

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn

Redaktion (national)

Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöllner

Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 322 – 371

- 322** | **Vorschläge des Kriminalpolitischen Kreises zu kriminalpolitischen Reformen in der Legislaturperiode 2021-2025**
vorgelegt von Mitgliedern des Kriminalpolitischen Kreises
- 327** | **Ein Jahrhundert Werbeverbot – historische Erwägungen zur Legitimation des § 219a StGB**
von Kira Scholler
- 335** | **Jenseits der Beleidigung unter Kollektivbezeichnung? – Überlegungen zur Verhetzenden Beleidigung gem. § 192a StGB**
von Maximilian Nussbaum
- 343** | **Strafvorschriften gegen falsche Impfpässe**
von Prof. Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Thomas Weigend
- 350** | **Das Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften – Eine kritische Würdigung der Neuregelungen**
von Rechtsanwalt Dr. André Bohn, LL.M.
- 357** | **Strafprozessuale Wiederaufnahme und Verfassungsrecht**
von Laurenz Eichhorn
- 364** | **Weitere Vorgaben im Kampf gegen den digitalen Hass – Zur Novellierung des NetzDG im Jahr 2021**
von Katrin Gessinger, LL.M.

BUCHBESPRECHUNG | 372 – 373

- 372** | **George Andoor: Tatfragen in der strafrechtlichen Revision**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHTE | 374 – 381

- 374** | **„Korruptionsstrafrecht: Unerforschtes Terrain und neue Wege“ – Tagungsbericht zur Online-Tagung der FoKoS**
von Marie-Lena Marstaller, LL.M. (Edinburgh)
- 378** | **Das 6. Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS)**
von Dr. Tanja Niedernhuber

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Vorschläge des Kriminalpolitischen Kreises zu kriminalpolitischen Reformen in der Legislaturperiode 2021-2025

*Vorgelegt von Mitgliedern
des Kriminalpolitischen Kreises*

Der Kriminalpolitische Kreis (KriK) besteht seit 2017. Er setzt sich aus 35 deutschen Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern für Strafrecht und Kriminologie zusammen, die besonders an der Reform des Straf- und Strafverfahrensrechts interessiert sind. Näheres über den KriK findet sich auf der Website www.kriminalpolitischerkreis.de.

In dem vorliegenden Papier haben die Mitglieder des KriK die Themen zusammengestellt, die nach ihrer Auffassung für eine Behandlung in der beginnenden Legislaturperiode wichtig sind.

In einer „A-Liste“ sind die Aufgaben aufgeführt, die dem Kreis mehrheitlich als besonders vordringlich erscheinen; eine „B-Liste“ enthält weitere Themen, bei denen Reformbedarf besteht, die aber auch längerfristig angegangen werden können. Die Reihenfolge innerhalb der Listen soll keine Priorisierung zum Ausdruck bringen.

I. Vordringliche Reformaufgaben („A-Liste“)

1. Entschlackung des Strafgesetzbuchs

Das Strafgesetzbuch enthält eine Reihe von Tatbeständen, deren Ziele ebenso gut ohne den Einsatz des Strafrechts erfüllt werden können. In manchen Fällen verschärft die bestehende Inkriminierung sogar das soziale Problem, das die Strafvorschrift zu lösen versucht. Im Sinne des Grundsatzes, dass Strafrecht nur als *ultima ratio* zum Einsatz kommen soll, empfehlen wir die Streichung, Einschränkung oder kritische Überprüfung solcher Strafnormen. Die Entbehrlichkeit oder zumindest Diskussionsbedürftigkeit von Straftatbeständen lässt sich mit verschiedenen Überlegungen begründen:

a) Paternalistische Strafvorschriften

Der Staat sollte verantwortungsfähige Personen nicht durch Strafvorschriften „zu ihrem Glück zwingen“, indem er ihnen potentiell gesundheitsgefährliche, aber nicht lebensgefährliche Handlungen verbietet, deren Risiken sie selbst überschauen können. Unter diesem Aspekt sollte die Strafbarkeit des **Gebrauchs und des Besitzes von Cannabis-Produkten zum Eigengebrauch** (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) überdacht werden. Über die Schädlichkeit anhaltenden Gebrauchs von Cannabis für die Gesundheit bei Erwachsenen bestehen unterschiedliche Auffassungen. Ebenso wie bei den „legalen Drogen“ Alkohol und Nikotin sollte man die Entscheidung über den Gebrauch

jedoch den Nutzern (ab einer festzulegenden Altersgrenze) überlassen. Dafür spricht auch, dass die beschränkten Ressourcen zur Verfolgung des alltäglichen Cannabis-Gebrauchs nur eine punktuelle, unter Gleichheitsgesichtspunkten problematische Ahndung zulassen. Außerdem bedeutet die in diesem Bereich übliche schematische Einstellung des Verfahrens eine Verschwendung von polizeilichen Ressourcen. Durch eine regulierte Freigabe der Nutzung von Cannabis könnten schließlich auch dem illegalen Drogenhandel Gewinne entzogen und Steuereinnahmen für den Staat generiert werden.

b) Bagatellarische Verstöße gegen Strafnormen

Manche Verhaltensweisen fallen unter bestehende Strafnormen wie Diebstahl oder Betrug, liegen aber am unteren Rand des von diesen Vorschriften erfassten Unrechts. Verschiedentlich werden nicht strafbedürftige Fälle durch die Staatsanwaltschaften nach den Ermessensnormen des Strafverfahrensrechts (§§ 153, 153a StPO) eingestellt. Da hierfür keine bundesweit einheitlichen Maßstäbe bestehen, kann diese Praxis jedoch zu einer Ungleichbehandlung ähnlicher Fälle führen. Der Gesetzgeber sollte daher erwägen, für bestimmte in der Öffentlichkeit diskutierte Fallgestaltungen von Bagatellverstößen materiellrechtliche Regelungen der Strafbefreiung zu schaffen.

