werden, wirksam zu begegnen. Wie und wo sollen europäische Gerichtshöfe hier eine Grenze ziehen, wenn in funktionierenden Rechtsstaaten teilweise ähnliche Instrumente zur Besetzung, Disziplinierung und Absetzung von Richter*innen verwendet werden?⁴⁹ Letztlich wird die EU deshalb den Druck auch gegenüber Staaten wie Deutschland, die sich selbst als Musterschüler*innen in Sachen Unabhängigkeit der Justiz sehen, erhöhen müssen, damit diese potentiellen Schwachstellen im Justizsystem beseitigen.

45 EuGH – Land Hessen, Rs. C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535, Rdn. 42 ff.

46 EuGH – X u. Y, Rs. C-562/21 PPU u. C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, Rdn. 74.

47 EuGH – X u. Y (Fn. 46), Rdn. 75.

48 EuGH – X u. Y (Fn. 46), Rdn. 75.

49 Zur Versetzung eines beamteten Richters, der sich mehrfach rechtsextremistisch geäußert hatte, in den Ruhestand durch deutsche Justizbehörden nach § 31 Nr. 3 Deutsches Richtergesetz (DRiG), „um eine schwere Beeinträchtigung der Rechtspflege abzuwenden“, LG Dresden, Urt. v. 1. 12. 2022, Az. 66 DG 2/22, <https://openjur.de/u/2461062.html>.

DAS VERHÄLTNISS VON STRAFRECHT UND MEINUNGS- BZW. VERSAMMLUNGSFREIHEIT BEI POLITISCHEN DEMONSTRATIONEN IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. **Frank Zimmermann**, Westfälische-Wilhelms-Universität Münster

I. Einleitung

Wir leben in dramatischen Zeiten: Kaum dass die globale Coronapandemie überwunden scheint, herrscht nach dem Angriff Russlands auf die Ukraine wieder offener Krieg in Europa. Zugleich haben wir mit dem drohenden Klimakollaps und dem weltweiten Artensterben im wahrsten Sinne des Wortes existenzielle Herausforderungen vor uns, deren Bewältigung mit dem Wort „Jahrhundertaufgabe“ sicher nicht unzutreffend beschrieben ist. All diese Krisen zwingen uns dazu, unseren Lebensstil radikal zu hinterfragen. Das geht nicht ohne gesellschaftliche Verwerfungen vonstatten, die sich teils in kleinen, öffentlichkeitswirksamen Protestaktionen äußern, teils aber auch in Demonstrationen großer Menschenmengen. Kräfte am Rand des politischen Spektrums versuchen, letztere gezielt zu instrumentalisieren, um den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat zu untergraben. Umso bedeutsamer ist es aus der Perspektive eines Strafrechtlers, das Verhältnis der Meinungsfreiheit zu den einzelnen Strafvorschriften zu beleuchten. Die Meinungsfreiheit ist im deutschen Recht durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) verfassungsrechtlich geschützt. Es ist eine Vielzahl von Fallgestaltungen denkbar, in denen dieses Grundrecht mit Strafvorschriften kollidiert. Aufgrund der soeben skizzierten aktuellen Herausforderungen soll der Fokus daher im Folgenden auf eine besonders wichtige Fallgruppe beschränkt werden: Der Beitrag wird sich speziell mit dem Verhältnis von Meinungsfreiheit und Strafrecht im Zusammenhang mit politischen Demonstrationen konzentrieren. Dieser Zuschnitt macht es aber zugleich erforderlich, mit der in Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Versammlungsfreiheit noch ein weiteres Grundrecht in die Betrachtung

einzu beziehen. Denn wo politisch demonstriert wird, liegt in aller Regel¹ auch eine solche, von Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Versammlung vor. Auch im Hinblick auf ihren Schutzzweck überschneiden sich Meinungs- und Versammlungsfreiheit, da letztere gerade Raum für die kollektive Meinungsäußerung schaffen und dadurch die für eine freiheitlich-demokratische Gesellschaft essentielle öffentliche Meinungsbildung ermöglichen soll.²

II. Wechselwirkungen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit mit Straftatbeständen

Um das Zusammenspiel von Strafvorschriften und verfassungsrechtlich geschützten Grundrechtsgarantien zu verstehen, sind zunächst einige Worte zur Grundrechtsdogmatik erforderlich: Nach deutschem Verständnis prüft man zunächst die Eröffnung des (sachlichen und persönlichen) Schutzbereichs. Fehlt es hieran, ist das Grundrecht bereits von vornherein nicht einschlägig – so schützt Art. 13 GG z.B. nur die Wohnung, nicht aber Geschäftsräume. Diese Stufe ähnelt von der Konzeption her der Tatbestandsprüfung im Strafrecht. Ist der Schutzbereich eröffnet und liegt ein Eingriff vor – nach klassischem Verständnis fallen darunter zumindest diejenigen staatlichen Akte, die unmittelbar und gezielt eine geschützte Freiheit verkürzen³ –, stellt sich die Frage nach den „Schranken“ des betreffenden Grundrechts. Gemeint sind damit verfassungskonforme Möglichkeiten, das jeweilige Grundrecht einzuschränken. Wollte man die Parallele zur Strafrechtsdogmatik fortsetzen, handelte es sich bei Grundrechtsschranken um funktionale Äquivalente zu Rechtfertigungsgründen, die ausnahmsweise ein an sich grundrechtswidriges Staatshandeln gestatten. Teils sind solche Schranken im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehen, indem ein Grundrecht unter einen Gesetzesvorbehalt gestellt wird.⁴ Auch ohne solchen expliziten

1 Ausnahmen sind denkbar, etwa wenn die Versammlung einen gewaltsamen Verlauf nimmt und deshalb nicht mehr in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG fällt.

2 BVerfGE 104, 92 (104).

3 S. etwa BVerfGE 105, 279 (299 f.); näher *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Vor Art. 1 Rn. 26 ff.

4 Etwa das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie die Freiheit der Person: Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG.

Schrankenvorbehalt⁵ ergeben sie sich aber aus kollidierendem Verfassungsrecht, namentlich den Grundrechten dritter Personen.⁶ Alle diese Möglichkeiten, ein Grundrecht einzuschränken, dürfen indes nicht dazu führen, dass es weitgehend inhaltsleer wird: Die Grundrechtsschranken unterliegen selbst Grenzen – man spricht von „Schranken-Schranken“ –, zu denen z.B. die Prüfung der Verhältnismäßigkeit gehört.

1. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

Wenden wir uns nun zunächst der Meinungsfreiheit zu. Sie wird von Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistet. Die Vorschrift lautet (soweit hier von Interesse): „Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten [...].“

a) Schutzbereich

Auf der Ebene des Schutzbereichs sind bei der Meinungsfreiheit bereits einige bedeutsame Eingrenzungen vorzunehmen: Geschützt wird das Äußern und Verbreiten von Meinungen; also solcher Gedankeninhalte, die Werturteile und ein Element persönlicher Stellungnahme beinhalten, sich nicht als wahr oder unwahr erweisen lassen.⁷ Abzugrenzen hiervon sind Tatsachenbehauptungen, deren Richtigkeit oder Falschheit nachprüfbar ist: Zwar nehmen auch sie am Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG teil, soweit sie Grundlage für die Herausbildung einer Meinung sind.⁸ Nachweislich oder bewusst unwahre Behauptungen und das Verbreiten unrichtiger Informationen allerdings fallen komplett aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit heraus.⁹ Bedeutung hat dies im strafrechtlichen Kontext insbes. für die Leugnung eines unter der NS-Herrschaft begangenen Völkermordes,

5 Ein Beispiel ist die Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG.

6 Hierzu *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Vor Art. 1 Rn. 48 ff.

7 S. etwa BVerfGE 7, 198 (210); 90, 241 (247).

8 BVerfGE 61, 1 (8).

9 BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8).

namentlich des Holocaust (§ 130 Abs. 3 StGB),¹⁰ bzw. anderer Völkerstraftaten (§ 130 Abs. 5 StGB).

Nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG umfasst sind ferner Formen der Äußerung, die sich nicht auf die Überzeugungskraft des geistigen Arguments verlassen, sondern versuchen, die eigene Ansicht anderen Personen aufzuzwängen und damit deren Meinungsfreiheit beschränken.¹¹

b) Schranken

Die so konturierte Meinungsfreiheit ist im deutschen Recht nicht schrankenlos gewährleistet. Vielmehr findet sie nach Art. 5 Abs. 2 GG „ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre“. Dass dies bei oberflächlicher Lektüre eine sehr weitreichende Einschränkung bedeuten würde, zeigt sich z.B. mit Blick auf die strafrechtlichen Beleidigungstatbestände, die dem Schutz der persönlichen Ehre dienen: Dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG nach würde letztlich die Auslegung des § 185 StGB darüber entscheiden, ob eine Äußerung grundrechtlich geschützt ist oder nicht. Dieses Grundproblem hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) schon im Jahr 1958 mit seinem sog. Lüth-Urteil thematisiert. Es hob darin zunächst die zentrale Bedeutung der Meinungsfreiheit für eine freiheitlich-demokratische Verfassungsordnung hervor: „Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt [...]. Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist [...]. Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt [...]“¹² Aus diesem Grund könne der Gehalt der Meinungsfreiheit nicht einseitig danach bestimmt

10 BVerfGE 90, 241 (249), zuletzt BVerfG NJW 2018, 2858 (2859 f.).

11 BVerfG NJW 1969, 1161 (1162); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1-2 Rn. 73; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 53. Edition, Stand: 15.11.2022, Art. 5 Rn. 13. Zur weiteren, speziell für Beleidigungsdelikte relevanten Ausnahme für Schmähkritik s. sogleich.

12 BVerfGE 7, 198 (208).

werden, was das einfache Gesetzesrecht zulässt: Die Regelung des Art. 5 Abs. 2 GG müsse vielmehr „in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt.“¹³ Das Zusammenspiel von allgemeinen, ehr- und jugendschützenden Gesetzen einerseits und der Meinungsfreiheit andererseits beschreibt das BVerfG deshalb wie folgt: „es findet [...] eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die ‚allgemeinen Gesetze‘ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“¹⁴

2. Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

Die zweite für den vorliegenden Kontext relevante Grundrechtsgarantie, die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG, lautet: „Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.“

a) Schutzbereich

Als Versammlung versteht man eine Zusammenkunft von mindestens zwei Personen, die ein gemeinsamer Zweck verbindet.¹⁵ Dieser muss in der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung bestehen.¹⁶ Der Schutzbereich des Grundrechts ist dem Wortlaut nach nur eröffnet, wenn die Versammlung friedlich und ohne Waffen stattfindet. Wann eine Versammlung „friedlich“ ist, bestimmt sich dabei nach

13 BVerfGE 7, 198 (208).

14 BVerfGE 7, 198 (209). Zur Kritik s. etwa *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 193 Rn. 6, 33.

15 *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 13 f.

16 BVerfGE 104, 92 (104).

einem verfassungsrechtlichen Maßstab und nicht anhand des strafrechtlichen Gewaltbegriffs – anderenfalls könnte etwa der allgemeine Nötigungstatbestand des § 240 Abs. 1 StGB das Grundrecht der Versammlungsfreiheit weitgehend leerlaufen lassen.¹⁷ Auf den ersten Blick ähnelt diese Herangehensweise derjenigen der Wechselwirkungslehre bei der Meinungsfreiheit. Jedoch handelt es sich hier zum einen um eine Frage des Schutzbereichs (nicht einer Schranke), zum anderen nimmt das Friedlichkeitserfordernis auch nicht explizit Bezug auf einfachgesetzliche Vorschriften, sodass das Merkmal autonom anhand des Verfassungsrechts auszulegen ist.

b) Schranken

Daneben gestattet Art. 8 Abs. 2 GG einfachgesetzliche Schranken für Versammlungen unter freiem Himmel. Sie finden sich in den Versammlungsgesetzen der Länder oder, soweit die Länder kein eigenes Versammlungsgesetz erlassen haben, im Bundesversammlungsgesetz. Eine für den vorliegenden Kontext relevante Schranke der Versammlungsfreiheit enthält etwa § 3 Abs. 1 des Bundesversammlungsgesetzes, demzufolge das Tragen von Uniformen, Uniformteilen oder gleichartigen Kleidungsstücken, die eine gemeinsame politische Gesinnung manifestieren, untersagt ist. Verstöße gegen dieses Verbot sind nach § 28 Bundesversammlungsgesetz mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedroht. Neben diesen ausdrücklichen gesetzlichen Schranken ist auch bei Art. 8 Abs. 1 GG als weitere Schranke kollidierendes Verfassungsrecht zu beachten.

III. Einzelne Anwendungsbeispiele

Nach diesem eher abstrakten Streifzug durch die Landschaft der deutschen Grundrechtsdogmatik soll im Folgenden das Zusammenspiel von Meinungs- bzw. Versammlungsfreiheit und Strafrecht anhand konkreter Problemfelder näher beleuchtet werden. Herausgegriffen werden dabei einige besonders konfliktrichtige Deliktgruppen; die Darstellung muss aber exemplarisch bleiben.

17 BVerfGE 73, 206 (248 f.); *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 22.

1. Ehrdelikte

Dass besonders die Ehrdelikte in Bezug auf die Meinungsfreiheit Schwierigkeiten aufwerfen, ist bereits angeklungen. Ein aktuelles Beispiel ließ sich bei einer Demonstration anlässlich des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine beobachten. Dort wurde ein Plakat mit der Aufschrift „Putin Du bist so 1 Pimmel“ hochgehalten. Der russische Machthaber wurde mit dieser Äußerung auf eine umgangs- oder auch kindersprachliche Umschreibung des männlichen Geschlechtsteils reduziert. Zugleich hat die Formulierung eine innerdeutsche Vorgeschichte: Hamburgs Innensenator Grote war in einem obrigkeitskritischen Tweet mit genau dieser Formulierung beschrieben worden. Nachdem Grote deshalb Strafantrag wegen Beleidigung gestellt hatte, fand eine Durchsuchung beim Verdächtigen statt, die das Landgericht Hamburg später für unverhältnismäßig und deshalb rechtswidrig befand.¹⁸ Dass diese Bezeichnung den Tatbestand einer strafbaren Beleidigung erfüllen kann, ist damit freilich nicht ausgeschlossen.

a) Relevante Strafvorschriften

Bis vor einigen Jahren enthielt das deutsche Recht in § 103 StGB einen speziellen Tatbestand, der die Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten mit Strafe bedrohte. Zwischenzeitlich wurde diese Vorschrift aufgehoben, sodass die Demonstranten gegen den Ukraine-Krieg sich insoweit keine Sorgen machen mussten. Anwendbar bleiben aber die allgemeinen Beleidigungsdelikte, namentlich § 185 StGB. Die Vorschrift erfasst „Beleidigungen“, ohne diesen Begriff auch nur ansatzweise zu definieren. Man versteht darunter Werturteile, mit denen in Bezug auf eine andere Person eine Miss- oder Nichtachtung zum Ausdruck gebracht wird.¹⁹ Dass das genannte Plakat genau dies tun sollte, bedarf keiner näheren Erläuterung.

Für eine öffentlich begangene Beleidigung sieht § 188 StGB seit 2021²⁰

18 S. <https://www.sueddeutsche.de/politik/hausdurchsuchung-pimmelgate-afaaere-rechtswidrig-1.5634877>.

19 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 185 Rn. 3.

20 S. BGBl. 2021 I, S. 441. Zuvor bezog sich § 188 nur auf die Üble Nachrede (§ 187) und die Verleumdung (§ 188).

eine Qualifikation vor, wenn die Tat „gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person [...] aus Beweggründen begangen [wird], die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und [...] die Tat geeignet [ist], sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren“. Allerdings stehen ausländische Politikerinnen und Politiker nicht „im Leben des [deutschen] Volkes“; diese Personengruppe wird daher von der Qualifikation nicht erfasst.²¹ Dasselbe gilt im Hinblick auf den Spezialtatbestand des § 90 StGB, der die Verunglimpfung des deutschen Bundespräsidenten gesondert unter Strafe stellt. Unter einer Verunglimpfung versteht man eine – verglichen mit den allgemeinen Beleidigungsdelikten – erheblichere Form der Ehrverletzung.²² Werden bei einer Demonstration also vergleichbare Parolen gegen einen deutschen Politiker geäußert, kommt eine Strafbarkeit nach diesen Spezialvorschriften durchaus in Betracht.

b) Schutzbereich und Schranken der betroffenen Grundrechte

Dass es sich bei solchen Äußerungen um Werturteile handelt, sodass der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG eröffnet ist, liegt regelmäßig auf der Hand. Allerdings ist speziell im Kontext der Beleidigungsdelikte eine weitere, zuvor noch nicht erwähnte Ausnahme zu beachten: Nicht vom Schutzbereich umfasst wird sog. Schmähkritik, also eine Kritik, bei der nicht die – vielleicht zugespitzt und polemisch vorgetragene – sachliche Auseinandersetzung, sondern die Herabsetzung der kritisierten Person im Vordergrund steht.²³ Allerdings muss, damit die Meinungsfreiheit nicht untergraben wird, der Begriff der Schmähkritik eng verstanden werden.²⁴ Gerade im politischen Meinungskampf sind derbe Formulierungen nicht ungewöhnlich. Bedenkt man im Beispiel des „Pimmel-Plakats“ den sachlichen Kontext – eine Demonstration gegen die von Putin angeordnete Invasion in die Ukraine –, wird deutlich, dass sich die Äußerung

21 *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 188 Rn. 3.

22 BGHSt 16, 338 (339); *Anstötz*, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 90 Rn. 5.

23 BVerfGE 82, 272 (284).

24 BVerfGE 82, 272 (284).

nicht primär gegen die Person Putins, sondern gegen sein kriegstreiberisches Verhalten richtete. Außerdem ist auch der verschmitzte, humorvolle Unterton zu bedenken, der durch die Bezugnahme auf das „Pimmelgate“ des Hamburger Innensensors entstand. Insofern handelt es sich nicht um eine reine Schmähkritik und der Schutzbereich der Meinungsfreiheit war demnach eröffnet.

c) Verfassungskonforme Anwendung der Strafnormen

Insofern handelt es sich bei dem „Pimmel-Plakat“ um ein gutes Beispiel für die oben beschriebene, vom BVerfG begründete Wechselwirkungslehre: Es ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnet, auf den ersten Blick ist aber die Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG einschlägig: § 185 StGB ist (ebenso wie die §§ 188 und 90 StGB) ein ehrschützendes Gesetz. Damit die Meinungsfreiheit nicht ausgehöhlt wird, gilt es also Vorschriften oder rechtliche Merkmale zu identifizieren, an denen eine verfassungskonforme Einschränkung der Beleidigungsstrafbarkeit anknüpfen kann. Zwei Stellschrauben im materiellen Recht²⁵ bieten sich hierfür an:

Erstens ließe sich bereits über den Begriff der Beleidigung diskutieren. Dieser muss das hinter § 185 StGB stehende Rechtsgut – die Ehre – in den Blick nehmen. Was genau als Ehre strafrechtlichen Schutz verdient, ist freilich seit jeher umstritten: Nach dem heute vorherrschenden normativen Ehrbegriff handelt es sich um den aus der Menschenwürde abgeleiteten Geltungswert, der dem Einzelnen aufgrund seiner Fähigkeiten und seines Verhaltens berechtigterweise zusteht.²⁶ Dass Putin mit dem von ihm angeordneten Krieg Völkerrecht bricht und den Anstoß zumindest für eine Vielzahl von Kriegsverbrechen gegeben hat, ließe sich nach dieser Ansicht also grundsätzlich bei der Bestimmung der Reichweite des § 185 StGB berücksichtigen. Ob dies allerdings bedeutet, dass schon der Tatbestand der Beleidigung von den Vertretern dieses Ehrbegriffs verneint würde, ist damit nicht gesagt. Denn die Äußerung zielte zumindest vordergründig – obwohl sie

25 Denken ließe sich auch noch an prozessuale Instrumente wie das Erfordernis eines Strafantrags (§ 194 StGB), die Möglichkeit einer Verweisung auf den Privatklageweg (§ 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO) und die in diesem Rahmen bestehende Möglichkeit einer Einstellung wegen geringer Schuld (§ 383 Abs. 2 StPO).

26 S. etwa *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2020, Vor § 185 Rn. 5.

wegen des sachlichen Kontexts keine Schmähkritik darstellte – darauf ab, Kritik an der Person Putin zu üben. Auch wenn man einen funktionalen Ehrbegriff bevorzugt, der seinen Kern nicht in der Menschenwürde, sondern in der sozialen Rolle des Betroffenen hat,²⁷ wäre eine Beschränkung des Tatbestands hier wohl nicht angezeigt.

Letztlich sind diese Überlegungen zum Begriff der Beleidigung jedenfalls deshalb müßig, weil mit § 193 StGB ein spezieller Rechtfertigungsgrund für den Bereich der Ehrdelikte existiert. Die Vorschrift erfasst neben einer Reihe weiterer Situationen jede berechnete Wahrnehmung rechtlich anerkannter Interessen.²⁸ Zwar ist das genaue Verhältnis dieser Vorschrift zu Art. 5 Abs. 1 GG umstritten: Teils wird der eigenständige Charakter des § 193 StGB betont und bestritten, dass sich schon aus Art. 5 Abs. 1 GG eine Legitimation dafür ableiten lasse, in die Ehre anderer einzugreifen.²⁹ Normhierarchisch ist das aber nicht zwingend, zumal eine ausufernde Verfolgung mutmaßlicher Ehrdelikte unter anderen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen durchaus dazu dienen könnte, politische Gegner mundtot zu machen und damit die Meinungsfreiheit zu beschneiden. Auch ohne eine einfachgesetzliche Norm wie § 193 StGB muss dann unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 GG eine Einschränkung der Strafbarkeit folgen.³⁰ Für Fälle wie denjenigen des „Pimmel-Plakats“ dürfte unabhängig von dem genauen Zusammenspiel des § 193 StGB mit Art. 5 Abs. 1 GG eine Strafbarkeit ausscheiden: Es ist ein berechtigtes Anliegen jedes Einzelnen, völkerrechtswidrige Kriege scharf zu kritisieren. Auch gesamtgesellschaftlich verfolgen Äußerungen, die ersichtlich dazu dienen, in der Bevölkerung eine breite Abneigung gegen einen Angriffskrieg zu schüren und damit zugleich die Bereitschaft zu wecken, etwaige Nachteile einer Sanktionspolitik mitzutragen, ein legitimes Kommunikationsziel. Ob man also eine Rechtfertigung gem. § 193 StGB bejaht oder sie i.S.d. Wechselwirkungslehre direkt aus Art. 5 Abs. 1 GG ableitet, kommt auf das Gleiche hinaus: Eine solche Äußerung ist in Anbetracht des Kontextes nicht strafbar.

27 In diese Richtung *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Vor § 185 ff. Rn. 1 m.w.N.

28 *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 193 Rn. 8.

29 *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 193 Rn. 33.

30 In diesem Sinne auch *Regge/Pegel*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 193 Rn. 40.

2. Nötigungsdelikte, insbes. bei Blockadeaktionen

Wenden wir uns einer zweiten Fallkonstellation zu, an der sich das Verhältnis von Strafvorschriften zu Grundrechten veranschaulichen lässt: Einer möglichen Strafbarkeit von Personen, die an Protestaktionen teilnehmen, wegen Nötigungsdelikten. Ein aktuelles Beispiel liefern die Klimaproteste, bei denen sich Aktivisten auf der Straße festkleben, um diese zu blockieren und so auf die Notwendigkeit der Reduktion des CO₂-Ausstoßes hinzuweisen.

a) Relevante Strafvorschriften

In solchen Fällen stellt sich nach deutschem Recht hauptsächlich die Frage, ob § 240 Abs. 1 StGB verwirklicht ist. Die Vorschrift lautet: „Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Das Gesetz beschränkt die strafbarkeitsrelevanten Nötigungsmittel also auf diejenigen der Gewalt und der Drohung mit einem empfindlichen Übel. Sie unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass die Drohungsvariante ein künftiges Übel zum Gegenstand hat und dadurch im Moment der Äußerung noch eine rein psychische Wirkung entfaltet. Demgegenüber setzt die Variante der Gewalt die Zufügung eines schon gegenwärtigen Übels voraus.³¹

Bei unbefangener Lektüre mag es als nicht sonderlich naheliegend erscheinen, dass Demonstrationen, die zur Blockade einer Straße führen, diesen Nötigungsmitteln – speziell demjenigen der Gewalt – subsumiert werden. In der Tat wurde als Gewalt ursprünglich nur eine physische Einwirkung verstanden, die beim Opfer zu einer körperlichen Zwangswirkung führt.³² In der Folge wurde der Gewaltbegriff aber immer weiter ausgedehnt, bis der Bundesgerichtshof es im Jahr 1969 sogar für ausreichend hielt, dass der Täter (im konkreten Fall: durch einen Sitzstreik auf Straßenbahngleisen) „mit geringem Kraftaufwand einen psychisch

31 Vgl. *Sinn*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 240 Rn. 29.

32 RGSt 60, 157 (158); BGHSt 1, 145 (147); *Schluckebier*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2021, § 240 Rn. 5.

determinierten Prozess in Lauf setzte.“³³ Auf der Grundlage eines dergestalt „vergeistigten“ Gewaltbegriffs waren – bis zu einer Korrektur durch das BVerfG (näher sogleich) – Blockadeaktionen strafrechtlich ohne Weiteres als Nötigung erfassbar.

Da die Nötigungsmittel also recht weit interpretiert werden, unterfallen viele alltägliche Situationen dem § 240 Abs. 1 StGB (man denke nur an die Kindererziehung: „Wenn Du dein Zimmer nicht aufräumst, nehme ich Dir das Smartphone ab.“). Deshalb weist die Vorschrift eine Besonderheit auf: Sie ist als sog. offener Tatbestand konzipiert, bei dem die Verwirklichung der gesetzlichen Merkmale – anders als bei den allermeisten Delikten – nicht die Rechtswidrigkeit des Verhaltens indiziert. Vielmehr muss die Rechtswidrigkeit zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 240 Abs. 1 StGB positiv festgestellt werden. § 240 Abs. 2 fasst dies in die Worte: „Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.“ Wenn eine Strafbarkeit im Zusammenhang mit Demonstrationen zu untersuchen ist, gilt es deshalb nicht nur die durch Nötigungsmittel bewirkte Verursachung eines Nötigungserfolgs („Handlung, Duldung oder Unterlassung“) im Blick zu behalten, sondern auch die in § 240 Abs. 2 StGB umschriebene Zweck-Mittel-Relation.

Neben § 240 Abs. 1 StGB gibt es noch zwei speziellere Nötigungstatbestände, die bei Demonstrationen relevant werden können. Sie finden sich in den §§ 105 und 106 StGB. § 106 StGB bedroht die Nötigung des Bundespräsidenten oder eines Mitglieds eines Verfassungsorgans (Parlamente, Regierungen und Verfassungsgerichte auf Landes- und auf Bundesebene sowie die den Bundespräsidenten wählende Bundesversammlung), die dazu führt, dass die genötigte Person ihre amtlichen Befugnisse nicht oder in einer bestimmten Weise ausübt, mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Noch weiter geht § 105 StGB für den Fall, dass eines der genannten Verfassungsorgane insgesamt (und nicht nur ein einzelnes Mitglied) dazu genötigt wird, seine Befugnisse nicht oder in einer bestimmten Weise auszuüben: Dies wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bestraft und ist damit ein Verbrechen. Eine berühmte

33 BGHSt 23, 46 (54); Hervorhebung durch Verf.

Entscheidung zu der letztgenannten Vorschrift betraf Proteste gegen die Erweiterung des Frankfurter Flughafens um eine „Startbahn West“ in den frühen 1980er Jahren: Die Teilnehmenden einer Großdemonstration verfolgten das Ziel, durch die Blockade des bestehenden Flughafens die Landesregierung zum Stopp der Baumaßnahmen zu bewegen. Einer der Initiatoren der Kundgebung wurde anschließend wegen der versuchten Nötigung eines Verfassungsorgans (§ 105 StGB) in erster Instanz verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf und stellte klar, dass der zum allgemeinen Nötigungstatbestand des § 240 Abs. 1 StGB entwickelte, weite Gewaltbegriff nicht auf das – ausweislich der Strafdrohung – viel schwerwiegendere Verbrechen des § 105 StGB übertragen werden kann. Vielmehr müsse der vom Täter entfaltete Druck so erheblich sein, dass er unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, den Willen des Verfassungsorgans zu beugen.³⁴ Der Gewaltbegriff ist also tatbestandsbezogen zu verstehen;³⁵ dies ist aber noch nicht eine Auswirkung von Grundrechten, sondern letztlich das Ergebnis einer systematischen Auslegung der Strafvorschriften.

b) Schutzbereich und Schranken der betroffenen Grundrechte

Da Blockadeaktionen im Regelfall von mehreren Personen gemeinsam durchgeführt werden, liegt eine Versammlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG unproblematisch vor, wenn die Maßnahme Kommunikationscharakter hat und auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung abzielt.³⁶ Dass eine solche Demonstration strafrechtlich bereits unter den Gewaltbegriff des § 240 Abs. 1 StGB fallen kann, macht die betreffende Versammlung nicht per se unfriedlich: Solange sich die Teilnehmenden auf passive Formen des Protests (wie einen Sitzstreik) beschränken, sind auch solche Verhaltensweisen demnach grundsätzlich vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG umfasst.³⁷ An diesem Beispiel zeigt sich

34 BGHSt 32, 165 (170).

35 BGHSt 23, 46 (49); 32, 165 (170).

36 Für ein Gegenbeispiel – Blockade zur Erzwingung der Einreise – s. BVerfGE 104, 92 (105).

37 BVerfGE 73, 206 (249); 104, 92 (106); *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 23 und Rn. 79 f.; a.A. *Deppenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 99. Ergänzungslieferung 2022, Art. 8 GG Rn. 63.

ganz plastisch, dass das Erfordernis der Friedlichkeit in Art. 8 Abs. 1 GG nicht in Anlehnung an den strafrechtlichen Gewaltbegriff ausgelegt werden darf, sondern einer autonom-verfassungsrechtlichen Betrachtung bedarf.

Denkbar ist es natürlich auch, dass eine Einzelperson eine solche Blockadeaktion durchführt. Dann liegt nach ganz h.M. keine Versammlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG vor.³⁸ Diese Sichtweise ist grundrechtlich dann unproblematisch, wenn andere Garantien wie namentlich die Meinungsfreiheit die Lücke schließen. Dies setzt aber voraus, dass – entgegen dem BVerfG – die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 GG nicht allein deshalb verneint wird, weil die demonstrierende Person keine Äußerung tätigt, sondern mittels faktischen Verhaltens (z.B. einer Blockade) öffentliche Aufmerksamkeit erregen will.³⁹ Eine solche äußerlich-phenomenologische Differenzierung würde dem Kommunikationscharakter auch einer Blockadeaktion, mit der der Gesellschaft im übertragenen Sinn ein „Halt“ oder „Stoppt den CO₂-Ausstoß“ zugerufen wird, nicht gerecht.

c) Verfassungskonforme Anwendung der Strafnorm

Nachdem das BVerfG in einer ersten Entscheidung aus dem Jahr 1986 aufgrund Stimmengleichheit die Verfassungswidrigkeit des „vergeistigten“ Gewaltbegriffs noch nicht festzustellen vermocht hatte,⁴⁰ änderte sich dies 1995: Die Ausweitung des Gewaltbegriffs wurde nunmehr als Verstoß gegen den in Art. 103 Abs. 2 GG normierten Gesetzlichkeitsgrundsatz („nullum crimen sine lege“) eingeordnet.⁴¹ Überzeugend wurde dies damit begründet, dass schon das in § 240 Abs. 1 StGB ebenfalls vorausgesetzte Element des Nötigens eine Zwangswirkung voraussetze; würde die Variante der Gewalt auf psychische Zwangswirkungen

38 *Deppenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 8 GG Rn. 45; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 8 Rn. 15; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 8 Rn. 24. In einem Fall hat allerdings das BVerfG eine Mahnwache einer Einzelperson an Art. 8 Abs.1 GG gemessen: BVerfG NJW 1987, 3245. Sehr aussagekräftig ist die Entscheidung aber nicht, da sie sich nicht explizit zum Schutzbereich der Versammlungsfreiheit verhält.

39 So aber BVerfGE 104, 92 (103). Allerdings lag in diesem Fall eine Versammlung mehrerer Personen vor, sodass Art. 8 Abs. 1 GG einschlägig war und aus der Aussage nicht unbedingt Rückschlüsse für Blockaden durch Einzelpersonen gezogen werden können.

