

Rechtsanwälte

Prof. Dr. Jürgen Wessing  
Dr. med. Helga Wessing  
Prof. Dr. Heiko Ahlbrecht  
Dr. Matthias Dann, LL.M.  
Dipl. Finanzwirt Rainer Biesgen  
Dr. Eren Basar  
Dr. Rainer Birke  
Dr. Maximilian Janssen  
Dr. Silke Baumanns  
Dr. Katharina Anna Schomm  
Andreas Pfister  
John Paul Fürus, StB  
Jonathan Rüschenndorf  
Dr. Tobias Thielmann

Of Counsel

Prof. Dr. Helmut Frister

18. Mai 2021

**Geschäftszeichen:** PA 6 –  
5410-2.2

## Stellungnahme

### zum

- **Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindesliste**

***Drucksache 19/28678***

- **Gesetzesentwurf der Abgeordneten Dr. Jürgen Martens et al.**

***Drucksache 19/28777***

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Hirte,

mit Schreiben vom 04.05.2021 haben Sie mir die Gelegenheit eingeräumt, als Sachverständiger zu dem im Betreff genannten Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Drucksache 19/28678) sowie zum Entwurf der Abgeordneten Dr. Martens et al. Stellung zu nehmen (Drucksache 19/28777). Hierfür darf ich mich recht herzlich bedanken und komme Ihrer Aufforderung gerne nach. Die Stellungnahme bezieht sich auf die o.g. Entwürfe. Auf Grund der kurzfristigen Bekanntgabe konnten die weiteren Entwürfe/Anträge (Drucksache 19/28678) für die schriftliche Stellungnahme nicht mehr berücksichtigt werden.

Wessing & Partner  
Rechtsanwälte mbB  
Rathausufer 16–17  
40213 Düsseldorf  
Tel. +49 211/16844-0  
Fax +49 211/16844-444  
info@strafrecht.de  
[strafrecht.de](http://strafrecht.de)

Register AG Essen PR 2431  
USt.-IdNr. DE250368343

Deutsche Bank AG Düsseldorf  
BLZ 300 700 10  
Kto 104 81 80  
IBAN DE63300700100104818000  
BIC DEUTDE33  
Stadtsparkasse Düsseldorf  
BLZ 300 501 10  
Kto 100 453 3632  
IBAN DE29300501101004533632  
BIC DUSSDE33

### Inhalt

I.	Vorbemerkung .....	2
II.	Zum § 126a StGB-E (BT-Drs. 19 28678).....	3
1.	Fehlendes Rechtsgut .....	3

2.	Fehlender Beleg für die Vorverlagerung .....	5
3.	Fehlende Bestimmtheit .....	7
4.	Bisheriges strafrechtliches Schutzregime .....	8
a.	§ 241 StGB .....	8
b.	§ 42 Abs. 2 BDSG .....	11
III.	Entwurf der Abgeordneten Dr. Jürgen Martens et al. (BT-Drs. 19/28777)..	13
1.	Einführung eines neuen § 201b-StGB-E .....	13
2.	Stellungnahme .....	13
IV.	Zusammenfassung.....	15

## I. Vorbemerkung

Die Bundesregierung hat am 19.04.2021 einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindeslisten veröffentlicht. Nach dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf (Drucksache 19/28678) soll ein neuer Straftatbestand in § 126a StGB-E eingeführt werden: „Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten“. Der Straftatbestand des § 126a StGB-E soll sog. „Feindeslisten“ unter Strafe stellen. „Feindeslisten“ sollen nach Definition der Bundesregierung Sammlungen von Daten, vor allem Adressdaten, aber auch Informationen über persönliche Umstände oder Fotos, von Personen zu verstehen sein, die – vorwiegend im Internet – verbreitet und zum Teil mit ausdrücklichen oder *subtilen Drohungen* oder *Hinweisen* verbunden werden, wie beispielsweise, die Person könne „ja mal Besuch bekommen“ oder „gegen so jemanden müsse man mal etwas unternehmen“.<sup>1</sup> Gegen den Entwurf bestehen aus mehreren Gründen Bedenken:

- Dem Straftatbestand fehlt es an einem die Strafbarkeit direkt legitimierenden Rechtsgut.
- Für eine (ausnahmsweise) Rechtfertigung der Vorverlagerung sind die im rechtstaatlichen Strafrecht dafür notwendigen Voraussetzungen nicht eingehalten.
- Dies betrifft insbesondere das Merkmal der Bestimmtheit.
- Die „fehlende“ Strafbarkeit der sogenannten „Feindeslisten“ besteht nicht bzw. nicht in dem von den Entwurfsverfassern reklamierten Umfang.