Ein Beispiel hierfür ist die **Benutzung von Verkehrsmitteln des ÖPNV, ohne den Fahrpreis zu entrichten**. Dieses Verhalten soll nach herrschender Auffassung nach § 265a StGB strafbar sein, obwohl es vom Wortlaut („Erschleichen“) der Vorschrift eigentlich nicht erfasst ist. In kriminalpolitischer Hinsicht fragt sich, ob das Verhalten von „Schwarzfahrern“ tatsächlich so schweres Unrecht verwirklicht, dass der Einsatz des Strafrechts notwendig ist. Die Strafbarkeit kann dazu führen, dass vermögenslose Personen wegen wiederholter „Beförderungsererschleichung“ im Strafvollzug landen. Es sollte also erwogen werden, die Ahndung auf das Zivilrecht und/oder das Ordnungswidrigkeitenrecht zu beschränken; auch dadurch wäre eine hinreichende generalpräventive Wirkung gewährleistet.

Ein weiteres Beispiel für bloß bagatellarisches Unrecht ist das **„Containern“ von entsorgten Lebensmitteln**. Das Entnehmen weggeworfener Lebensmittel aus Müllcontainern, die auf dem Grundstück von Supermärkten stehen, wird als Diebstahl bestraft. Unrecht und Schuld sind bei diesen Taten jedoch häufig gering, zumal die Täter das grundsätzlich sozial anerkennenswerte Ziel der „Rettung“

noch verwendbarer Lebensmittel verfolgen. Hier wäre zu überlegen, ob sich das Sachproblem durch außerstrafrechtliche Maßnahmen, etwa eine Verpflichtung der Supermarktbetreiber zur Weitergabe noch verwendbarer Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen, entschärfen ließe.

c) Redundante Strafnormen

Manche Strafvorschriften sind überflüssig, da das in ihnen vertypete Unrecht bereits durch andere Strafnormen hinreichend erfasst wird. Ein Beispiel hierfür ist der Sondertatbestand des „**Räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer**“ (§ 316a StGB). Dieser auf das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen aus dem Jahr 1938 zurückgehende Tatbestand dehnt die Strafbarkeit von Raub und Räuberischer Erpressung in bestimmten Situationen weit in das Vorfeld des eigentlichen Rechtsgutsangriffs aus und sieht zudem eine sehr hohe Strafdrohung vor. Die strafbedürftigen Fälle von räuberischen Angriffen auf Kraftfahrer sind jedoch schon als Versuche der jeweiligen Eigentums- und Vermögensstraftaten unter Strafe gestellt, und die Ausnutzung der besonderen Empfindlichkeit des Opfers im Straßenverkehr kann dort bei der Strafzumessung hinreichend berücksichtigt werden. Eines Sondertatbestandes bedarf es daher nicht.

d) Überholte Moralvorstellungen

Auch nach der grundlegenden Reform der Sexualdelikte und deren Fokussierung auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung finden sich vereinzelt noch Relikte aus dem früheren moralbezogenen Sexualstrafrecht. Hierzu gehört die Strafbarkeit des **Geschwisterinzests** unter consentierenden Erwachsenen nach § 173 Abs. 2 S. 2 StGB. Durch diese Vorschrift wird die sexuelle Selbstbestimmung der Beteiligten eingeschränkt, ohne dass sich hierfür ein beachtliches legitimes Schutzgut außer einem unbestimmten Gefühl der „Ungehörigkeit“ solcher sexueller Beziehungen nennen ließe. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 120, 224) das kriminalpolitische Ermessen des Gesetzgebers respektiert und deshalb eine Verfassungswidrigkeit verneint; dieses Ermessen umfasst aber natürlich auch die Möglichkeit des Gesetzgebers, eine überholte Strafvorschrift abzuschaffen.

2. Reform der Tötungsdelikte

a) Mordtatbestand (§ 211 StGB)

Es besteht seit langem Einigkeit, dass der Tatbestand des Mordes (§ 211 StGB) wegen seiner nicht mehr zeitgemäßen, in sich inkonsistenten Voraussetzungen und seiner starren Rechtsfolge kriminalpolitisch verfehlt ist. Die bisherigen Anläufe zu einer rechtlichen Neugestaltung der vorsätzlichen Tötungsdelikte sind vornehmlich aus politischen Gründen gescheitert, nicht an kriminalpolitisch-dogmatischen Erwägungen. Daher sollte versucht werden, eine sinnvolle Systematik einfacher und besonders schwerer Fälle der vorsätzlichen Tötung mit flexibler Rechtsfolge zu schaffen.

b) Sterbehilfe

Die Aufhebung von § 217 StGB a.F. durch das Bundesverfassungsgericht sollte Anlass dazu geben, den Gesamtbereich der Sterbehilfe konsistent und rechtssicher gesetzlich zu regeln. Dabei sollte nicht auf die überholten Vorschläge zu einer Inkriminierung der Suizidunterstützung zurückgegriffen, sondern die gesamte Materie der einverständlichen Lebensbeendigung im Sinne der autonomen Entscheidung jedes Menschen über den eigenen Tod neu durchdacht werden.