40 BVerfGE 73, 206 (242 ff.).

41 BVerfGE 92, 1 (16 ff.).

ausgeweitet, brächte sie keine über die schon im „Nötigen“ enthaltene Zwangswirkung hinausgehende Eingrenzung der Strafbarkeit mehr mit sich.⁴² Das Merkmal der Gewalt würde gewissermaßen aus der Vorschrift „hinausinterpretiert“ und damit der Wortlaut der Norm überdehnt. Gewalt erfordere deshalb mehr als bloße Anwesenheit und als eine rein psychische Zwangswirkung auf Seiten des Opfers.⁴³ Bemerkenswert ist, dass in dieser für die Anwendung des § 240 Abs. 1 StGB zentralen Entscheidung noch kein Bezug zu den Freiheitsrechten des Art. 8 Abs. 1 oder auch des Art. 5 Abs. 1 GG hergestellt wurde: Das BVerfG hat offengelassen, ob auch diese Garantien durch die Verurteilung wegen Nötigung verletzt worden waren.⁴⁴ Im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird zwar davon ausgegangen, dass schon bei der Auslegung des Gewaltbegriffs diese grundrechtlichen Wertungen zu berücksichtigen seien.⁴⁵ Eine greifbare Einschränkung wurde daraus aber bisher auf Tatbestandsebene nicht abgeleitet.

Im Gegenteil wurde das verfassungsgerichtliche Erfordernis einer körperlichen Zwangswirkung in der späteren Rechtsprechung erheblich verwässert: Ein ausreichendes Element körperlichen Zwangs hat das BVerfG bejaht, wenn eine Blockade dadurch bewerkstelligt wird, dass sich Demonstranten anketten oder Fahrzeuge auf der Fahrbahn abstellen.⁴⁶ Auch dass die Strafgerichte Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB bei einer Sitzblockade bejahen, die einen Autofahrer zum Anhalten bewegt, dessen Fahrzeug dann für die hinter ihm fahrenden Personen zum körperlichen Hindernis wird,⁴⁷ hat das BVerfG gebilligt.⁴⁸ Es ist auf dieser Grundlage davon auszugehen, dass das Festkleben von Demonstranten auf der Fahrbahn, mit dem ein über die bloße Anwesenheit hinausgehendes Hindernis geschaffen wird, als Gewalt anzusehen ist; jedenfalls ist dies der Fall, wenn ein bremsender Pkw nachfolgende Fahrzeuge zum Anhalten zwingt.

42 BVerfGE 92, 1 (17).

43 BVerfGE 92, 1 (18).

44 BVerfGE 92, 1 (20).

45 So zu Art. 8 Abs. 1 GG *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 79a.

46 BVerfGE 104, 92 (102 f.).

47 Zu dieser „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ s. insbes. BGHSt 41, 182.

48 BVerfGE NJW 2011, 3020.

Auch wenn die gegenwärtig oft beobachteten Aktionen deshalb als Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB anzusehen sind, ist damit aber noch nicht gesagt, dass sie auch strafbar sind. Vielmehr kommt in diesen Fällen der Prüfung der Verwerflichkeit gem. § 240 Abs. 2 StGB entscheidende Bedeutung zu. Sie erfordert eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalles.⁴⁹ Der in § 240 Abs. 2 StGB angesprochene Zweck darf nicht auf die Blockade der fraglichen Straße oder Einrichtung verkürzt werden, vielmehr ist auf den damit verfolgten, verfassungsrechtlich geschützten Kommunikationszweck abzustellen.⁵⁰ Das BVerfG hat hierzu folgende Maßstäbe aufgestellt:⁵¹

- Zu berücksichtigen sind auf der einen Seite die Folgen der Protestaktion, insbes. für Dritte. Insoweit soll es z.B. auf die Dauer und Intensität der Beeinträchtigung, Ausweichmöglichkeiten und die vorherige Ankündigung ankommen.
- Dem ist der Zusammenhang der Aktion mit dem Kommunikationsanliegen gegenüberzustellen: Je enger das, worauf die Aktivisten aufmerksam machen wollen, mit der Blockade verknüpft ist, desto eher spricht dies gegen die Verwerflichkeit der Tat. Die inhaltliche Berechtigung oder Überzeugungskraft des Kommunikationsanliegens darf hingegen vom Strafgericht nicht bewertet werden.

Vor diesem Hintergrund sind die aktuellen Straßenblockaden im Rahmen von Klimaprotesten jedenfalls nicht von vornherein verwerflich: Richten sie sich – wie häufig – gegen den Straßenverkehr, der zu den Sektoren mit erheblichem CO₂-Ausstoß gehört, sind sie unmittelbar mit dem kommunikativen Anliegen verknüpft. Das spricht per se zunächst einmal gegen die Verwerflichkeit – vorbehaltlich der einzelfallbezogenen Betrachtung von Intensität und Folgen der Beeinträchtigungen. Allerdings ließ das BVerfG es in jener Entscheidung ausreichen, dass die Strafgerichte den Kommunikationsakt zwar nicht i.R.d. Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB, aber bei der Strafzumessung berücksichtigt und nur sehr milde Sanktionen verhängt hatten: Die Strafurteile

49 *Schluckebier*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 240 Rn. 17 m.w.N.

50 BVerfGE 104, 92 (110).

51 BVerfGE 104, 92 (112).

hätten deshalb nicht auf der verfassungsrechtlichen Fehleinschätzung beruht.⁵² Das ist falsch – eine zutreffende Prüfung des § 240 Abs. 2 StGB hätte schließlich zu einem Freispruch führen können – und es entwertet die vorherigen Ausführungen des BVerfG zur Verwerflichkeit. Richtigerweise wäre zu bedenken, dass ein Schuldspruch wegen einer Straftat bereits als solcher eine erhebliche soziale Missbilligung des Verhaltens zum Ausdruck bringt. Wenn dieses aber von Grundrechten geschützt ist, kann es eine solche Missbilligung nicht nach sich ziehen. Offenbar hatte das BVerfG also Angst vor der eigenen Courage bekommen. Es ist zu hoffen, dass das Gericht diesen Lapsus im Zuge seiner erwartbaren Befassung mit Klimaprotesten korrigieren wird. Immerhin aber kann festgehalten werden, dass bei der Nötigung mit der Verwerflichkeitsklausel eine ähnlich flexible Regelung zur Verfügung steht wie bei den Beleidigungsdelikten mit § 193 StGB. Sie kann und muss genutzt werden, um dem grundrechtlich geforderten Schutzniveau im Strafrecht Rechnung zu tragen.

3. Delikte zum Schutz des öffentlichen Friedens

Eine weitere Gruppe von Straftaten, die im Zuge von Demonstrationen eine Rolle spielen, sind Delikte zum Schutz des öffentlichen Friedens. Sie haben – anders als die bislang behandelten Deliktsfelder – zumindest unmittelbar nicht den Schutz eines Individualrechtsguts zum Gegenstand, sondern den öffentlichen Frieden als solchen. Klassische Beispiele sind ausländerfeindliche, antisemitische oder -muslimische Parolen. Jüngst ist außerdem das Phänomen aufgetreten, dass bei prorussischen Demonstrationen im Zusammenhang mit dem Ukraine-Krieg das russische „Z“-Symbol verwendet wird.

a) Relevante Strafvorschriften

Eine besonders wichtige Vorschrift aus diesem Bereich ist der Tatbestand der Volksverhetzung in § 130 Abs. 1 StGB, mit den Spezialformen der Leugnung eines unter der NS-Herrschaft begangenen Völkermordes (Abs. 3) und anderer Völkerstraftaten (Abs. 5) sowie der Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung

52 BVerfGE 104, 92 (114 f.).

des NS-Regimes (Abs. 4). Ein weiteres Beispiel ist die Beschimpfung religiöser oder weltanschaulicher Bekenntnisse oder Gemeinschaften nach § 166 StGB. Das Zeigen des „Z“-Symbols schließlich hat ganz aktuell zu Verurteilungen wegen einer Straftat gem. § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB – der Billigung von Straftaten – geführt.⁵³

Diese Zusammenstellung zeigt schon, dass die einschlägigen Tatbestände ganz unterschiedliche Äußerungen erfassen. Sie haben aber zwei Dinge gemeinsam: Zum einen knüpfen sie häufig an stark normativ beschriebene Verhaltensweisen an, paradigmatisch etwa das Aufstacheln zum Hass in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB, das Angreifen der Menschenwürde durch Beschimpfen, böswilliges Verächtlichmachen oder Verleumden in § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder das gröbliche Verharmlosen in § 130 Abs. 5 StGB. Zum anderen setzen sie alle zusätzlich voraus, dass die Tat geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Dies kennzeichnet sie nach h.M. als sog. potenzielle Gefährdungsdelikte und damit als eine Unterkategorie der abstrakten Gefährdungsdelikte.⁵⁴ Anders ist dies nur bzgl. § 130 Abs. 4 StGB, der eine tatsächliche Friedensstörung und damit einen Erfolg voraussetzt.⁵⁵ Allerdings ist schon der Begriff des öffentlichen Friedens als solcher unscharf, und noch mehr gilt dies für die Eignung zu seiner Störung. Insofern wirkt dieses Merkmal – abhängig von dem Zuschnitt des jeweiligen restlichen Tatbestands – Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz auf.⁵⁶

b) Schutzbereich und Schranken der betroffenen Grundrechte

Da die von den genannten Tatbeständen erfassten Äußerungen vielfach Elemente der Stellungnahme beinhalten, ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit zumeist eröffnet. Eine Ausnahme gilt nach den eingangs skizzierten Grundsätzen für erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptungen wie die Leugnung des Holocaust gem. § 130 Abs. 3 StGB.⁵⁷ Wird diese auf eigene Schlussfolgerungen

53 S. etwa AG Hamburg, Urt. v. 25.20.2022 – 240 Cs 121/22 (ECLI:DE:AGHH:2022:102 5.240CS121.22.00).

54 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, § 130 Rn. 1 i.V.m. Vor § 13 Rn. 32; s. auch BGH NStZ 2017, 146 (147).

55 Lohse, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 240 Rn. 45.

56 BVerfGE 124, 300 (339 f.).

57 BVerfG NJW 2018, 2858 (2859); solche Tatsachenbehauptungen genießen demzu-

und Bewertungen gestützt, ist hingegen insoweit der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG eröffnet.⁵⁸ Dasselbe gilt für das Billigen des russischen Angriffskrieges, auch wenn es auf das – unwahre – Bestreiten russischer Kriegsverbrechen in der Ukraine gestützt wird.⁵⁹ Es stellt sich dann die Frage nach Schranken der Meinungsfreiheit, insbes. solchen nach Art. 5 Abs. 2 GG.

Da die genannten Tatbestände – anders als die schon untersuchten Beleidigungsdelikte – nicht dem Schutz der persönlichen Ehre dienen und auch keinen spezifisch jugendschützenden Zuschnitt haben, stellt sich die Frage, ob sie i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG als „allgemeine Gesetze“ eingeordnet werden können. Hierunter versteht man ein Gesetz, das nicht eine Meinung als solche verbietet, sondern dem Schutz eines bestimmten Rechtsguts dient – egal gegen welche Meinung.⁶⁰ Eine solche „Meinungsneutralität“ lässt sich für die §§ 166, 140 Abs. 1 Nr. 2 und auch § 130 Abs. 1, 2 und 5 StGB ohne Weiteres bejahen – es ist für die Strafbarkeit gleichgültig, aus welcher Ideologie heraus ein Bekenntnis beschimpft, eine Straftat gebilligt wird usw. Ein Sonderproblem stellt sich aber bei den speziell auf Nazi-Gedankengut abstellenden § 130 Abs. 3 und Abs. 4 StGB: Das BVerfG hat zunächst dem Tatbestand der Billigung des NS-Regimes gem. § 130 Abs. 4 StGB den Charakter eines allgemeinen Gesetzes abgesprochen, weil die Strafbarkeit danach speziell an das Äußern einer bestimmten Haltung zum Nationalsozialismus anknüpft.⁶¹ Das BVerfG leitete aber im nächsten Schritt aus dem historischen Kontext des Grundgesetzes, das gerade als „Gegenentwurf“⁶² zum NS-Staat konzipiert wurde, eine Ausnahme vom Allgemeinheitserfordernis – mit anderen Worten: einen zusätzlichen, ungeschriebenen Schrankenvorbehalt – im Hinblick auf Gesetze ab, die sich gegen Nazi-Gedankengut richten.⁶³ Später erstreckte das BVerfG diese Argumentation auch auf die Leugnung eines

folge auch dann nicht den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG, wenn daran Meinungsäußerungen anknüpfen.

58 BVerfG NJW 2018, 2858 (2860).

59 Das ist kein Widerspruch zu BVerfG NJW 2018, 2858 (2859), da § 140 Abs. 1 Nr. 2 – anders als § 130 Abs. 3 StGB – gerade nicht die Tatsachenbehauptung als solche, sondern einzig die Billigung von Straftaten zum Gegenstand hat.

60 BVerfGE 124, 300 (321 f.).

61 BVerfGE 124, 300 (325).

62 BVerfGE 124, 300 (328).

63 BVerfGE 124, 300 (327 ff.).

unter NS-Herrschaft begangenen Völkermordes gem. § 130 Abs. 3 StGB.⁶⁴ Es betonte jedoch, dass selbst Nazi-Ideologie damit nicht pauschal der Schutz der Meinungsfreiheit entzogen sei,⁶⁵ sondern dass gegen sie gerichtete Gesetze stets verhältnismäßig und am Gedanken des Rechtsgüterschutzes ausgerichtet sein müssten.⁶⁶

c) Verfassungskonforme Anwendung der Strafnorm

Soweit die Umschreibung der Tathandlung in diesen Vorschriften eine besondere Qualität voraussetzt – etwa bei dem Beschimpfen in § 166 Abs. 1 StGB oder dem gröblichen Verharmlosen in § 130 Abs. 5 StGB –, schafft bereits dies Raum für eine restriktive Auslegung im Interesse der Meinungsfreiheit. Daneben wohnt prinzipiell auch der (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens strafbarkeitsbeschränkendes Potenzial inne. Dem BVerfG zufolge gilt dies allerdings nicht bei § 130 Abs. 4 StGB: Das Billigen, Verherrlichen oder Rechtfertigen der NS-Herrschaft wiege so schwer, dass eine dadurch hervorgerufene Störung des öffentlichen Friedens regelmäßig vermutet werden könne.⁶⁷ Dieselbe Indizwirkung entfaltet i.R.d. § 130 Abs. 3 StGB auch die Tatmodalitäten des Billigens und des Leugnens.⁶⁸ Bei diesen Varianten besitze das Erfordernis daher nur die Funktion eines Korrektivs für atypische Situationen, in denen eine Störung des öffentlichen Friedens ausgeschlossen erscheint.⁶⁹ Das kann aber keinesfalls für alle Tatbestände gesagt werden, die eine (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens voraussetzen. Explizit festgestellt hat das BVerfG dies für das in seiner Bandbreite deutlich unschärfere Verharmlosen in § 130 Abs. 3 StGB.⁷⁰ Entsprechendes muss für die Tatbestände des § 166 und des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB gelten.

Zusammenfassend lassen weite Tatbestandsfassungen also auch in

64 BVerfG NJW 2018, 2861.

65 BVerfGE 124, 300 (330).

66 BVerfGE 124, 300 (331).

67 BVerfGE 124, 300 (344).

68 BVerfG NJW 2018, 2858 (2860).

69 BVerfGE 124, 300 (340 f.). Zur Kritik s. etwa *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, § 130 Rn. 31; *Lohse*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 130 Rn. 45.

70 BVerfG NJW 2018, 2861.

diesem Bereich oft Raum für eine grundrechtsschonende Interpretation der Strafvorschriften. Dass gerade dieser Aspekt im Fall des „Z“-Symbols zur Straflosigkeit führen wird, ist zwar nicht zu erwarten. Als nicht unproblematisch dürfte sich aber der Nachweis des Vorsatzes bzgl. der gebilligten Straftat erweisen, wenn die demonstrierenden Personen aufgrund russischer Fake News wirklich glauben, dass russische Truppen keine Kriegsverbrechen in der Ukraine begingen.

4. Beschädigungen und Zerstörungen

Zuletzt sei noch ein Schlaglicht auf Beschädigungen oder Zerstörungen geworfen, zu denen es ebenfalls immer wieder im Zusammenhang mit Demonstrationen kommt. Beispiele wären etwa das Verbrennen einer Flagge oder – ganz aktuell – das Bewerfen eines Gemäldes mit Kartoffelbrei, das Verschmieren eines Denkmals für das deutsche Grundgesetz mit Öl oder das Fällen eines Baumes vor dem Kanzleramt im Zusammenhang mit den Klimaprotesten.

a) Relevante Strafvorschriften

Zu denken ist in diesen Fällen natürlich in erster Linie an eine Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB mit den beiden Varianten der Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache. Eine nicht unerhebliche Rolle spielt aber auch § 303 Abs. 2 StGB, der das unbefugte Verändern des Erscheinungsbildes einer fremden Sache pönalisiert. Eine Reihe weiterer Strafvorschriften setzen keine Fremdheit des Tatobjekts voraus und erfassen daher auch Handlungen an Gegenständen, die ausschließlich im Eigentum des Täters stehen. Dies gilt für:

- § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB – Verunglimpfen von Flaggen, Symbolen und Hymnen der Bundesrepublik Deutschland oder der Bundesländer,
- § 90a Abs. 2 StGB – Entfernen, Zerstören, Beschädigen, Unbrauchbar- oder Unkenntlichmachen von sowie das Verüben beschimpfenden Unfugs an Flaggen und Hoheitszeichen der Bundesrepublik sowie der Bundesländer,
- § 104 StGB, der diesen Schutz auf Flaggen und Hoheitszeichen anderer Staaten erweitert, und

- § 90c StGB im Hinblick auf die Flagge und die Hymne der Europäischen Union.

b) Schutzbereich und Schranken der betroffenen Grundrechte

Als von Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsäußerung gilt auch rein faktisches Verhalten, solange die betreffende Person damit am öffentlichen Kommunikationsprozess teilnimmt.⁷¹ Auch die Beschädigung (oder Zerstörung) von Sachen kann deshalb grundsätzlich in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen⁷² – allerdings gilt dies nach wohl h.M. nur für die Beschädigung eigener, nicht für diejenige fremder Sachen.⁷³ Im Ausgangspunkt ist dies sicher überzeugend: Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit soll – auch wegen der zu erwartenden Gegenwehr der Eigentümer und der somit zu befürchtenden Eskalationsgefahr – keinen Vorwand für Randalen schaffen. Zumindest gezielte Verletzungen fremden Eigentums sind daher nicht geschützt. Einen kleinen Graubereich mag es aber geben, in dem der absolute Ausschluss von Sachbeschädigungen überdacht werden sollte: Dass eine als Meinungskundgabe bzw. als Versammlung zu klassifizierende Protestaktion geringfügige Sachbeschädigungen herbeiführt – man stelle sich vor, dass Teilnehmende sich an einem Straßenschild festketten und dabei an dem Schild einige Kratzer entstehen –, ist eine unumgängliche Folge dieser Form der Grundrechtsausübung. Auch wenn der Täter insoweit bedingt vorsätzlich handelt (die fahrlässige Sachbeschädigung ist in Deutschland ohnehin nicht strafbar), erscheint daher eine pauschale Verneinung des grundrechtlichen Schutzes nicht überzeugend. Dies kann aber nur für geringfügige und unvermeidbare Sachbeeinträchtigungen gelten, wenn ein deswegen geforderter Verzicht auf die Grundrechtsausübung unverhältnismäßig wäre.

71 *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 99. Ergänzungslieferung 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG Rn. 82.

72 *Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 95.

73 *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 99. Ergänzungslieferung 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG Rn. 82; ohne diese Differenzierung OLG Köln NJW 1970, 1322 (1324) – im zugrunde liegenden Fall ging es allerdings um für den Täter fremde Sachen.

c) Verfassungskonforme Anwendung der Strafnormen

Vergleichsweise leicht fällt eine verfassungskonforme Beschränkung auch in diesem Bereich wieder bei stark wertungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen wie dem Verunglimpfen oder dem Verüben beschimpfenden Unfugs (z.B. in § 104 StGB): Ob ein Verhalten diesen besonders gravierenden Charakter hat, ist vor dem Hintergrund einschlägiger Grundrechte restriktiv zu bestimmen. Wesentlich schwerer fällt die Lösung bei vornehmlich deskriptiv ausgerichteten Tatbestandsmerkmalen wie dem Beschädigen oder Zerstören, etwa im Beispiel des durch das Anketten angekratzten Straßenschildes. An der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit führt in diesen Fällen meist kein Weg vorbei. Eine Lösung kann daher allenfalls auf der Rechtfertigungsebene gefunden werden. Bei der Prüfung eines Notstands (§ 34 StGB) stellt sich allerdings schon die Frage nach dem Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr: Sie dürfte bei überhaupt nur langfristig zu verwirklichenden politischen Anliegen wie der Erreichung von CO₂-Neutralität zu verneinen sein – § 34 StGB ist zu sehr auf akute und momentane Gefahrensituationen zugeschnitten, als dass er in einer allgemeinen Bedrohungslage wie durch den Klimawandel aktiviert werden könnte. Außerdem dürften häufig andere Formen des Protests ohne Sachbeschädigungen zur Verfügung stehen, die evtl. weniger polarisieren und daher auf längere Sicht dem Anliegen der Demonstrierenden sogar dienlicher sind. Sofern aus solchen Erwägungen heraus eine Rechtfertigung nach den klassischen Regeln ausscheidet, ist deshalb für den oben skizzierten, engen Bereich eine Rechtfertigung unmittelbar aus dem einschlägigen Grundrecht in Erwägung zu ziehen.

IV. Fazit: Kein Königsweg für Konflikte von Grundrechten und Strafvorschriften

Der Streifzug durch verschiedene Deliktgruppen scheint in ein geradezu paradoxes Fazit zu münden: Besonders weite, unbestimmte und deshalb mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip problematische Merkmale erleichtern eine restriktive, grundrechtssensible Auslegung. Das soll aber keineswegs als Plädoyer für eine solche Ausgestaltung von Strafvorschriften verstanden werden. Denn

dieser Weg zum Schutz der Meinungsfreiheit wäre zu teuer erkaufte: Er würde – und wird – bezahlt mit einem erheblichen Bestimmtheitsverlust dieser Strafgesetze, die aber doch ebenfalls verfassungsrechtlich gefordert ist (Art. 103 Abs. 2 GG). Es ist also kein Zufall, dass in einigen der hier diskutierten Fallkonstellationen (v.a. dem Gewaltbegriff) die Strafflosigkeit mancher Verhaltensweisen aus dem Gesetzlichkeitsprinzip abgeleitet wurde. Hierbei handelt es sich auch keinesfalls nur um eine Frage der gesetzgeberischen Ästhetik: Auch wenn solche unscharfen Merkmale im momentanen rechtsstaatlichen Umfeld der Bundesrepublik Deutschland herangezogen werden, um die Meinungsfreiheit zu stärken, bewirken sie unter anderen Vorzeichen das genaue Gegenteil. Im Fall einer Erosion des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats, an der die politischen Ränder nachdrücklich arbeiten, ermöglichen unpräzise Straftatbestände wesentlich stärkere Grundrechtsrestriktionen. Um Konflikten zwischen Grundrechten und Strafvorschriften im Zusammenhang mit politischen Demonstrationen (und auch sonst) vorzubeugen, besteht die vorzugswürdige Lösung deshalb darin, schon bei der Formulierung von Straftatbeständen, d.h. bei der Kriminalisierung selbst, sorgfältig und zurückhaltend vorzugehen.

MEINUNGSFREIHEIT IN GEORGIEN – GRAUZONEN EINES STARKEN VERFASSUNGSMÄSSIGEN SCHUTZES

Davit Zedelashvili

Forschungsinstitut Gnomon Wise, University of Georgia

I. Einleitung

Die Meinungsfreiheit genießt in Georgien grundsätzlich einen hohen Schutz, der sowohl in der Verfassung als auch in anderen Gesetzen verankert ist. Diese normative Wirklichkeit wird jedoch nicht immer adäquat realisiert bzw. in der Praxis umgesetzt, sodass der tatsächlich gewährleistete Schutz der Meinungsfreiheit hinter den verfassungsrechtlichen und sonstigen gesetzlichen Vorgaben zurückbleibt. Das Problem liegt nicht nur in der Rechtsanwendung, sondern auch in der mangelnden Qualität der rechtlichen Regelungen.

Zur Analyse dieser Defizite wird im Rahmen dieses Aufsatzes der Begriff der rechtlichen Grauzone (Schlupflöcher) verwendet.¹ Dieser metaphorische Begriff ist in der Rechtsphilosophie weit verbreitet und wird zusammen mit dem Terminus der rechtlichen „Schwarzzone“ verwendet. Rechtliche Schwarzzonen entstehen immer dann, wenn für das Handeln von Vertretern der öffentlichen Gewalt keine gesetzliche Grundlage (Ermächtigungsgrundlage) und kein Rahmen vorgegeben sind. Wenn also das Handeln jenseits jeder rechtlichen Regelung liegt und Ermessen und Willkür uneingeschränkt möglich sind.

Im Gegensatz zu rechtlichen Schwarzzonen, bei denen die Abneigung oder der Unwille der öffentlichen Gewalt zur rechtlichen Regelung und Beschränkung klar zum Ausdruck kommt bzw. zum Ausdruck gebracht wird, entstehen rechtliche Grauzonen durch Qualitätsdefizite der rechtlichen Regelungen. Die Möglichkeit der Willkür entsteht in den Grauzonen durch solche Qualitätsdefizite, die es den Vertretern der öffentlichen Gewalt, den Amtsträgern, erlauben, die für die Ausübung

1 *Dyzenhaus*, Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order, *Cardozo Law Review* 2009, 27.

der öffentlichen Gewalt geltenden rechtlichen Beschränkungen zu relativieren oder gar zu umgehen. Im Einzelfall ist dies auf die mangelnde Bestimmtheit der entsprechenden Ermächtigungsvorschriften zurückzuführen.

Die gleiche Konsequenz tritt alternativ in Fällen auf, in denen die Rechte des Einzelnen und seine Rechtsstellung unklar sind, wodurch der Schutz dieser Rechte durch rechtliche Mittel erheblich geschwächt oder effektiv untergraben wird. Dies schafft einen unbewachten, unkontrollierten Raum für die Willkür der Träger öffentlicher Gewalt.

In diesem Beitrag soll es um solche rechtlichen Grauzonen gehen, die durch Auslegung entstehen und die Qualität des Rechtsschutzes in Bezug auf die Meinungsfreiheit mindern oder die rechtliche Möglichkeit einer solchen Minderung schaffen, indem rechtliche Grauzonen vom Gesetzgeber geschaffen oder aufrechterhalten werden.

II. Der verfassungsmäßige und gesetzliche Schutz der Meinungsfreiheit

Grundlage des verfassungsrechtlichen Schutzes der Meinungsfreiheit in Georgien ist Art. 17 der georgischen Verfassung.² Diese Vorschrift vereinigt die Schutzelemente, die in früheren Fassungen auf die Art. 19 und 24 verteilt waren. Art. 17 Abs. 1 schützt die Freiheit der Meinung und ihrer Äußerung (diese Freiheiten waren in Art. 19 a.F. verankert), während Abs. 2 die Informationsfreiheit, d.h. die Entgegennahme und Verbreitung von Informationen, schützt (Art. 24 a.F.). Das Verfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung gerade den Erhalt und die Verbreitung von Informationen als wichtigste Quelle für den Schutz der Meinungsfreiheit bezeichnet und in den Vordergrund gestellt.

Die in Art. 17 Abs. 1 neu gefasste „Meinungs- und Äußerungsfreiheit“ schafft einen Raum, der im Laufe der Zeit in der Rechtsprechung an Bedeutung gewinnen wird, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Informationsfreiheit (Erhalt und Verbreitung von Informationen) trotz ihres weiten Schutzbereichs nicht alle Aspekte der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit abschließend erfassen kann.

2 Georgische Verfassung, Ankündigungen des georgischen Parlaments, 31-33, 24.8.1995.

Über den verfassungsrechtlichen Schutz hinaus bildet auch das georgische Gesetz über Rede- und Meinungsfreiheit³ einen Rahmen für den gesetzlichen Schutz der Meinungsfreiheit, der ungeachtet seines formellen Status „materiell zum Verfassungsrecht gehört“,⁴ denn es regelt den Schutz eines verfassungsmäßigen Grundrechts auf gesetzlicher Ebene und präzisiert, verdeutlicht und konkretisiert die Regeln und Normen, die den Inhalt des Rechts und den Rechtsschutz bestimmen.

Dieses Gesetz gehört zu den sog. „Super-Normativakten“,⁵ die Regeln und Standards für die Auslegung anderer Gesetze aufstellen. Die Verbesserung der Qualität des Schutzes der Meinungsfreiheit – insbesondere durch die Anhebung des niedrigen Schutzniveaus anderer Rechtsakte – ist hierauf zurückzuführen. Ein Beispiel dafür bildet die Regelung der Ehrverletzung im Gesetz über Rede- und Meinungsfreiheit, die den bisherigen Schutz durch Art. 18 des Zivilgesetzbuches Georgiens⁶ erheblich verstärkt hat, was zur Gleichstellung der Regelung mit den Standards des Gesetzes über Rede- und Meinungsfreiheit geführt hat.

III. Gesetzliche Grauzonen (Schlupflöcher) für den Schutz der Meinungsfreiheit im Strafrecht: zu weite Regelung und Unbestimmtheit der Norm in der Rechtsprechung des georgischen Verfassungsgerichts

Das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz nimmt sowohl in der Menschenrechtsdoktrin als auch in der Rechtsprechung einen zentralen und integralen Platz ein.⁷ Die kontextuellen Merkmale von Verfassungssystemen sind jedoch nicht immer förderlich, um Synergien zwischen

3 Das Gesetz über Rede- und Meinungsfreiheit, Amtsblatt der Gesetzgebung („Sakanonmdeblo Matsne“), 19, 15.7.2004.

4 *Grimm*, Types of Constitutions, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012; online edition, Oxford Academic, 21.11.2012).

5 *Eskridge Jr./Ferejohn*, Super-Statutes, *Duke Law Journal* 50 (2001), 1215-1276.

6 Das Zivilgesetzbuch Georgiens, Ankündigungen des georgischen Parlaments, 31, 24.7.1997.

7 *Eremadze*, Gleichgewicht der Interessen in einer demokratischen Gesellschaft, 2013.

diesen Elementen und damit einen optimalen Schutz der Menschenrechte zu erreichen.⁸

Als Beispiel kann die Rechtsprechung des georgischen Verfassungsgerichts angeführt werden, die unter der Verletzung der gesetzlichen Vorgaben eine verfassungswidrige Einschränkung der Meinungsfreiheit versteht. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass nach den Ausführungen des georgischen Verfassungsgerichts die Verfassungsprinzipien, einschließlich des Rechtsstaatsprinzips, nicht unmittelbar zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Normen herangezogen werden.

Das georgische Verfassungsgericht wendet bei der Verfassungsinterpretation die Doktrin des „eingeschränkten Normativismus“⁹ an und gebraucht die geschriebenen Verfassungs- und Grundrechte, im Falle der Grundrechte bei deren Auslegung und bei der Prüfung bzw. Feststellung der Vereinbarkeit von Normativakten mit diesen Grundrechten.

Eine der für die Einführung des restriktiven Normativismus wichtigsten Entscheidungen betraf die verdeckte Überwachung.¹⁰ Hier hatte eine unklare Bestimmung der entsprechenden Ermächtigungsgrundlage einem gutgläubigen Interpreten die Möglichkeit eröffnet, eine verdeckte Überwachung ohne richterliche Anordnung zuzulassen und damit in das verfassungsmäßige Recht auf Achtung des Privatlebens einzugreifen.

Die Rechtssache „Vereinigung junger Juristen Georgiens“ ist eine der wenigen Ausnahmeentscheidungen, in denen das Verfassungsgericht den eingeschränkten Normativismus in seiner reinsten Form angewendet, d.h. eine Einschränkung aufgrund der Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Rechtsstaatsprinzip festgestellt hat.

8 *Sajó*, „The Rule of Law“, in: Masterman/Schütze (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2019, S. 258-290,

9 *Goldsworthy*, *Constitutional Interpretation*, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012; online edition, Oxford Academic, 21.11.2012).

10 Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens N1/3/407 vom 26.12.2007, in der Rechtssache Vereinigung junger Juristen Georgiens und Staatsbürgerin Georgiens Ekaterine Lomtadidze gegen das georgische Parlament.