---

<sup>1</sup> Drs. 19/28678, 1.

Am 20.4.2021 haben die Abgeordneten Dr. Jürgen Martens et al. einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches eingebracht. Darin soll der § 42 des Bundesdatenschutzgesetzes in das Strafgesetzbuch überführt werden (Drucksache 19/28777). Der Gesetzesentwurf wird befürwortet. Die Reform würde den strafrechtlichen Schutz im Kontext der „Feindeslisten“ erhöhen und zugleich den datenschutzwidrigen Umgang mit personenbezogenen Daten in den dort genannten Fällen einen höheren Stellenwert zukommen lassen.

## II. Zum § 126a StGB-E (BT-Drs. 19 28678)

Der Entwurf sieht mit § 126a StGB-E die Einführung eines neuen Straftatbestandes vor, der wie auch § 126 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten) den öffentlichen Frieden schützen soll. § 126a StGB-E soll in den Abschnitt über die Straftaten gegen die öffentliche Ordnung eingefügt werden:

*„§ 126a Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten*

*(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) personenbezogene Daten einer anderen Person in einer Art und Weise verbreitet, die geeignet ist, diese Person oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr*

*1. eines gegen sie gerichteten Verbrechens oder*

*2. einer gegen sie gerichteten sonstigen rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert auszusetzen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Handelt es sich um nicht allgemein zugängliche Daten, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.*

*(3) § 86 Absatz 3 gilt entsprechend.“*

### 1. Fehlendes Rechtsgut

Es ist in der Strafrechtswissenschaft anerkannt, dass nicht jedwedes unerwünschte Verhalten Gegenstand einer Strafnorm sein kann (vergleiche zum Ganzen einleitend Roxin, Strafrecht allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2; Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Einleitung). Unklar ist jedoch, welche Kriterien herangezogen werden können, um strafwürdiges Verhalten von (nur) missbilligten Verhalten abzugrenzen. Ungeachtet des hierzu vorhandenen Theorienstreits

gilt, dass das auf das Fundament der Freiheit verfasste Strafrecht seiner Natur nach fragmentarisch sein muss. Die Straflosigkeit von bestimmten Verhaltensweisen ist für sich genommen systemimmanent und kann für sich genommen keine Strafbarkeitsvorschriften begründen.

Der Gesetzentwurf rekurriert zur Begründung der Einführung des §§ 126a StGB – E darauf, dass der öffentliche Friede als anerkanntes Schutzgut der Rechtsordnung<sup>2</sup> die Einführung der Strafbarkeit der sogenannten Feindeslisten erfordere. Dabei übergeht die Bundesregierung, dass der „öffentliche Friede“ als zur Strafbarkeit begründendes Rechtsgut umstritten ist. Das liegt daran, dass dieses Rechtsgut als Universalrechtsgut zu vage formuliert ist oder mit anderen Worten die notwendige „Handgreiflichkeit“ vermissen lässt. Dies lässt sich unschwer aus der Definition selbst ablesen: Der öffentliche Friede wird definiert als Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenlebens der Bürger sowie des durch das Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer dieses Zustands begründeten Sicherheitsgefühls.<sup>3</sup>

Kritisiert wird daran weiter, dass eine Verletzung des öffentlichen Friedens gar nicht möglich ist, ohne dass bereits ein anderes und anerkanntes Rechtsgut verletzt oder gefährdet wird.<sup>4</sup> Daher geht die überwiegende Meinung der neueren Forschung davon aus, dass dieses Rechtsgut genauso wie das Rechtsgut der „öffentlichen Sicherheit“ nicht als strafrechtliches Schutzgut taugt, sondern nur ein einzelnes Zielelement des Staates beschreibt, das als Endprodukt einen wirksamen Rechtsgüterschutz erreicht.<sup>5</sup> Teilweise wird der „öffentliche Friede“ deswegen auch als „Leerformel“ bezeichnet“. <sup>6</sup> Die Kritik hieran ist bei dem vorliegenden Gesetzentwurf auch deswegen begründet, weil der Entwurf selbst darauf rekurriert, dass der Unrechtsgehalt der im Straftatbestand beschriebenen Verhaltensweise gerade darin liege, dass „das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung“ gestört

---

<sup>2</sup> Drs. 19/28678, 6.

<sup>3</sup> Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 126 Rn. 3.

<sup>4</sup> Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 94.