3. Reformen des Sanktionenrechts

Das Recht der strafrechtlichen Sanktionen sollte insgesamt unter den Gesichtspunkten der inneren Stimmigkeit und der empirisch nachgewiesenen Wirksamkeit überprüft werden. Insbesondere geht es um folgende Bereiche:

a) Zurückdrängung der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB)

Personen, die wegen der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen, machen einen nicht unerheblichen Anteil der Gefängnispopulation aus. Dies ist aus kriminalpolitischer Sicht zu bedauern, da die Gerichte für diese Personen eine Freiheitsstrafe nicht als notwendig angesehen hatten. Auch entstehen dem Staat durch die Ersatzfreiheitsstrafe erhebliche Kosten. Der Gesetzgeber sollte prüfen, in welchem Umfang Ersatzfreiheitsstrafen durch die energischere Beitreibung von Geldstrafen und durch effektivere Angebote gemeinnütziger Arbeit anstelle der Geldstrafe vermieden werden können. Empirische Studien zeigen, dass sich die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen durch organisatorische Maßnahmen und das Engagement der beteiligten Personen (z.B. Rechtspfleger, Sozialarbeiter) reduzieren lässt.

b) Harmonisierung der Strafzumessungsentscheidungen

Empirische Untersuchungen belegen große und rational nicht erklärbare Unterschiede zwischen einzelnen Strafgerichten bei der Strafzumessung in vergleichbaren Fällen. Solche Unterschiede sind mit der Revision kaum angreifbar. Ungleichbehandlungen bei der Strafzumessung stellen aber nicht nur ein Gerechtigkeitsproblem dar; sie schaden auch der öffentlichen Wahrnehmung der Justiz. Mögliche Schritte zu einer konsistenteren Strafzumessungspraxis sind (1) die Einrichtung einer bundesweiten Datenbank, in die Strafzumessungsentscheidungen eingestellt werden und die von den Gerichten in Zweifelsfällen als Entscheidungshilfe benutzt werden kann sowie (2) die Einrichtung einer Strafzumessungskommission, die Informationen sammelt, Vorschläge für Strafzumessungsfaktoren und deren Gewichtung erarbeitet und die Grundsätze der Strafzumessung auch gegenüber der Öffentlichkeit kommuniziert.

c) Sanktionen für Verbände

Personenverbände können bei strafbarem Verhalten ihrer Organe und Entscheidungsträger nach geltendem Recht nur mit Geldbußen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht

sanktioniert werden. Studien belegen zudem eine deutschlandweit uneinheitliche Anwendung des Ordnungswidrigkeitenrechts. Dieser Zustand ist unbefriedigend und entspricht nicht dem derzeitigen europäischen Standard. Ein Vorschlag für die Einführung eines Verbandssanktionengesetzes ist in der abgelaufenen Legislaturperiode gescheitert. Es sollte ein neuer Anlauf zur Entwicklung eines schlüssigen Konzepts eines Verbandssanktionenrechts unternommen werden; dabei kann der Gesetzgeber auf zahlreiche Vorarbeiten aus der Wissenschaft zurückgreifen.

4. Reformen im Strafverfahrensrecht

In der abgelaufenen Legislaturperiode hat der Gesetzgeber verschiedene Änderungen im Strafverfahrensrecht vorgenommen, die den zügigen Ablauf des Prozesses erleichtern sollten. In dieser Legislaturperiode sollte die Modernisierung des Strafprozesses im Zeitalter der Digitalisierung durch zwei weitere miteinander verbundene Reformen vorangebracht werden.

a) Audiovisuelle Aufnahme der Hauptverhandlung

Zumindest für die Hauptverhandlung vor dem Landgericht sollte die Bild-Ton-Aufnahme der gesamten Hauptverhandlung verpflichtend vorgesehen werden. Dies hätte, insbesondere für längere Verhandlungen, zwei wesentliche Vorteile: Das Gericht könnte sich bei der Urteilsberatung einzelne Passagen der Hauptverhandlung mit Hilfe der Aufzeichnung ins Gedächtnis rufen und wäre nicht mehr auf private Notizen der Richter*innen angewiesen; und für die Rechtsmittelinstanz ließen sich sowohl die Verfahrensabläufe als auch der Inhalt von Zeugenaussagen authentisch und vollständig überprüfen. Der Kriminalpolitische Kreis hat hierzu bereits einen Vorschlag unterbreitet (<https://kriminalpolitischer-kreis.de/stellungnahmen/stellungnahme-des-krik-zur-einfuehrung-einer-bild-ton-aufzeichnung-der-hauptverhandlung-in-straftsachen/>).

b) Erweiterung der Überprüfung der Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz

Nach § 337 StPO können mit der Revision nur Gesetzesverletzungen gerügt werden; die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz kann der Revisionsführer nicht angreifen. Die Rechtsprechung hat zu diesem Grundsatz jedoch verschiedene, zum Teil inkonsistente Ausnahmen entwickelt. Solche Ausnahmen sollten im Gesetz systematisiert und ausformuliert werden, um Recht und Praxis wieder in Übereinstimmung zu bringen. Dabei sollte insbesondere auf die Frage eingegangen werden, in welchem Umfang die unter (a) genannten Video-Aufzeichnungen der Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz ausgewertet werden können oder müssen.

II. Weitere Reformanliegen (B-Liste)

1. Sexualstrafrecht

a) Kritische Revision des Sexualstrafrechts

Im Jahre 2016 hat der Gesetzgeber das deutsche Sexualstrafrecht grundlegend reformiert. An die Stelle des Nötigungsmodells ist die sogenannte „Nein heißt Nein“-Lösung getreten. Der neue Tatbestand „Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“ in § 177 StGB hat in der praktischen Umsetzung erwartungsgemäß einige Fragen aufgeworfen. Umstritten ist etwa das Verständnis des „erkennbaren, entgegenstehenden Willen“, aber auch die Auslegung der Tathandlungen in § 177 Abs. 2-8 StGB, etwa der Gewaltbegriff in Abs. 5 oder die Reichweite unzulässiger Drohungen (Abs. 2 Nr. 5). Zudem sind die Qualifikationstatbestände in Abs. 7 bislang zu unscharf formuliert, so dass auch weniger strafwürdige Verhaltensweisen die hohe Mindeststrafandrohung nach sich ziehen. Bislang ungeklärt ist auch, wie das deutsche Sexualstrafrecht mit der Frage von Täuschungen umgehen soll, was sich etwa bei Fällen des „Stealthings“ als Problem erwiesen hat. Der Gesetzgeber sollte auf der Grundlage einer Evaluation der Anwendung des neuen Sexualstrafrechts die mit der Neukonzeption verbundenen Regelungsprobleme identifizieren und durch eine Überarbeitung der Bestimmungen beheben.