Im Bereich des Strafrechts greift das Gericht auf die im Verfassungstext artikulierten Elemente des Rechtsstaatsprinzips als Hauptquelle bzw. -ausdruck zurück. So benennt es das Gesetzlichkeitsprinzip im Hinblick auf ein haftungsbegründendes Gesetz auch im Strafrecht (nullum crimen, nulla poena sine lege) sowie das kategorische Verbot der Schaffung haftungsbegründender Normen durch rückwirkende Gesetze. Diese Garantien sind in der Verfassung in Art. 31 Abs. 9¹¹ (Art. 42 Abs. 5 a.F.) verankert.

Aus diesen miteinander verbundenen Grundsätzen ergeben sich strenge Anforderungen an die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von Gesetzen. Vor der Entscheidung vom 4. November 2022 in der Rechtssache „Logua“¹² wandte das georgische Verfassungsgericht im Strafrecht neben den geschriebenen verfassungsrechtlichen Garantien für den Vorrang des Rechts auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit an.

Diese Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen im Bereich der Meinungsfreiheit hat das georgische Verfassungsgericht im Zusammenhang mit der sog. „Chilling Effect“-Doktrin entwickelt. Wichtig ist, dass nach dieser Doktrin die Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen nicht auf das Strafrecht bzw. Normen, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen, beschränkt sind, sondern generell für alle Normen gelten, die eine rechtliche Verantwortlichkeit begründen. Kern der Doktrin ist die Unzulässigkeit der Selbstzensur aus Furcht vor Strafbarkeit. Dementsprechend wendet das georgische Verfassungsgericht die „Chilling Effect“-Doktrin auch jenseits strafrechtlicher Normen an.¹³ Die Anwendung der Bestimmtheitsanforderungen bei der Prüfung der Vereinbarkeit strafrechtlicher Vorschriften mit der Meinungsfreiheit auf der Grundlage der „Chilling Effect“-Doktrin beruht somit auf einer eigenständigen Quelle, die sich aus der Meinungsfreiheit selbst und nicht aus den Vorgaben des Art. 31 Abs. 9 der Verfassung Georgiens ergibt.

11 Supra, Fn. 2.

12 Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens N1/8/926 vom 4.11.2022, in der Rechtssache Giorgi Logua gegen das georgische Parlament.

13 Siehe z.B. die Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens N1/3/421,422 vom 10.11.2009, in der Rechtssache Staatsbürger Georgiens Giorgi Kipiani und Avtandil Ungiadze gegen das georgische Parlament.

Dies führte das georgische Verfassungsgericht im Jahr 2013 in der Entscheidung „Baramidze u.a.“ aus.¹⁴ In dieser Rechtssache erklärte das Gericht den Wortlaut des Art. 314 Abs. 1 StGB „oder einer anderen ausländischen Organisation“ aufgrund seiner Unbestimmtheit für unvereinbar mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung (unter dem Aspekt des Empfangs und der Verbreitung von Informationen). Die gerügte Norm schaffe die Möglichkeit, jede Weitergabe von Informationen an eine beliebige ausländische Organisation als Spionage zu bestrafen. Das Gericht führte dazu aus: „Bei der Festlegung des Verantwortungsrahmens im Bereich der Meinungsfreiheit muss dieser zwingend solchen Bestimmtheitsstandards genügen, die einen „Chilling Effect“ im Hinblick auf die außerhalb des Regelungsbereiches der haftungsbegründenden Vorschrift liegende Meinungsfreiheit ausschließen. Die Norm sieht bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Schädigung der Interessen Georgiens) eine strafrechtliche Verantwortung für einen weiten Personenkreis (ausländische Organisationen) vor. Der Gesetzgeber überlässt es jedoch zum einen dem Rechtsanwender und zum anderen der Interpretation möglicher Normsubjekte, welche ausländischen Organisationen als Auftraggeber und Empfänger der Informationen in Betracht kommen. So könnte eine im Rahmen der Meinungsfreiheit handelnde Person die Zusammenarbeit mit einem breiteren Spektrum ausländischer Organisationen als eine in der Norm vorgesehene Beeinträchtigung staatlicher Interessen begreifen. Dies könnte dazu führen, dass die betreffende Person von einer Zusammenarbeit mit einer Reihe ausländischer Organisationen absieht, weil sie befürchtet, dies könne dem Staat schaden. Damit übt die Norm einen „Chilling Effect“ auf die Meinungsfreiheit aus, da sie im Ergebnis zu einer weitergehenden Einschränkung führt, als in der Norm (wörtlich) vorgesehen und vom Gesetzgeber für die Existenz und Aufrechterhaltung einer demokratischen Gesellschaft als notwendig gewollt war.“¹⁵

Das Verfassungsgericht erachtete dieselbe Bestimmung auch in Bezug auf Art. 42 Abs. 5 a.F. für verfassungswidrig. D.h. derselbe qualitative Mangel war

14 Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens N2/2/516,542 vom 14.5.2013 in der Rechtssache Staatsbürger Georgiens Alexander Baramidze, Lasha Tughushi, Vakhtang Khamaladze und Vakhtang Maisaia gegen das georgische Parlament.

15 A.a.O., Paragraph 26.

Grundlage für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit in Bezug auf zwei verschiedene Verfassungsnormen.

Die oben zitierte Begründung des georgischen Verfassungsgerichts lässt erkennen, dass die mangelnde Bestimmtheit der gerügten Norm unter dem Aspekt der Meinungsfreiheit in die Kategorie der sog. „überschießenden Regelung“ fällt. Dieser Bestimmtheitsmangel – „overbreadth-doctrine“ oder Übermaßverbot – ist auch aus anderen Verfassungen bekannt, z.B. aus der Rechtsprechung zum First Amendment des U.S. Supreme Court.¹⁶

In Fällen überschießender Regelung markiert die Norm nicht klar und eindeutig den Rahmen der Meinungsfreiheit, deren Einschränkung verfassungsrechtlich zulässig ist. Dies eröffnet einerseits dem Rechtsanwender die Möglichkeit, das Rechtsgut der Meinungsfreiheit auf gesetzlicher Grundlage verfassungswidrig einzuschränken, und verleitet andererseits den Normunterworfenen zur Selbstzensur und übt damit einen „Chilling Effect“ aus.

In der Entscheidung „Baramidze u.a.“ erkennt das georgische Verfassungsgericht in der mangelnden Bestimmtheit durch die überschießende Regelung eine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Meinungsfreiheit sowie des Legalitätsprinzips an. Aus den Ausführungen des Gerichts wird deutlich, dass es diese Gründe für die Verfassungswidrigkeit zwar als zusammenhängend, aber dennoch als eigenständig ansieht. Das Übermaßverbot ist ein aus der Meinungsfreiheit abgeleiteter qualitativer Standard mit eigenständigem Gehalt. Dieser ergibt sich nicht ausschließlich aus den Anforderungen an die Rechtmäßigkeit haftungsbegründender Vorschriften. Dementsprechend ist der verfassungsmäßige Schutz, der durch die Einheit dieser Garantien geschaffen wird, stark und schränkt für den Gesetzgeber die Möglichkeit zur Bildung rechtlicher Grauzonen erheblich ein.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die jüngste Entscheidung des georgischen Verfassungsgerichts im Fall „Logua“ zu lesen und zu interpretieren. Gegenstand der Beschwerde war der Wortlaut des Art. 255 Abs. 1 StGB, wonach es verboten ist, „pornografisches Material in gedruckter Form, als Bild

16 *Fallon*, Making Sense of Overbreadth, *The Yale Law Journal* 100, No. 4 (1991), 853-908.

oder als sonstigen Gegenstand mit pornografischem Charakter rechtswidrig zu verbreiten oder dafür zu werben, damit Handel zu treiben und/oder es zum Zwecke des Verkaufs oder der Verbreitung zu besitzen“. Das Verfassungsgericht teilte hier teilweise die Argumentation des Beschwerdeführers, indem es den Begriff „pornografisch“ als unbestimmt ansah, da er nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzips genüge, das für das Strafrecht gelte.

Die Unbestimmtheit einer Norm kann im Strafrecht – anders als in anderen Rechtsgebieten – dazu führen, dass ein Rechtsgut, dessen Schutz verfassungsrechtlich gegeben und geboten ist, aus dem Schutzbereich einer Norm herausfällt. Die Unbestimmtheit der Norm kann somit Ursache sowohl für eine Überregulierung als auch für einen unzureichenden Schutz eines Rechtsgutes sein, wobei beides im Ergebnis zu einem Verfassungsverstoß führen kann.

In der Rechtssache „Logua“ stellte das Gericht einen Qualitätsmangel nur in Bezug auf Art. 31 Abs. 9 fest, verzichtete aber auf Ausführungen zum Verhältnis der Norm zur Meinungsfreiheit. Nach der abweichenden Auffassung von zwei Richtern ist das Gericht in dieser Entscheidung seiner durch den Fall „Baramidze u.a.“ begründeten Rechtsprechung nicht gerecht geworden, da Ausführungen zur mangelnden Qualität der die Meinungsfreiheit einschränkenden Norm aus der Sicht des Rechtsguts der Meinungsfreiheit selbst und insbesondere gemäß den Vorgaben der „Chilling Effect“-Doktrin fehlten.

Obwohl im Fall „Baramidze u.a.“ der Qualitätsmangel der Norm in der Überregulierung bestand und im Gegensatz dazu im Fall „Logua“ in der Unbestimmtheit, kann letztere auf der Grundlage der „Chilling Effect“-Doktrin genauso beurteilt werden wie die Überregulierung. Das Verfassungsgericht argumentierte folgendermaßen: „Da eine genaue Identifizierung der durch die angefochtene Norm verbotenen Handlungen unmöglich erscheint, sieht sich das Verfassungsgericht nicht in der Lage, diese Unklarheit und Unbestimmtheit des Tatbestandes bzw. den unbestimmten Inhalt und den unbestimmten Rahmen der Vorschrift im Hinblick auf andere verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, einschließlich der durch Art. 17 geschützten Meinungsfreiheit zu würdigen. Das Verfassungsgericht hält es weder für möglich noch für zweckmäßig, diese Fragen im Rahmen der vorliegenden Klage und im Rahmen des Inhalts der angefochtenen Vorschrift nur hypothetisch zu behandeln und zu erörtern, solange der Gesetzgeber

keine klare und vorhersehbare Vorschrift über die Struktur des Straftatbestands der Pornographie geschaffen hat, die allen Anforderungen des Art. 31 Abs. 9 Satz 1 der georgischen Verfassung genügt. Andernfalls wäre das Vorgehen des Gerichts so zu verstehen, dass es zunächst selbst der als unklar angesehenen Norm einen präzisen und konkreten Inhalt geben müsste, um dann in einem zweiten Schritt die eigene Auslegung, den sich selbst vermittelnden Inhalt der Norm im Hinblick auf die Meinungsfreiheit oder eine andere Verfassungsbestimmung zu würdigen.¹⁷

Den zitierten Ausführungen mangelt es an Kontinuität. Niemand erwartet von einem Verfassungsgericht, dass es zunächst selbst den Inhalt einer für unklar erklärten Norm bestimmt und dann deren Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit beurteilt. Die Kritik an der Argumentation des Gerichts fußt darauf, dass das Verfassungsgericht von seiner eigenen Rechtsprechung abgewichen ist, ohne dies zu begründen. Aus der Entscheidung in der Sache „Baramidze u.a.“ ergibt sich nämlich eindeutig, dass die Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit in dem von der Meinungsfreiheit geschützten Bereich durch eine unbestimmte Norm einen der Meinungsfreiheit widersprechenden „Chilling Effect“ auslöst. Diesen Standard hat das Verfassungsgericht im Fall „Logua“ versagt, ohne dafür eine angemessene und stichhaltige Begründung zu liefern.

Unbefriedigend ist der Hinweis des Verfassungsgerichts darauf, die Kontrolle im Dialogmodell durchführen zu wollen.¹⁸ Dieses Modell sieht eine Zusammenarbeit zwischen zwei gleichberechtigten Verfassungsorganen (Judikative und Legislative) bei der Auslegung und Anwendung der Verfassung vor. In der Rechtssache „Logua“ verschiebt das Gericht den Zeitpunkt des Inkrafttretens seiner Entscheidung und gibt damit dem Parlament die Möglichkeit, den Mangel der Norm zu beheben (Anwendung des Dialog-Kontroll-Mechanismus). Es gibt dem Gesetzgeber jedoch keine Leitkriterien oder Standards vor, da es auf die Beurteilung des Verhältnisses der Norm zur Meinungsfreiheit gänzlich verzichtet. Das Gegenargument findet sich in der Begründung. Dort heißt es nämlich, dass das Gericht die Verfassungsmäßigkeit der Norm im Hinblick auf die Meinungsfreiheit erst dann beurteilen wird, wenn der Gesetzgeber den

17 Supra Fn. 12, Paragraph 50.

18 *Benhabib*, Dialogic Constitutionalism and Judicial Review, *Global Constitutionalism* 9, No. 3 (2020), 506-514.

Qualitätsmangel beseitigt hat. Hier scheint das Gericht strikt am Paradigma der ex-post-Verfassungskontrolle festhalten zu wollen.

Dennoch fragt man sich, warum das Verfassungsgericht in einen Dialog mit der Legislative tritt, wenn es seine Aufgabe allein in einer strengen ex-post-Kontrolle und in der Rolle des „negativen Gesetzgebers“ erblickt. Die Rechtfertigung erscheint umso schwieriger, wenn man bedenkt, dass das Verfassungsgericht in der „Logua“-Entscheidung die Notwendigkeit einer strengen ex-post-Kontrolle nach einer Neufassung der Norm durch das Parlament hätte vermeiden können, indem es den verfassungsrechtlichen Rahmen, den die Meinungsfreiheit für die Regelung der Pornographie zieht, streng formuliert hätte (eine Lösung, die mit den Zielen der sog. dialogischen Kontrolle besser vereinbar gewesen wäre).

Diese Annahme kann natürlich nur gelten, wenn alle Parteien ihre Funktionen und Rollen in einer konstitutionellen Demokratie redlich erfüllen. Wenn wir es aber nicht mit Institutionen der Verfassungsdemokratie zu tun haben und auch die Redlichkeit der Parteien in Frage steht, erscheint das Verhalten des Verfassungsgerichts im Fall „Logua“ plausibler. In einer institutionellen Konstellation, in der sich das Gericht nicht die Mühe macht, dem Parlament die verfassungsrechtlichen Grenzen für die gesetzgeberische Tätigkeit aufzuzeigen, deren Vollzug von vornherein zum Scheitern verurteilt ist, erscheint jeder Versuch, den Anschein einer sog. dialogischen Kontrolle (d.h. die Aussetzung der Rechtskraft) zu begründen, als Verschleierung der Tatsache, dass sich das Verfassungsgericht der politischen Macht unterwirft.

IV. Schlussfolgerung

Die Unbeständigkeit der gerichtlichen Begründung, die einer „Verbeugung“ vor dem Gesetzgeber und seinem Ermessen gleichkommt, verstärkt die Zweifel und Befürchtungen hinsichtlich eines Missbrauchs der verfassungsrechtlichen Kontrolle. Mit diesem Schritt verengt das Gericht zugleich den verfassungsrechtlichen Schutz der Meinungsfreiheit (indem es Raum für eine solche Auslegung gibt) und bildet damit eine rechtliche Grauzone beim Schutz des Rechtsgutes. Gleichzeitig eröffnet es dem Gesetzgeber noch mehr Möglichkeiten, weitere rechtliche Grauzonen zu schaffen.

SOZIALE NETZWERKE UND MEINUNGSFREIHEIT IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. Dr. h.c. **Martin Paul Waßmer**, Universität zu Köln

I. Einführung

Soziale Netzwerke, in denen Nutzer Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen, werden täglich von Milliarden Menschen genutzt. Leider dienen sie auch der Verbreitung strafbarer Inhalte. Bereits im Jahr 2015 hatte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eine Taskforce mit den Betreibern von sozialen Netzwerken und Vertretern der Zivilgesellschaft eingerichtet. Hierbei gaben mehrere Unternehmen Selbstverpflichtungen ab. Vorgesehen waren Mechanismen zur Meldung kritischer Beiträge, die Prüfung innerhalb von 24 Stunden und die Löschung von rechtswidrigen Inhalten.¹ Laut einem von jugendschutz.net durchgeführten Monitoring erfüllten die Unternehmen die Verpflichtungen aber nur unzureichend. Facebook soll nur 39 % der strafbaren Inhalte gelöscht haben, Twitter sogar nur 1 %.² Die Große Koalition (CDU/CSU; SPD) reagierte noch kurz vor Ende der 18. Legislaturperiode mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)“ vom 19.9.2017.³ Es sollte mit Wirkung vom 1.10.2017 der Verbreitung der Hasskriminalität und anderer strafbarer Inhalte und der Entstehung rechtsfreier Räume entgegenwirken, indem es die Anbieter sozialer Netzwerke, die in Deutschland mindestens zwei Millionen registrierte Nutzer haben (§ 1 Abs. 2 NetzDG), zu einem Beschwerdemanagement verpflichtete.⁴

1 BT-Drs. 18/12356, S. 11.

2 BT-Drs. 18/12356, S. 11; krit. zur Methodik *Liesching*, Beck-Blog vom 26.5.2017, <https://community.beck.de/2017/05/26/netzdg-entwurf-basiert-auf-bewertungen-von-rechts-laien>.

3 BGBl. I, S. 3352.

4 BT-Drs. 18/12356, S. 1.

Allerdings war das NetzDG von Anfang an sehr umstritten.⁵ Bei der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss am 19.6.2017 äußerten sich acht von zehn Sachverständigen sehr kritisch.⁶ Christian Mihr von „Reporter ohne Grenzen“ warnte, dass das Gesetz an autokratische Länder erinnere und die Gefahr des Missbrauchs schaffe.⁷ Zuvor hatte David Kaye, der Sonderbeauftragte der Vereinten Nationen für den Schutz der Meinungsfreiheit, die geplanten Regelungen dahingehend kritisiert, dass sie mit internationalen Menschenrechtserklärungen nicht vereinbar seien.⁸ Dessen ungeachtet wurde das NetzDG mit geringen Modifikationen⁹ verabschiedet.¹⁰ Nach der Wiederwahl der Großen Koalition am 24.9.2017 forderten die Oppositionsparteien umgehend Korrekturen. Die AfD forderte die Aufhebung des NetzDG,¹¹ DIE LINKE beantragte eine Abschaffung der Regelungen zum Beschwerdemanagement¹² und die FDP plädierte für ein Bürgerrechtstärkungs-Gesetz.¹³ Dessen ungeachtet wurde das NetzDG im Jahr 2021 mit dem „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ vom 30.3.2021¹⁴ und dem „Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“ vom 3.6.2021¹⁵ nachgeschärft.

Mittlerweile hat sich jedoch der Druck auf das NetzDG stark erhöht. Am 14.2.2019 hatte das VG Köln¹⁶ eine vorbeugende Feststellungsklage von Bundestagsabgeordneten der FDP noch als unzulässig verworfen, da weder ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis noch ein qualifiziertes

5 Siehe nur den Überblick von *Hoven/Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 37. Edition (Stand: 1.5.2021), § 1 NetzDG Rn. 5 ff.

6 Vgl. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw25-pa-recht-rechtsdurchsetzung/510328>.

7 Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll 18/153, S. 22.

8 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OL DEU 1/2017; abrufbar unter <https://www.ohchr.org>.

9 Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 18, 21 f.

10 BT-Plenarprotokoll 18/244, S. 25127C.

11 BT-Drs. 19/81.

12 BT-Drs. 19/218.

13 BT-Drs. 19/204.

14 BGBl. I, S. 441.

15 BGBl. I, S. 1436.

16 VG Köln MMR 2019, 342.

Feststellungsinteresse bestehe. In Beschlüssen vom 1.3.2022¹⁷ bewertete es nunmehr in Eilverfahren, die Google und Meta angestrengt hatten, zwei neue Regelungen, die durch das „Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“ eingefügt worden waren (§ 3a zur Meldepflicht der Unternehmen; § 4a NetzDG zur Aufsicht durch das Bundesamt für Justiz [BfJ]), als unionsrechtswidrig.

International ist das NetzDG ein „Exportschlager“ – allerdings ein zweifelhafter. Der Präsident von Belarus, Alexander Lukaschenko, berief sich im Juni 2017 für eine weitgehende Einschränkung der Meinungsfreiheit im Internet u.a. auf das NetzDG.¹⁸ In Russland brachten im Juli 2017 Abgeordnete der Duma unter Hinweis auf das NetzDG einen Gesetzentwurf zur Kontrolle von Internetinhalten ein.¹⁹ In Frankreich wurde am 13.5.2020 in Anlehnung an das NetzDG ein „Gesetz gegen hasserfüllte Inhalte im Internet“²⁰ (Loi Avia) verabschiedet. Allerdings stellte das Verfassungsgericht (Conseil constitutionnel) bereits am 18.6.2020²¹ fest, dass das Gesetz größtenteils verfassungswidrig ist, da der Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung nicht verhältnismäßig sei. Schließlich orientierte sich auch der österreichische Gesetzgeber bei seinem „Kommunikationsplattformen-Gesetz“,²² das am 1.1.2021 in Kraft trat, am NetzDG.

II. Kompetenzgrundlagen des NetzDG

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Das NetzDG wurde im Wesentlichen auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für das „Recht der Wirtschaft“ und, soweit Belange des Jugendschutzes betroffen sind, auf Art.

17 VG Köln MMR 2022, 330 (Google); CR 2022, 259 (Meta).

18 Siehe <https://www.augsburger-allgemeine.de/politik/Soziale-Netzwerke-Facebook-Gesetz-Schiesst-Maas-uebers-Ziel-hinaus-id41792751.html>.

19 *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1721 m.w.N.

20 Loi n. 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet; https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT_000042031970.

21 Siehe <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>.

22 Bundesgesetz über Maßnahmen zum Schutz der Nutzer auf Kommunikationsplattformen (Kommunikationsplattformen-Gesetz, KoPI-G), Österreichisches BGBl. I Nr. 151/2020.

74 Abs. 1 Nr. 7 GG für die „öffentliche Fürsorge“ gestützt.²³ Das Schrifttum geht überwiegend²⁴ davon aus, dass das NetzDG mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes bereits formell verfassungswidrig ist, da es vorrangig die Kommunikation zwischen den Nutzern betreffe; die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in den sozialen Netzwerken obliege wegen der meinungsbildenden Funktion nicht dem Bund, sondern gem. Art. 70 Abs. 1 GG den Bundesländern. Die Gegenauffassung²⁵ wendet hiergegen jedoch zutreffend ein, dass nach der Rspr. des BVerfG²⁶ der Begriff „Recht der Wirtschaft“ weit zu verstehen ist und alle Normen umfasst, die wirtschaftslenkenden oder -regulierenden Charakter haben. Das NetzDG verpflichtet ausschließlich gewerblich tätige Anbieter großer Netzwerke zu einem Beschwerdemanagement und macht ihnen in erster Linie organisatorische Vorgaben für ihr Geschäftsmodell. Ebenso ist der Begriff „öffentliche Fürsorge“ weit zu verstehen.²⁷ Schließlich steht dem Bund nach Art. 72 Abs. 2 GG auf den Gebieten des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und 11 GG das Gesetzgebungsrecht zu, wenn die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erfordert. Das Geschäftsmodell der sozialen Netzwerke ist nicht von regionalen Besonderheiten geprägt, sondern betrifft die gesamte Bundesrepublik.

2. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Der deutsche Gesetzgeber war davon ausgegangen, dass die Regelungen des NetzDG mit dem Unionsrecht vereinbar sind.²⁸ Nach Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (ECRL) richten sich die Anforderungen an einen in der EU niedergelassenen Anbieter elektronischer Dienste nach dem Recht des Sitzstaates, d.h. es gilt das

23 BT-Drs. 18/12356, S. 13.

24 Siehe nur *Feldmann*, K&R 2017, 292, 293; *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 439 ff.; *Kal-scheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1724 f.; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390, 390 f.; *Liesching*, MMR 2018, 26, 26; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 561; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 97.

25 *Schiff*, MMR 2018, 366, 366 f.; auch *Peifer*, AfP 2018, 14, 21 f.

26 BVerfGE 5, 25, 28 f.; 116, 202, 215.

27 BVerfGE 140, 65, 78.

28 BT-Drs. 18/12356, S. 13 f.

Herkunftslandprinzip. Die Anbieter großer sozialer Netzwerke, etwa Google und Meta, haben jedoch ihren europäischen Sitz in Irland. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll der Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 4 lit. a. ECRL eingreifen, wonach Mitgliedstaaten angemessene Maßnahmen ergreifen dürfen, wenn diese zum Schutz der öffentlichen Ordnung erforderlich sind und „einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ betreffen, der die Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung der Ziele darstellt. Das Schrifttum geht hingegen überwiegend mit Recht davon aus, dass das NetzDG unionsrechtswidrig ist.²⁹ Denn es enthält generalisierend für alle großen Anbieter Vorgaben. Dass es bei Art. 3 ECRL um konkrete Einzelfälle geht, verdeutlicht Art. 3 Abs. 4 lit. b. ECRL, wonach zunächst der Mitgliedstaat aufzufordern ist, Maßnahmen zu ergreifen, und erst wenn dieser nicht Folge leistet oder die getroffenen Maßnahmen unzulänglich sind, die Kommission und der Mitgliedstaat von den beabsichtigten Maßnahmen unterrichtet werden. Es überrascht daher nicht, dass der Österreichische Verwaltungsgerichtshof am 24.5.2022 dem Gerichtshof der EU im Hinblick auf das „Kommunikationsplattformen-Gesetz“ gem. Art. 267 AEUV u.a. die Frage vorlegte, ob unter einer „Maßnahme“ auch eine gesetzliche Maßnahme verstanden werden könne.

Die unionsrechtliche Problematik verdeutlicht zudem die Reaktion der Europäischen Kommission. Die Bundesregierung hatte den Entwurf des NetzDG im März 2017 notifiziert.³⁰ Im Juni 2017 hatte die Europäische Kommission zwar das Vorgehen der Bundesregierung gegen Hass und Hetze im Internet begrüßt und versichert, dass der Entwurf nicht blockiert würde.³¹ Im November 2017 wurde allerdings bekannt, dass sie Dokumente zum NetzDG unter Verschluss hält, welche die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht betreffen.³² Hinzu kommt,

29 *Feldmann*, K&R 2017, 292, 296; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29; *Nölscher*, ZUM 2020, 301, 306; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 560; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 478.

30 Notifikation 2017/127/D vom 27.3.2017.

31 <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Netz-DG-EU-Kommission-begruesst-deutsches-Vorgehen-gegen-Hate-Speech-3740069.html>.

32 <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/facebook-gesetz-eu-kommission-haelt-dokumente-zurueck-veroeffentlichung-wuerde-das-klima-des-gegenseitigen-vertrauens-beeintraechtigen/20561614.html>.

dass die Europäische Kommission im April 2022 das „Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“ kritisiert hat.³³

Schließlich ist anzumerken, dass das VG Köln in den eingangs genannten Beschlüssen vom 1.3.2022 die durch § 3a NetzDG eingefügte Meldepflicht der Unternehmen mit Recht als Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG bewertet hat, da sich die Anforderungen an einen in der EU niedergelassenen Anbieter elektronischer Dienste nach dem Recht des Sitzstaates richten, d.h. bei Google und Meta nach dem Recht von Irland.

III. Eckpunkte des NetzDG

1. Beschwerdemanagement

a) Grundzüge

Die Kritik entzündet sich daran, dass die Anbieter großer sozialer Netzwerke durch das nach § 3 NetzDG zu betreibende Beschwerdemanagement zur Entfernung oder Sperrung rechtswidriger Inhalte verpflichtet sind.³⁴ Rechtswidrig sind nach § 1 Abs. 3 NetzDG Inhalte, die den Tatbestand bestimmter Straftaten erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Die einbezogenen Katalogtaten schützen sowohl Allgemeinrechtsgüter, wie die Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats (§§ 86, 86a, 89a, 91 StGB) und die öffentliche Ordnung (§§ 126, 129–129b, 130, 131, 140 StGB), als auch Individualrechtsgüter, wie die sexuelle Selbstbestimmung (§ 184b StGB) und die persönliche Ehre (§§ 185–187, 189 StGB). Entsprechende Nutzerbeschwerden sind unverzüglich zur Kenntnis zu nehmen und zu prüfen (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG). Ein offensichtlich rechtswidriger Inhalt muss grds. innerhalb von 24 Stunden nach Eingang entfernt oder der Zugang zu ihm gesperrt werden (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG). Andere rechtswidrige Inhalte sind grds. ebenfalls unverzüglich, in der Regel innerhalb von 7 Tagen, zu

33 Mitteilung der Kommission - TRIS/(2020) 02454 vom 26.4.2021, in Reaktion auf die Mitteilung 2020/0174/D der Bundesregierung vom 30.3.2020; abrufbar unter <https://community.beck.de/2021/05/05/eu-kommission-kritisiert-netzdg-aenderungsgesetz-herkunftslandprinzip-nicht-beachtet>.

34 Siehe nur den Überblick bei *Liesching*, MMR 2018, 26, 26 ff. m. w. N.

entfernen oder zu sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 1 NetzDG). Bei Verstößen droht § 4 NetzDG hohe Geldbußen an. So kann z.B. der vorsätzliche Verstoß einer natürlichen Person mit Geldbuße bis zu 5 Mio. EUR geahndet werden (§ 4 Abs. 2 S. 1 i.V.m § 4 Abs. 1 Nr. 2–6 NetzDG), bei fahrlässigen Verstößen beträgt die Geldbuße die Hälfte (§ 17 Abs. 2 OWiG), d.h. bis zu 2,5 Mio. EUR. Gegen das Unternehmen kann sogar eine Verbandsgeldbuße bis zu 50 bzw. 25 Mio. EUR festgesetzt werden. Für die Festsetzung von Geldbußen hatte das BfJ im März 2018 gem. § 4 Abs. 4 S. 2 NetzDG detaillierte allgemeine Verwaltungsgrundsätze – die sog. NetzDG-Bußgeldleitlinien³⁵ – über die Ausübung des Ermessens bei der Einleitung eines Bußgeldverfahrens und bei der Bemessung der Geldbuße erlassen.

b) Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit

Das geforderte rigorose Beschwerdemanagement wird vielfach³⁶ als verfassungswidriger Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG) bewertet, das jedem das Recht gewährleistet, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei und ungehindert von staatlichem Einfluss zu äußern und zu verbreiten, und das für einen freiheitlich-demokratischen Staat essenziell ist.³⁷ Nach der Rspr. des BVerfG befinden sich auch beleidigende Äußerungen grds. im Schutzbereich, da sonst die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG überflüssig wären.³⁸ Jede Entfernung oder Sperrung durch Private bedeutet einen Eingriff, der dem Staat aufgrund der zwingenden Vorgaben des NetzDG zurechenbar ist. Soweit es um strafbare Inhalte geht, ist der Eingriff gerechtfertigt. Das Entfernen oder Sperren dient dem Schutz von Persönlichkeitsrechten bzw. der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Es ist ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses legitimen Zwecks und auch erforderlich, da kein mildereres, gleich

35 Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen im Bereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) vom 22.3.2018, Bundesanzeiger Amtlicher Teil (BAnz AT) vom 25.5.2018, B2.

36 *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 447; *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2582; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1722; *Liesching*, MMR 2018, 26, 27; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 556.

37 BVerfGE 7, 198, 208.

38 BVerfGE 33, 1, 15.

geeignetes Mittel vorhanden ist. Gerichtsverfahren sind meistens langwierig. Die Einrichtung von Informations- und Beratungsstellen oder eine verbesserte Ausstattung von Polizei und Justiz³⁹ versprechen keine schnelle Abhilfe. Mittels Selbstverpflichtungen war der angestrebte Zweck zuvor nicht zufriedenstellend erreicht worden.