<sup>5</sup> Gierhake, ZIS 2008, S. 395, 404; Fischer, NSTZ 1988, 159, 162.

<sup>6</sup> Fischer, NSTZ 1988, 159 (163) mwN.

werde.<sup>7</sup> Das (sehr vage und kaum zu messende) Sicherheitsgefühl kann die Strafbarkeit einzelner Verhaltensweise jedenfalls für sich genommen nicht legitimieren.

## 2. *Fehlender Beleg für die Vorverlagerung*

Die Verneinung des öffentlichen Friedens als die die Strafbarkeit legitimierendes Schutzgut bedeutet nicht, dass die Strafnorm schon allein aus diesem Grund abzulehnen wäre. Richtigerweise wird man das Schutzgut des § 126a StGB in den in § 126a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB geschützten Rechtsgütern sehen können. § 126a StGB stellt im Ergebnis zu den in § 126a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB erfassten Delikten eine *Vorverlagerung* dar.<sup>8</sup>

Diese ist im rechtsstaatlichen Strafrecht nicht per se unzulässig. Im Gegenteil: Die Strafrechtswissenschaften haben bei der Aufarbeitung der Vorverlagerung im Terrorismusstrafrecht überwiegend vertreten, dass die durch die Vorverlagerung bezweckte präventive Ausrichtung des Strafrechts trotz der Überschneidungen zum Polizeirecht nicht von vornherein als rechtsstaatswidrig zu betrachten ist.<sup>9</sup> Herausgearbeitet wurde allerdings in diesem Zusammenhang, dass die Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes immer nur als Ausnahme in Betracht kommt und auch dann die strafrechtlichen Grundprinzipien geachtet werden müssen. Nur so werde gewährleistet, dass im Strafrecht nicht einfach polizeirechtliche Eingriffstatbestände eingefügt werden.<sup>10</sup> Das Strafrecht muss auch im Bereich der Vorfelddelikte eine ethische Missbilligung der Verhaltensweise konstituieren.<sup>11</sup> Für die Zulässigkeit der Vorverlagerung bei der Bekämpfung des Terrorismus wurden folgende Voraussetzungen herausgearbeitet:<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Drs. 19/28678, 10.

<sup>8</sup> So auch Stellungnahme Amadeu Antonio Stiftung vom 22.02.2021, 2, wo von einer „Strafrechtsregelung mit präventivem Charakter“ gesprochen wird; sowie Stellungnahme Diakonie vom 17.02.2021, 1, die von einer „Vorfeldstraftat“ spricht, wenngleich dort der Straftatbestand befürwortet wird.

<sup>9</sup> Zöller, Terrorismusstrafrecht, S. 585.

<sup>10</sup> Sieber, NStZ 2009, S. 353 (357).

<sup>11</sup> Sieber, NStZ 2009, S. 353 (358)

<sup>12</sup> Zum Ganzen vor allem: Sieber, NStZ 2009, S. 358 ff.

- Die Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes darf nicht so weit gehen, dass zwischen dem Verhalten des Täters und der Gefährdung des Rechtsguts kein *unmittelbarer* Zusammenhang mehr besteht.
- Das erfasste Verhalten muss immer (noch) ein missbilligtes, unerlaubtes und dem Täter zurechenbares Risiko für das geschützte Rechtsgut begründen. Zudem bedarf es zusätzlichen Argumenten, warum das Täterverhalten trotz fehlender Verletzung des Rechtsguts zu missbilligen und zu bestrafen ist.<sup>13</sup> Mit andere Worten: die Vorbereitungshandlung muss selbst eine Rechtsgutgefährdung beinhalten.<sup>14</sup>
- Außerdem ist die Substanz des liberal-rechtsstaatliche Gefüges des Strafrechts auch ansonsten zu respektieren: Das gilt vor allem für das Bestimmtheitsgebot.<sup>15</sup>
- Zudem können Straftatbestände nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass der Täter (nur) als gefährlich erscheint.<sup>16</sup>

Im Ergebnis sind Straftatbestände, die sich überschneidend im Bereich der Gefahrenabwehr bewegen, rechtsstaatlich nur dann vertretbar, wenn erstens bereits im zu kriminalisierenden Vorbereitungsstadium ein hohes Gefährdungspotential für bedeutende Rechtsgüter besteht und zweitens, wenn die unter Strafe gestellten Verhaltensweisen hinreichend genau beschrieben werden.<sup>17</sup>

An diesen Voraussetzungen fehlt es bei dem vorliegenden Gesetzesentwurf ganz erheblich. Die Kombination zwischen der Vorfeldverlagerung und der Eignungsklausel überstrapazieren das rechtsstaatliche Gefüge des Strafrechts. Grund hierfür ist, dass die Verbreitung der personenbezogenen Daten auch dann den Strafbarkeitsandrohung erfüllen, wenn eine Gefahr für die Rechtsgüter nicht

---

<sup>13</sup> Sieber, NSTZ 2009, S. 353 (358).