b) Prostitutionsstrafrecht

Die Reformkommission Sexualstrafrecht hat 2017 eine umfassende Neugestaltung des Prostitutionsstrafrechts vorgeschlagen. Dringender Reformbedarf besteht im Hinblick auf zahlreiche Wertungswidersprüche zu den Vorschriften über den Menschenhandel (§§ 232 ff. StGB) und zum Prostitutionschutzgesetz. So bedarf es einerseits eines besseren Schutzes der Prostituierten vor verschiedenen Formen der Ausbeutung; andererseits dürfen Kontroll- und Compliancemaßnahmen, die Bordellbetreiber nach dem ProstSchG zu leisten haben, nicht strafbegründend im Rahmen der sog. dirigistischen Zuhälterei wirken. Zentrale Themen einer notwendigen Reform sind: Zwangsprostitution (einschließlich der Frage der Freierstrafbarkeit), Ausbeutung von Prostituierten, unzulässige Weisungen und Kontrollmaßnahmen, Jugendschutz und Entkriminalisierung der §§ 184f, 184g StGB.

2. Reform des Tierschutzstrafrechts

Verschiedene empirische Studien zeigen ein erhebliches Anwendungsdefizit des Tierschutzstrafrechts insbesondere im Bereich der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung. § 17 TierSchG stellt an die Strafbarkeit von Tiertötung und Tierquälerei hohe Anforderungen, die in der Praxis nur schwer nachweisbar sind. Der Gesetzgeber sollte im Interesse eines wirksameren Schutzes von Tieren und in Erfüllung seines Auftrages aus Art. 20a GG das Tierschutzstrafrecht grundlegend überarbeiten.

3. Medizinstrafrecht

a) Neuregelung der eigenmächtigen ärztlichen Heilbehandlung

Nach der Rechtsprechung begehen Ärzte eine vorsätzliche Körperverletzung (§ 223 StGB), wenn sie (auch: erfolgreiche) Heileingriffe vornehmen, die nicht von einer wirksamen Einwilligung des Patienten gedeckt sind. Das in solchen Fällen betroffene Rechtsgut ist aber nicht die körperliche Unversehrtheit des Patienten, sondern seine Autonomie. Daher sollte die Frage in einer eigenen Vorschrift geregelt werden. Der Kriminalpolitische Kreis hat dafür bereits einen Vorschlag entwickelt (medstra 2021, 65).

b) Schutz des ungeborenen Lebens vor Verletzungen mit postnatalen gesundheitlichen Folgen

Verletzungen, die einem ungeborenen Kind im Mutterleib vorsätzlich oder fahrlässig zugefügt werden und die nach der Geburt zu gesundheitlichen Schäden des Kindes führen, sind nach der Rechtsprechung des BGH nicht strafbar. Diese erhebliche Schutzlücke (man denke etwa an den Contergan-Fall) sollte durch den Gesetzgeber geschlossen werden.

c) Neuregelung der strafrechtlichen Aspekte der Fortpflanzungsmedizin, z.B. Entkriminalisierung der Leihmutterschaft

Die gesetzliche Regelung der Fortpflanzungsmedizin entspricht nicht mehr den aktuellen Möglichkeiten der Medizin und den ethischen Überzeugungen der Gesellschaft. Der Gesetzgeber sollte insbesondere die Strafbarkeit der Eizellspende und der Leihmutterschaft aufheben und zeitgemäße verfahrensrechtliche und familienrechtliche Vorgaben machen, um das Recht auf Fortpflanzungsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht der Mütter zu schützen.

4. Neuregelung der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB)

Bezüglich des Tatbestandes der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) sollte geprüft werden, ob es sich empfiehlt, für besonders schwere Fälle (grobe Fahrlässigkeit, Tötung mehrerer Opfer) die bisherige Strafobergrenze von 5 Jahren Freiheitsstrafe anzuheben.

5. Anpassung des Strafrechts an die Herausforderungen der Digitalisierung

a) Erarbeitung eines übergreifenden Konzepts für das Datenschutz- und IT-Strafrecht

Die Digitalisierung stellt auch das Strafrecht vor neue Herausforderungen. In der Vergangenheit sind Änderungen im Datenschutz- und IT-Strafrecht vorgenommen worden, die allerdings mitunter zusammenhanglos nebeneinander stehen. Insoweit empfiehlt sich die Erarbeitung eines übergreifenden Konzepts dieser Deliktsbereiche.

b) Verwendung von Deep Fakes zur Täuschung im Geschäftsverkehr oder als Mittel der außenpolitischen Einflussnahme sowie Straftaten mit digitalen Währungen

Für einen großen Bereich an strafbedürftigen Verhaltensweisen, die im Zeitalter der Digitalisierung auftreten, liegen bisher noch keine gesetzlichen Regelungen vor. Dies betrifft beispielhaft die Verwendung von Deep Fakes etwa zur Täuschung im Rechtsverkehr oder als Mittel der außenpolitischen Einflussnahme. Die damit einhergehenden Risiken sind enorm, weshalb ein Schweigen des Gesetzgebers hierzu schwerwiegende Folgen haben kann. Ähnlich verhält es sich teilweise in Bezug auf Kryptowährungen wie Bitcoin. Hier erscheint es zum Beispiel ratsam, Modifikationen in bestehenden Vorschriften wie etwa dem Geldwäschetatbestand (§ 261 StGB) vorzunehmen, um die Erfassung des Umgangs mit solchen Währungen zu ermöglichen.

c) Einführung eines Gefährdungstatbestandes für KI-Systeme

Die Regulierung von KI-Technologie steht seit Längerem auf den nationalen und europäischen Agenda. Das Strafrecht ist hierbei indessen bislang nicht in den Fokus gerückt. Dies erweist sich angesichts der Herausforderungen als problematisch, die KI-Technologie an strafrechtliche Kategorien wie den Verantwortungsbegriff stellt. So kann der Black Box-Charakter von KI-Systemen eine Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu einzelnen Personen unmöglich machen. Da aber das Inverkehrbringen entsprechender Systeme erhebliche Risiken für die Allgemeinheit mit sich bringen kann, ist über eine Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes – etwa in Gestalt eines neuen Gefährdungstatbestandes – nachzudenken.