Nach überwiegender Auffassung ist der Eingriff aber dennoch verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, da ein „Overblocking“ drohe und es damit an der Angemessenheit fehle.⁴⁰ Denn bei einer Überschreitung der festen und recht kurzen Fristen zur Entfernung oder Sperrung können sehr hohe Geldbußen festgesetzt werden. Dieser Einschüchterungseffekt (Chilling-Effekt) werde vor allem in Zweifelsfällen dazu führen, dass die Beschäftigten legale Inhalte ohne sorgfältige Prüfung entfernen oder sperren. Kritisiert wird zudem, dass das NetzDG die Bewertung eines Inhalts als strafbar auf private Akteure verlagert und damit eine Privatisierung der Rechtsdurchsetzung stattgefunden habe.⁴¹ Den Anbietern sozialer Netzwerke sei die Rolle von „Hilfspolizisten“ zugewiesen worden.⁴² Das NetzDG enthalte, wie der FDP-Vizefraktionschef Konstantin Kuhle hervorgehoben hat, einen „entscheidenden Webfehler“,⁴³ da über die Strafbarkeit einzelner Inhalte die Justiz zu entscheiden habe. Die privaten Anbieter würden einem Interessenkonflikt unterliegen, weil sie zum einen von den Äußerungen auf ihren Plattformen profitieren, zum anderen aber als Schiedsrichter fungieren sollen. Jedenfalls fehlte ursprünglich ein Gegenvorstellungsverfahren. Der Meldende meldende Nutzer und der Postende mussten lediglich über die Entscheidung informiert werden. Die Nutzer konnten nur zivilrechtlich gegen den Anbieter vorgehen. Damit stand kein effektiver Rechtsschutz i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG zur Verfügung.

39 So der Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 18/11856, S. 8.

40 Siehe nur *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 98 ff.; zurückhaltend *Kubiciel*, juris PR-StrafR 7/2017 Anm. 1.

41 *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1724; a.A. *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 521.

42 *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1724; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 97 f.

43 <https://www.rnd.de/politik/meldung-straftbarer-inhalte-an-bundeskriminalamt-facebook-google-und-co-wehren-sich-4SS726EDKRC6THE7WB7DRQHGIE.html>.

Mittlerweile hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des NetzDG vom 3.6.2021 nachgebessert. Erstens wurde zum 28.6.2021 die Pflicht zur Einführung eines kostenfreien Gegenvorstellungsverfahrens in § 3b NetzDG ergänzt, auf das der meldende und der postende Nutzer hinzuweisen sind. Damit sollten die Rechte der Nutzer gestärkt und der Gefahr des Overblocking entgegengewirkt werden.⁴⁴ Zweitens wurde in § 3c NetzDG eine Anerkennungsmöglichkeit für private Schlichtungsstellen geschaffen, damit Streitigkeiten durch unabhängige, unparteiliche und sachkundige Stellen außergerichtlich beigelegt werden können, was für die Beteiligten häufig schneller und günstiger ist.⁴⁵

Durch diese Neuerungen wurden die Bedenken verringert,⁴⁶ da die Entscheidungen nunmehr durch eine mit der ursprünglichen Entscheidung nicht befasste Person (§ 3b Abs. 2 Nr. 3 NetzDG) überprüft werden können. Allerdings erfolgt die Überprüfung weiterhin beim Anbieter und damit nicht durch eine unabhängige Stelle. Zudem ist die Teilnahme an den Schlichtungsverfahren freiwillig (§ 3c Abs. 4 S. 1, 2 NetzDG). Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass das Beschwerdemanagement im Hinblick auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt war und ist.

c) Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz

Weiter wird verbreitet⁴⁷ angeführt, dass das NetzDG gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, der dem Gesetzgeber gebietet, „unter steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln“.⁴⁸ Die Ungleichbehandlung bestehe darin, dass von Nutzern in den sozialen Netzwerken veröffentlichte Inhalte durch das NetzDG deutlich strengeren Sperrpflichten unterfallen als Inhalte in „herkömmli-

44 BT-Drs. 19/18792, S. 17.

45 BT-Drs. 19/18792, S. 48; dazu auch das BMJ, Regeln gegen Hass im Netz – das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Stand: 21.12.2022, https://www.bmj.de/DE/Themen/FokusThemen/NetzDG/NetzDG_node.html.

46 *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 520.

47 *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 290, 294; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 560.

48 BVerfGE 98, 365, 385; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 6 m.w.N.

chen“ Massenmedien; damit werde der demokratische Willensbildungsprozess beeinträchtigt.⁴⁹ Zudem würden die herkömmlichen Massenmedien (wie Rundfunk und Presseorgane) i.d.R. eine höhere Wahrnehmungsreichweite besitzen als die Beiträge einzelner Personen in den sozialen Netzwerken.⁵⁰ Gegen diese Argumentation ist jedoch einzuwenden, dass bei den herkömmlichen Massenmedien ausgebildete Journalisten tätig sind, während in den sozialen Netzwerken jede Person ihre Meinung äußern kann. Hinzu kommt, dass bei den herkömmlichen Massenmedien ein rechtswidriger Inhalt nicht in gleicher Weise wie im Internet perpetuiert wird⁵¹ und in den sozialen Netzwerken die Hemmschwelle zur Verbreitung rechtswidriger Inhalte niedriger sein dürfte. Ebenso überzeugt es nicht, wenn angeführt wird, es stelle eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung dar, dass nur die großen Anbieter dem NetzDG unterfallen.⁵² Die Bagatelldgrenze lässt sich damit legitimieren, dass kleinere und neue soziale Netzwerke nicht über die Ressourcen für aufwendige Prüfungen verfügen und weniger als die großen Netzwerke zur allgemeinen Meinungsbildung beitragen.⁵³ Im Übrigen handelt der Gesetzgeber nach der Rspr. des BVerfG⁵⁴ nicht bereits willkürlich, wenn er nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung wählt, sondern mit Blick auf seinen Gestaltungsspielraum erst dann, wenn ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt und die Unsachlichkeit evident ist.

d) Praxis

Fraglich ist, ob das befürchtete Overblocking in der Praxis tatsächlich stattfindet. Für Transparenz sorgt, dass Anbieter von sozialen Netzwerken, die im Kalenderjahr mehr als 100 Beschwerden über rechtswidrige Inhalte erhalten, gem. § 2 NetzDG einer Berichtspflicht unterliegen. Sie sind verpflichtet, halbjährlich einen Bericht über den Umgang mit Beschwerden zu erstellen und im Bundesanzeiger

49 *Nolte*, ZUM 2017, 552, 560.

50 *Liesching*, in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 36.

51 BT-Drs. 18/12356, S. 12.

52 *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 290, 294; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 560.

53 BT-Drs. 18/12356, S. 19.

54 Siehe nur BVerfGE 55, 72, 90; 88, 87, 96 f.

sowie auf ihrer Homepage zu veröffentlichen (§ 2 Abs. 1 S. 1 NetzDG). Der Bericht, in dem auf zahlreiche Aspekte einzugehen ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 1–17 NetzDG), muss auf der Homepage „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ sein (§ 2 Abs. 1 S. 2 NetzDG). Die Berichtspflicht war mit dem „Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“ zum 28.6.2021 ausgeweitet worden, um mehr Klarheit darüber zu erlangen, wie die Anbieter mit Beschwerden umgehen und weshalb Inhalte entfernt oder gesperrt werden.⁵⁵

Die von Facebook, YouTube und Twitter erstmals für das 1. Halbjahr 2018 veröffentlichten Berichte zeigten, dass nur 10 bis 30 Prozent der Nutzerbeschwerden Erfolg hatten.⁵⁶ Dies legt nahe, dass das befürchtete „Overblocking“ ausblieb.⁵⁷ So erhielt YouTube rund 215.000 Beschwerden, von denen lediglich 27 Prozent durchgriffen. Bei Facebook waren sogar nur 1.704 Beiträge beanstandet worden, von denen 362 Beiträge entfernt wurden. Mit Blick darauf, dass dieses soziale Netzwerk bereits damals sehr populär war, überrascht die geringe Zahl von Beanstandungen. Sie lässt sich aber damit erklären, dass es Facebook den Nutzern sehr schwer machte, die Beschwerdeseite zu finden.⁵⁸ Der Gesetzgeber reagierte hierauf ebenfalls mit dem „Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“. Seit dem 28.6.2021 muss ein Anbieter den Nutzern ein „bei der Wahrnehmung des Inhalts“ leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares, leicht bedienbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden zur Verfügung stellen. Hiermit wurde klargestellt, dass ein langer oder komplizierter „Klickweg“ nicht mit dem Gesetz vereinbar ist.⁵⁹

Auch die Evaluierung des § 3 NetzDG, welche die Bundesregierung mit dem Stichtag 31.12.2019 in Auftrag gegeben hatte, vermittelt ein „überwiegend positives Bild“; es habe „keine Anhaltspunkte für ein systematisches Overblocking“

55 BT-Drs. 19/18792, S. 43.

56 *Beuth*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Viele beschwerten sich über Hass, aber kaum etwas wird gesperrt, Spiegel online vom 27.7.2018, 08.31 Uhr, <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/netzdg-so-oft-sperren-facebook-youtube-und-twitter-a-1220371.html>.

57 Vgl. *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 73.

58 <https://www.ndr.de/info/sendungen/kommentare/Das-Netz-DG-hat-sich-bereits-be-waehrt,netzdg126.html> (Nicht (ohne Weiteres) auffindbar, da nur Verweis auf die allgemeine Kommentarseite erfolgt. Mglw. ist der Beitrag nicht mehr vorhanden).

59 BT-Drs. 19/18792, S. 18.

gegeben.⁶⁰ Ein anderes Bild zeichnet jedoch eine Teilevaluation, die ein unabhängiges Forschungsteam an der Fakultät Informatik und Medien der HTWK Leipzig erarbeitet hat.⁶¹ Ausgewertet wurden sechs Halbjahresberichte der drei großen sozialen Netzwerke Facebook, YouTube und Twitter im Zeitraum 2018 bis 2020 sowie Befragungen der Anbieter. Danach habe das NetzDG in der Praxis eine „marginale Bedeutung“, es bestünden „überwiegend“ Anhaltspunkte für ein Overblocking.⁶² Durch die engen Löschfristen und hohen Bußgeldandrohungen würden die sozialen Netzwerke nämlich verstärkt in eine interne Compliance ausweichen, die das NetzDG „ins Leere laufen“ lasse. Beschwerden würden vorrangig nach den eigenen, weiter gefassten Gemeinschaftsstandards bewertet, womit auch Inhalte entfernt oder gesperrt würden, die nach dem NetzDG nicht als rechtswidrig oder zumindest als prüfintensive „Zweifelsfälle“ hätten qualifiziert werden müssen. Diesen Befund bestätigt ein Blick in den aktuellen „NetzDG Transparenzbericht“ von Facebook für das 1. Halbjahr 2022. Danach ging es bei 91,8 % der entfernten oder gesperrten Inhalte um Verstöße gegen die Gemeinschaftsstandards; lediglich bei 8,2 % der ausgeschlossenen Inhalte war ein Verstoß gegen eine im NetzDG aufgeführte Bestimmung des StGB maßgebend.⁶³

Eine Entfernung oder Sperrung nach Gemeinschaftsstandards, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen, ist derzeit allerdings kaum zu verhindern. Die Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks nebst den Gemeinschaftsstandards unterliegen zwar als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB. Rechtsprechung und Schrifttum⁶⁴ erachten jedoch überwiegend eine Entfernung oder Sperrung als rechtskonform, sofern gewährleistet ist, dass bei der vorzunehmenden umfassenden Abwägung und Bewertung der wechselseitigen Interessen die grundrechtlich geschützten Positionen des betroffenen Nutzers berücksichtigt

60 Bericht der Bundesregierung zur Evaluierung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vom 9.9.2020, S. 23; siehe auch BT-Drs. 19/18792, S. 17 und BT-Drs. 19/22610, S. 16.

61 *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 5.

62 *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 368 f.

63 *Facebook*, NetzDG Transparenzbericht, Juli 2022, S. 19.

64 BGH NJW 2021, 3179; ZUM-RD 2021, 612; *Kühling*, ZUM 2021, 461, 466 f.; *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 364, 368 m.w.N.

werden und der Ausschluss sachlich gerechtfertigt ist; denn ein soziales Netzwerk sei nicht staatsgleich an die Grundrechte gebunden, sondern es bestehe nur eine mittelbare Grundrechtswirkung, deren Reichweite begrenzt sei. Einerseits dürfe die Entfernung bzw. Sperrung nicht willkürlich sein, sie müsse mit dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar sowie nachvollziehbar sein.⁶⁵ Andererseits habe das soziale Netzwerk ein Interesse daran, ein „attraktives Kommunikations- und Werbeumfeld“ zu schaffen; dem stünde die Verbreitung eines „verrohten Umgangstons“, durch den sich die Nutzer und Werbepartner abgeschreckt fühlen könnten, entgegen.⁶⁶

2. Meldepflicht

In der Kritik stehen weitere Regelungen des NetzDG. Mit dem „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ vom 20.3.2021 wurde eine Meldepflicht in § 3a NetzDG eingeführt, um eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten.⁶⁷ Die Norm wurde noch vor ihrem Inkrafttreten auf Anregung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz mit dem „Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“ vom 3.6.2021 erweitert, um Erfordernissen der Praxis stärker Rechnung zu tragen.⁶⁸ Seit dem 1.2.2022 muss jeder Anbieter eines großen sozialen Netzwerks dem Bundeskriminalamt (BKA) zum Zweck der Ermöglichung der Verfolgung von Straftaten Inhalte übermitteln, die dem Anbieter in einer Beschwerde gemeldet worden sind, und die er entfernt oder zu denen er den Zugang gesperrt hat und bei denen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie bestimmte Katalogtaten erfüllen und nicht gerechtfertigt sind (§ 3a Abs. 2 Nr. 1–3 NetzDG). Hierzu gehören neben Staatsschutzdelikten (§§ 86, 86a, 89a, 91 StGB) Straftaten gegen die öffentliche Ordnung (§§ 126, 129–129b, 130, 131, 140 StGB), die Verbreitung, der Erwerb und der Besitz kinderpornographischer Inhalte (§ 184b StGB), die Bedrohung mit einem Verbrechen gegen das Leben, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit

65 BGH NJW 2021, 3179, 3185 f.; ZUM-RD 2021, 612, 621 ff.

66 BGH NJW 2021, 3179, 3187; ZUM-RD 2021, 612, 623.

67 BT-Drs. 19/17741, S. 15 f.

68 BT-Drs. 19/29392, S. 14.

oder die persönliche Freiheit (§ 241 StGB). Die Meldung hat elektronisch zu erfolgen (§ 3a Abs. 5 NetzDG) und muss umfangreiche Angaben zu dem Nutzer enthalten, der den Inhalt mit anderen geteilt oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat (Nutzernamen; IP-Adresse nebst Portnummer; Zeitpunkt des letzten Zugriffs; § 3a Abs. 4 Nr. 1, 2 NetzDG). Das BKA identifiziert anschließend den Täter und leitet die Daten an die Strafverfolgungsbehörden weiter. Der Anbieter hat den betreffenden Nutzer grds. vier Wochen nach der Übermittlung an das BKA zu informieren (§ 3a Abs. 6 S. 1, 2 NetzDG). Zur Umsetzung wurde beim BKA eine „Zentrale Meldestelle für strafbare Inhalte im Internet“ mit 200 Beschäftigten geschaffen, die am 1.2.2022 ihre Tätigkeit aufgenommen hat.⁶⁹

Die meisten Anbieter haben sich jedoch bislang nicht an die Meldestelle technisch angebunden. Denn bereits im Sommer 2021 hatten Facebook und Instagram (beide Meta) sowie Youtube (Google) einstweilige Anordnungen beantragt. Twitter und TikTok folgten.⁷⁰ Das VG Köln entschied dann am 1.3.2022 in den bereits genannten Eilverfahren, dass § 3a NetzDG gegen das Herkunftslandprinzip der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (ECRL) verstößt und damit unanwendbar ist.⁷¹ Die Meldestelle kann sich deshalb bislang nur jenen Inhalten widmen, die ihr von anderen sozialen Netzwerken und dezentralen Strukturen (z.B. der Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen – ZAC NRW) gemeldet werden.⁷²

3. Aufsichts- und Anordnungsbefugnis des BfJ

Schließlich wurde mit § 4a NetzDG eine Aufsichts- und Anordnungsbefugnis eingeführt. Danach kann das BfJ, sofern Anhaltspunkte für Verstöße gegen die bestehenden Pflichten vorliegen, gegenüber den Anbietern präventiv⁷³ Maßnahmen ergreifen (§ 4a Abs. 2 S. 1 NetzDG). Das VG Köln hat in seinen

69 <https://www.tagesschau.de/inland/bka-internet-hass-101.html>.

70 https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/Archiv/2022/05_01032022/index.php.

71 VG Köln MMR 2022, 330.

72 <https://netzpolitik.org/2022/zentrale-meldestelle-bundeskriminalamt-plant-jetzt-ohne-zuarbeit-der-sozialen-netzwerke>.

73 BT-Drs. 19/18792, S. 53.

Eilentscheidungen auch diese Norm als unionsrechtswidrig bewertet. Denn nach Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) muss die überwachende Medienbehörde rechtlich von Regierungsstellen getrennt und funktionell von der Regierung und anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen unabhängig sein. Das BfJ ist aber dem Bundesministerium der Justiz (BMJ) unterstellt und weisungsabhängig, weshalb von der „geforderten Staatsferne [...] keine Rede sein“ kann.⁷⁴

IV. Ausblick auf das Unionsrecht

Gegen die Beschlüsse des VG Köln legten Google und Meta bereits im März 2022 Beschwerde beim OVG Nordrhein-Westfalen in Münster ein, da sie ihnen nicht weit genug gingen.⁷⁵ Google zog im April 2022 seine Beschwerde zurück, nicht aber Meta.⁷⁶ Das BMJ legte keine Beschwerde ein und verwies darauf, dass es bald europaweit einheitliche Regeln für soziale Netzwerke geben werde, mit denen sich die meisten Fragen erledigen.⁷⁷ In der Tat ist der europäische Gesetzgeber aktiv geworden. Dies überrascht nicht, da zur grenzüberschreitenden Bekämpfung der Hasskriminalität, die in Europa stark zugenommen hat,⁷⁸ angesichts divergierender nationaler Gesetze und im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Regelungen mit dem Unionsrecht im Bereich der Plattformregulierung eine Vollharmonisierung angezeigt erscheint.

Bereits seit dem 7.6.2021 ist die Verordnung (EU) 2021/784 „zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte“ (TCO-VO) in Kraft. Entdecken die zuständigen Behörden terroristische Inhalte, haben sie gegenüber Unternehmen, die Hosting-Dienste anbieten, die Entfernung oder Sperrung dieser Inhalte

74 VG Köln MMR 2022, 330, 332.

75 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/netzwerkdurchsetzungsgesetz-google-meta-facebook-vg-koeln>.

76 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/netzdg-ovg-muenster-vg-koeln-google-meta-facebook-bka>.

77 <https://www.tagesschau.de/investigativ/wdr/bka-zentralstelle-hasskriminalitaet-internet-101.html>.

78 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 9.12.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6561.

anzuordnen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Hauptniederlassung in der EU befindet. Die Anbieter müssen die Anordnung binnen einer Stunde umsetzen. Wird systematisch und ständig gegen die Vorschriften verstoßen, kann ein Unternehmen durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) mit Sanktionen in Höhe von bis zu 4 % des im vorangegangenen Geschäftsjahr erwirtschafteten weltweiten Jahresumsatzes belegt werden.

Weiter hat die EU-Kommission am 11.5.2022 den Entwurf einer Verordnung „zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern“⁷⁹ vorgestellt. Anlass war die hohe Anzahl an verschicktem einschlägigem Bildmaterial. Die Online-Dienste sollen allerdings nicht nur zum Löschen und Melden von Inhalten, sondern auch zur Kontrolle von Chats verpflichtet werden. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) hat den Entwurf scharf kritisiert: „Die sogenannte Chatkontrolle bietet kaum Schutz für Kinder, wäre aber Europas Einstieg in eine anlasslose und flächendeckende Überwachung der privaten Kommunikation“.⁸⁰ Ebenso haben der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) und der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB) den Entwurf beanstandet.⁸¹

Schließlich hatten sich der Rat der EU, das Europäische Parlament und die Europäische Kommission bereits am 22.4.2022 im Rahmen des fünften Trilogs über eine Verordnung über digitale Dienste – den „Digital Services Act“ (DSA) – verständigt. Der DSA wurde Ende Oktober 2022 verkündet⁸² und ist am 16.11.2022 in Kraft getreten. Ab dem 17.2.2024 wird er in der gesamten EU anwendbar sein. Er bildet ein einheitliches Regelwerk zu Sorgfaltspflichten und Haftungsausschlüssen von Online-Plattformen, die ihre Dienste in der EU anbieten, und soll allen Nutzern ein hohes Schutzniveau gewährleisten. Der DSA wird als „Grundgesetz“ für Onlinedienste fungieren.⁸³ Vorgesehen ist die Bekämpfung

79 COM(2022) 209 final.

80 https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/09_Chatkontrolle.html.

81 Gemeinsame Stellungnahme vom 29.7.2022, https://edpb.europa.eu/news/news/2022/proposal-combat-child-sexual-abuse-online-presents-serious-risks-fundamental-rights_en.

82 Amtsblatt der EU vom 27.10.2022, L 277/1.

83 *Eike Köhl*, Digital Services Act, Das neue Grundgesetz für Onlinedienste, Zeit on-

illegaler Inhalte durch ein Meldesystem, das Nutzern das Kennzeichnen von Inhalten erlaubt und die Plattformen zum unverzüglichen Tätigwerden verpflichtet. Ein Gegenvorstellungsverfahren wird es den Nutzern ermöglichen, die Entscheidung einer Plattform überprüfen zu lassen. Weiter sind jährliche Transparenzberichte mit Informationen über entfernte Inhalte zu veröffentlichen. Darüber hinaus werden sehr große Plattformen, die über mehr als 45 Mio. Nutzer in der EU verfügen, dazu verpflichtet, ein Risikomanagement zu betreiben. Die Überwachung und Durchsetzung des DSA übernehmen grds. die Staaten, wobei sie von einem „Europäischen Gremium für digitale Dienste“ unterstützt werden. Für sehr große Plattformen wird die EU-Kommission zuständig sein.

Anzunehmen ist, dass für das NetzDG neben dem DSA kein Raum verbleiben wird, da der Unionsgesetzgeber eine Vollharmonisierung anstrebte.⁸⁴ Der DSA wurde erlassen, um eine Fragmentierung des Binnenmarkts zu vermeiden und zu beenden (Erwägungsgrund 4 DSA). Ein im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung erstelltes Gutachten bescheinigt, dass das NetzDG faktisch abgeschafft wird, da Deutschland keine starren Löschfristen mehr vorgeben darf.⁸⁵ Im Übrigen gelangt das Gutachten zu dem Ergebnis, dass die geplanten Verpflichtungen keine größere Gefahr des Overblockings begründen.⁸⁶ Allerdings ist der Begriff „illegaler Inhalt“ im DSA nicht näher bestimmt und weiter als der im NetzDG verwendete Begriff „rechtswidriger“ (d.h. strafbarer) Inhalt.⁸⁷ Zudem löst der DSA nicht den Grundkonflikt, dass private Anbieter die Rechtmäßigkeit von Inhalten bewerten müssen. Einem Overblocking dürfte jedoch stärker als bisher entgegenwirken, dass die Diensteanbieter in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechte

line vom 14.12.2020, 11:42 Uhr, <https://www.zeit.de/digital/internet/2020-12/digital-services-act-eu-kommission-facebook-google-amazon-gesetz>.

84 *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283, 287; *Kühling*, ZUM 2021, 461, 468.

85 Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), *Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz*, Gutachten zum Entwurf des Digital Services Act im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung Für die Freiheit, Prof. Dr. Henrike Weiden, LL.M., Hochschule München University of Applied Sciences, Januar 2022, S. 5.

86 Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), *Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz* (Fn. 85), S. 17 f.

87 Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), *Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz* (Fn. 85), S. 6.

berücksichtigen müssen,⁸⁸ etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung, die Freiheit und den Pluralismus der Medien sowie andere Grundrechte und -freiheiten (vgl. Art. 14 Abs. 4 DSA).

V. Fazit

Das NetzDG dient der Bekämpfung strafbarer Inhalte im Internet, indem es die Anbieter von großen sozialen Netzwerken auf Beschwerde hin zur Entfernung von strafbaren Inhalten verpflichtet. Allerdings ist das Gesetz verfassungsrechtlich sehr problematisch. Das in § 3 NetzDG vorgesehene Beschwerdemanagement greift in das Grundrecht der Meinungsfreiheit mittelbar ein. Zwar findet im Rahmen der Beschwerde nach dem NetzDG das befürchtete „Overblocking“ nicht statt, jedoch haben die sozialen Netzwerke eine interne Compliance vorgeschaltet, bei der gemäß den selbst gesetzten Gemeinschaftsstandards auch solche Inhalte entfernt werden können, die nach dem NetzDG nicht entfernt werden müssten. Hinzu kommt, dass das NetzDG nicht dem Herkunftslandprinzip Rechnung trägt und damit unionsrechtswidrig ist. Mit dem DSA wird das NetzDG faktisch gegenstandslos. Abzuwarten bleibt, ob der DSA die Gefahr des Overblockings eindämmen wird. Positiv stimmt insoweit, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter künftig den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten Rechnung tragen müssen.

88 Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), *Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz* (Fn. 85), S. 24; *Kühling*, ZUM 2021, 461, 472.

EHRVERLETZUNGEN IN SOZIALEN MEDIEN UND RECHTSSCHUTZMECHANISMEN IN DER GEORGISCHEN GERICHTSPRAXIS

Assoziierter Prof. Dr. **Sergi Jorbenadze**,
Grigol Robakidze Universität, Rechtsanwalt

I. Einleitung

Im Zuge des technischen Fortschritts haben die Nutzer heutzutage die Möglichkeit, selbst über ihre Konten bzw. Profile zu verfügen und diese eigenständig zu verwalten. Diese Möglichkeit schafft gleichzeitig die Notwendigkeit, neue Standards für den Rechtsschutz zu etablieren. Dies betrifft insbesondere die Frage einer möglichen Einschränkung der Meinungsfreiheit. In den traditionellen Medien (z.B. dem Fernsehen) ist der Maßstab bzw. der Rahmen für die Richtigstellung von Ehrverletzungen von vornherein klar. Dagegen müssen für die Durchsetzung von Rechten in sozialen Medien zusätzliche Mechanismen geschaffen werden. In der georgischen Praxis wird die Erhebung von Klagen als wichtiges Instrument des Rechtsschutzes begriffen.

II. Meinungsfreiheit in sozialen Medien und Herausforderungen für den Rechtsschutz

Bevor wir uns der Ehrverletzung zuwenden, ist es wichtig, die Herausforderungen in der georgischen Praxis für den Rechtsschutz bei Überschreitungen der Meinungsfreiheit aufzuzeigen. Da das georgische Recht – anders als das deutsche – Ehrverletzungen und die verschiedenen Formen des Schutzes immaterieller Rechte nicht dem Strafrecht, sondern dem Privatrecht zuordnet, stellt die Anrufung eines Gerichts den einzigen Weg dar, Rechtsschutz zu erhalten. Noch schwieriger ist die Rechtslage, wenn es um soziale Medien geht. In solchen Fällen kann es

vorkommen, dass bereits formale Voraussetzungen wie die rechtliche Einordnung des Falles, die Bestimmung der richtigen Partei usw. nicht erfüllt sind.

Um die Besonderheiten des Schutzes der Meinungsfreiheit in den sozialen Medien angemessen darzustellen, sollen einige praktische Beispiele angeführt werden, die zeigen, mit welchen Schwierigkeiten und Anforderungen (wie der Notwendigkeit der vorherigen Planung bzw. Bewertung) der Rechtsschutz in der Praxis konfrontiert sein kann. Dies betrifft sowohl die rechtliche Einordnung des Falles als auch die Formulierung des richtigen Klageantrages.

1. Minder schwerer Fall von Rowdytum

Unter Berücksichtigung dessen, dass Facebook als öffentlicher Raum gilt,¹ wurde ein auf dieser Plattform veröffentlichter ehrverletzender Post vom Amtsgericht Tiflis als „minder schwerer Fall von Rowdytum“ eingestuft.² Dieser Straftatbestand ist in Art. 166 des georgischen Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten geregelt und stellt Folgendes unter Strafe: „Beschimpfungen und Beleidigungen auf öffentlichen Plätzen, beleidigende Angriffe oder ein ähnliches Verhalten, das die öffentliche Ordnung und den Frieden stört“. Das Berufungsgericht teilte die Einschätzung des Inhalts der geposteten Äußerung durch das Bezirksgericht nicht und hob die erstinstanzliche Entscheidung auf.³ Interessant ist, dass die Äußerung in einer geschlossenen Gruppe auf Facebook gepostet worden war, was aber für die rechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend war.⁴

1 Beschluss des Obersten Gerichts Georgiens №AS-1559-1462-2012 vom 9. Januar 2014.

2 Beschluss des Amtsgerichts Tiflis №4/8628-19 vom 25. September 2019.

3 Beschluss des Appellationsgerichts Tiflis №4/889-19 vom 9. Dezember 2019.

4 Eine geschlossene Gruppe bietet nicht automatisch Raum für das Hochladen oder die Verbreitung von diffamierenden Äußerungen, da sie nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind. Es soll bei dieser kurzen Bemerkung bleiben, da die Frage sehr weitreichend ist und ihre Behandlung den Rahmen des Beitrags sprengen würde.

2. Klage wegen Erniedrigung

Im Jahr 2018 beantragte ein Kläger beim Amtsgericht Tiflis die Löschung einer Facebook-Gruppe,⁵ die gegründet worden war, um ihn zu verhöhnen (Mobbing). Die Gruppe trug sogar eine Abkürzung des Namens des Betroffenen, allerdings in einem zynischen Kontext bzw. in einer zynischen Form. Hätte der Kläger beispielsweise mit vollem Namen Jürgen Haiden geheißt,⁶ wäre die Gruppe als „Jüha-Scherze“ bezeichnet worden.

Nach dem Vortrag des Klägers sei er durch das Posten und Hochladen verschiedener, ihn verhöhrender und herabwürdigender Inhalte sowie „Meme-GIFs“ psychisch unter Druck gesetzt worden. Diese Handlungen würden immaterielle Rechte (insbesondere seine Ehre) verletzen.⁷ Das Gericht wies die Klage jedoch ab und begründete dies damit, dass der Kläger nicht habe glaubhaft machen können, dass der Name der Facebook-Gruppe sich auf ihn beziehe⁸ (d.h. das Opfer konnte nicht sicher identifiziert werden).⁹

3. Der Vorrang der praktischen gegenüber der formalen Sichtweise

Die oben genannten Auslegungen bzw. Ausführungen des Gerichts zeigen deutlich, dass der Rechtsschutz in den sozialen Medien anders als bei den „traditionellen“ Medien besondere Schwierigkeiten bereitet. Im ersten Fall waren sich die Gerichte nicht einig, ob der Fall dem Zivilrecht oder dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Im zweiten Fall war die Identifizierung des Klägers das Hindernis. Und dies, obwohl der Kläger unter seinem Spitznamen in der Öffentlichkeit bekannt und

5 Siehe Beschluss des Amtsgerichts Tiflis №2/34293-18 vom 30. November 2018.

6 Der echte Name des Betroffenen wird hier bewusst nicht angegeben.

7 Anzumerken ist, dass der Kläger ein junger Mann war, der von Gleichaltrigen gedemütigt wurde.

8 Die Bestätigung dieser Tatsache ist praktisch und faktisch unmöglich, zumal es hier nicht um den Schutz des Spitznamens einer Person, sondern um den Schutz ihrer immateriellen Rechte ging.

9 Der Spitzname (im Gegensatz zu einem Pseudonym) ist sehr schwierig zu schützen, siehe dazu *Jorbenadze*, in: Tchanturia (Hrsg.), ZGB-Kommentar, Band 1, 2017, Art. 17 Rn. 18.

als solcher eindeutig identifizierbar war. Der Blickwinkel des Gerichts muss also weiter sein. Dies erscheint jedoch unmöglich, wenn ein Kläger nicht die richtigen Klageanträge stellt, auf die weiter unten näher eingegangen wird.

III. Regelung der Ehrverletzung im georgischen Recht

Durch Gesetzesänderungen wurde im Jahr 2004 die Ehrverletzung im georgischen Recht entkriminalisiert. Seitdem fallen Ehrverletzungen unter das Gesetz über die Rede- und Meinungsfreiheit. Dies hatte zur Folge, dass Streitigkeiten in diesem Bereich automatisch in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen.¹⁰ Für den Kläger (als Opfer der Ehrverletzung) bedeutet dies, dass er im Streitfall vor Gericht die Beweislast trägt.¹¹ Art. 13 des Gesetzes über die Rede- und Meinungsfreiheit sieht vor, dass der Kläger drei wesentliche Umstände beweisen muss: a) dass die Äußerung des Beklagten direkt gegen ihn gerichtet war, b) dass die Äußerung eine Behauptung enthielt, die im Wesentlichen falsch war, und c) dass ihm durch die Äußerung ein Schaden entstanden ist.¹² Diese Elemente beziehen sich auf natürliche Personen. Bei Ehrverletzungen juristischer Personen tritt ein viertes Element hinzu (Art. 14 des Gesetzes über die Rede- und Meinungsfreiheit), nämlich dass der Beklagte von der Unwahrheit der Äußerung wusste oder die Verbreitung der Behauptung leichtfertig verursachte.