<sup>14</sup> Weißer, ZStW 121 (2009), S. 131 (161).

<sup>15</sup> Zöllner, Terrorismusstrafrecht, S. 585.

<sup>16</sup> Sieber, NSTZ 2009, S. 353 (357).

<sup>17</sup> Zöllner, Terrorismusstrafrecht, S. 585.

eingetreten ist. Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 126a StGB-E soll weder sein, dass ein Schaden an einem Individualrechtsgut eintritt, noch dass es zu einer konkreten Gefahr für ein solches Rechtsgut kommt.<sup>18</sup> Stattdessen genügt, dass die Verbreitung geeignet ist, die Person oder eine ihre nahestehender Person einer Gefahr auszusetzen. Eignungsdelikte sind zwar grundsätzlich anerkannt.<sup>19</sup> Doch schon bei § 126 StGB ist der Deliktscharakter im Übrigen – wie auch bei anderen, ähnlich strukturierten Straftatbeständen – umstritten.<sup>20</sup> Denn die Verursachung eines unerlaubten Risikos für ein Rechtsgut reicht zur Begründung von strafrechtlichen Unrecht nach allgemeiner Ansicht nicht aus.<sup>21</sup> Genau hier wird die Legitimationskette für den neuen Straftatbestand brüchig: Bei Eignungsdelikten ist die allgemeine Gefährlichkeit der Tathandlung und die Wahrscheinlichkeit einer Schadensverursachung relevant.<sup>22</sup> Der Strafgrund soll bei solchen Delikten darin liegen, dass der Täter eine Gefahrensituation geschaffen und es dem Zufall überlassen hat, ob es zu einer Verletzung des gefährdeten Tatobjekts oder Rechtsguts kommt.<sup>23</sup> Bei Feindeslisten würde allein der Zufall dafür nicht genügen. Es muss vielmehr zwingend eine weitere Person hinzutreten, damit es überhaupt zu einer Gefahr für ein Individualrechtsgut kommen kann. Zu einer Gefahr für ein Individualrechtsgut kommt es nicht durch die Verbreitung der Listen als solcher, auch nicht in tausendfacher Wiederholung. Der Entwurf umgeht dieses Legitimationsproblem, indem er Schutzgut den öffentlichen Frieden anführt, dessen Gefährdung ohne das Hinzutreten Dritter möglich würde. Diese Begründung allein kann das Legitimationsdefizit nicht kompensieren.

### 3. Fehlende Bestimmtheit

Weiterhin wirft die Eignungsklausel im Rahmen von § 126a StGB-E Zweifel an seiner Bestimmtheit auf. Es ist nicht ersichtlich, wann die erforderliche Eignung

---

<sup>18</sup> So auch *Golla*, Friede den Telegram-Kanälen, 10.02.2021 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/friede-den-telegram-kanalen/>, zuletzt geprüft am 17.05.2021)

<sup>19</sup> Vgl. *Sieber*, NSTZ 2009, 353 (358ff.).

<sup>20</sup> Siehe nur *MK/Schäfer*, 3. Aufl. 2017, § 126 Rn. 4ff. mwN; *Rackow/BeckOK-StGB*, 49. Ed. Stand 01.02.2021, § 126 Rn. 3f. mwN.

<sup>21</sup> *Sieber*, NSTZ 2009, 353 (358).

<sup>22</sup> *Sieber*, NSTZ 2009, 353 (358).