d) Konsolidierung der Vorschriften zur Bekämpfung von digitalem Hass

Die Verbreitung von digitalem Hass wirft im Zeitalter der Digitalisierung Fragen auf, die durch die bestehenden verstreuten Straftatbestände nicht befriedigend beantwortet werden, auch nachdem zuletzt im Bereich der Beleidigungstatbestände (§§ 185 ff. StGB) punktuelle Änderungen vorgenommen worden sind. Es wäre daher sinnvoll, das Phänomen der digitalen Verbreitung von Hass insgesamt zu untersuchen und spezifische Strafvorschriften zu deren Bekämpfung zu schaffen.

6. Strafverfahrensrecht

a) Prozessuale Folgen rechtswidriger Tatprovokation

Die deutsche Rechtsprechung hat Schwierigkeiten damit, Fälle zu beurteilen, in denen ein staatliches Organ oder eine staatlicherseits beauftragte Person übermäßigen Druck auf eine Zielperson ausgeübt hat, um diese zur Begehung einer Straftat zu veranlassen und sie so überführen zu können. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt in solchen Fällen ein umfassendes Beweisverwertungsverbot, das aber möglicherweise nicht zu den deutschen Verfahrensprinzipien passt. Es empfiehlt sich

daher eine rechtsstaatlich saubere gesetzliche Regelung der Materie.

b) Zeugnisverweigerungsrechte

Das im Laufe der Zeit immer wieder punktuell veränderte Recht der Zeugnisverweigerungsrechte (§§ 52-53a StPO) sollte insgesamt überprüft und systematisch neu geordnet werden. Besonders dringlich ist die Neu-Regelung eines Zeugnisverweigerungsrechts für empirisch forschende Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen, da diese das Vertrauen von Probanden nicht in Anspruch nehmen können, wenn damit gerechnet werden muss, dass alle Informationen letztlich in einem Strafverfahren gegen die Probanden offenbart werden müssen. Auch für Personen, die als Vermittler in Täter-Opfer-Ausgleichs-Verfahren (§§ 155a, 155b StPO) tätig werden, sollte die Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechts erwogen werden, um die nötige Vertraulichkeit des Verfahrens zu sichern.

7. Förderung evidenzbasierter Kriminalpolitik

Bereits der Koalitionsvertrag von 2017 enthielt die berechnete Forderung nach evidenzbasierter Kriminalpolitik. Änderungen im Strafrecht, insbesondere die Schaffung oder Verschärfung von Straftatbeständen, sollten von kriminologischer Expertise begleitet und evaluiert werden.

Für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik ist insbesondere die Verfügbarkeit einschlägiger Statistiken von entscheidender Bedeutung. Dem widerspricht es, dass die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) seit 2020 nicht mehr als Jahrbuch herausgegeben wird. Diese Maßnahme sollte so bald wie möglich rückgängig gemacht werden. Außerdem sollten aussagekräftige Statistiken zur Strafzumessung veröffentlicht werden.

Ein Jahrhundert Werbeverbot – historische Erwägungen zur Legitimation des § 219a StGB

von Kira Scholler*

Abstract

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der aktuellen Debatte um das Verbot der Werbung des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 219a StGB, wobei der Fokus auf der historischen Auslegung des § 219a StGB und deren Auswirkungen auf die Legitimation des § 219a StGB in der heutigen Zeit liegt. Während sich die Diskussion bisher ganz überwiegend auf die Entstehungsgeschichte des § 219a StGB in der Weimarer Zeit und dem Nationalsozialismus bezog, zielt die vorliegende Abhandlung darauf zu zeigen, dass erste Entwürfe bereits im Jahr 1913 während der wilhelminischen Kaiserzeit im Rahmen des Strafrechtskommissionsentwurfs entwickelt worden sind. Der Vergleich der Erwägungen im vergangenen Jahrhundert demonstriert, dass unter heutiger Betrachtung mit § 219a StGB kein mit der Konzeption des Strafrechts als Rechtsgüterschutz vertretbares Schutzkonzept im Sinne des ultima-ratio-Vorbehalts verfolgt wird. Zudem spricht eine kriminalpolitische Gesamtschau der Historie gegen das Werbeverbot.

This paper looks at the recent debate about the prohibition of advertising for abortion (§ 219a StGB) with a focus on a historical interpretation of § 219a StGB and its present-days impacts on the legitimation of § 219a StGB. While the current historical discussion mainly concentrates on the development of the prohibition in the Weimar Republic and in National Socialism, this article demonstrates that the rule was firstly drafted during the Wilhelminian era in 1913 by the Commission for Criminal Law (Strafrechtskommission). The comparison of the considerations during the last century shows that § 219a StGB does not comply with the concept of criminal law to protect legal interests according to the ultima ratio principle. In addition, historical aspects of criminal policy contradict the legitimation of § 219a StGB.

I. Einführung

In Anbetracht der aktuellen Koalitionsverhandlungen wird die Diskussion um § 219a StGB wieder aufgerollt. Daher möchte der Beitrag einen Blick zurückwerfen, inwiefern die Historie eine Grundlage für die Beurteilung der Legitimation des § 219a StGB bieten kann. Die Wahl dieses Ausgangspunktes ist nicht aus der Luft gegriffen, sondern erscheint besonders geeignet, betrachtet man den derzeitigen Diskurs: Nicht selten wird § 219a StGB als „Nazi-Paragraf“ etikettiert, der auf den „Müllhaufen der Geschichte“ gehört.¹ Andere leiten die Legitimation der Vorschrift davon ab, dass sie den „Geist Gustav Radbruchs [atmet]“.² Tatsächlich erschöpft sich die historische Genese der Vorschrift als Quelle der Auslegung nicht nur in den beiden genannten Epochen, sondern findet ihren Ursprung bereits im wilhelminischen Zeitalter. Auch die Geschichte der §§ 218 ff. StGB wird in der Analyse berücksichtigt.