IV. Klageantrag bei Ehrverletzung

Einer der wichtigsten Aspekte für die Bejahung einer Ehrverletzung durch die Gerichte ist die Öffentlichkeit der beanstandeten Äußerung.¹³ Die nachfolgend formulierten Anforderungen beziehen sich daher auf öffentliche Äußerungen.

10 Durch eine Änderung von Art. 18 Abs. 2 des georgischen Zivilgesetzbuchs wurde der Hinweis auf die oben erwähnte Vorschrift in das Gesetz aufgenommen.

11 Geregelt wurde die Frage der Verjährung, deren Dauer auf 100 Tage festgesetzt wurde.

12 Gemeint ist sowohl der materielle als auch der immaterielle Schaden.

13 Beschluss des Obersten Gerichts Georgiens №AS-810-2019 vom 5. März 2021.

1. Richtigstellung

Bei Ehrverletzungen ist eine der wichtigsten und häufigsten Forderungen die nach der Richtigstellung durch den Beklagten.¹⁴ Damit wahrt der Kläger seine Rechte. Vor dem Aufkommen und der Verbreitung der sozialen Medien war der Rechtsschutz bei Ehrverletzungen in den „traditionellen“ Medien mehr oder weniger einheitlich. Es war daher vorhersehbar, auf welchem Wege eine erfolgreiche Klage durch das Gericht durchgesetzt werden würde. Bei einem Printmedium würde dies z.B. durch eine Veröffentlichung im selben Medium geschehen. Entsprechend wäre bei einer Fernsehsendung erforderlich, dass der Beklagte zu einer Richtigstellung in der gleichen Sendung im gleichen Sender verpflichtet würde.¹⁵ Bei der Verbreitung von Inhalten und Aufzeichnungen von Fernsehsendungen in den sozialen Medien ist die Erstveröffentlichung maßgebend.¹⁶

Angesichts des weiten Freiheitsbegriffs erscheint eine bloße Richtigstellung in den sozialen Medien für die angemessene Rechtsdurchsetzung nicht ausreichend.¹⁷ Denn es besteht nach wie vor die Gefahr, dass die gerichtliche Entscheidung nicht umgesetzt wird und/oder der Rechtsschutz nicht gewährleistet werden kann. Beispielsweise kann der Nutzer seinen Facebook-Account löschen etc. Dem Kläger bleibt daher nichts anderes übrig, als neben der Richtigstellung weitere Anträge zu stellen, um seine Interessen effektiv durchzusetzen.

2. Einzelne Handlungen bei Richtigstellung

Welche konkreten Maßnahmen im Einzelfall zur Richtigstellung erforderlich sind, muss der Beschwerdeführer selbst entscheiden und sich dabei an der

14 Siehe z.B. Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens №AS-1011-972-2016 vom 26. Juli 2017.

15 Als Beispiel kann ein laufendes Verfahren angeführt werden, in dem durch den Klageantrag die Richtigstellung in der gleichen Sendung begehrt wird: Amtsgericht Tiflis №2/20950-22.

16 Analog kann das beim Amtsgericht Tiflis anhängige Verfahren №2/38686-22 angeführt werden, in dem gerade die Erstveröffentlichung den Kern des Rechtsstreits bildet.

17 Siehe Beschluss des Appellationsgerichts Tiflis №2/4254-21 vom 22. Oktober 2021.

beanstandeten Aktivität orientieren. Wurden seine Rechte beispielsweise im „Facebook-Live-Format“ verletzt, kann die Richtigstellung auf dem gleichen Weg verlangt werden.¹⁸ Einige Formen sind besonders hervorzuheben:

Die öffentliche Bekanntmachung der zu widerrufenden Äußerung ist einer der ersten Aspekte, die der Kläger berücksichtigen muss, um dem Beklagten die Möglichkeit zu nehmen, die gerichtliche Entscheidung nur formal zu vollziehen. Ein solches Erfordernis erscheint folgerichtig, wenn die ehrverletzende Äußerung im öffentlichen Raum getätigt wurde.

Wichtig ist *die Festlegung der Dauer* der Richtigstellung. Geht man davon aus, dass die beanstandete Äußerung während der gesamten Dauer des Gerichtsverfahrens abrufbar war, wäre es naheliegend, die Richtigstellung für mindestens die gleiche Dauer anzuordnen. Hierüber entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen.

Die Festlegung des Formats der Richtigstellung ist immer dann relevant, wenn es dem Kläger auf die optische Darstellung und die Art der Richtigstellung ankommt. Wurde beispielsweise die ehrverletzende Äußerung mittels eines Bildes getätigt, kann für die Richtigstellung die Verwendung desselben Bildes verlangt werden.¹⁹

Soziale Medien bieten ihren Nutzern die Möglichkeit, ihre Accounts zu löschen. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes ist es daher möglich, dem Beklagten *die Löschung seines Accounts bzw. Profils zumindest für die Dauer der öffentlichen Richtigstellung zu untersagen*.

Bei der Verletzung immaterieller Rechte ist maßgebend, inwieweit die ehrverletzende Äußerung einem großen Personenkreis zugänglich war. Entsprechend muss die Richtigstellung erfolgen und den gleichen Grad an Öffentlichkeit gewährleisten. Dem Beklagten muss die Möglichkeit genommen

18 Beispielsweise das beim Amtsgericht Tiflis zugelassene und rechtshängige Verfahren №2/33340-22.

19 Beispielsweise das beim Amtsgericht Tiflis anhängige Verfahren №2/2359-22 – die Richtigstellung im gleichen Format ist wichtig, um einen effektiven Schutz von immateriellen Rechten zu gewährleisten.

werden, die Publizität einzuschränken oder gar zu verhindern. Es ist ihm daher *zu untersagen, seine Follower oder Freunde zu löschen/zu beschränken*. Dies ermöglicht und sichert die Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidung.

Löschung der ursprünglichen ehrverletzenden Äußerung. Hier kann eine Parallele zum Recht auf Vergessen gezogen werden.²⁰ Damit soll sichergestellt werden, dass die Nutzer keinen Zugang mehr zu ehrverletzenden Äußerungen haben.

Alle genannten Anträge wurden vor dem Amtsgericht Tiflis verhandelt und von ihm angenommen, die Entscheidung des Gerichts ist jedoch bislang nicht rechtskräftig.²¹ Denn es erging lediglich ein Versäumnisurteil, dessen formale Voraussetzungen (Nichteinreichung der Klageerwiderung) der Beklagte beseitigte.²² Dennoch ist der Fall bemerkenswert, da das Gericht einer Klage im Rahmen eines Versäumnisurteils nur dann stattgeben darf, wenn der Klageantrag und die darin angeführten Gründe den geltenden Rechtsvorschriften entsprechen.²³

3. Schadensersatz

Art. 17 Abs. 3 des Gesetzes über die Rede- und Meinungsfreiheit sieht einen Anspruch auf Schadensersatz vor. Der Kläger muss hierzu nachweisen, dass er einen materiellen oder immateriellen Schaden erlitten hat.²⁴ In beiden Fallgruppen hängt die Erfüllung des Anspruchs von der Entscheidung über die Richtigstellung der ehrverletzenden Äußerung ab.

20 EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12, ZD 2014, 350.

21 Versäumnisurteil des Amtsgerichts Tiflis №2/28981-22 vom 31. Oktober 2022.

22 Siehe Beschluss des Amtsgerichts Tiflis №2/28981-22 vom 20. Dezember 2022.

23 Siehe Art. 232¹ ZPO Georgiens, wonach die in der Klage angegebenen Umstände den Klageantrag rechtlich glaubhaft machen sollen.

24 Es ist möglich, beides gleichzeitig zu beantragen.

V. Zusätzliche Schwierigkeiten in der Praxis

1. Anonymität

Anonymität gefährdet die Bestimmung des Adressatenkreises. Sie erschwert es, eine konkrete Person oder Personen hinter Konten und Profilen zu identifizieren sowie ihre Motive und Ziele zu verstehen.²⁵ Ein georgisches Gericht schuf diesbezüglich einen Präzedenzfall, indem es vom Innenministerium Informationen über die Person hinter einem anonymen Profil verlangte.²⁶ Dies wurde mit der staatlichen Pflicht begründet, den Rechtsschutz zu gewährleisten.²⁷

2. Personenmehrheit in Bezug auf die in sozialen Medien veröffentlichten Erklärungen / Äußerungen

Eine Personenmehrheit kann sich in zwei Aspekten widerspiegeln: Die ehrverletzende Äußerung hat mehrere Urheber und/oder wird von mehreren Urhebern veröffentlicht. Hierbei geht es um die sog. Erstverbreitung bzw. den Erstverbreiter²⁸ und nicht um spätere Weiterverbreitungen bzw. Weiterverbreiter, zu deren Haftung es noch keine Rechtsprechung gibt.²⁹

a. Folgen beim Handeln durch zwei Personen

In Bezug auf das Handeln durch zwei Personen gab es in Georgien einen Fall, der jedoch nicht in einem Gerichtsverfahren mündete. In dem Fall war eine

25 Siehe zu dieser Frage *Jorbenadze*, Recht sozialer Medien, 2019, S. 70 f.

26 Beschluss des Amtsgerichts Tiflis №2/3022-22 vom 12. Oktober 2022.

27 EGMR, UrT. v. 15.3.2022 - 14191/14 – STRAISTĂ v. THE REPUBLIC OF MOLDOVA.

28 Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Frage nach der Haftung des Weiterverbreiters immer dann stellt, wenn die Weiterverbreitung selbst eine Straftat darstellt, z.B. bei der Verletzung der Privatsphäre, die in Art. 157¹ StGB Georgiens als Straftat ausgestaltet ist. Die vorliegenden Ausführungen stützen sich ausschließlich auf die Zuordnung zum Zivilrecht. Um die Herausforderungen im Zusammenhang mit der Haftung des Weiterverbreiters in der Praxis zu veranschaulichen, wäre es notwendig, eine entsprechende Klage zu erheben.

29 Entsprechende Informationen konnten nicht ermittelt werden (sie sind nicht öffentlich zugänglich).

ehrverletzende Äußerung über ein gemeinsames Konto/Profil veröffentlicht worden. Handelt es sich z.B. um ein gemeinsames Konto/Profil eines (Ehe-) Paares mit der Bezeichnung „Anke-Christian“,³⁰ das von beiden genutzt wird, und erfolgt von diesem Konto aus eine ehrverletzende Äußerung gegenüber einem Dritten, so sollte sich die Haftung (und damit auch die Durchsetzung) auf beide Kontoinhaber erstrecken.³¹ Als Ausnahmen können Fälle angesehen werden, in denen es eindeutig ist, dass der Inhalt (der „Post“) entweder von „Anke“ oder von „Christian“ veröffentlicht wurde.³² Zur Durchsetzung des Anspruchs erscheint es sinnvoll, beide in Anspruch zu nehmen.³³

b. Haftung des Urhebers der Äußerung und der diese veröffentlichenden Person

Erfolgt die Veröffentlichung der ehrverletzenden Äußerung auf einer fremden Plattform oder Webseite, ist auch der Veröffentlichende in Anspruch zu nehmen.³⁴ War z.B. „Oliver“ der Urheber einer (rechtsverletzenden) Äußerung, die von „Lisa“ auf ihrer Facebook-Seite hochgeladen worden war, so ist die Klage gegen beide (Oliver und Lisa) zu richten.³⁵ Die Durchsetzung orientiert sich hieran.³⁶

VI. Schlussfolgerung

Die Rechtsprechung hat sich mit der Entwicklung der sozialen Medien gewandelt. Da die Meinungsfreiheit in Georgien besonders stark geschützt ist,³⁷ muss der

30 Dies ist charakteristisch für einige Länder des Südens.

31 *Jorbenadze*, Recht sozialer Medien, 2019, S. 73.

32 *Jorbenadze*, Recht sozialer Medien, 2019, S. 73.

33 Konsequenterweise bedeutet dies, dass im Rahmen der Verfügung über das entsprechende Konto auch die Haftung gleichmäßig verteilt ist.

34 Siehe z.B. das beim Amtsgericht Tiflis anhängige Verfahren №2/3022-22.

35 Da eine gemeinsame Handlung die Rechtsbeeinträchtigung herbeigeführt hat. Hätte der Verbreiter sich zurückgehalten, wäre der Eintritt dieser Folge vermieden worden.

36 Beschluss des Obersten Gerichts Georgiens №AS-1192-2021 vom 24. Dezember 2021.

37 Auch im Hinblick auf die Regelung der Beleidigung, die im georgischen Recht kein strafrechtliches Institut ist.

Kläger seinen Antrag bzw. seine Anträge entsprechend formulieren, um seine immateriellen Rechte zu schützen. Um dem Kläger, der häufig einen äußerst schwierigen und hindernisreichen Weg zu beschreiten hat,³⁸ zukünftig bessere Abhilfemöglichkeiten zu bieten, lassen sich zwei effektive Wege aufzeigen: a) Gesetzesänderung und b) Fortentwicklung der Rechtsprechung. Dabei ist der zweite Weg besser geeignet, da: (1) der Gesetzgeber den Veränderungen (der technologischen Entwicklung) in den sozialen Medien in der Regel nicht rechtzeitig durch entsprechende gesetzliche Regelungen Rechnung trägt;³⁹ (2) der Schutz der in der Verfassung Georgiens verankerten und für unantastbar erklärten Menschenwürde nicht von der Aufnahme in ein Gesetz abhängen kann;⁴⁰ (3) es unmöglich ist, alle Aktivitäten, die eine Person in den sozialen Medien vornehmen könnte, gesetzlich zu erfassen. Zudem sollte bei der Aufstellung von Grundsätzen die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung Berücksichtigung finden.

38 Gemeint ist die mangelnde Bereitschaft der Gerichte, derartige Fälle anzunehmen (siehe z.B. den Beschluss des Amtsgerichts Tiflis №2/19489-21 vom 6. August 2021). Zwar wurde die Praxis Ende 2021 verändert, sodass die Gerichte begonnen haben, vergleichbare Fälle anzunehmen (z.B. Beschluss des Appellationsgerichts Tiflis №2/4254-21 vom 22. Oktober 2021), mit dem technischen Fortschritt ist jedoch mit weiteren Neuerungen zu rechnen, denen die Gerichte keine formalen Hindernisse in den Weg legen sollten.

39 Die Neuerungen gehen zeitlich der Gesetzgebung voraus.

40 Siehe z.B. *Jorbenadze*, Besonderheiten der Auslegung des in der georgischen Verfassung vorgesehenen Begriffs „unversehrt“, in: Gegenava (Hrsg.), Guram Natchkebia, 75. Jubiläumsausgabe, 2016, S. 75 f.

BLOCKCHAIN UND STRAFRECHT – HERAUSFORDERUNGEN UND CHANCEN*

Prof. Dr. **Konstantina Papathanasiou**, Universität Liechtenstein

Die Entstehung der Blockchain vor fast 14 Jahren fällt zwar mit der Entstehung der Kryptowährung Bitcoin zusammen, die Blockchain ist aber viel mehr als nur Bitcoins. Am 31.10.2008 wurde nämlich erstmals unter dem bis heute nicht identifizierbaren Pseudonym Satoshi Nakamoto das bahnbrechende Dokument „Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System“ in Umlauf gebracht.¹ Auf nur acht Seiten wurden verschiedene kryptografische Instrumente miteinander verbunden, um ein dezentrales, mithin auf das Vertrauen gegenüber einer dritten Instanz (d.h. einer Bank) verzichtendes Transaktionssystem für digitales Bargeld zu errichten.² Nur einige Monate später wurden die ersten Bitcoins auf der Blockchain tatsächlich geschaffen. Dieser Beitrag, der primär auf das österreichische Recht eingeht,³ will möglichst umfassend schildern, welche Herausforderungen und Chancen die Blockchain-Technologie für das Strafrecht mit sich bringt. Vorab stellt sich aber eine technische Frage: Was ist die Blockchain überhaupt, und was kann ein Nichtinformatiker darunter verstehen? Wie sieht die Funktionsweise einer Blockchain aus?

I. Grundlegendes

Die Entwicklung bis heute ist rasant. Inzwischen existieren ca. 20.000 Kryptowährungen und Bürger sowie Unternehmen können etwa im schweizerischen

1 Der vorliegende Text wurde in deutscher Sprache bereits in der österreichischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht (ZWF 2022, S. 178-184) publiziert. Das Original des Dokuments ist unter <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> abrufbar.

2 Vgl. <https://www.bitcoin.de/de/bitcoin-whitepaper-deutsch> (5.9.2022).

3 Das Manuskript geht zurück auf den am 17.3.2022 via *Zoom* durchgeführten ersten Themenabend des neu eingerichteten Lehrstuhls für Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung an der Universität Liechtenstein.

Kanton Zug seit Februar 2021 mit den verbreitetsten davon – Bitcoin und Ethereum – ihre Steuerrechnung bezahlen.⁴ Die neueste Tendenz geht noch weiter und sucht nach Möglichkeiten zur Stabilisierung der von Kryptowährungen.⁵ Diese stabilisierende Funktion sollen sog. Stablecoins übernehmen: Dabei handelt es sich um Kryptowährungen, deren Wert an den einer anderen Währung (meistens einer Fiat-Währung, wie US-Dollar oder Euro), eines Rohstoffs (Gold) oder eines Finanzinstruments gebunden („pegged“) ist.⁶ Dank Bitcoins als erster bekannter (Finanz-)Anwendung hat sich das Interesse an der zugrunde liegenden Blockchain-Technologie rasch entwickelt.

II. Funktionsweise einer Blockchain

Die Blockchain ist das Beispiel par excellence einer dezentralen Ledger-Technology (DLT). Bei einer DLT handelt es sich im Allgemeinen um eine digitale dezentrale Datenbank, die von allen Teilnehmern abgespeichert und regelmäßig auf dem neuesten Stand gehalten wird. Letztlich geht es um ein verteiltes Kassenbuch, in das jeder Beteiligte neue Daten eintragen kann.⁷

Was nun eine Blockchain konkret betrifft, wird unter allen Mitgliedern des Netzwerks regelmäßig darüber abgestimmt, ob in einem bestimmten Zeitblock zusammengefasste und gespeicherte Dateneinträge gültig sind. Liegt eine Einigung der Mehrheit darüber vor, wird dies als Informationsblock in der Datei festgehalten und an den vorherigen Informationsblock der Datei gekettet

4 S. <https://www.zg.ch/behoerden/finanzdirektion/steuerverwaltung/kryptowaehrungen> (5.9.2022).

5 Ein Blick auf die Kursentwicklungen etwa von Bitcoin (BTC) und Ethereum (ETH) genügt, um deren hohe Volatilität festzustellen. Diese zeichnet sich teilweise durch Phasen extremer Inflation und Deflation aus. Vgl. <https://www.bitcoinsuisse.com/de/research/decrypt/season-2020/prufung-der-krypto-volatilitat> (5.9.2022). Damit ist aber auch die Zielsetzung von *Nakamoto*, dass der Bitcoin gegen Inflation und die Misswirtschaft von Zentralbanken schützen kann, faktisch gescheitert bzw. zumindest noch nicht realisiert.

6 S. näher unter <https://www.bankrate.com/investing/stablecoin-cryptocurrency/> sowie <https://www.investopedia.com/terms/s/stablecoin.asp> (5.9.2022).

7 Vgl. *Hosp*, Blockchain 2.0, 2019, S. 36; s. auch <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/distributed-ledger-technologie-dlt-54410> (5.9.2022).

(„chained“). Die Blockkette („Blockchain“) zeichnet sich also dadurch aus, dass der letzte Eintrag des vorherigen Blocks stets den ersten Eintrag im nächsten Block darstellt, sodass die Daten in chronologischer Reihenfolge aneinandergereiht sind.⁸

Diese Chronologie kann als eine unumkehrbare Zeitachse von Daten verstanden werden, zumal jeder Block bei seiner Einfügung in die Blockkette einen Zeitstempel bekommt und insofern „in Stein gemeißelt“ ist.⁹ Daraus ergibt sich eine unveränderliche Reihe von Blöcken – niemand kann irgendeine Information in einer Datei des Blocks ändern, löschen oder sonst fälschen, ohne dass dies auffällt; solche Aktionen werden durch die Blockchain blockiert.

Die Blockchain ist zusammengefasst eine dezentrale und meist öffentliche, mithin transparente Datenbank, deren eingetragene Datensätze nicht rückwirkend geändert werden können. Um noch besser nachzuvollziehen, wie eine Blockchain funktioniert, empfiehlt es sich, kurz die Ebene der einzelnen Blöcke genauer zu betrachten.

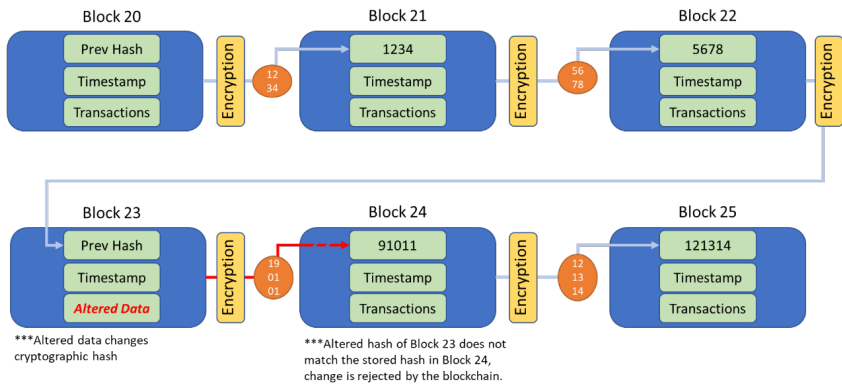


Abb. 1: Einzelne Blockchain-Blöcke; Quelle: <https://dai-global-digital.com/blockchain-for-development-part-1-understanding-the-tech.html> (Zugriff am 5.9.2022)

8 *Hosp*, Blockchain 2.0, 2019, S. 37.

9 *Hayes*, Blockchain facts, verlinkt unter <https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp> (5.9.2022).

Jeder Block enthält Dateneinträge als Informationen. Je nachdem, worum es bei diesen Informationen geht, entsteht eine andere Blockchain-Anwendung. Geht es z.B. bei den eingegebenen Informationen um Transaktionen (wie im Bild), dann entsteht eine Kryptowährung; werden vertragliche Bedingungen gespeichert, die der konditionalen Logik („Wenn-Dann“) folgen, dann entsteht ein sog. smart contract.

Die Eingabe jeder Information wird dank Algorithmen in eine Buchstaben-Zahlen-Kombination (binäre Ausgabe) mit 256 Stellen gehasht. Was bedeutet das? Zunächst zur kryptografischen Hash-Funktion: Diese hat drei Gründe, nämlich:

1. Daten deterministisch zu verschlüsseln,¹⁰
2. die Eingabe von beliebig langen Datensätzen und die Ausgabe eines Ergebnisses fester Länge (fixed-size values) zu ermöglichen sowie
3. Informationen unumkehrbar so zu verwandeln, dass die Eingabe nicht von der Ausgabe abgeleitet werden kann, d.h. es nicht möglich ist, von der Eingabe auf den Hash zu schließen.¹¹

Die besagte Zahl 256 ist natürlich keine zufällige: Dabei handelt es sich um den wohl sichersten und deshalb am häufigsten verwendeten SHA-256-Algorithmus, der auch für Blockchain-Technologien eingesetzt wird. Beim SHA-256 wird eine Verschlüsselung von 256 Bits (32 Bytes) erzeugt.¹²

Ein banales Beispiel: Die Eingabe des Wortes „Strafrecht“ ergibt die Ausgabe „d062bec5a7070c513b7c6f1ac494ad61b6db5a3a3c3cfc54ddb543bc1cb99b35“. ¹³ Gibt man hingegen das Wort „strafrecht“ ein, sieht der Ausgabewert ganz anders aus: „96a5808df29e4f76fc808a508bb33e296d8feab1a00170a93cc5db5f550409dc“. Die geringe Änderung des Eingabewerts führt zur Entstehung eines komplett anderen Hashwertes.

10 Determination bedeutet in diesem Zusammenhang, dass für die eingegebenen Daten immer derselbe Hash erzeugt wird.

11 Vgl. unter <https://www.mycryptopedia.com/sha-256-related/bitcoin/> und <https://blog.boot.dev/cryptography/how-sha-2-works-step-by-step-sha-256/> (jeweils 5.9.2022).

12 S. näher unter <https://komodoplatform.com/en/academy/sha-256-algorithm/> und <https://www.movable-type.co.uk/scripts/sha256.html> (jeweils 5.9.2022).

13 Die Generierung erfolgte unter <https://hashgenerator.de/> (5.9.2022).

Um zu erkennen, wie komplex der Blockchain-Algorithmus ist, wird in der IT-Literatur empfohlen, den folgenden Gedanken nachzuvollziehen: „Würde jeder Mensch auf der Welt jede Sekunde eine Milliarde an Eingaben durch diesen Algorithmus schleusen, so bräuchten alle zusammen länger als die Zeit, die das gesamte Universum bereits existiert, um alle möglichen Ausgaben durchzuprobieren.“¹⁴

Jeder Block in einer Blockchain hat also einen eigenen kryptografisch verschlüsselten Hash, der bei der Erstellung des Blocks berechnet wird und seinem Integritätsschutz dient. Dieser Hash ist mit einem (digitalen!) Fingerabdruck zu vergleichen: Er individualisiert den Block samt allen eingegebenen Informationen. Jeder Block enthält zugleich den Hash des vorherigen Blocks, was wie erwähnt die Blockkette zu einer unumkehrbaren Zeitachse von Daten macht. Nur der allererste Block kann nicht auf vorherige Blöcke zeigen – er ist der sogenannte Genesisblock. Gerade dies erzeugt sehr effektiv eine sichere Kette von Blöcken. Wer z.B. einen Block an beliebiger Stelle in der Kette ändern möchte, müsste auch dessen Hash im folgenden Block ändern – und wiederum in dessen Nachfolger usw.¹⁵

Die Sicherheit der Blockchain lässt sich gerade durch die Dezentralisierung erhöhen. Um die Kette zu verwalten, verwendet die Blockchain nämlich (anstelle einer zentralen Instanz) ein Peer-to-Peer-Netzwerk, dem jeder beitreten darf. Beim Beitritt bekommt jeder neue Nutzer die vollständige Kopie der Blockchain. Trotz Gleichberechtigung aller Nutzer bedarf der Umgang mit den Datensätzen der Blöcke einer Berechtigung.¹⁶ Das liegt an der zusätzlichen Notwendigkeit der Verschlüsselung der Datensätze, die durch die relativ neue asymmetrische Verschlüsselung (Public-Key-Kryptografie) gewährleistet wird.

14 *Hosp*, Blockchain 2.0, 2019, S. 52.

15 Vgl. <https://fintaxtech.com/what-is-blockchain-technology-how-blockchain-works/> (5.9.2022).

16 *Hops*, Blockchain 2.0, S. 53 f.

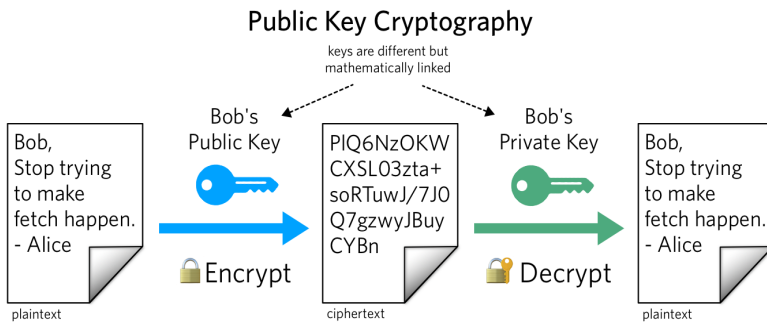


Abb. 2: Public-Key-Kryptografie; Quelle: <https://www.twilio.com/blog/what-is-public-key-cryptography> (Zugriff am 5.9.2022)

Bei der asymmetrischen Verschlüsselung gibt es (nicht nur einen Schlüssel wie bei der symmetrischen Verschlüsselung, sondern) zwei Schlüssel: Der öffentliche Schlüssel (public key) verschlüsselt Informationen, während der private Schlüssel (private key) zu deren Entschlüsselung verwendet wird. Der private Schlüssel sollte deshalb geheim gehalten werden und nur seinem Besitzer bekannt sein. Der öffentliche Schlüssel bleibt hingegen öffentlich und kann frei weitergegeben werden. Beide Schlüssel sind dahingehend asymmetrisch, dass der öffentliche Schlüssel aus dem privaten abgeleitet/erstellt wird. Die Berechnung des privaten Schlüssels auf der Grundlage des öffentlichen Schlüssels ist umgekehrt rechnerisch nicht machbar (computationally infeasible).¹⁷ Genau dieser asymmetrischen Logik folgt auch das Senden und Empfangen von Kryptowährungen: Durch öffentliche Schlüssel findet die Kommunikation unter den Netzwerkmitgliedern statt und Kryptowährungstransaktionen werden empfangen. Die privaten Schlüssel ermöglichen ihren Inhabern, auf die eigene Kryptowährung zuzugreifen und Transaktionen durchzuführen, mithin Coins zu senden.¹⁸

¹⁷ S. näher unter <https://www.britannica.com/topic/public-key-cryptography> (5.9.2022).

¹⁸ Vgl. <https://btc.co.at/private-key> (5.9.2022).

III. Die Phänomenologie Blockchain-basierten kriminogenen Verhaltens

Die Einsatzmöglichkeiten der Blockchain sind unbegrenzt. Sie revolutioniert die Finanzmärkte, birgt großes Potenzial u. a. für das Gesundheitswesen, Lieferketten, Versicherungen, die Immobilien- sowie Energiebranche und verändert zwangsläufig den modus operandi sämtlicher Rechtsgebiete. Gleichwohl schafft die Blockchain per se (d.h. einfach durch die Möglichkeit ihrer Inanspruchnahme) unvermeidlich ebenso neue Handlungsmöglichkeiten und Gefahren, deren Bewältigung in die Zuständigkeit und den Aufgabenbereich des Strafrechts fällt.

So könnte man zuerst an folgende Phänomenologie Blockchain-basierten kriminogenen Verhaltens denken:

1. Zunächst kommt im österreichischen Recht bei einer fiktiven Blockchain ein klassischer Betrug nach § 146 bzw. schwerer Betrug nach §147 öStGB in Betracht.¹⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn jemand eine nichtexistente Dienstleistung vortäuscht und sich durch entsprechende Vermögensverfügungen rechtswidrig bereichert.
2. Häufig wird ferner der Kryptoanbieter „www.blockchain.com“ dahingehend für Fälschungen missbraucht, dass Täter E-Mail-Adressen und Schriftstücke verwenden, die scheinbar authentisch aussehen und angeblich von blockchain.com stammen. Darin wird den Betroffenen mitgeteilt, der Account bei diesem Anbieter sei gesperrt und müsse durch eine entsprechende Einzahlung freigegeben werden. Eine andere Herangehensweise liegt darin, dass die Empfänger ihre Anmeldedaten bestätigen sollen, was einem betrügerischen Phishing-Versuch gleicht.²⁰
3. Weiter kann es Nutzern gelingen, insbesondere kinderpornografische Inhalte in die Blöcke einer Blockchain einzuschleusen. Die in jede Blockchain eingegebenen Daten können wie beschrieben nur immer

19 Für das Fürstentum Liechtenstein §§ 146 und 147 FL StGB, für Deutschland § 263 dStGB.

20 S. hierzu zuletzt unter <https://www.pcrisk.com/removal-guides/18005-transaction-received-into-blockchain-wallet-email-scam> (5.9.2022).

weiter ergänzt, im Nachhinein aber nicht mehr geändert werden. Wer die betroffene Blockchain herunterlädt, könnte sich wegen des Besitzes von Kinderpornografie nach § 207a öStGB strafbar machen.²¹ In diesen Fällen stellen sich allerdings weitere Fragen: Wer weiß Bescheid? Wann hat man als Nutzer der Blockchain Kenntnis davon erlangt? Wann gibt es eine Verpflichtung, eine Blockchain komplett zu deaktivieren?²² Für die Bitcoin-Blockchain wäre dies jedenfalls unverhältnismäßig.²³

4. Das Gleiche kann schließlich in Bezug auf urheberrechtlich geschützte Güter passieren; dann kommen die Delikte nach § 91 öUrhG in Betracht.²⁴

IV. Die Phänomenologie Bitcoin-Blockchain-basierten kriminogenen Verhaltens

Viel größer ist die Palette kriminogenen Verhaltens in Bezug auf Kryptowährungen. Dem Vorstandsdirektor der österreichischen Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) zufolge haben ca. 80 % aller angebotenen Krypto-Assets einen betrügerischen Hintergrund. Während sich der Vermögensschaden, der durch den Betrug mit Kryptowährungen entstehe, durchschnittlich auf 40.000 Euro belaufe, habe sich in einem Fall sogar ein Schaden i.H.v. 650.000 Euro realisiert.²⁵ Im aktuellen Crypto Crime Report von Chainalysis²⁶ wird berichtet, dass die auf Kryptowährungen basierende Kriminalität im Jahr 2021 ein neues Allzeithoch erreichte und 14 Mrd.