<sup>23</sup> *Sieber*, NSTZ 2009, 353 (358).

vorhanden ist.<sup>24</sup> Auch die Gesetzesbegründung liefert hierzu keine klaren Kriterien. Hingewiesen wird nur darauf, dass bei der Verbreitung im Internet eine Eignung „insbesondere“ dann vorliege, wenn es sich um eine extremistische Ausrichtung der Internetseite handle oder eine Zuordnung zu einer Gruppierung aus dem extremistischen Spektrum möglich wäre. Dabei wird auch die Kombination mit der Anonymität der Verfasser oder subtilen Andeutungen sowie Bezug zu Straftaten als Merkmale benannt. Im Ganzen sind die dort niedergelegten Auslegungsmerkmale zu vage und lassen Raum für nahezu alle möglichen Konstellationen. Im Prinzip kann sich die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten in nahezu jedem Kontext zu der beschriebenen Gefahr eignen. Generell besteht immer die Gefahr, dass Daten genutzt werden, um eine Straftat zu begehen. Damit wird der Straftatbestand nahezu uferlos. Jedenfalls lässt sich so eine Eingrenzung des die Rechtsgüter gefährdendes Verhalten vor dem Hintergrund der oben genannten Kriterien nicht gewährleisten.

#### 4. Bisheriges strafrechtliches Schutzregime

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen muss darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzesentwurf davon ausgeht, dass die bestehenden Strafvorschriften die mit den Feindeslisten erfassten Phänomene nicht oder nur teilweise erfassen würden. Hier ist Widerspruch angezeigt, weil eine Vielzahl von (strafwürdigen) Konstellationen durch andere Vorschriften strafbar ist:

##### *a. § 241 StGB*

Dies gilt zunächst für den (neuen) Straftatbestand des § 241 StGB. Dieser stellt die Bedrohung unter Strafe. Neuerdings (BT-Drs. 19/20163) wird nicht nur die Drohung mit einem Verbrechen, sondern auch die Drohung mit einer rechtswidrigen Tat gegen die in § 126a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E enthaltenen Rechtsgüter unter Strafe gestellt. Die neue Vorschrift lautet:

##### *§ 241 Bedrohung*

---

<sup>24</sup> So *Golla*, Friede den Telegram-Kanälen, 10.02.2021 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/friede-den-telegram-kanalen/>, zuletzt geprüft am 17.05.2021).

*(1) Wer einen Menschen mit der Begehung einer gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert bedroht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Wer einen Menschen mit der Begehung eines gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten Verbrechens bedroht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(3) Ebenso wird bestraft, wer wider besseres Wissen einem Menschen vortäuscht, daß die Verwirklichung eines gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten Verbrechens bevorstehe.*

*(4) Wird die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Absatz 3) begangen, ist in den Fällen des Absatzes 1 auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder auf Geldstrafe und in den Fällen der Absätze 2 und 3 auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder auf Geldstrafe zu erkennen.*

*(5) Die für die angedrohte Tat geltenden Vorschriften über den Strafantrag sind entsprechend anzuwenden.*

Die Bedrohung nach § 241 Abs. 1 und Abs. 2 StGB schützt demnach dieselben Rechtsgüter wie § 126 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB. Der Gesetzgeber hat hier damit erst vor kurzem den Anwendungsbereich auch auf nicht gravierende Bedrohungen ausgeweitet.<sup>25</sup> Richtigerweise sind die Tatbestände natürlich nicht deckungsgleich. § 241 StGB schützt den individuellen Rechtsfrieden und erfordert in jedem Fall eine Drohung, die objektiv den Eindruck der Ernstlichkeit erweckt. Anders als im vorliegenden Entwurf ist dies ein objektives Kriterium, da die Strafbarkeit nach § 241 StGB dann verneint wird, wenn der Bedrohte sich von einer (unernsten) Bedrohung hat beeindrucken lassen.<sup>26</sup>

Übersehen wird nicht, dass allgemeine Ankündigungen, so wie sie eine Feindesliste implizit enthält oder in entsprechenden Formulierungen enthalten sind („Man könnte ihr/ihm mal ein Besuch abstatten“) für eine Bedrohung nach § 241

---

<sup>25</sup> MK/Sinn, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 3.

<sup>26</sup> MK/Sinn, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 3.

StGB grundsätzlich nicht ausreichend sind. Gleichwohl hat der BGH sich bereits mehrfach mit den Anforderungen an die Drohung befasst. Dabei hat er zwar bestätigt, dass allgemein gehaltene Drohungen den Tatbestand der Bedrohung nicht erfüllen. Er hat dies allerdings auch eine Erweiterung gezogen:

*Zum Tatbestand der Bedrohung gehört die Ankündigung eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens, in dem der Tatbestand eines Verbrechens gefunden werden kann. Eine allgemein gehaltene Drohung mit Worten, die für sich genommen noch nicht die tatsächlichen Merkmale eines Verbrechens umschreiben (hier: ... Sonst wird Dir was passieren), kann den Tatbestand nur erfüllen, wenn sie im Zusammenhang mit anderen Umständen den Schluss auf die Ankündigung eines solchen Verhaltens ermöglicht*