II. Neues Jahrhundert – Zeit für ein Werbeverbot?

Anfang des 20. Jahrhunderts begann sich der Gesetzgeber intensiv mit einer Reform des Schwangerschaftsabbruchs zu beschäftigen. Bereits seit 1871 existierte mit § 218 RStGB³ ein Verbot jeglicher Selbst- und Fremdbtreibung, das als Verbrechen mit bis zu fünf Jahren Zuchthaus sanktioniert war.⁴

Im Rahmen dessen entwickelte die Strafrechtskommission von 1913 auch erste Entwürfe zum Verbot der Werbung des Schwangerschaftsabbruchs. § 217a RStGB-E⁵, § 263 RStGB-E⁶ sowie § 284 RStGB-E⁷ verfolgten das Verbreiten von Schriften sowie das Ankündigen und Anpreisen von Diensten zur Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs und von Mitteln zur Abtreibung. Die Strafandrohung lag bei einem Jahr Gefängnis oder einer Geldstrafe bis zu zweitausend Mark. Die Befürworter machten geltend, dass das Unwesen der Abtreibung in so bedenklicher Weise überhandnehme, dass man diesem

* Die Verfasserin ist Doktorandin und Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht (Prof. Dr. Bernd Hecker) an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Die Autorin möchte sich recht herzlich bei Frau Dr. Tamara Schneider für ihre wertvollen Anmerkungen und ihre Unterstützung bedanken.

¹ <https://www.linksfraktion.de/themen/nachrichten/detail/ein-urteil-eine-verlogene-rechtslage-und-eine-neue-debatte/> (zuletzt abgerufen am 18.10.2021); Gesetzesentwürfe der Bundestagsfraktionen „Die Linke“, BT-Drs. 19/93, S. 1 sowie „Bündnis 90/Grüne“ BT-Drs. 19/630, S. 1.

² Kubiciel, ZfL 2018, 110 (111), ders., ZRP 2018, 13 (14); Duttge, in: GS Tröndle, 2019, S. 712 (717).

³ Gesetz betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, RGBl. 1871 Nr. 24, S. 127.

⁴ Merkel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), vor §§ 218 ff. Rn. 4.

⁵ „E-1913 § 217a: Wer öffentlich, wenn auch verschleiert, Mittel oder Gegenstände zu einer nach § 217 strafbaren Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht ankündigt oder anpreist, oder in gleicher Weise sich oder einen anderen bereit erklärt, eine solche Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht vorzunehmen oder zu befördern, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu zweitausend Mark bestraft“, abgedruckt in Strafrechtskommission (1913), 1. Lesung, 202. Sitzung, S. 23.

⁶ Abgedruckt in Strafrechtskommission (1913), 2. Lesung, 257. Sitzung, S. 17.

⁷ Abgedruckt in T. Vormbaum/Rentrop, Reform des Strafgesetzbuches I, 2008, S. 323.

schon in seinen Anfangsstadien scharf entgegneten müsse.⁸ Eine besonders gefährliche Form der Förderung der Abtreibung sei das öffentliche Anpreisen von Abtreibungsmitteln und das öffentliche Erbieten des Abtreibens, das namentlich in Zeitungsinseraten immer größere Ausmaße annehme.⁹ Des Weiteren sei die spezielle Werbehandlung durch andere Sanktionsnormen des StGB noch nicht strafrechtlich erfasst.¹⁰ Ferner empfehle sich eine Sondervorschrift aus Gründen der Generalprävention.¹¹ Darüber hinaus wurde auch ein Gesetzesentwurf aus Österreich mit ähnlicher Pönalisierung angepriesen.¹² Indes wurde die Strafvorschrift zum Verbot der Werbung letztlich nicht verabschiedet, sodass dieses Verhalten zunächst straffrei blieb. Dennoch waren mit diesen Bestrebungen die Frage der Sanktionierung eines derartigen Verhaltens auf dem Tisch des Regelungskomplexes rund um den Schwangerschaftsabbruch.

Daher ebten die Reformbestrebungen auch nach dem Ende des ersten Weltkriegs nicht ab. Vor dem Hintergrund der Umbruchstimmung in den *Roaring Twenties*, die nicht nur von politischem Wandel, sondern auch von der Emanzipation der Frau und einer liberaleren Sexualmoral geprägt war¹³, griffen die Reformbestrebungen aus der Weimarer Zeit die Entwürfe zum Werbeverbot aus der Kaiserzeit auf, die das öffentlichen Ankündigen von Mittel und Verfahren für den Schwangerschaftsabbruch kriminalisierten (1919-E § 287 II¹⁴, 1922-E § 226¹⁵, 1925-E § 229 II¹⁶).¹⁷ Der Entwurf von 1927 zog sodann die Sanktionierung des „öffentlichen Erbietens“ zu einem Schwangerschaftsabbruch mit einer Strafandrohung von bis zu zwei Jahren Gefängnisstrafe oder Geldstrafe in Betracht (1927-E §§ 255, 256¹⁸ und 1930-E §§ 255, 256¹⁹). Beachtenswert ist, dass bereits der damalige Entwurf die Werbung eines Mittels, Gegenstands oder Verfahrens für den ärztlich gebotenen Schwangerschaftsabbruch nicht unter Strafe stellte (vgl. 1927-E § 255 S. 2).