21 Für das Fürstentum Liechtenstein § 219 FL StGB, für Deutschland § 184b dStGB; Vgl. *Peters*, Strafbarkeitsrisiken beim Betrieb einer Blockchain, MMR 2018, 644, 645 f.

22 S. etwa § 10 Telemediengesetz – dTMG (inzwischen gilt seit 1.12.2021 das Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien – dTTDSG). Näher hierzu *Beaucamp/Henningsen/Florian*, Strafbarkeit durch Speicherung der Bitcoin-Blockchain? MMR 2018, 501, 504.

23 Vgl. *Beaucamp/Henningsen/Florian*, MMR 2018, 501, 505.

24 Für das Fürstentum Liechtenstein Art. 61 Abs. 1 FL URG (besonders interessant die Tatvariante in lit. m: „*wer [...] ein Werk digitalisiert*“), für Deutschland § 106 dUrhG; *Peters*, MMR 2018, 644, 647.

25 S. hierzu „*Krypto-Angebote: 80 Prozent sind betrügerisch*“, Vienna.at vom 6.9.2021, abrufbar unter <https://www.vienna.at/krypto-angebote-80-prozent-sind-betruegerisch/7115441> (5.9.2022).

26 Führender Datenplattform-Anbieter für die Blockchain.

US-Dollar an illegale Krypto-Adressen flossen (gegenüber 7,8 Mrd. US-Dollar im Jahr 2020).²⁷

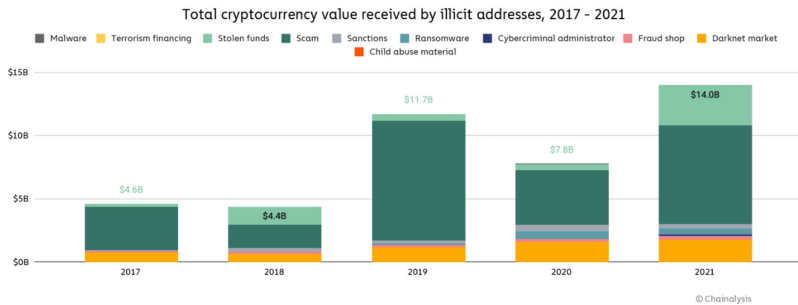


Abb. 3: Auf Kryptowährungen basierende Kriminalität in den Jahren 2017 bis 2021;
Quelle: Crypto Crime Report von Chainanalysis

Wie Abb. 3 zeigt, kommen in Bezug auf Kryptowährungen viele und ganz unterschiedliche kriminelle Verhaltensweisen in Betracht. Weil Bitcoin die erste und berühmteste Kryptowährung ist, sei im Folgenden der Einfachheit halber die Rede vom Bitcoin-Blockchain-basierten kriminogenen Verhalten. Dessen Phänomenologie kann wie folgt illustriert werden:

1. Zunächst kann ein anvisiertes Objekt bei Bitcoins die sog. wallet sein: die digitale Geldbörse, in der die Kryptowährung gelagert ist. Die unbefugte Verschaffung des private key, der erst den Zugang zu den Daten möglich macht, kann den Tatbestand des widerrechtlichen Zugriffs auf ein Computersystem nach § 118a öStGB erfüllen.²⁸
2. Klassische Fälle des betrügerischen Phishings kommen bei gefälschten

²⁷ Das Preview ist abrufbar unter <https://blog.chainalysis.com/reports/2022-crypto-crime-report-introduction/> (5.9.2022). Zugleich wird darauf hingewiesen, dass das Wachstum der legalen Nutzung von Kryptowährungen das Wachstum der kriminellen Nutzung bei weitem übersteige, weshalb der Anteil der illegalen Aktivitäten am Transaktionsvolumen von Kryptowährungen noch nie so gering gewesen sei.

²⁸ Für das Fürstentum Liechtenstein Datendiebstahl nach § 131a FL StGB, für Deutschland Ausspähen von Daten nach § 202a dStGB.

Krypto-Seiten und bei gefälschten Crypto-Currency-Apps²⁹ in Betracht. Deren Anwendung hat das Ziel, die Opfer dazu zu bringen, vertrauliche Daten wie Passwörter an die Betrüger zu übermitteln. Tritt ein Vermögensschaden ein, liegt der Tatbestand des betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs nach § 148a öStGB vor.³⁰

3. Weiter ist die Strafbarkeit des illegalen Bitcoin-Schürfens (sog. Mining) unter Inanspruchnahme fremder Computer denkbar. Neben einem Betrug nach § 146 öStGB in mittelbarer Täterschaft kommen sowohl eine Datenbeschädigung nach § 126a öStGB als auch ein Missbrauch von Computerprogrammen oder Zugangsdaten nach § 126c öStGB in Betracht.³¹ Ein Urteil des deutschen BGH vom Juli 2017 schildert anschaulich, worum es bei dieser Fallkonstellation geht:³²

Der Täter baut ein sogenanntes Botnetz auf, d.h. einen Zusammenschluss mehrerer Computer, auf denen Programme im Hintergrund automatisiert sich wiederholende Rechenaufgaben übernehmen, und die zumeist vom Nutzer unbemerkt stattfinden. Die Programme verbinden sich selbstständig mit einem zentralen Command-and-Control-Server, sodass der Täter dadurch die angeschlossenen Rechner fernsteuern und für seine Zwecke nutzen kann. Dies gelingt dem Täter, indem die Computernutzer meistens ein sogenanntes trojanisches Pferd unbewusst öffnen und daraufhin selbst installieren. Das Botnetz soll der (hohe Rechnerleistung beanspruchenden) Erzeugung von Bitcoins und der Datenspionage dienen. Im vorliegenden Fall hatten insgesamt 327.379 Nutzer den Trojaner des Täters heruntergeladen. Während 86 unverschlüsselte Bitcoins beschlagnahmt wurden, konnten weitere 1.730 Bitcoins lediglich vorläufig gesichert werden, weil deren Zugriff passwortgeschützt war, der Angeklagte das Passwort aber nicht preisgab und deshalb eine Entschlüsselung nicht möglich war.

29 S. hierzu unter <https://news.bitcoin.com/10000-people-downloaded-fake-cryptocurrency-apps/> (5.9.2022).

30 Für das Fürstentum Liechtenstein § 148a FL StGB, für Deutschland Computerbetrug § 263a dStGB.

31 Für das Fürstentum Liechtenstein §§ 126a und 126c FL StGB, für Deutschland §§ 202a und 303a dStGB.

32 S. näher BGH, Beschl. v. 27.7.2017 – 1 StR 412/16, NSZ 2018, 401 m. Anm. *Safferling*.

4. Sehr umstritten ist die Frage, ob der Bitcoin aufgrund des extrem hohen Rechenverbrauchs ein Klima-Killer ist.³³ Dann bleibt aber die Anschlussfrage offen, wer als Täter in Betracht kommen könnte.
5. Weil Bitcoin-Nutzer ihre Konten anonym anlegen, sind darüber hinaus Fälle von Erpressung nach § 144 öStGB sehr häufig.³⁴ Typisches Beispiel hierfür ist sog. Ransomware (eine bestimmte Art von Malware³⁵), auch Erpressungssoftware genannt. Das sind schädliche, bösartige Programme, mit deren Hilfe der Täter den Zugriff des Computerinhabers auf Daten, deren Nutzung oder auf das ganze Computersystem verhindern kann. Dabei werden private Daten auf dem fremden Computer verschlüsselt oder der Zugriff auf sie verhindert, um für die Entschlüsselung oder Freigabe ein Lösegeld in Bitcoin zu fordern. Über Ransomware berichtete der Co-Gründer von Chainalysis vor wenigen Monaten, dass im Jahr 2021 74 % des Umsatzes (d.h. mehr als 400 Mio. US-Dollar) solcher kriminellen Hacker aus Erpressungen von Unternehmen an Blockchain-Adressen flossen, die sehr wahrscheinlich mit Russland verknüpft waren.³⁶
6. Mittlerweile gibt es mehrere und teilweise recht komplizierte steuerrechtliche Regelungen, die den Umgang mit Bitcoins unter Umständen (umsatz-)steuerpflichtig machen. Durch die letzte Ökosoziale Steuerreform (ÖkoStRefG 2022 Teil I), die am 1.3.2022 in Österreich in Kraft getreten ist, werden Gewinne aus dem Verkauf von seit dem 1.3.2021 erworbenen Kryptowährungen mit 27,5 % besteuert.³⁷ Wer seine Gewinne nicht oder nicht richtig angibt, macht sich wegen der

33 Bitcoin habe im Jahr 2021 mehr CO₂ verursacht, als die Umstellung auf E-Autos gespart habe; vgl. <https://www.nzz.ch/technologie/im-jahr-2021-hat-bitcoin-mehr-co2-verursacht-als-die-umstellung-auf-e-autos-gespart-hat-aendert-sich-diese-bilanz-nach-dem-krypto-crash-ld.1690082?reduced=true> (5.9.2022).

34 Für das Fürstentum Liechtenstein § 144 FL StGB, für Deutschland § 253 dStGB.

35 Vgl. <https://www.kaspersky.de/resource-center/threats/ransomware> (5.9.2022).

36 <https://www.manager-magazin.de/finanzen/kryptoexperte-michael-gronager-russland-war-ein-sicherer-ort-fuer-cyberverbrecher-a-95aefd17-ea1c-4bb1-a1dc-bd8b6bf78f3a> (5.9.2022).

37 S. näher unter <https://www.bmf.gv.at/themen/steuern/sparen-veranlagen/steuerliche-behandlung-von-kryptowaehrungen.html> (5.9.2022).

Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 öFinStrG strafbar.³⁸

7. Eine weitere und sehr große Quelle kriminogenen Verhaltens ist im Darknet zu sehen: Dieses wimmelt von Marktplätzen, die ganze Sortimente illegaler Gegenstände gegen Zahlung in Bitcoin anbieten. Im besten Fall geht es dabei „nur“ um Hehlerei nach § 164 öStGB.³⁹ In der Regel werden noch weitere schwerwiegende Tatbestände erfüllt, etwa Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 31a des österreichischen Suchtmittelgesetzes (SMG).⁴⁰

Ein weiteres Beispiel aus der jüngeren deutschen Rechtsprechung kann das Ausmaß des finanziellen Profits veranschaulichen: Im wallet des Angeklagten seien im Tatzeitraum für Betäubungsmittelverkäufe im Darknet insgesamt 8.102 Einzahlungen abgewickelt worden; diese hätten einen Gesamtwert von 10.528.591,55 Euro gehabt.⁴¹ Hochaktuell ist der Fall Hydra, der weltweit umsatzstärkste illegale Darknet-Marktplatz (im Jahr 2020 habe der Umsatz mehr als 1,23 Mrd € betragen), der durch das deutsche BKA abgeschaltet wurde.⁴² Hierbei handelte es sich „um eine mindestens seit 2015 über das Tor-Netzwerk erreichbare russischsprachige Darknet-Plattform. Ihren Schwerpunkt bildete der Handel mit illegalen Betäubungsmitteln, zudem wurden über die Plattform weltweit ausgespähte Daten, gefälschte Dokumente sowie digitale Dienstleistungen gewinnbringend angeboten. [...] Insbesondere durch den von der Plattform bereitgestellten ‚Bitcoin Bank Mixer‘, einen Dienst zur Verschleierung digitaler Transaktionen, wurden Kryptoermittlungen für Strafverfolgungsbehörden immens erschwert.“⁴³

38 Für das Fürstentum Liechtenstein Steuerhinterziehung nach Art. 136 Steuergesetz (SteG), für Deutschland Steuerhinterziehung nach § 370 dAO.

39 Für das Fürstentum Liechtenstein § 134 FL StGB, für Deutschland § 259 dStGB.

40 Für das Fürstentum Liechtenstein Art. 20 Abs. 1 Betäubungsmittelgesetz (FL BMG), für Deutschland §§ 29 ff Betäubungsmittelgesetz (dBtMG).

41 BGH, Beschl. v. 6.6.2018 – 4 StR 569/17, NJW 2018, 3325.

42 S. BKA, Illegaler Darknet-Marktplatz „Hydra Market“ abgeschaltet, Pressemitteilung v. 5.4.2022, s. https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2022/Presse2022/220405_PM_IllegalerDarknetMarktplatz.html (5.9.2022).

43 S. BKA, Pressemitteilung v. 5.4.2022.

Besonders schlimm ist die Situation aber auch mit Blick auf die Verbreitung (harter) Kinderpornografie: Im Darknet finanzierte sich eine der größten Missbrauchsplattformen, „Welcome to Video“, über die Verwendung von Zahlungen in Bitcoin. Vor einigen Jahren wurde sie schließlich von internationalen Ermittlern abgeschaltet; es wurden ca. acht Terabyte Daten sichergestellt, darunter ca. 250.000 kinderpornografische Videos.⁴⁴

8. Der Handel mit Bitcoin birgt schließlich erhöhte Risiken zur Verschleierung von Zahlungsströmen und somit zur Erleichterung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität sowie Terrorismusfinanzierung jeweils nach §§ 165, 278 und 278d öStGB.⁴⁵ Auf eine ernst zu nehmende Situation weist u.a. die interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT) in ihrer aktuellen Risikobewertung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Zusammenhang mit virtuellen Währungen in der Schweiz hin.⁴⁶ Dem Bericht zufolge stellen viele Financial Intelligence Units eine Zunahme der Anzahl an Verdachtsmeldungen in Verbindung mit Kryptowährungen fest. Am 29.6.2022 wurde durch den Europäischen Rat und das Parlament eine vorläufige Einigung erzielt, sodass die EU gegen den Missbrauch von Kryptowerten für Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vorgehen kann.⁴⁷

44 S. „*Kinderpornografie im Darknet – Ermittler stoppen Missbrauchsplattform – mehr als 300 Festnahmen*“, Spiegel v. 16.10.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/kinderpornographie-eine-der-weltgroessten-websites-gestoppt-a-1291918.html> (5.9.2022).

45 Für das Fürstentum Liechtenstein §§ 165, 278 und 278d FL StGB, für Deutschland §§ 261, 129, 89c dStGB; Vgl. *Herzog*, Bitcoins und Geldwäsche: Bestandsaufnahme strafrechtlicher Fallgestaltungen und regulatorischer Ansätze, StV 2019, 412. Aus der englischsprachigen Literatur S. *Chad et al.*, The Use of Cryptocurrencies in the Money Laundering Process, *Journal of Money Laundering Control*, 2019, 210; *van Wegberg et al.*, Bitcoin Money Laundering: Mixed Results? *Journal of Financial Crime* 2018, 419.

46 Bericht v. Oktober 2021, verlinkt unter https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/bericht_kggt.html (5.9.2022).

47 S. *Europäischer Rat*, Bekämpfung von Geldwäsche: Vorläufige Einigung über die Transparenz von Kryptowertetransfers, Pressemitteilung v. 29.6.2022, s. <https://www.con>

V. Ergänzender Themenkomplex

Bei sämtlichen Konstellationen kann es um einen Sachverhalt mit Auslandsbezug gehen. Dann stellt sich die international-strafrechtliche Frage, ob inländische Strafgesetze überhaupt anwendbar und mithin inländische Gerichte zuständig sind. Die Antwort findet sich grundsätzlich im Strafanwendungsrecht in den §§ 62 ff. öStGB.⁴⁸ Der Bereich der Cyberkriminalität stellt allerdings teilweise speziellere Fragen, weil es nicht immer und nicht eindeutig den einen Tatort gibt, vor allem wenn Inhalte ausländischer Server im Inland oder Inhalte inländischer Server im Ausland abgerufen werden.⁴⁹

In Fällen strafbewehrten Verhaltens mit Bitcoins stellt sich außerdem die praktisch höchst relevante Anschlussfrage der Möglichkeit des Verfalls bzw. des Verfalls von Wertersatz⁵⁰ nach § 20 öStGB.⁵¹ Diese Frage schlägt sich aus verfahrensrechtlicher Sicht in der Beschlagnahme zur Sicherung des Verfalls nach § 110 Abs. 1 Nr. 3 öStPO⁵² nieder. Aufgrund der Tatsache, dass Bitcoin-Sachverhalte zugleich grenzüberschreitender Natur sind, kommt zusätzlich noch der Aspekt grenzüberschreitender Einziehung in Betracht.⁵³

silium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/06/29/anti-money-laundering-provisional-agreement-reached-on-transparency-of-crypto-asset-transfers/ (5.9.2022).

48 Für das Fürstentum Liechtenstein §§ 62 ff. FL StGB, für Deutschland §§ 3 ff. dStGB.

49 Aus der Thematik der Internetkriminalität vgl. etwa *Ebensperger*, Die Verbreitung von NS-Gedankengut im Internet und ihre strafrechtlichen Auswirkungen, ÖJZ 2002, 132; *Park*, Die Strafbarkeit von Internet-Providern wegen rechtswidriger Internet-Inhalte, GA 2001, 23; *Schwarzenegger*, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, SchwZStR 2000, 109.

50 Dabei stellt sich die praktische Frage, ob bzw. ab/bis wann eine Wertsteigerung bei Wertersatzverfall beachtlich ist; s. hierzu BGH, Beschl. v. 6.6.2018 – 4 StR 569/17, NJW 2018, 3325.

51 Für das Fürstentum Liechtenstein § 20 FL StGB, für Deutschland §§ 73 ff. dStGB (Einziehung); bejahend schon BGH, Beschl. v. 27.7.2017 – 1 StR 412/16; vgl. auch *Rettko*, Bitcoin und die strafrechtliche Einziehung, NZWiSt 2020, 45; *Rückert*, Vermögensabschöpfung und Sicherstellung bei Bitcoins, MMR 2016, 295.

52 Für das Fürstentum Liechtenstein § 97a Abs. 1 FL StPO, für Deutschland § 111b ff. dStPO (Vermögensarrest zur Sicherung der Wertersatzeinziehung); Vgl. auch *Greier*, Möglichkeiten strafprozessualer Sicherung von Bitcoins gem. §§ 111b ff. StPO, wistra 2016, 249.

53 Mit dieser Thematik befasste sich das dritte und letzte Panel des „11. Dreiländerforums Strafverteidigung“ in Passau am 17.9.2022, an dem die Autorin referieren durfte.

VI. Ausblick: Einsatz von Blockchain im Dienste des Strafrechts

Die Tatsache, dass die Blockchain zur Begehung von Straftaten in Anspruch genommen wird und insbesondere Kryptowährungen zu teilweise schwerwiegenden kriminellen Zwecken verwendet werden, soll nicht heißen, dass die Blockchain-Technologie per se nicht zu befürworten ist. Im Gegenteil, sie kann im Dienste des Strafrechts hervorragend eingesetzt werden.

Zunächst kann die Blockchain in Strafverfahren digitale Beweismittel effektiv vor Verfälschungen oder Verlust schützen. Denn beides kann sowohl aufgrund menschlichen Fehlverhaltens oder Missbrauchs der Zugangsmöglichkeiten (z.B. durch Hacking) als auch aufgrund von Hard- oder Softwarefehlern geschehen. Ferner kann die Blockchain dank ihrer Transparenz und Unveränderlichkeit im Kampf gegen Kriminalität sehr nützlich sein. Mit Blick auf die aktuellen Berichte von FATF und Moneyval kann vor allem an Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gedacht werden: Durch eine Blockchain könnten mehrere Banken ein Netzwerk aufbauen, in dem sämtliche Transaktionen fest aufgezeichnet und die KYC-Dokumentationen sowie Verdachtsmeldungen in Echtzeit gegenseitig geteilt werden.⁵⁴ Das World Economic Forum (WEF) hat in puncto Korruption bereits eine Studie über den Nutzen von Blockchain veranlasst.⁵⁵ Auch im Bereich der Pharmaindustrie kann die Blockchain ein Mittel zur Verhinderung von Arzneimittelfälschungen sein, dadurch könnte der gesamte Verlauf eines Medikaments zurückverfolgt werden.⁵⁶ Schließlich wäre es eine für jeden Staat

54 Vgl. *de Preux/Trajilovic*, Blockchain et lutte contre le blanchiment d'argent, EF 2018, 64, 69. S. auch *Pavlidis*, Les cryptomonnaies et la lutte internationale contre le blanchiment d'argent, in: *Jeanneret/Sträuli* (Hrsg.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit penal*, 2021, S. 323.

55 Unter dem Titel „*Exploring Blockchain Technology for Government Transparency*“, näher unter <https://www.weforum.org/reports/exploring-blockchain-technology-for-government-transparency-to-reduce-corruption/> (5.9.2022).

56 „*Pharmaceutical Crime*“ stellt nach der österreichischen *Apothekerkammer* ein immer größeres Problem dar; mehr als 95 % der von den Behörden aufgegriffenen Medikamente aus dem Internet seien Fälschungen oder Substandard; s. <https://www.apothekerkammer.at/infothek/zahlen-daten-fakten/pharmaceutical-crime> (5.9.2022).

rentable Idee, beschlagnahmte Kryptowährungen zu versteigern.⁵⁷

Ein pragmatisches Zitat zum Abschluss, das Bruno Lussato, einer der ersten Theoretiker der Informatik, französisch-italienischer Abstammung, vor 40 Jahren schrieb und das bezogen auf die Blockchain heute um ein Vielfaches mehr zutrifft: „Die Verbesserung von Betrugstechniken ist in Bezug auf Zeit und Geld viel weniger kostspielig als die Verbesserung von Präventionsmethoden.“⁵⁸

57 Das passierte zum ersten Mal im deutschen Bundesland Nordrhein-Westfalen mit Kryptowährungen, die aus dem Drogenhandel im Darknet stammten; s. <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bitcoin-kryptowaehrung-auktion-nrw-justizministerium-1.5446886> (5.9.2022).

58 *Lussato*, *Le défi informatique*, 1981, S. 209: „L'amélioration des techniques de fraude est beaucoup moins coûteuse, en temps et en argent, que celle des moyens de prévention.“

CYBERGROOMING IN DEUTSCHLAND UND IN DER EU

Prof. Dr. **Anne Schneider**, Universität Düsseldorf

I. Einleitung

„Hoffe, bin nicht zu alt (Oliver45)“, „Guten Tag, Hi, mag jüngere (Ruhrgebietler53)“, „Willst du mal was aufregendes sehen (Stefan1991)“ und „Bist du noch Jungfrau (Anaconda33)“ waren einige der Chatanfragen, die Ermittler des Bundeskriminalamts innerhalb von vier Minuten erhielten, als sie sich mit dem Profil eines 13-jährigen Mädchens in einem Chatroom anmeldeten.¹ Auch außerhalb von Deutschland sind entsprechende Chatverläufe üblich.² Was unter Erwachsenen als harmloser plumper Flirtversuch angesehen werden kann, wird problematisch, wenn Kinder betroffen sind. Dieses Phänomen, nämlich die Strategie, sich durch virtuellen Kontakt Schritt für Schritt dem potenziellen kindlichen Opfer zu nähern, es in seinen Einflussbereich zu bekommen und Vertrauen aufzubauen, nennt man Cybergrooming.³

II. Definition von Cybergrooming und Verbreitung

Cybergrooming wird definiert als Anbahnung von Kontakten zu Kindern über das Internet zur Vorbereitung von sexuellem Missbrauch.⁴ In den letzten Jahren hat die Zahl der Sexualstraftaten im Internet zugenommen.⁵ Einer Studie von WeProtect

1 *Kind*, Stellungnahme des BKA, S. 7, abrufbar unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoerungen_archiv/stellungnahmen-665970 (23.12.2022).

2 Vgl. die Zitate aus Chat-Nachrichten in Großbritannien in *Kloess/Hamilton-Giachritsis/Beech*, *Sexual Abuse* 31 (2019), 73, 79 ff.

3 S. *Baumhöfener*, MMR 2021, 30.

4 *Eisele*, FS Heinz, 2012, S. 697, 698. Vgl. die Internetseite des Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Missbrauchs von Kindern, <https://beauftragter-missbrauch.de/praevention/sexuelle-gewalt-mittels-digitaler-medien/cybergrooming> (23.12.2022).

5 S. speziell für Cybergrooming *Stolber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020, S. 76 f

Global Alliance aus dem Jahr 2021 zufolge haben 54% der befragten 18-20-Jährigen vor ihrem achtzehnten Lebensjahr mindestens eine Form von Online-Missbrauch erlebt.⁶ Die Studie fasst unter Online-Missbrauch die Aufforderung zu sexuellen Handlungen, das Zusenden sexueller Inhalte, das unerlaubte Teilen von Fotos des Betroffenen mit sexuellem Hintergrund und die Aufforderung, die Unterhaltung über sexuelle Inhalte geheim zu halten.⁷ Dabei finden die Taten typischerweise nicht aus heiterem Himmel statt, sondern der Täter baut vorab eine Beziehung zum Opfer auf, die für Zwecke des sexuellen Missbrauchs ausgenutzt werden soll. Daher handelt es sich um typische Ausprägungen von Cybergrooming. Das Durchschnittsalter für den ersten Online-Missbrauch ist fallend: Während es bei den zum Zeitpunkt der Studie 20-Jährigen im Durchschnitt bei 13,4 liegt, ist es bei den 18-Jährigen bei 12,7 (Jahren).⁸ Auch sind Minderheiten signifikant stärker betroffen, ebenso Mädchen im Vergleich zu Jungen.⁹ Cybergrooming im Internet stellt somit ein massives Problem dar.

III. Regelungen auf internationaler und europäischer Ebene

Dies ist auch der internationalen Gemeinschaft nicht verborgen geblieben und hat zu Rechtsänderungen auf internationaler und nationaler Ebene geführt. Vorgaben zur Strafbarkeit von Cybergrooming finden sich zum einen im Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (sog. Lanzarote-Übereinkommen) von 2007. Das Übereinkommen ist seit 2010 in Kraft und regelt Cybergrooming in Art. 23:

Artikel 23 – Kontaktabbauung zu Kindern zu sexuellen Zwecken

Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um die Handlung eines Erwachsenen, wenn vorsätzlich

6 WeProtect Global Alliance, Estimates of childhood exposure to online sexual harms and their risk factors, abrufbar unter <https://www.weprotect.org/economist-impact-global-survey/> (23.12.2022).

7 WeProtect Global Alliance (Fn. 6), S. 3.

8 WeProtect Global Alliance (Fn. 6), S. 5.

9 WeProtect Global Alliance (Fn. 6), S. 4 f.

begangen, als Straftat zu umschreiben, der mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologien ein Treffen mit einem Kind, das noch nicht das in Artikel 18 Absatz 2 festgesetzte Alter erreicht hat, vorschlägt, um diesem gegenüber eine Straftat nach Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe a zu begehen, sofern auf diesen Vorschlag auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen folgen.

Bestraft wird danach, wer im Internet oder per Telefon einem Kind ein Treffen in der Absicht vorschlägt, dieses sexuell zu missbrauchen oder für pornografische Zwecke einzuspannen, wenn auf den Vorschlag hin zu einem Treffen hinführende „konkrete Handlungen“ vorgenommen werden. Gem. Art. 24 Abs. 2 des Übereinkommens muss grds. auch der Versuch der darin enthaltenen Delikte unter Strafe gestellt werden. Für Fälle u.a. des Art. 23 erlaubt Art. 24 Abs. 2 jedoch eine Ausnahme: Jeder Vertragsstaat kann sich vorbehalten, den Versuch bestimmter Delikte nicht unter Strafe zu stellen.

Außerdem findet sich eine Regelung zur Strafbarkeit von Cybergrooming in Art. 6 Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern¹⁰. Dieser lautet:

Artikel 6 Kontaktaufnahme zu Kindern für sexuelle Zwecke

(1) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass folgende vorsätzlich begangenen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

Ein Erwachsener, der einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, mittels Informations- und Kommunikationstechnologie in der Absicht, eine Straftat nach Artikel 3 Absatz 4 oder Artikel 5 Absatz 6 zu begehen, ein Treffen vorschlägt, wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bestraft, wenn auf diesen Vorschlag auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen gefolgt sind.

¹⁰ Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl. 2011, L 335/1.

(2) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Versuch eines Erwachsenen, mit Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnologie Straftaten gemäß Artikel 5 Absatz 2 und 3 zu begehen, indem er Kontakt zu einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, aufnimmt, um kinderpornografische Darstellungen dieses Kindes zu erhalten, strafbar ist.

Art. 6 Abs. 1 ist Art. 23 Lanzarote-Konvention nachgebildet, was in der deutschen Sprachfassung nicht so deutlich zum Ausdruck kommt wie in der englischen und französischen. Eine Abweichung stellt allerdings Abs. 2 dar, der eine Versuchsstrafbarkeit anordnet. Der Wortlaut der Regelung ist sperrig.¹¹ Der Versuch des Erwachsenen muss sich auf die Begehung der Straftaten aus Art. 5 Abs. 2 und 3 mit Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnologie beziehen, d.h. auf den Erwerb oder Besitz und den bewussten Zugriff auf Kinderpornografie. Dies muss geschehen, indem der Täter Kontakt zu einem Kind aufnimmt in der Absicht, von diesem Kind kinderpornografische Darstellungen zu erhalten. Bestraft werden soll also nicht der Versuch des Kontaktes zu dem Kind, sondern der Versuch, durch die Kontaktaufnahme mit dem Kind in Besitz von Kinderpornografie zu gelangen.¹²

IV. Regelung in Deutschland

In Deutschland wurde erstmals 2004 ein Straftatbestand für Cybergrooming geschaffen, der in die Vorschrift zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§ 176 StGB a.F.) integriert wurde. Nachdem der Tatbestand 2015 an das Lanzarote-Übereinkommen angepasst wurde (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB a.F.), hat der deutsche Gesetzgeber 2020 auch den Versuch des Cybergroomings unter Strafe gestellt. 2021 erfolgte dann eine umfassende Reform der Sexualdelikte durch das Gesetz

11 *Ziemann/Ziethen*, ZRP 2012, 168, 170 f.

12 So auch *Ziemann/Ziethen*, ZRP 2012, 168, 170 f.; s. auch *Schneider*, KriPoZ 2020, 137, 139 f.

zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder¹³, der die Norm ihre derzeitige Fassung verdankt.

1. Geltendes Recht

Nunmehr findet sich die Strafbarkeit von Cybergrooming in § 176b StGB n.F.:

§ 176b StGB Vorbereitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern

(1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer auf ein Kind durch einen Inhalt (§ 11 Absatz 3) einwirkt, um

1. das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder an oder vor einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll, oder
2. eine Tat nach § 184b Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 oder nach § 184b Absatz 3 zu begehen.

(2) Ebenso wird bestraft, wer ein Kind für eine Tat nach Absatz 1 anbietet oder nachzuweisen verspricht oder wer sich mit einem anderen zu einer solchen Tat verabredet.

(3) Bei Taten nach Absatz 1 ist der Versuch in den Fällen strafbar, in denen eine Vollendung der Tat allein daran scheitert, dass der Täter irrig annimmt, sein Einwirken beziehe sich auf ein Kind.

Der Täter muss demnach objektiv auf ein Kind, d.h. eine Person unter 14 Jahren, einwirken und dabei eine bestimmte Absicht haben, nämlich entweder die Absicht, das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, oder die Absicht, mit Hilfe des Kindes Kinderpornografie herzustellen oder sich diese zu verschaffen.¹⁴ Anders als bei der neuen Regelung zum sexuellen Missbrauch von Kindern gibt es keine Möglichkeit, von der Strafe abzusehen, wenn der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer nicht groß ist (vgl. § 176 Abs. 2 StGB).