*BGH, Beschluss vom 5. September 2002 – 4 StR 25302 – juris*

Dieser Beschluss kann durchaus als ständige Rechtsprechung des BGH bezeichnet werden. Bereits 1962 hat der erste Strafsenat des BGH hierzu folgendes festgehalten:

*Eine allgemein gehaltene Drohung mit Worten, die wie hier für sich genommen noch nicht die tatsächlichen Merkmale eines Verbrechens oder Vergehens umschreiben, kann den Tatbestand **nur erfüllen**, wenn sie **im Zusammenhang mit anderen Umständen**, etwa einer die äußerungsbegleitenden Geste oder den beteiligten geläufigen Vorgängen, auf welche die Äußerung anspielt, den **Schluss auf die Ankündigung eines hinreichend bestimmten tatsächlichen Verhaltens ermöglicht**, das als Verbrechen oder Vergehen zu beurteilen wäre*

*BGHSt 17, 307 (Hervorhebung durch Unterzeichner)*

Die Entscheidung enthält insofern den Hinweis darauf, dass eine konkludente Drohung auch in ergänzenden kommunikativen Signalen angenommen werden kann. Vor dem Hintergrund der aktuellen Reform und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist daher nicht ausgeschlossen, dass eine (ausdrückliche oder konkludente) Bedrohung immer dann anzunehmen sein wird, wenn in Ergänzung zur Feindesliste weitere Kommunikationssignale vorliegen. Die in der Gesetzesbegründung für die Eignung vorgesehenen Auslegungsmerkmale können in diesem Kontext in den meisten Fällen herangezogen werden, um eine (konkludente) Drohung zu bejahen. Berücksichtigt werden darf dabei, dass für die

Einleitung von Ermittlungen vor allem (erst mal nur) ein Anfangsverdacht vorliegen muss, der noch keinen Vollbeweis voraussetzt. Für die Bejahung der Bedrohung wird man zudem den (objektiven) Eindruck der Ernstlichkeit bewerten müssen. Dies ist als objektives Kriterium eine brauchbarere Abgrenzung als die (vage) Eignungsklausel in § 126a StGB. Straflos bleibt danach nur die (reine) Verbreitung der Feindesliste ohne weitere Hintergründe. Eine Strafbarkeit in solchen Fällen dürfte aber auch mit dem bestehenden Entwurf eher fraglich sein.

*b. § 42 Abs. 2 BDSG*

Des Weiteren ist bei der Verbreitung personenbezogener Daten immer auch an eine Strafbarkeit nach § 42 BDSG zu denken. Dieser verweist hinsichtlich der Berechtigung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf das materielle Datenschutzrecht. Für Private ist dies vor allem die DSGVO. Nach der Konzeption des § 42 BDSG ist jede unberechtigte Verarbeitung (genauer: Jede Verarbeitung, für die keine Erlaubnisnorm vorgesehen ist) von personenbezogenen Daten geeignet, eine Strafbarkeit nach sich zu ziehen, wenn die besonderen subjektiven Absichten nach § 42 Abs. 2 BDSG ergänzend vorliegen. Dabei ist in der Praxis vor allem das Merkmal der Schädigungsabsicht relevant. Für diese genügt bereits, dass der Täter den Betroffenen bloßstellen oder einschüchtern will. Insofern dürfte dieser Tatbestand in vielen Konstellationen in Betracht kommen.

Zwei Einschränkungen müssen hinzugefügt werden. § 42 Abs. 2 BDSG erfasst nicht – so wie der Gesetzesentwurf selbst auch erkennt – allgemein zugängliche Daten.<sup>27</sup> Allgemein zugänglich sind Daten, die einer nicht beschränkten Zahl von Personen bekannt sind oder wenn sie jeder vernünftigen Person ohne besondere Voraussetzungen oder Anstrengungen zugänglich sind.<sup>28</sup> Allgemein zugänglich sind damit personenbezogene Daten, die sich Zeitungen, Zeitschriften, Rundfunk- und Fernsehsendungen, allgemein abrufbaren und in gängigen Suchmaschinen indizierten Webseiten im Internet oder auch im Darknet abrufbar sind.<sup>29</sup> Werden auf Feindeslisten also Daten veröffentlicht, die allgemein zugänglich sind, ist dies nach § 42 Abs. 2 BDSG nicht strafbar. Dies taugt allerdings als Rechtfertigung für die

---

<sup>27</sup> BT-Drs. 19/28678, 6.