Die Erwägungsgründe des 1927-E ähneln den Motiven aus der Kaiserzeit weitgehend. Die Schwangere würde nicht selten von äußeren Einflüssen, wie von „Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften“, zum Abbruch bewegt.²⁰ Das Werbeverbot solle sie in einer Notsituation vor finanziellen Ausbeutung durch diejenigen schützen, die damit würben, Schwangerschaftsabbrüche zu unterstützen.²¹ Zudem sollte damit auch einer Wissensverbreitung über Mittel und Werkzeuge zur Abtreibung entgegengewirkt werden, die oft unter dem „Deckmantel der Aufklärung über geschlechtliche Dinge“ stünden.²² Des Weiteren wurde durch das Gesetz eine Bekämpfung des „Unwesens der Abtreibung“ verfolgt.²³ Durch die Werbung von „Abortfabriken“ oder durch den „Schleichweg“ der Werbung des Mittels gegen „Blutstockungen“, das bei Einnahme einer Schwangerschaft einen „unfehlbaren Abort“ zur Folge habe, würde der Abtreibung Vorschub geleistet.²⁴

Ist die Norm also, weil sie aus der kriminalrechtspolitisch liberalen Zeit der Weimarer Republik stammt, heutzutage als ein liberales Gesetz anzusehen?²⁵ Das muss schließlich als widerlegt gelten. Einerseits wurde mit den Entwürfen zum Werbeverbot nicht der Schutz des Individualrechts-gut des ungeborenen Lebens verfolgt²⁶; zumindest ist dies nicht mit der Gesetzesbegründung zu 1927-E nachzuvollziehen.²⁷ Andererseits erkannten die offiziellen Entwürfe zur Reform des Schwangerschaftsabbruchs höchstens eine medizinische Indikation zur Strafflosigkeit an,²⁸ womit der Vergleich zu den hiesigen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch und damit zur heutigen Legitimation der Norm bereits im Ansatz fehlgeht. Auch dass die Norm den „Geist Gustav Radbruchs“ atmen würde²⁹, kann nicht zur gegenwärtigen Bewertung der Legitimation des § 219a StGB herangezogen werden. Der Entwurf *Radbruchs* als Justizminister von 1922 sah noch nicht einmal eine solche medizinische Indikation vor.³⁰ Das Sys-

⁸ Strafrechtskommission, 1. Lesung (Fn. 5), S. 20; zusammenfassend zur Begründung auch *Putzke*, Die Strafbarkeit der Abtreibung in der Kaiserzeit und in der Weimarer Zeit, 2003, S. 97.

⁹ Strafrechtskommission, 1. Lesung (Fn. 5), S. 20.

¹⁰ A.a.O., S. 21.

¹¹ A.a.O., S. 21.

¹² A.a.O., S. 21.

¹³ *Stölken*, in: Bagel-Bohlan/Salewski, Sexualmoral und Zeitgeist im 19. und 20. Jahrhundert, 1990, 83 (84); *Putzke* (Fn. 8), S. 1.

¹⁴ Abgedruckt in: *T. Vormbaum/Rentrop I* (Fn. 7), S. 396.

¹⁵ Abgedruckt in: *T. Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuches II, 2008, S. 38.

¹⁶ Abgedruckt in: *T. Vormbaum/Rentrop II* (Fn. 15), S. 101.

¹⁷ Vgl. *Rogall*, in: FS Merkel, 2020, S. 1181 (1186).

¹⁸ „E-1927 § 255 Ankündigung von Abtreibungsmitteln: Wer ein Mittel, einen Gegenstand oder ein Verfahren zur Unterbrechung der Schwangerschaft öffentlich ankündigt oder anpreist oder ein solches Mittel oder einen solchen Gegenstand an einem allgemein zugänglichen Orte ausstellt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Strafflos ist die Ankündigung oder Anpreisung eines Mittels, Gegenstands oder Verfahrens, die zu ärztlich gebotenen Unterbrechungen der Schwangerschaft dienen, an approbierten Ärzten oder an Personen, die mit solchen Mitteln oder Gegenständen erlaubterweise Handel treiben, oder in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachzeitschriften.“

§ 256 Erbieten zu Abtreibungen: Wer öffentlich seine eigenen oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung von Abtreibungen anbietet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, abgedruckt in: *T. Vormbaum/Rentrop II* (Fn. 15), S. 172.

¹⁹ Abgedruckt in: *T. Vormbaum/Rentrop II* (Fn. 15), S. 240; *Koch* Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB) – Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1870 bis 1945, 2004, S. 165.

²⁰ *Kubiciel*, ZfL 2018, 110 (11); Entwurfsbegründung bei *Schubert/Regge*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozedrechts I, 1995, S. 609.

²¹ *Hillenkamp*, HÄBL 2018, 92; *Kubiciel*, ZfL 2018, 110 (111); allerdings ist keine Primärquelle ersichtlich.

²² *Schubert/Regge* (Fn. 20), S. 609.

²³ *Schubert/Regge* (Fn. 20), S. 609.

²⁴ *Vollmann*, Die Fruchtartreibung als Volkskrankheit, 1925, S. 60.

²⁵ So *Kubiciel*, ZfL 2018, 110 (111), *ders.*, ZRP 2018, 13 (14) sowie *Duttge* (Fn. 2), S. 712 (717).

²⁶ So jedoch *Hillenkamp*, HÄBL 2018, 92.

²⁷ Vgl. *Schubert/Regge* (Fn. 20), S. 609.

²⁸ § 254 des 1927-E, abgedruckt bei *Schubert/Regge* (Fn. 20), S. 608.

²⁹ So *Kubiciel*, ZfL 2018, 110 (111), *ders.*, ZRP 2018, 13 (14) sowie *Duttge* (Fn. 2), S. 712 (717).

³⁰ Abgedruckt bei *Schubert/Regge* (Fn. 20), S. 171; vgl. *Putzke* (Fn. 8), S. 226.

tem des hiesigen Schwangerschaftsabbruchsrechts gestaltet sich liberaler als das damalige und kennt darüber hinaus noch weitere Sicherungsmechanismen, um die Leibesfrucht zu schützen, wie die Beratungspflicht. Mit Blick auf die gesetzgeberischen Vorstellungen und die Zielrichtung des Werbeverbots als Teil eines sehr restriktiven Rechts zum Schwangerschaftsabbruch, dessen Grundkonzeption keinerlei Spuren in den heutigen Vorschriften hinterlassen haben, kann eine Legitimation des § 219a StGB mit seiner Entstehungsgeschichte in der Weimarer Republik nicht begründet werden.