Unter Einwirkung werden alle Formen der intellektuellen Beeinflussung

13 BGBl. 2021 I 1810.

14 Das Folgende stammt zum Teil wortgleich aus *Schneider*, KriPoZ 2020, 137, 140.

tieferegender Art gefasst.¹⁵ Als Mittel kommen wiederholtes Drängen, Überreden, Versprechungen, Wecken von Neugier, Einsatz von Autorität, Täuschung, Einschüchterung, Drohung und auch Gewalteinwirkung in Betracht,¹⁶ wobei das Merkmal eine gewisse Hartnäckigkeit seitens des Täters erfordert.¹⁷ So wurde z.B. der Versand eines pornografischen Fotos für sich genommen nicht als „Einwirken“ i.S.d. § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB a.F. (jetzt § 176a Abs. 1 Nr. 3 StGB) angesehen.¹⁸ Die Einwirkung darf dabei nicht rein mündlich sein, sondern muss mittels Inhalten geschehen, die vom Kind auch wahrgenommen werden.¹⁹ Das Einwirken mit pornografischen Inhalten wird von § 176a Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst, sodass § 176b Abs. 1 Nr. 2 StGB sich v.a. auf nicht-pornografische Inhalte bezieht. So werden auch Chatnachrichten wie „Hi. Lust zu chatten, bin 35“ oder „Bin 17, noch ok?“²⁰ vom Begriff des Einwirkens erfasst, sofern der Täter die entsprechende Absicht und sein Tatverhalten die notwendige Intensität aufweist.

Ob sich die Absicht des Täters verwirklicht oder zumindest eine entsprechende Gefahr besteht, spielt für die Strafbarkeit keine Rolle.²¹ Schon das Einwirken begründet nach Vorstellung des Gesetzgebers die Gefahr, dass es zu einem Treffen zwischen dem Kind und dem Täter kommen könnte, bei dem die sexuelle Selbstbestimmung des Kindes beeinträchtigt wird. Es handelt sich daher um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.²² Dem trägt die Neufassung Rechnung, indem der Tatbestand mit „Vorbereitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern“

15 Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht BT I, 11. Aufl. 2019, § 20 Rn. 12; Eisele, FS Heinz, S. 697, 705 f.

16 Eisele, FS Heinz, S. 697, 706.

17 OLG Hamm, MMR 2016, 425; Alexiou, Cyber-Grooming, 2018, S. 335; Eisele, FS Heinz, S. 697, 705 f.

18 BGH, NSTZ-RR 2015, 139, 140.

19 Eisele, FS Heinz, S. 697, 699; Renzikowski, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 45.

20 Kind, Stellungnahme, S. 7.

21 Alexiou, Cyber-Grooming, 2018, S. 335; Renzikowski, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 45. Zum Teil wird allerdings – über den Wortlaut hinaus – ein objektiver Sexualbezug verlangt, s. Baumhöfener, MMR 2021, 30, 30 f.

22 Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 176 Rn. 1a; wohl auch Renzikowski, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 6.

überschrieben wird. Dem Einwirken werden in Abs. 2 bestimmte andere Verhaltensweisen im Vorbereitungsstadium gleichgestellt. Außerdem sieht § 176b Abs. 3 StGB n.F. die Strafbarkeit des Versuchs des Cybergroomings vor, allerdings nur für Fälle, in denen die Vollendung allein daran scheitert, dass nicht auf ein Kind, sondern eine sich als Kind ausgebende erwachsene Person eingewirkt wird.²³ Bestraft wird also nur der untaugliche beendete Versuch am untauglichen Tatobjekt.

2. Kritik und Bewertung

Die deutsche Regelung zur Strafbarkeit von Cybergrooming steht seit jeher in der Kritik. Zwei Punkte sollen hier herausgegriffen werden: Zum einen wurde schon bei Einführung des Tatbestands die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit auf für sich genommen neutrale Vorbereitungshandlungen kritisiert, nämlich den Austausch von nicht-pornografischen Inhalten.²⁴ Daher wird die Norm vielfach für verfassungswidrig gehalten.²⁵ Zum anderen hat der deutsche Gesetzgeber 2020 eine Versuchsstrafbarkeit für Cybergrooming eingeführt, die den Zeitpunkt des Strafbarkeitsbeginns noch einmal vorverlegt.²⁶ Danach könnte schon der erste Kontakt durch ein einfaches „hi“ eine Strafbarkeit wegen versuchten Cybergroomings begründen, sofern die entsprechende Absicht vorliegt.

a) Die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch das Merkmal „Einwirkung“

Der erste Kritikpunkt bezieht sich darauf, dass eine Einwirkung im Sinne des § 176b Abs. 1 StGB alle Formen der intellektuellen Beeinflussung durch Inhalte erfasst, also weder pornografische Inhalte noch sexuelle Anspielungen

23 Näher zu dieser Regelung *Schneider*, KriPoZ 2020, 137, 138.

24 *D. Amelung/Funcke-Auffermann*, StraFo 2004, 265, 267; *Eisele*, FS Heinz, S. 697, 701; *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065, 1067 f.

25 Ausführlich *Alexiou*, Cyber-Grooming, 2018, S. 325 ff.; *Stoiber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020.

26 BGBl. 2020 I, 431.

erforderlich sind.²⁷ Damit wird ein objektiv neutrales Verhalten kriminalisiert, was einen massiven Grundrechtseingriff darstellt.²⁸ Die Legitimation für die Vorschrift ist die abstrakte Gefahr eines späteren sexuellen Missbrauchs im Falle eines Treffens. Diese resultiert allerdings einzig aus der Absicht des Täters. Zwar kennt das deutsche Strafrecht auch andere Konstellationen, in denen das subjektive Element maßgeblich die Verhaltenspflichtverletzung bestimmt. So hängt nach der Rspr. die Strafbarkeit einer objektiv neutralen Handlung als Beihilfe maßgeblich davon ab, ob der Täter wusste, dass es zu einer Haupttat kommen wird.²⁹ Im Fall der Beihilfe liegt jedoch mit der Haupttat eine tatsächliche Rechtsgutsverletzung vor, während Cybergrooming auch strafbar ist, wenn (noch) gar nicht zu einem sexuellen Missbrauch angesetzt wurde.

Das deutsche Strafrecht geht insoweit auch über die internationalen Vorgaben hinaus.³⁰ Die Lanzarote-Konvention und die Richtlinie 2011/93/EU sehen die Strafbarkeit von Cybergrooming vor, wenn der Täter ein Treffen vorschlägt und auf ein Treffen hinführende konkrete Handlungen folgen. Sie umschreiben somit die Tathandlung viel konkreter („Treffen vorschlagen“) und verlangen darüber hinaus auch Maßnahmen zur tatsächlichen Umsetzung des Treffens. Dadurch ist die Gefahr eines sexuellen Missbrauchs objektiv größer, als wenn der Täter ein solches Treffen nur beabsichtigt. Auch lässt sich Cybergrooming so besser nachweisen, weil es für die Abgrenzung von strafbarem und straflosem Verhalten nicht allein auf subjektive Merkmale ankommt. Eine Regelung nach internationalem Vorbild wäre daher vorzugswürdig.³¹ Denkbar wäre es auch, mit einzelnen Stimmen in der Literatur den Begriff des „Einwirkens“ enger zu fassen und einen objektiven Sexualbezug zu verlangen.³²

27 Eine Mindermeinung verlangt allerdings einen objektiv erkennbaren Sexualbezug, s. dazu *Baumhöfener*, MMR 2021, 30 (30 f).

28 S. zur Kritik *van Endern*, NJW 2020, 1033, 1033 f. m.w.N.

29 Grundlegend BGHSt 46, 107.

30 Näher *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 139 ff..

31 S. auch *Stoiber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020, S. 283 f.; *Renzikowski*, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 22.

32 *Baumhöfener*, MMR 2021, 30, 30 f. Diese teleologische Reduktion ist vom Gesetzgeber aber nicht intendiert, s. dazu *Renzikowski*, in: MüKo StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 176 Rn. 47.

b) Versuchsstrafbarkeit

Wer den Tatbestand des § 176b Abs. 1 StGB generell für zu weit hält, lehnt naturgemäß erst recht eine Versuchsstrafbarkeit ab.³³ Doch auch unabhängig davon ist die Regelung der Versuchsstrafbarkeit in § 176b Abs. 3 StGB kritikwürdig.

Mit der Beschränkung der Strafbarkeit auf untaugliche beendete Versuche betritt der Gesetzgeber dogmatisches Neuland.³⁴ Nach deutschem Recht sind im Fall der Versuchsstrafbarkeit ansonsten taugliche und untaugliche sowie unbeendete und beendete Versuche erfasst. Es ist auch nicht überzeugend, eine Strafbarkeit bei untauglichen Versuchen vorzusehen, bei den gefährlicheren tauglichen Versuchen jedoch nicht.³⁵ Dies stellt eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Täter eines tauglichen Versuchs dar.³⁶ Dem strafprozessualen Anliegen, einen Anfangsverdacht in Fällen begründen zu können, in denen der Täter nur meint, auf ein Kind einzuwirken, könnte eine nicht-differenzierende Regelung genauso gut Genüge tun.

Dagegen kann die Beschränkung auf beendete Versuche, also solche, in denen das Einwirken abgeschlossen ist, legitimiert werden.³⁷ Dies ist der Fall, wenn man die Versuchsstrafbarkeit v.a. damit begründet, dass der Täter im Fall des Einwirkens auf ein Scheinkind sein Grooming-Konzept trainiert und verbessert. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die sich als Kind ausgebenden Erwachsenen so authentisch reagieren, dass ein solcher Trainingseffekt tatsächlich eintritt. Auf Basis dieser Argumentation erhöht jeder beendete Einwirkungsvorgang die Fähigkeit des Täters, den sexuellen Missbrauch von Kindern vorzubereiten. Stellt man hingegen die Wiederholungsgefahr bei diesem Tätertyp in den Vordergrund,

33 So deutlich *Stoiber*, „Cyber-Grooming“ aus empirischer und strafrechtlicher Sicht, 2020, S. 279 f.

34 Näher *Schneider*, *KriPoZ* 2020, 137, 141 ff.; s. auch *van Endern*, *NJW* 2020, 1033, 1034, der die Regelung als „Systembruch“ bezeichnet.

35 *Fischer*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, S. 2 f., abrufbar unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen_archiv/stellungnahmen-665970 (23.12.2022); *Schneider*, *KriPoZ* 2020, 137 (141).

36 *van Endern*, *NJW* 2020, 1033, 1034.

37 *Schneider*, *KriPoZ* 2020, 137, 142 f.

müssten gerade auch unbeendete Versuche erfasst werden.³⁸

Das internationale und europäische Recht verlangt keine Versuchsstrafbarkeit. Zwar sieht die Lanzarote-Konvention eine solche in Art. 24 Abs. 2 vor, allerdings sind hierzu Ausnahmen zugelassen. Die Bundesrepublik Deutschland hat von diesem Recht Gebrauch gemacht.³⁹ Die Richtlinie enthält in Art. 6 Abs. 2 eine Regelung zum Versuch kinderpornografischer Taten durch Kontaktaufnahme zu einem Kind. Sie enthält aber keine Verpflichtung, die versuchte Kontaktaufnahme unter Strafe zu stellen.⁴⁰ Auch wird Kontakt zu Erwachsenen, die sich als Kinder ausgeben, nicht erfasst.

Die Regelung der Versuchsstrafbarkeit ist somit international nicht geboten und überzeugt in dogmatischer Sicht nicht. Sie erleichtert aber die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden, weil so bei verdeckten Ermittlungen, wie der zu Anfang genannten Operation des BKA ein Anfangsverdacht einer Straftat besteht.⁴¹

V. VO-Vorschlag der EU-Kommission

Wenn es nach der EU-Kommission geht, dürfte die Verfolgung von Cybergrooming in Zukunft noch einfacher werden. Die Kommission hat im Mai 2022 einen Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern vorgelegt.⁴² Danach sollen den Anbietern von Online-Diensten umfassende Pflichten auferlegt werden, u.a. zur Risikoanalyse und -bewertung. Unter bestimmten Voraussetzungen sollen die Anbieter durch eine sog. Aufdeckungsanordnung verpflichtet werden können, die Chat-Kommunikation ihrer minderjährigen Nutzer zu durchleuchten

38 *Schneider*, KriPoZ 2020, 137, 142 f.

39 S. die Informationen zum Vertrag auf https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201/declarations?p_auth=Cg9zfoLU&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=GER&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=2 (23.12.2022).

40 Näher *Schneider*, KriPoZ 2020, 137 (139 ff).

41 BT-Drs. 19/13836, 1; s. auch die Kritik von *Baumhöfener*, MMR 2021, 30, 34.

42 COM(2022) 209 final.

und strafrechtlich relevante Inhalte zu melden. Dabei geht es u.a. um kinderpornografische Inhalte. Explizit bezieht sich der Verordnungsentwurf aber auch auf Fälle von Cybergrooming (Art. 2 lit. o, Art. 7 Abs. 6). Die Scans sollen mit Hilfe von KI-basierter Software durchgeführt werden.

Der Vorschlag ist grundsätzlicher und fundamentaler Kritik ausgesetzt, weil er auf eine anlasslose Kontrolle aller Nutzer eines Kommunikationsdienstes hinausläuft.⁴³ Viele sehen darin einen nicht zu rechtfertigenden Grundrechtseingriff. Demgegenüber betont die Kommission das Anliegen, Kinder dadurch vor einer weiteren Viktimisierung zu schützen, indem relevante Inhalte schon in einem sehr frühen Stadium gesperrt werden können.⁴⁴

In Bezug auf Cybergrooming werden allerdings auch bei den Befürwortern des Ansatzes der Verordnung Bedenken geäußert.⁴⁵ Dies hängt damit zusammen, dass es äußerst schwierig ist, Cybergrooming von legalem Chat-Verhalten im Internet zu unterscheiden. Dabei liegen unterschiedliche Angaben zur Fehlerquote entsprechender Programme vor. Die Kommission verweist auf Angaben des Herstellers einer entsprechenden Software (Microsoft), wonach in 12% der Fälle Falsch-Positive-Ergebnisse vorlägen.⁴⁶ Ob die Angaben noch stimmen, ist allerdings fraglich. Die von Microsoft als „Project Artemis“ entwickelte Software wird nun von der NGO Thorn als „Safer“ verwaltet.⁴⁷ Auf der Internetseite von Thorn gibt es aber keine Angaben zur Genauigkeit der Software bei Cybergrooming. Nach einer wissenschaftlichen Studie von Informatikern liegt

43 S. etwa <https://chat-kontrolle.eu/> (23.12.2022); <https://digitalesgesellschaft.de/wp-content/uploads/2022/02/Chatkontrolle-10-Prinzipien.pdf> (23.12.2022); *Breyer*, <https://www.patrick-breyer.de/beitraege/nachrichtendurchleuchtung/> (23.12.2022); *Rudel/Reuter*, <https://netzpolitik.org/2021/eu-kommission-warum-die-chatkontrolle-so-gefaehrlich-ist/> (23.12.2022). Auch die deutsche Politik hat sich gegen den Vorschlag positioniert, BMVD Pressemitteilung 019/2022; BMI und BMJ nach *beck-aktuell* v. 7.6.2022, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/kampf-gegen-kindesmissbrauch-eu-kommissarin-verteidigt-geplante-chatkontrolle> (23.12.2022). Weitere Nachweise bei *Vasel*, ZRP 2022, 191, 191 f.

44 COM(2022) 209 final, S. 2, 17; s. auch *Heger*, ZRP 2022, 133, 134.

45 *Heger*, ZRP 2022, 133, 134, 136; *Vasel*, ZRP 2022, 191, 193.

46 COM(2022) 209 final S. 17 Fn. 32; Impact Assessment Report, S. 283.

47 <https://netzpolitik.org/2022/chatkontrolle-was-unternehmen-schon-freiwillig-tun/> (23.12.2022).

die Rate der korrekt identifizierten Fälle von Cybergrooming hingegen nur bei ca. 23%.⁴⁸ Bei kinderpornografischen Darstellungen sind die Erfolgsquoten der KI deutlich höher.⁴⁹ Hinzu kommt, dass das Aufspüren von Cybergrooming eine Verarbeitung des Kommunikationsinhalts erfordert, während bei Kinderpornografie die Untersuchung auf Bilder beschränkt werden könnte.⁵⁰ Deswegen wird ein Scan auf Cybergrooming zum Teil derzeit noch für unverhältnismäßig gehalten.⁵¹

An den verhältnismäßig hohen Fehlerquoten zeigen sich die Schwierigkeiten der Beschreibung des Tatverhaltens bei Cybergrooming. Wenn – wie im deutschen Recht – nur ein Insistieren gefordert wird, es aber weder auf sexualisierte Inhalte noch auf den Vorschlag eines Treffens ankommt, ist es schwierig, Parameter für die Abgrenzung von legalem und illegalem Verhalten zu entwickeln.⁵² Das gilt nicht nur für KI, sondern auch für Menschen, die diese Abgrenzung vornehmen müssen. In der Praxis werden daher in der Regel nur Fälle von Cybergrooming verfolgt, in denen auch sexuelle Kommunikationsinhalte ausgetauscht wurden oder in denen es tatsächlich zu einem Treffen gekommen ist.⁵³

So gesehen ist es nicht verwunderlich, dass die EU die KI-basierte Suche nach Cybergrooming eher für möglich hält als die deutsche Politik. Art. 6 Richtlinie 2011/93/EU bietet mehr Anhaltspunkte für eine Begrenzung des erfassten Verhaltens als das deutsche Recht, indem zumindest ein Treffen vorgeschlagen und konkrete Schritte zur Umsetzung vorgenommen werden müssen. Wenn schon diese Tatbestandsumschreibung als vage und ungenau wahrgenommen wird,⁵⁴ muss dies erst recht für das deutsche Recht gelten. Daher sollte der Vorschlag der EU-Kommission – unabhängig davon, ob er umgesetzt wird oder nicht –

48 *Isaza/Muñoz/Castillo/Buitrago*, Neurocomputing 484 (2022), 250.

49 *S. Vasel*, ZRP 2022, 191, 193.

50 EDPB/EDPS, Joint Opinion 04/2022 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse, Rn. 69.

51 *Vasel*, ZRP 2022, 191, 193; EDPB/EDPS (Fn. 50), Rn. 76.

52 Vgl. EDPB/EDPS (Fn. 50), Rn. 71.

53 *Baumhöfener*, MMR 2021, 30, 30 f., s. auch die Beispiele in *Kloess/Hamilton-Giachritsis/Beech*, Sexual Abuse 31 (2019), 73, 79 ff.

54 EDPB/EDPS (Fn. 50), Rn. 69.

zum Anlass genommen werden, den deutschen Cybergrooming-Tatbestand zu reformieren.

VI. Ergebnis

Die deutsche Regelung von Cybergrooming überzeugt nicht. Mit dem Abstellen auf ein „Einwirken“ ist die tatbestandliche Handlung zu weitgehend formuliert und erfasst auch objektiv völlig ungefährliches Verhalten. Sinnvoll wäre eine Einschränkung nach dem Vorbild von Art. 23 Lanzarote-Konvention und Art. 6 Richtlinie 2011/93/EU, wie sie z.B. in Georgien vorgesehen ist. Auch die im deutschen Recht bestehende Versuchsstrafbarkeit kann dogmatisch nicht überzeugen und ist nach internationalem und europäischem Recht nicht geboten.

Ein Änderungsimpuls kann von dem Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern der EU-Kommission kommen, nach dem Dienstanbieter verpflichtet werden sollen, mit Hilfe von KI-gestützter Software Chat-Nachrichten nach Cybergrooming zu durchsuchen. Die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme ist angesichts der Fehlerquoten der Software allerdings zweifelhaft. Die hohe Fehlerquote ist darauf zurückzuführen, dass Cybergrooming schwierig zu erkennen ist. Das EU-Recht bietet aber immer noch mehr Parameter als das deutsche Recht, sodass auch deswegen eine Präzisierung des Tatbestands angezeigt ist.

STRAFBARKEIT DES CYBERSTALKINGS IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. Jörg Eisele, Universität Tübingen

I. Entwicklung des Tatbestandes

Der Tatbestand des Stalkings (§ 238 StGB) wurde im Jahre 2007 in das Strafgesetzbuch eingefügt, um Strafbarkeitslücken zu schließen.¹ Der Gesetzgeber verknüpfte mit der Einführung der Vorschrift zudem die Erwartung, einen besseren Opferschutz zu erreichen.² Nicht jedes Stalking ist zum Beispiel als Beleidigung oder Nötigung strafbar. Dabei besteht die Schwierigkeit darin, dass Stalking fast durch jede Handlung begangen werden kann, wenn sie nur vom Opfer unerwünscht ist. Geschütztes Rechtsgut ist die Handlungs- und Entschlussfreiheit des Opfers hinsichtlich seiner persönlichen Lebensgestaltung.³ Dies wird durch den Wortlaut bestätigt, wonach die Tathandlung dazu geeignet sein muss, eine Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers herbeizuführen.

Ursprünglich musste als Taterfolg eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung tatsächlich eintreten. Diese strengen Voraussetzungen wurden durch zwei Reformen gelockert. Eine erste Umgestaltung erfuhr der Tatbestand im Jahre 2017 mit dem Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen, welches ihn in ein potenzielles Gefährdungsdelikt bzw. Eignungsdelikt umgestaltet hat.⁴ Seither musste keine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung tatsächlich eintreten. Vielmehr genügte es, wenn eine Nachstellungshandlung vorgenommen wurde, die objektiv geeignet

1 40. StÄG v. 22.3.2007, BGBl. I, S. 354; *Sering*, NJW-Spezial 2007, 375, 376.

2 BT-Drs. 16/575, S. 1; *Buettner*, ZRP 2008, 124, 124; *Gericke*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 238 Rn. 10; vgl. Bundesministerin der Justiz *Brigitte Zypries* am 30.11.2006 in der Sitzung des 16. Deutschen Bundestages, BT-Plenarprotokoll 16/70, S. 6948.

3 BT-Drs. 15/5410, S. 6; 16/1030, S. 6; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029, 1030; *Zimmermann*, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. 2020, § 238 Rn. 2.

4 BGBl. I, S. 386; BT-Drs. 18/9946, S. 10 f., 13 f. und dazu *Kubiciel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194.

ist, das Opfer in seiner Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen.

Der Evaluierungsbericht zu dieser Neufassung⁵ zeigte, dass die Anwendung des Tatbestandes für die Praxis immer noch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden war. Als maßgebliche Gründe wurden vor allem genannt: Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob ein Verhalten im Einzelfall noch sozialadäquat und daher nicht strafwürdig ist,⁶ die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (wie „Beharrlichkeit“, „Unbefugtheit“, „Eignung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“)⁷ sowie Beweisprobleme, da es sich häufig um zwei-Personen-Konflikte ohne Zeugen handelt.⁸ Im Oktober 2021 sind weitere Änderungen in Kraft getreten, die die Anwendung des Tatbestandes erleichtern, aber vor allem auch das Cyberstalking erfassen sollen.⁹ Um die „hohen Hürden“ zu beseitigen, wurde der Grad der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung von „schwerwiegend“ auf „nicht unerheblich“ herabgesetzt: „in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung nicht unerheblich zu beeinträchtigen, indem er wiederholt (...)“.

II. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen im Allgemeinen

1. Tathandlung

a) Zentral ist der Begriff des Nachstellens. Gemeint ist ein Gesamtverhalten des Täters, das durch die Summe der einzelnen Nachstellungshandlungen die Beeinträchtigung beim Opfer herbeiführt. Das Nachstellen muss wiederholt im Wege einer der in Nrn. 1 bis 8 genannten Verhaltensweisen erfolgen. Nr. 8

5 BT-Drs. 19/26515.

6 BT-Drs. 19/28679, S. 4 und S. 7; *Eisele*, Stellungnahme im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 19.5.2021, S. 1.

7 BT-Drs. 19/28679, S. 4; *Gericke*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 238 Rn. 8; eingehend *Zacharias*, Der Unrechtstatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) im Lichte des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, S. 354 ff.

8 BT-Drs. 19/28679, S. 5; *Eisele*, Stellungnahme im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 19.5.2021, S. 1.

9 BT-Drs. 19/28679, S. 7; *Hoven*, ZRP 2022, 118, 119; *Valerius*, in: BeckOK StGB, 55. Edition (Stand 1.11.2022), § 238 Rn. 1.5.

enthält einen Auffangtatbestand („andere vergleichbare Handlung“), der den vielfältigen Erscheinungsformen des Stalkings und künftigen technischen Entwicklungen Rechnung tragen soll und Fälle erfasst, die nicht unter Nrn. 1 bis 7 fallen.¹⁰ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen dabei Handlungen erfasst werden, die „sowohl quantitativ als auch qualitativ eine vergleichbare Schwere aufweisen und in ihrem Handlungs- und Erfolgsunwert diesen gleichkommen“.¹¹ Nicht gefordert wird eine in der Begehungsweise vergleichbare Handlung, die der Kontaktaufnahme oder der Bedrohung der Nrn. 1 bis 4 inhaltlich entspricht. Beispiele sind Sachbeschädigungen beim Opfer, dauernde Lärmbeschallung, Telefonterror, Drohung mit Suizid, Verleumdungen, Strafanzeigen oder Überwachung des Familien- und Bekanntenkreises.

b) Mit dem zusätzlichen Erfordernis der Unbefugtheit des Nachstellens soll sozialadäquates Verhalten ausgeklammert werden. Das belegen zunächst die in Nr. 1 und Nr. 2 beschriebenen Tathandlungen, die auch das bloße Zusammentreffen am Arbeitsplatz, das Zusenden von E-Mails oder Geschenken erfassen können. Insoweit bedarf es aber stets einer genauen Analyse der jeweiligen Tathandlung. Anders ist dies etwa bei Nr. 3 und Nr. 4, weil die missbräuchliche Verwendung von Daten und das Drohen gegenüber dem Opfer von vornherein keine sozialadäquaten Handlungen beinhalten können. Die Unbefugtheit verlangt ferner ein Handeln gegen den Willen des Opfers. Diese entfällt bei einem ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnis des Opfers.¹² Das Einverständnis muss sich dabei auf die wiederholte Tatbegehung erstrecken.

c) Der Tatbestand setzt zudem eine wiederholte Begehung voraus. Nur einzelne Handlungen reichen selbst dann nicht aus, wenn sie die Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung aufweisen. Unklar ist, wie viele Handlungen letztlich erforderlich sind. Im Gesetzgebungsverfahren

10 BT-Drs. 16/3641, S. 14; *Valerius*, in: BeckOK StGB, 55. Edition (Stand 1.11.2022), § 238 Rn. 12.

11 BT-Drs. 16/3641, S. 14.

12 BT-Drs. 15/5410, S. 7, 16/575, S. 7; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 27; *Valerius*, in: BeckOK StGB, 55. Edition (Stand 1.11.2022), § 238 Rn. 16.

wurden hinsichtlich der früher verankerten Beharrlichkeit einmal fünf Handlungen genannt.¹³ Letztlich sind die Umstände des Einzelfalles entscheidend, wobei auch die Schwere der einzelnen Nachstellungshandlungen von Bedeutung ist.¹⁴ Ein wiederholtes Vorgehen liegt auch dann vor, wenn der Täter unterschiedliche Tathandlungen iSd Nrn. 1 bis 8 vornimmt. Denn die Unberechenbarkeit der Verhaltensweisen kann letztlich für das Opfer sogar einschneidender sein.¹⁵ Diese Sichtweise bestätigt der Gesetzgeber auch im jüngsten Gesetzgebungsvorhaben: „Wie vieler Wiederholungen es für ein Vorliegen des Tatbestandsmerkmals ‚wiederholt‘ bedarf, ist vom Einzelfall abhängig. Bei schwerer wiegenden Einzelhandlungen kann schon eine geringe einstellige Anzahl von Wiederholungen hinreichend für eine Strafbarkeit sein. Nicht erforderlich ist, dass ein und dasselbe in Absatz 1 Nummer 1 bis 8 abstrakt beschriebene Verhalten wiederholt wird. Ausreichend ist vielmehr, wenn es zu mehreren, verschiedenartigen Handlungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 bis 8 durch den Täter kommt“.¹⁶

2. Folge der Tat

Letztlich muss als Folge des Täterverhaltens die Eignung vorliegen, die Lebensgestaltung des Opfers nicht unerheblich zu beeinträchtigen. Es handelt sich nicht um ein Erfolgsdelikt, sondern um ein potenzielles Gefährdungsdelikt bzw. ein Eignungsdelikt. Es ist aus einer objektiven ex-ante-Perspektive zu beurteilen, ob unter Berücksichtigung der konkreten Tatsituation und der individuellen Lebensumstände des Opfers eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers eintreten kann. Es spielt folglich keine Rolle, ob das Opfer nun tatsächlich sein Verhalten ändert, wenn die Nachstellungshandlungen nur so erheblich sind, dass sie im konkreten Fall geeignet sind, eine Opferreaktion

13 BT-Drs. 15/5410, S. 7; *Valerius*, JuS 2007, 319, 322.

14 BGHSt 54, 189, 195; *Gazeas*, JR 2007, 497, 502; *Gericke*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 238 Rn. 44.

15 BGHSt 54, 189, 196; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029, 1032; *Valerius*, JuS 2007, 319, 322.

16 BT-Drs. 19/28679, S. 12.

auszulösen. Dies erleichtert letztlich die Beweisführung, weil das konkrete Opferverhalten nicht ermittelt werden muss.

Für die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung genügt nicht jede Belästigung des Opfers, die mit der Austragung und Lösung von Konflikten, insb. dem Scheitern von Beziehungen verbunden ist, zumal dies häufig eine Kontaktaufnahme oder Kommunikation voraussetzt.¹⁷ Während vor der letzten Reform nur gravierende und ernst zu nehmende Beeinträchtigungen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung hinausgehen,¹⁸ erfasst wurden, werden nun nur noch unerhebliche Handlungen ausgeschieden. Soweit Vorsorgemaßnahmen – wie das bloße einmalige Ausschalten des Mobiltelefons – diesen Grad nicht erreichen, ist der Tatbestand nicht verwirklicht.¹⁹ Bei der Beurteilung, welche Handlungen noch hinzunehmen sind, kommt es auf einen objektiven Maßstab an, wobei auf das konkrete Tatopfer abzustellen und insbesondere dessen psychische Situation zu berücksichtigen ist, wofür wiederum Gewicht und Dauer der Einwirkungen Bedeutung erlangen. Beispiele für eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung sind: Aufgabe des Arbeitsplatzes, Umzug aus der Wohnung, Verlassen der Wohnung nur in Begleitung, Auswanderung, Notwendigkeit therapeutischer Behandlungen sowie Rückzug aus dem sozialen Leben, erhebliche Veränderungen in der Freizeitgestaltung und im Kommunikationsverhalten oder Änderung des Namens.²⁰

17 OLG Brandenburg NStZ 2010, 519, 520; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 175; *Peters*, NStZ 2009, 238, 241.

18 So BT-Drs. 16/3641, S. 14; BGHSt 54, 189, 197; OLG Brandenburg NStZ 2010, 519, 520; OLG Stuttgart, NJOZ 2015, 1909, 1911.

19 OLG Brandenburg NStZ 2010, 519, 520; AG Löbau StV 2008, 646, 647.

20 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 32 mit weiteren Beispielen.