<sup>28</sup> *Ehmann/Gola/Heckmann*, Bundesdatenschutzgesetz, 13. Aufl. 2019, § 42 Rn. 9 mwN.

<sup>29</sup> *Brodowski/Nowak/BeckOK* DatenschutzR, 35. Ed. Stand 01.02.2021, § 42 Rn. 26.

Einführung des § 126a StGB nicht. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass eine Vielzahl von (interessanten) Daten nicht allgemein zugänglich sind. Das betrifft<sup>30</sup>

- Daten aus sozialen Netzwerken, soweit die Inhalte nicht auch ohne Anmeldung etwa auf einer öffentlichen Profilseite präsentiert werden;
- nur unter nicht allgemein bekannten komplexen URLs abrufbare Inhalte;
- Daten aus sämtlichen Registern, die nur unter Geltendmachung eines berechtigten Interesses eingesehen werden können, etwa die Halterauskunft nach § 39 Abs. 1 StVG oder das Grundbuch, oder bei denen eine Einsichtnahme grundsätzlich ausgeschlossen ist, etwa Bundes-, Verkehrs- oder Gewerbezentralregister;
- Daten aus dem Schuldnerverzeichnis nach § 882b ZPO wegen der Darlegungspflicht in § 882f ZPO;
- Daten aus Bonitätsauskünften etwa der Schufa, da hierfür ein berechtigtes Interesse bestehen muss;
- Daten aus internen Rundschreiben oder Mitgliederlisten von Vereinen;
- das Bildnis einer Person in der Öffentlichkeit, weil nur die unmittelbare Umgebung diese Person wahrnehmen kann;
- GPS-Bewegungsdaten eines Fahrzeugs, weil bereits das Anbringen des GPS-Empfängers als Besitz- oder Eigentumsstörung rechtlich unzulässig ist und zudem in diesem Fall überhaupt erst Informationen generiert werden;
- allgemein alle personenbezogenen Daten, die sich nur strafrechts- oder ordnungswidrig beschaffen lassen oder gegen deren Verarbeitung zivilrechtliche Abwehransprüche bestehen.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Veröffentlichung oder Verbreitung allgemein bekannter personenbezogener Daten ohne den Kontext eines wie auch immer gearteten Bedrohungsszenario für sich genommen eine Rechtsgutgefährdung darstellen kann. Dies dürfte im Ergebnis zu vernachlässigen sein. Für § 42 BDSG ist noch anzumerken, dass dieser in der Praxis noch immer ein (unberechtigtes) Schattendasein führt. Dies liegt mitunter daran, dass die Ermittlungsbehörden von der Stellung eines Strafantrags der betroffenen Person, der

---

<sup>30</sup> Zum Ganzen *Bergt/Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 10 mwN.

verantwortlichen Stelle oder der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden abhängig sind. Bei den Betroffenen ist zu berücksichtigen, dass diese erst dann einen Strafantrag stellen können, wenn sie Kenntnis von Tat und Tätern haben.

### **III. Entwurf der Abgeordneten Dr. Jürgen Martens et al. (BT-Drs. 19/28777)**

Der Entwurf nimmt Bezug auf das Vorhaben der Bundesregierung, lehnt es ab und macht hierzu einen alternativen Vorschlag. Der (bereits zitierte) § 42 BDSG soll mit einigen Modifikationen in Form des § 201b StGB-E in das Kernstrafrecht überführt werden.

#### *1. Einführung eines neuen § 201b-StGB-E*

Primäres Schutzgut bei Veröffentlichung persönlicher Daten ist aus Sicht der Entwurfsverfasser nicht der öffentliche Friede, sondern das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen.<sup>31</sup> Diesem Umstand soll § 201b StGB-E gerecht werden. Wie bisher § 42 BDSG soll § 201b StGB-E die Veröffentlichung von nicht allgemein zugänglichen Daten unter Strafe stellen. Indem § 42 BDSG in das Kernstrafrecht übertragen werde, rücke der Straftatbestand mehr in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden.<sup>32</sup> Zudem soll § 42 BDSG in Form des § 201b StGB-E durch § 205 Abs. 1 S. 2 StGB-E zu einem relativen Antragsdelikt werden.