III. Cyberstalking

1. Gesetzgeberische Begründung

Mit der Neuregelung wollte der Gesetzgeber insbesondere das Cyberstalking regeln. Er begründet dies wie folgt:²¹ „Gesetzlicher Anpassungsbedarf besteht auch aufgrund des technischen Fortschritts und der damit einhergehenden Zunahme des Cyberstalkings. Über sogenannte Stalking-Apps beziehungsweise Stalkingware können Täter auch ohne vertiefte IT-Kenntnisse unbefugt auf E-Mail- oder Social-Media-Konten sowie Bewegungsdaten von Opfern zugreifen und so deren Sozialleben ausspähen. Cyberstalking erfolgt aber nicht nur durch den unbefugten Zugriff auf Daten des Opfers, sondern insbesondere auch dadurch, dass Täter unter Vortäuschung der Identität eines Opfers etwa in sozialen Medien Konten anlegen und unter dem Namen des Opfers abträgliche Erklärungen abgeben oder Abbildungen von ihm veröffentlichen. Diese besonderen Begehungsweisen von Nachstellungstaten gilt es gesetzlich besser und rechtssicherer zu erfassen.“

2. Bisherige Regelungen

Schon bisher konnten bestimmte Formen des Cyberstalkings erfasst werden (§ 238 Abs. 1 StGB a.F.):

a) Zu nennen ist zunächst in Nr. 2 der Versuch der Kontaktherstellung unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über andere Personen. Typische Fälle sind Telefon, E-Mail sowie das Versenden von Nachrichten in Chatrooms oder Kontaktnetzwerken wie Facebook. Weil nicht auf eine Kontaktherstellung angelegt, wird die bloße Überwachung mit GPS oder die Ortung des Mobiltelefons nicht erfasst.²² Dasselbe gilt für den sog. Telefonterror, bei dem nur angerufen, aber nicht das Gespräch

21 BT-Drs. 19/28679, S. 1.

22 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 12; *Kraus*, Zivilrechtlicher Schutz gegen Nachstellen. Eine Untersuchung der zivilrechtlichen Auswirkungen des § 238 Abs. 1 StGB unter besonderer Berücksichtigung journalistischer Recherchen, 2009, S. 76 f.

gesucht wird.

b) Erfasst wird nach Nr. 3 ferner, wenn unter missbräuchlicher Verwendung von personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für das Opfer aufgegeben werden (lit. a) oder Dritte veranlasst werden, Kontakt mit dem Opfer aufzunehmen (lit. b). Unter missbräuchlicher Verwendung der personenbezogenen Daten des Opfers erfolgt die Bestellung usw., wenn die Daten ohne oder gegen den Willen des Opfers verwendet werden. Beispiele sind etwa ständige Bestellungen beim Pizzaservice oder bei Amazon im Namen des Opfers. Ob sich der Täter bei der Bestellung selbst als die Person des Opfers ausgibt oder als dessen Vertreter handelt, ist unerheblich, soweit die Bestellung nur dem Opfer zugerechnet werden soll.

c) Soweit Lücken verblieben, konnte der Auffangtatbestand der Nr. 8 eingreifen, wenn der Täter eine mit den Nummern 1 bis 7 vergleichbare Handlung vornimmt. Im Einzelnen ist umstritten, ob der Tatbestand hinreichend bestimmt ist und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.²³ Genannt wurden als vergleichbare Fälle bisher etwa die Überwachung des Familien- und Bekanntenkreises, Bild- und Tonaufnahmen oder die Veröffentlichung von sensiblen Daten oder Bildern des Opfers im Internet als Cybermobbing und Cyberstalking.²⁴

3. Neuregelung

Mit der letzten Änderung hat der Gesetzgeber wichtige Erscheinungsformen des Cyberstalkings explizit aufgeführt, um dem Tatbestand schärfere Konturen zu verleihen und so dessen Anwendbarkeit in der Praxis zu erleichtern. Nicht immer haben die Gerichte solche Verhaltensweisen unter den Auffangtatbestand subsumiert.

a) Erfasst werden nunmehr Taten nach §§ 202a ff. StGB zu Lasten des Opfers oder dessen Angehörigen, wenn diese die Eignung zur nicht unerheblichen

23 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 23.

24 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 22.

Beeinträchtigung der Lebensgestaltung beinhalten. Erfasst werden hier Fälle des Ausspähens und Abfangens von Daten, das heißt des Hackings von Computern. So etwa, wenn auf dem Rechner des ehemaligen Partners eine Spionagesoftware installiert wird. Zur besseren Einordnung für Georgien: Im Prinzip wird auf die Delikte der Cybercrime-Konvention Bezug genommen. Der Tatbestand soll Fälle erfassen, in denen der Täter sich durch schlichtes Erraten von Passwörtern, durch Einsatz von Hacking-Methoden oder sogar sogenannter Stalkingware unbefugten Zugang zu Daten des Opfers verschafft, insbesondere virtuell in E-Mail oder Social-Media-Konten des Opfers eindringt oder sich Zugang zu Daten des Opfers verschafft, die sich auf einem PC oder Smartphone befinden.²⁵

Auch wenn die Verschaffung des unbefugten Zugangs zu Daten durch Computerdelikte per se strafbar ist, ist es für das Opfer des Stalkings eine zusätzliche große Belastung, da der Täter tief in die Privatsphäre eindringt und das Opfer sich einer sicheren und vertraulichen Kommunikation nicht mehr gewiss sein kann.

b) Einbezogen sind nunmehr auch Fälle, in denen Bilder des Opfers verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, insbesondere über soziale Medien wie Facebook oder Instagram. Unerheblich ist, ob zu den Abbildungen, die auch Zeichnungen des Opfers erfassen, ein Text hinzukommt.²⁶ Erforderlich ist aber wie stets, dass es dadurch zu einer Eignung zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers kommt. Grund für die Pönalisierung ist, dass es für das Opfer eine erheblich einschüchternde Wirkung haben kann, wenn Abbildungen von ihm verbreitet werden und etwa bei intimen Aufnahmen (Phänomen: „Revenge Porn“) ein tiefgreifender Eingriff in die Intimsphäre vorliegt. Das Drohen mit einer Verbreitung von Bildern wird – obgleich praktisch durchaus relevant – nicht erfasst. Dies überzeugt letztlich wenig, wenngleich hier der Auffangtatbestand der vergleichbaren Handlung eingreifen kann.

25 BT-Drs. 19/28679, S. 12; *Weidemann*, in: BeckOK StGB, 55. Edition (Stand 1.11.2022), § 202a Rn. 17 ff.

26 BT-Drs. 19/28679, S. 12; *Valerius*, in: BeckOK StGB, 55. Edition (Stand 1.11.2022), § 238 Rn. 10.

c) Strafbar ist letztlich auch, wer einen Inhalt, der geeignet ist, diese Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, unter Vortäuschung der Urheberschaft der Person verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht. Der Gesetzgeber denkt hier an das Anlegen eines Social-Media-Kontos unter dem Namen des Opfers, über das dann beispielsweise mit Dritten in einer sexualisierten Sprache kommuniziert wird. Ferner soll das Veröffentlichen angeblicher sexueller oder krimineller Fantasien oder Vorhaben unter dem Namen des Opfers, wie etwa das Ankündigen eines Amoklaufs oder das Äußern des Wunsches, vergewaltigt zu werden oder Sex mit Kindern zu haben, erfasst werden.²⁷ Die Verbreitung oder das Öffentlich-zugänglich-Machen muss dabei nicht explizit unter dem Namen des Opfers erfolgen. Vielmehr soll auch eine anonyme Erklärung, mit der aber zugleich eine Spur zum Opfer gelegt wird, unter diese Tathandlung subsumiert werden.²⁸

IV. Besonders schwere Fälle des Cyberstalkings

Strafschärfend soll nach § 238 Abs. 2 Nr. 4 StGB wirken, dass der Täter ein Computerprogramm einsetzt, dessen Zweck das digitale Ausspähen anderer Personen ist. Dies überzeugt wenig, da der Einsatz einer Spy-Ware nur eine Möglichkeit ist, den Grundtatbestand des Abs. 1 Nr. 5 zu verwirklichen. In der Regel wird mit der Verwirklichung des § 202a StGB und damit des Grundtatbestandes auch die Strafschärfung eintreten. Im Übrigen sieht der Gesetzgeber eine schärfere Strafe vor, wenn verschiedene Handlungen des Cyberstalkings miteinander kombiniert werden.

V. Fazit

Es ist erfreulich, dass sich der Gesetzgeber des Cyberstalkings angenommen hat und dies im Tatbestand des § 238 StGB zum Ausdruck gebracht hat. Die prakti-

27 BT-Drs. 19/28679, S. 12.

28 BT-Drs. 19/28679, S. 13.

schen Schwierigkeiten des Nachweises des Taterfolgs und des Vorsatzes bleiben jedoch bestehen. Auch sind Stalkinghandlungen so verschieden, dass diese sich kaum alle in einem Tatbestand benennen lassen. Daher ist es zu begrüßen, dass die Vorschrift für weitere Fälle einen Auffangtatbestand vorsieht. Letztlich lässt sich eine Problematik wie das Stalking durch die Benennung spezieller Handlungen und eine kasuistische Aufzählung kaum in den Griff bekommen.

NACHSTELLUNG IM GEORGISCHEN STRAFRECHT

Prof. Dr. **Bachana Jishkariani**, University of Georgia

I. Einleitung

Die Strafvorschrift der Nachstellung in Form des Art. 151¹ gStGB wurde im Rahmen der Gesetzesänderungen 2017 in das georgische Strafgesetzbuch aufgenommen. Diese Änderung war Folge der Umsetzung des Übereinkommens des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. Zuvor gab es kaum Diskussionen über dieses Thema, weder in der juristischen Literatur noch in der Praxis und Rechtsprechung. Man kann daher sagen, dass die Einführung ein „Verdienst“ der Istanbul-Konvention ist.

Der georgische Gesetzgeber hat die Strafvorschrift in Kapitel 23 des Strafgesetzbuches aufgenommen, das die Straftaten gegen die Freiheiten und Rechte der Menschen regelt und zusammenfasst. Dort finden sich auch die Nötigung (Art. 150 gStGB) und die Bedrohung (Art. 151 gStGB). Die Nachstellung ist eine Art Mischung dieser beiden Tatbestände. Weder der Tatbestand der Nötigung noch derjenige der Drohung konnten in der Vergangenheit die nach modernem Verständnis charakteristischen Handlungen der Nachstellung erfassen und ihnen gerecht werden. Zwar wäre es theoretisch möglich gewesen, die Nötigung nach Art. 150 gStGB im Wege einer extensiven Auslegung auch auf die Nachstellung auszudehnen, doch hätte es erhebliche Schwierigkeiten bereitet, eine über Jahrzehnte gefestigte Rechtsprechung zu ändern und zu einer derartigen exzessiven Auslegung überzugehen. Zudem wäre es problematisch gewesen, bestimmte Sachverhalte unter den Tatbestand der Nötigung zu subsumieren. Die Einführung eines eigenen Tatbestandes war daher eindeutig ein Fortschritt.

Im vorliegenden Beitrag wird kurz auf die Strafvorschrift der Nachstellung in Art. 151¹ gStGB eingegangen, um eine vergleichende Analyse im Rahmen

des deutsch-georgischen Dialogs zu ermöglichen. Darüber hinaus wird die Frage nach der Anwendung aufgeworfen und anhand der Analyse einzelner Gerichtsentscheidungen beantwortet. In diesem Zusammenhang erscheint es wichtig zu untersuchen, wie effektiv Art. 151¹ gStGB in der Praxis funktioniert. Des Weiteren werden die Herausforderungen der Nachstellung im Internet (Cyberstalking) sowie die Möglichkeiten und die Bereitschaft des georgischen Gesetzgebers, diese zu erfassen, erörtert. Abschließend wird aufgezeigt, ob Änderungen in der Gesetzgebung notwendig sind, um die Menschenrechte effektiver zu schützen.

II. Einzelne Tatbestandsmerkmale der Nachstellung nach dem georgischen Strafgesetzbuch – ein kurzer Vergleich mit dem deutschen Straftatbestand

Art. 151¹ gStGB besteht aus zwei Absätzen. Dabei stellt der erste Absatz den Grundtatbestand dar, während der zweite Absatz die strafschärfenden Merkmale (z.B. gemeinschaftliche Begehung, Missbrauch der dienstlichen Stellung) enthält. In dieser Hinsicht scheinen sich die Vorschriften des georgischen und des deutschen Strafgesetzbuches auf den ersten Blick nicht wesentlich zu unterscheiden, jedoch ist § 238 dStGB in der Darstellung und Regelung der verschiedenen Begehungsformen sowie der strafschärfenden Umstände wesentlich detaillierter als die georgische Strafvorschrift. So führt es beispielsweise zu einer Strafschärfung, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahestehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt (§ 238 Abs. 2 S. 2 dStGB). Eine entsprechende Regelung kennt das georgische Strafgesetzbuch nicht. Darüber hinaus erfasst § 238 Abs. 2 S. 3 dStGB die Nachstellung über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten als besonders schweren Fall. Eine Einteilung nach der Dauer der Nachstellung findet sich in Art. 151¹ gStGB nicht.

Neben der Struktur sind auch die konkreten Tatbestandsmerkmale näher zu betrachten. Das georgische Strafrecht versteht unter „Nachstellung“ die systematische Vornahme verschiedener Handlungen (Beobachtung,

unerwünschte Kommunikation über Telefon, elektronische oder andere Mittel usw.) durch den Täter oder einen Dritten unmittelbar gegenüber einer anderen Person, deren Familienangehörigen oder einer ihr nahestehende Person. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Art. 151¹ Abs. 1 gStGB erfasst auch „jedes andere Verhalten“. Der Gesetzgeber hat bewusst keine abschließende Regelung getroffen, da es unmöglich erschien, genau vorherzusehen, wie und in welchen Formen eine schädigende Handlung vorgenommen werden kann.

Jedes Verhalten muss systematisch erfolgen und einen psychischen Leidensdruck verursachen und/oder beim Opfer die begründete Furcht vor möglicher Gewaltanwendung gegen sich selbst oder einen Familienangehörigen oder eine ihm nahestehende Person und/oder vor der Zerstörung von Eigentum hervorrufen. Ziel ist es, das Opfer zu einer erheblichen Änderung seiner Lebensweise zu zwingen oder zumindest das Bedürfnis nach einer solchen Änderung zu wecken.

Interessant ist der Vergleich mit § 238 dStGB, der auf die Wiederholung („wiederholt“) der Tat abstellt. Diese Änderung wurde im Oktober 2021 eingeführt. Zuvor fand der Begriff „beharrlich“ Verwendung. Der deutsche Gesetzgeber ging davon aus, dass dieser Begriff praktische Schwierigkeiten verursacht und beschloss, ihn durch einen Begriff zu ersetzen, der den Schutz des Opfers besser gewährleistet.¹ Zwar umfasste die Missachtung des Willens des Opfers in beharrlicher Form die wiederholte Vornahme, jedoch war dieses Merkmal größtenteils von einer Wertungabhängig und im Sinne einer Missachtung der anderen Person zu verstehen.² Durch die Aufnahme der wiederholten Vornahme wurde die Wiederholung zu einem tatbestandsbildenden Kriterium. Die Beharrlichkeit vereinte hingegen objektive (Wiederholung), subjektive (Missachtung des Willens des Opfers) sowie normative (negative Einstellung gegenüber der Rechtsordnung) Elemente. Durch die Gesetzesänderung wurde der Fokus unmittelbar auf die Tatsache gelegt, dass eine Handlung mehr als

1 BT-Drs. 19/28679, S. 12.

2 Vgl. *Joecks/Jäger*, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 238 Rn. 5.

einmal vorgenommen wird.³

Art. 151¹ gStGB spricht dagegen von einer systematisch vorgenommenen Handlung. Dies ist mehr als eine lediglich zweimalige Vornahme. Der Gesetzgeber hätte problemlos die Wiederholung der Tat als Tatbestandselement festlegen können, jedoch entschied er sich mit dem Begriff „systematisch“ für eine höhere Strafbarkeitsschwelle. Folglich kann nicht angenommen werden, dass nach der aktuellen Fassung des Gesetzes für die Erfüllung des Tatbestands eine zweimalige Begehung ausreichend ist. Zur Verletzung des durch die Vorschrift geschützten Rechtsguts ist vielmehr eine mindestens dreimalige Begehung erforderlich.⁴ Die Praxis der Rechtsprechung zeigt, dass wir es bei Nachstellungen in der Regel mit mehreren, sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Handlungen zu tun haben.⁵

Für den Vergleich mit dem deutschen Straftatbestand ist es darüber hinaus wichtig, sich mit dem Erfolg der Tat als Tatbestandselement zu befassen. Wie erwähnt setzt Art. 151¹ gStGB einen durch systematische Handlungen des Täters verursachten psychischen Leidensdruck des Opfers oder das Herbeiführen von Angst voraus, wodurch beim Opfer das Bedürfnis hervorgerufen wird, seine Lebensweise zu ändern. Dies bedeutet, eine tatsächliche Änderung der Lebensweise wird nicht gefordert. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die deutsche und georgische Strafvorschrift nicht.

Was eine wesentliche Änderung der Lebensweise einer Person darstellt, ist eine Frage des Einzelfalles. In der georgischen Rechtsliteratur herrscht die Meinung vor, dass eine unwesentliche Änderung (z.B. eine Facebook-Sperre) den Tatbestand der Nachstellung nicht erfüllt.⁶ Dagegen werden Verhaltensweisen

3 *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Aufl. 2022, § 238 Rn. 28a.

4 *Kharanauli*, in: Dvalidze/Kharanauli/Tumanishvili/Tsiskarishvili, Straftaten gegen Menschenrechte und Freiheiten, S. 325.

5 Siehe z.B. die Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens Nr. 2k-473ap.-22, vom 23. Juni 2022; die Entscheidung Nr. 2k-955ap.-21, vom 19. April 2021; die Entscheidung Nr. 2k-19ap.-22, vom 01. April 2022.

6 *Kharanauli*, in: Dvalidze/Kharanauli/Tumanishvili/Tsiskarishvili, Straftaten gegen Menschenrechte und Freiheiten, S. 328.

wie das seltenere Verlassen des Hauses, die Änderung der Telefonnummer oder das Löschen eines Social-Media-Accounts als wesentliche Änderung begriffen.⁷ Inwieweit die bloße Änderung der Telefonnummer oder die Löschung eines Social-Media-Accounts ausreicht, um eine Strafbarkeit nach Art. 151¹ gStGB zu begründen, kann unterschiedlich bewertet werden. In jedem Fall ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. So kann es durchaus sein, dass die betroffene Person ohnehin ihre Telefonnummer häufig wechselt oder gar über mehrere Telefonnummern verfügt, was in Georgien nicht unüblich ist. Für diese Person könnte die Aufgabe einer Rufnummer nicht viel bedeuten, sodass eine wesentliche Änderung der Lebensführung nicht ohne Weiteres zu bejahen wäre.

Für den Vergleich erscheint es interessant, dass in § 238 dStGB vor der Änderung im Oktober 2021 nicht von einer „wesentlichen“, sondern von einer „schwerwiegenden“ Änderung der Lebensweise die Rede war. Letzteres erfordert eine besonders einschneidende Änderung.⁸ Demnach hat der deutsche Gesetzgeber die Strafbarkeitsschwelle herabgesetzt.⁹ Hierauf wurde in der Gesetzesbegründung auch ausdrücklich hingewiesen. Dort heißt es nämlich, dass für die Strafbarkeit auch eine weniger einschneidende Änderung wie zum Beispiel die Änderung der Telefonnummer genügen könne.¹⁰

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich die georgische und die deutsche Strafrechtsvorschrift im Hinblick auf den eingetretenen bzw. potenziellen Erfolg trotz des unterschiedlichen Wortlauts kaum unterscheiden. Differenzen sind eher in der praktischen Anwendung zu erwarten, d.h. bei der Auslegung, da die Würdigung der Kriterien vom Einzelfall und dem befassten Gericht abhängig ist.

7 *Todua*, in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl. 2019, S. 366.

8 *Schramm*, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2022, § 18 Rn. 43.

9 *Kretschmer*, JA 2022, 41, 45.

10 BT-Drs. 19/28679, S. 11. Jedoch existieren hinsichtlich der Änderung der Telefonnummer unterschiedliche Meinungen, siehe *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Aufl. 2022, § 238 Rn. 35.

III. Die Rechtsprechung

Nachfolgend werden einige Entscheidungen unterschiedlicher Instanzen zur Nachstellung näher untersucht. Es handelt sich dabei um Entscheidungen georgischer Gerichte. Seit nunmehr sieben Jahren ist Art. 151¹¹ StGB im georgischen Strafgesetzbuch enthalten. Dementsprechend gibt es vielfältige Herangehensweisen in Bezug auf einzelne Tatbestandsmerkmale. Selbstverständlich können hier nicht alle problematischen Fälle dargestellt und erörtert werden, sondern es soll im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Nachstellung lediglich auf einige Fälle eingegangen werden.

Manchmal¹¹ baute die Verteidigung darauf auf, dass ihr Mandant aus Liebe handelte, was von den Gerichten zu Recht nicht als erheblich anerkannt wurde. Die Amtsgerichte hielten das Senden von Nachrichten, das Beobachten sowie die vom Täter getätigten Anrufe für ausreichend, um eine Nachstellung zu bejahen, denn diese verursachte bei den Opfern einen psychischen Leidensdruck. Das Gericht führte in einem Fall aus, dass die Ausübung von Gewalt kein zwingendes Tatbestandsmerkmal darstelle und die Nachstellung auch ohne Gewaltausübung erfolgen könne, womit die Vorschrift zutreffend ausgelegt wurde.

Strittiger ist die Entscheidung eines anderen Amtsgerichts,¹² in der die Handlungen des Täters nicht als Nachstellung eingestuft wurden, weil sie keinen hinreichenden psychischen Leidensdruck bewirkt haben sollten. Dies wurde im Wege eines medizinischen Gesprächs mit dem Opfer und unter Berücksichtigung seines psychologischen Profils festgestellt. Eine solche Herangehensweise bei der Würdigung des Sachverhalts ist nicht stringent und schränkt die Strafbarkeit erheblich ein. Einerseits stellte das Gericht fest, dass der Täter Beleidigungen,

11 Urteil des Amtsgerichts Rustavi Nr. 1/369-18, vom 12. Juni 2018, zitiert aus der Sammlung: Rechtsprechung zu Art. 34 des Übereinkommens von Istanbul (Nachstellung), Ausgabe des Obersten Gerichts Georgiens, 2019, 71.

12 Urteil des Amtsgerichts Zugdidi Nr. 1/286-18, vom 13. Dezember 2018, zitiert aus der Sammlung: Rechtsprechung zu Art. 34 des Übereinkommens von Istanbul (Nachstellung), Ausgabe des Obersten Gerichts Georgiens, 2019, 72.

Erniedrigungen sowie Drohungen vorgenommen hatte, andererseits sprach es ihn frei, weil der durch die Strafvorschrift vorausgesetzte Erfolg nicht eingetreten sein sollte. Damit wird das Wesen der Nachstellung verkannt. Der in Art. 151¹ gStGB geforderte psychische Leidensdruck des Opfers darf nicht eng und isoliert betrachtet werden. Für den Erfolg ist es ausreichend, dass seitens des Täters Handlungen vorliegen, die objektiv geeignet sind, Angst und das Bedürfnis nach einer Änderung der Lebensweise hervorzurufen. Das Herbeiführen von Unannehmlichkeiten für einen anderen Menschen durch ein Verhalten, das Anlass für die Änderung der Lebensweise ist, genügt. Dazu bedarf es keines psychologischen Gutachtens. Der Fokus sollte auf den objektiven Umständen liegen, insbesondere darauf, wie intensiv und systematisch die vom Täter gegen den Willen des Opfers ausgeführten Handlungen waren. Hätte das Gericht ein psychologisches Gutachten angeordnet, weil es an dem entgegenstehenden Willen des Opfers zweifelte, wäre dies nachvollziehbar gewesen. Dies erscheint jedoch in dem konkreten Fall, wo Erniedrigungen, Drohungen und Beleidigungen vorlagen, unvorstellbar. Es erscheint ausgeschlossen, dass das Opfer damit einverstanden war.

Es ist schwer einzuschätzen, ob und inwieweit in der georgischen Rechtsprechung der Rekurs auf das psychologische Profil des Opfers bei der Bewertung als Nachstellung verbreitet ist. Anhand eines einzigen Beispiels können selbstverständlich keine Rückschlüsse auf die gesamte Rechtsprechung gezogen werden. Dazu wäre eine Analyse aller Entscheidungen notwendig. Es soll aber an dieser Stelle angedeutet werden, dass in den Entscheidungen des Obersten Gerichts Georgiens eine solche Tendenz nicht erkennbar ist. Bei der Betrachtung verschiedener Entscheidungen fällt auf, dass der Fokus auf den Handlungen wie der Beobachtung, dem Auflauern, dem Betreten der Wohnung, Telefonanrufen u.a. liegt, gefolgt von der Bemerkung, dies hätte einen psychischen Leidensdruck beim Opfer verursacht.

Exemplarisch ist ein Fall, in dem sich die Verteidigung auf das Fehlen eines psychologischen Gutachtens berief, was die Feststellung des psychischen

Leidensdrucks beim Opfer ausgeschlossen und daher einen Freispruch begründet haben sollte.¹³ Das Oberste Gericht erachtete es jedoch, ausgehend vom Gesamtbild, zutreffend nicht für erforderlich, auf den psychischen Leidensdruck detailliert einzugehen, sondern sah ihn vor dem Hintergrund der begangenen Handlungen objektiv als gegeben an. Das Gericht stellte aufgrund der Abwägung der Beweise (u.a. Aussagen von Geschädigten und Zeugen) fest, dass ohne Weiteres auf eine Änderung der Lebensweise des Opfers, wie das Meiden von Begegnungen und Telefongesprächen (bei eingehenden Anrufen Übergabe an Kollegen), die Angst, unbegleitet nach Hause zu gehen, eine besondere Vorsicht, enorme Anspannung und einen Stresszustand, geschlossen werden konnte. Das heißt, ein psychologisches Gutachten war nicht notwendig.

Die gleiche Tendenz ist auch in Entscheidungen unterer Instanzen zu beobachten, in denen die Gerichte ebenfalls nicht oder jedenfalls nicht in besonderem Maße auf ein psychologisches Gutachten achten und nach Darlegung der vorgenommenen Handlungen einen hinreichenden psychischen Leidensdruck bejahen. Dies heißt allerdings nicht, dass sich in den Akten keine entsprechenden Gutachten befanden. Die Gerichte machten jedoch hierzu in ihren Entscheidungsgründen keine näheren Ausführungen.¹⁴

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein psychologisches Gutachten nur ein mögliches Beweismittel ist. Die Gerichte sollten ihm keine zentrale Bedeutung zumessen, also nicht allein auf dieser Grundlage entscheiden. Auch wenn ein den psychischen Leidensdruck bestätigendes Gutachten fehlt, kann der Tatbestand der Nachstellung vorliegen. Entscheidend ist, dass der Täter Handlungen vorgenommen hat, die bei jedem Menschen erhebliche Belästigungen, psychische Belastungen und Störungen des Seelenfriedens hervorrufen würden.

13 Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens Nr. 2k-765ap.-21, vom 12. März 2021.

14 Siehe z.B. Entscheidung des Amtsgerichts Tbilisi Nr. 1/322-20, vom 13. Februar 2020, in der nicht auf ein derartiges Gutachten hingewiesen ist. Im Urteil des Amtsgerichts Zestaponi Nr. 1/14-2020, vom 16. März 2020, wird in der Aufzählung der Beweise ein gerichtliches psychiatrisch-psychologisches Gutachten erwähnt.

IV. Nachstellung im Netz (Cyberstalking) als Herausforderung

Bei der im Oktober 2021 vorgenommenen Änderung der Strafvorschrift des § 238 dStGB nahm die Nachstellung im Internet (Cyberstalking) eine zentrale Rolle ein. In § 238 Abs. 1 Nr. 5 dStGB wurde die rechtswidrige Erlangung von personenbezogenen Daten als eine Form der Nachstellung gesondert geregelt. Darunter fallen Fälle, in denen der Täter sich mit Hacking-Methoden den Zugang zu sozialen Medien, Smartphones oder Computern des Opfers sowie zu mit Passwörtern und Sperrcodes geschützten Informationen verschafft.¹⁵ Zwar wurde ein derartiges Verhalten bereits von anderen Strafvorschriften erfasst (§§ 202a-202c dStGB), aber nicht im Rahmen des Straftatbestands der Nachstellung. Der Gesetzgeber erachtete es für notwendig, das Verhalten als eine Erscheinungsform des Tatbestands der Nachstellung auszugestalten. Daher wurde die spezielle Regelung des § 238 Abs. 1 Nr. 5 dStGB eingeführt, die entsprechende Fälle erfasst, wie zum Beispiel anlässlich einer Nachstellung die unbefugte Erlangung intimer Bilder von dem Telefon oder Computer des Opfers.¹⁶

Im Zuge der fortschreitenden technologischen Entwicklung werden Straftaten heutzutage nicht nur „offline“, sondern auch im virtuellen Raum „online“ begangen. Mit dieser Entwicklung soll die Gesetzgebung Schritt halten und ihr gerecht werden.¹⁷ So legte die Europäische Kommission im Frühjahr 2022 den Entwurf einer Richtlinie über die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt¹⁸ vor, die u.a. die Pflicht enthält, die Nachstellung im Netz (Cyberstalking) als Straftat auszugestalten. Ein Ziel der Richtlinie besteht darin, den Missbrauch moderner Technologien zur Einschüchterung und zur Beobachtung anderer Menschen zu bekämpfen.¹⁹

15 *Schramm*, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2022, § 18 Rn. 38; *Valerius*, in: BeckOK StGB, 55. Edition (Stand 1.11.2022), § 238 Rn. 9.

16 BT-Drs. 19/28679, S. 12.

17 *Kretschmer*, JA 2022, 41, 43.

18 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, COM (2022) 105 final.

19 *Hoven*, ZRP 2022, 118, 119.

Das georgische Strafgesetzbuch enthält in Bezug auf die Nachstellung im Internet keinen speziellen Tatbestand. Zwar erfasst der Wortlaut des Art. 151¹ Abs. 1 gStGB auch die Aufnahme einer unerwünschten Kommunikation per Telefon, auf elektronischem oder anderem Wege, aber dies betrifft mehr den Kommunikationsprozess zwischen Täter und Opfer und weniger die Erlangung von Materialien und Informationen, die zur Privatsphäre des Opfers gehören. Der Wortlaut erlaubt jedoch eine weite Auslegung. In Abs. 1 ist „von jedem anderen Verhalten“ die Rede. Hierunter kann auch das Cyberstalking fallen. Zuzugeben ist aber, dass es hierzu einer gefestigten Rechtsprechung bedarf. Erst dann könnte die Strafvorschrift die Nachstellung im Internet effektiv erfassen. Um mögliche Zweifel und Unklarheiten zu vermeiden, wäre es daher sinnvoll, die verschiedenen Formen der Tatbegehung genauer zu erfassen, um das Wesen der Nachstellung bestmöglich abzubilden.

Einer weiten Auslegung bedarf der Tatbestand ferner bei Fällen, in denen im virtuellen Raum Bildmaterial gegen den Willen des Opfers und unter Angabe von Kontaktinformationen öffentlich verbreitet wird. Dadurch wird es Dritten ermöglicht, Kontakt mit dem Opfer aufzunehmen, da sie in der Regel davon ausgehen werden, dies sei von der betreffenden Person gewollt. Damit übt der Täter gegenüber dem Opfer mittelbar psychischen Terror aus (wenn er z.B. bei intimen Bildern die Information anfügt, dass das Opfer ein Sexarbeiter/eine Sexarbeiterin ist). Um ein derartiges Verhalten strafrechtlich zu sanktionieren, muss die Formulierung „jedes andere Verhalten“ entsprechend ausgelegt werden, was im Hinblick auf die Bestimmtheit und die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht als der beste Weg erscheint. Wesentlich besser wäre es, eine entsprechende Gesetzesänderung durchzuführen.

V. Fazit

Die vorgenommene Analyse zeigt auf, dass das georgische Modell der Nachstellung von seinem Wesen her mit den Anforderungen der Istanbul-Konvention in Einklang steht und Art. 151¹ gStGB keine Besonderheiten aufweist,

die auf strafrechtliche (Regelungs-)Defizite hinweisen würden. Dennoch wäre es zur Vermeidung einzelner, widersprüchlicher Interpretationen in der Praxis zu empfehlen, die aktuelle Fassung des Gesetzes zu überarbeiten und zumindest den Tatbestand der Nachstellung im Internet eindeutig zu regeln, um auch im Online-Bereich für einen effektiveren Schutz zu sorgen.

Ferner ist darüber nachzudenken, ob und inwieweit die Feststellung eines psychischen Leidensdrucks des Opfers erforderlich ist. Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zeigt, dass sich die Gerichte damit intensiv befassen, was zu falschen Entscheidungen geführt hat bzw. führen kann. Ausgehend davon sollte darüber nachgedacht werden, ob zur Vermeidung möglicher Missverständnisse die Regelung dahingehend überarbeitet und ihr Wortlaut so gefasst werden kann, dass sie stärker auf den potenziellen und nicht unbedingt auf den bereits eingetretenen Erfolg abhebt. Dies würde bedeuten, dass anstatt der Formulierung „psychischen Leidensdruck verursacht“ die Formulierung „psychischen Leidensdruck hätte verursachen können“ in das Gesetz aufgenommen wird.



გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას ქ. №75

ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

E-mail: Lawyers.world@yahoo.com;

<http://www.facebook.com/lawyers.world>