#### *2. Stellungnahme*

Die Überführung der Kernvorschrift des Datenschutzstrafrechts in das Kernstrafrecht ist zu befürworten. Erinnert werden darf daran, dass in einem anderen Rechtsgebiet, nämlich dem Umweltstrafrecht, Anfang der achtziger Jahre eine ähnliche Überführung vorgenommen worden ist. Kernargument des Gesetzgebers war damals, dass die Überführung der Straftatbestände des Umweltstrafrechts in das Kernstrafrecht die generalpräventive Wirkung dieser Vorschriften erhöht werden würde. Hierzu gab es weder damals noch heute empirische Belege, doch kann nicht bestritten werden, dass zwischen dem Kernstrafrecht und

---

<sup>31</sup> BT-Drs. 19/28777, 6.

<sup>32</sup> BT-Drs. 19/28777, 2.

dem Nebenstrafrecht in der Praxis durchaus unterschieden wird. Die Vorschriften des Kernstrafrechts sind in der Wirklichkeit der Rechtspraxis präsenter als diejenigen des Nebenstrafrechts. § 201b StGB-E bietet eine rechtssichere Strafbarkeitsgrundlage. Zum einen bestehen keine Bestimmtheitsbedenken gegenüber den Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes in § 201b StGB-E. Grundlage der Strafbarkeit ist zunächst ein objektiver Verstoß gegen das Datenschutzrecht. Hierfür bedarf es der Feststellung der Verarbeitung personenbezogener Daten ohne die Einhaltung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (insbesondere Art. 5, Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 9, Art. 10 DSGVO). Darüber hinaus bedarf es des Vorliegens der Schädigungsabsicht, die auf die Tat bezogen bleiben und ein einschränkendes Unrechtsmerkmal beschreiben. Damit ist eine klare Eingrenzung auf die strafwürdigen Fälle gewährleistet. Dies sei insbesondere im Vergleich zum bloß erforderlichen Eventualvorsatz im Rahmen von § 126a StGB-E betont, der dort in Kombination mit der Eignungsklausel zu einer schier uferlosen Strafbarkeit führen könnte.

Ebenfalls begrüßenswert ist, dass § 201b StGB-E als relatives Antragsdelikt ausgestaltet werden soll. Damit wird der praktischen Verfolgbarkeit von Feindeslisten erheblich geholfen. Generell ist bei dem derzeit geltenden § 42 BDSG zu beobachten, dass es für die Verfolgung an dem dafür erforderlichen Strafantrag fehlt. Denn Verletzte wissen häufig nicht, dass der Straftatbestand verwirklicht wurde, weil die Daten erschlichen oder ohne ihr Wissen rechtswidrig verarbeitet worden sind.<sup>33</sup> Bei Delikten, die eine große Anzahl Personen betreffen, aber für den Einzelnen von vermeintlich geringer Bedeutung sind, stellen Betroffene aufgrund „rationaler Apathie“ teils keinen Antrag.<sup>34</sup> Hinzu kommt, dass aus Unkenntnis der Rechtslage keinen Antrag gestellt werde.<sup>35</sup> Dasselbe gilt für Fälle der Feindeslisten. Indem § 201b StGB-E als relatives Antragsdelikt ausgestaltet werden soll, wird den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnet, von sich aus zu ermitteln. Das dürfte vor allem bei Ermittlungen zum Tragen kommen, die aus Ermittlungszwecken lange verdeckt geführt werden. Hier können Betroffene mangels Tat und Täter keinen Antrag stellen.

---

<sup>33</sup> BT-Drs. 19/28777, 6.

<sup>34</sup> BT-Drs. 19/28777, 6 mit Verweis auf *Golla*, ZIS 2016, 192 (197f.).

<sup>35</sup> *Golla*, ZIS 2016, 192 (198).

Die Einschätzung der Entwurfsverfasser, dass das öffentliche Interesse bei Feindeslisten schon aufgrund der einschüchternden Wirkung in der Regel gegeben sein wird, teilt der Unterzeichner.<sup>36</sup> Zwar würden einige Fälle der Feindeslisten nicht durch § 201b StGB-E erfasst. Angesichts der nur kurzen Liste an allgemein zugänglichen Daten (s.o.) ist dieser Bereich jedoch sehr begrenzt.

#### **IV. Zusammenfassung**

Gegen die Einführung des von der Bundesregierung vorgeschlagenen § 126a StGB-E stehen nach dem Gesagten aus rechtsstaatlichen Gründen Bedenken.

Die Überführung des § 42 Bundesdatenschutzgesetzes in das Kernstrafrecht in Form des modifizierten § 201b StGB-E wird befürwortet.

**Dr. Eren Basar**

Fachanwalt für Strafrecht

---

<sup>36</sup> BT-Drs. 19/28777, 6.