Abschließend ist zur Epoche der Weimarer Republik festzuhalten, dass trotz der Bestrebungen ein Werbeverbot umzusetzen, keiner der Entwürfe Eingang in das RStGB gefunden hat.

III. Der Schutz des „deutschen Nachwuchses“

Die Entwicklungsgeschichte der Pönalisierung der Werbung des Schwangerschaftsabbruchs endete freilich nicht mit der Weimarer Zeit, sondern erfuhr unter dem Aspekt der Geburtenkontrolle und damit als Teil nationalsozialistischer Rassenideologie während des Dritten Reichs seinen Höhepunkt: Im Zuge des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933 führte der nationalsozialistische Gesetzgeber mit §§ 219, 220 RStGB das Verbot der Werbung des Schwangerschaftsabbruchs erstmalig ein.³¹ Der Tatbestand entspricht weitgehend dem des heutigen § 219a StGB. Mehr noch: Um dem damaligen Rechtsgut des „Schutzes und der Stärkung des deutschen Volkes“³² überdies Geltung zu verschaffen, unterschied der nationalsozialistische Gesetzgeber nun erstmals zwischen der straffreien „ärztlich gebotenen Unterbrechung“ sowie der strafbewährten „Abtreibung“, indem gem. § 219 Abs. 2 RStGB das Ankündigen und Anpreisen von Mitteln, Gegenständen oder Verfahren bei ärztlich gebotenen Unterbrechungen der Schwangerschaft tatbestandlich nicht erfasst war.³³

Vordergründung wurde zur Einführung der §§ 219, 220 RStGB zwar auch der Schutz der Leibesfrucht als Rechtsgut genannt, dennoch war Grund des neu eingeführten Pa-

ragrafens letztlich unverhohlen „zunächst ein bevölkerungspolitischer“³⁴ – denn „zuerst kommt der Schutz des Volkes“³⁵. Dieses Ziel ist auf den Rückgang der Geburten in Deutschland während der Weltwirtschaftskrise zurückzuführen, sodass der vorgebrachte Schutz der Leibesfrucht lediglich als ein Scheinargument zu qualifizieren ist, um stattdessen pronatalistische Ziele zu erfüllen.³⁶ Weiterhin identifizierte man eine Strafbarkeitslücke, da über § 49a RStGB das Anbieten allenfalls dort strafbar war, wo eine gewerbliche Abtreibung vorlag, für die zudem ein konkreter Preis genannt worden war.³⁷ Ebenso sah man sich, wie bereits seit 1913 vertreten, mit der Verbreitung von Annoncen in Zeitschriften und Zeitungen sowie mit dem Ausmaß der vorgenommenen Abtreibungen konfrontiert; diese Art des allgegenwärtigen Werbens sollte verhindert werden.³⁸ Der damalige Gesetzgeber ging davon aus, dass der Entschluss zum Schwangerschaftsabbruch oft durch diese äußeren Faktoren gesteigert werden würde.³⁹ Mit der „Präventivmaßnahme“ der §§ 219, 220 RStGB sollte die „Abtreibungsseuche“ „selbst an der Wurzel gepackt werden“.⁴⁰ Gelobt wurde die Norm – in Manier der Tätertypenlehre⁴¹ – insofern, als mit der Strafbestimmung bereits das „gefährdende verbrecherische Verhalten“ und nicht nur die Tat als solche erfasst wird, indem sich die Norm noch „enger an den Verbrecher als bisher [anschmiegt]“.⁴²

1943 wurde sodann § 219 RStGB um das Verbot der Werbung von Mittel oder Gegenstände zur Verhütung sowie zur Vorbeugung von Geschlechtskrankheiten ergänzt, die auch nicht mehr in den Verkehr gebracht werden durften.⁴³ Dadurch sollten Informationen über und der Zugang zu Verhütungsmitteln erschwert werden, um den Schutz des „deutschen Nachwuchses“ zu verabsolutieren.⁴⁴

Da das Regelungsregime des Werbeverbots durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber eingeführt wurde, wird die Legitimation des Verbots von verschiedenen Seiten bezweifelt.⁴⁵ Allerdings muss in Bezug auf die erste Strafrechtsnovelle der Nationalsozialisten unterschieden werden: Zum einen diente sie der Sicherung und Festigung der nationalsozialistischen Herrschaft, zum anderen handelte es sich um eine Gesamtreform des Strafrechts.⁴⁶ Die

³¹ „§ 219: Wer zum Zwecke der Abtreibung Mittel, Gegenstände oder Verfahren öffentlich ankündigt oder anpreist oder solche Mittel oder Gegenstände an einem allgemein zugänglichen Orte ausstellt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Vorschrift des Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zur ärztlich gebotenen Unterbrechung der Schwangerschaft dienen, Ärzten oder Personen, die mit solchen Mitteln oder Gegenständen erlaubterweise Handel treiben oder in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachzeitschriften angekündigt oder angepriesen werden.“

§ 220: Wer öffentlich seine eigenen oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung von Abtreibungen anbietet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933, RGBl. I 1933 Nr. 56, S. 295.

³² Rogall, in: SK-StGB, Bd. IV, 9. Aufl. (2017), vor §§ 218 ff. Rn. 7.

³³ Czarnowski, in: Staube/Vieth, Unter anderen Umständen: Zur Geschichte der Abtreibung, 1996, S. 58 (59 f.); Dt. Ärzteblatt H.62/1933, S. 247 f.

³⁴ Zier, Die strafbaren Vorbereitungshandlungen der Abtreibung nach §§ 219, 220 R.St.G.B., 1935, S. 3, 27 ff.; s.a. Gärditz, ZfL 2018, 18.

³⁵ Zier (Fn. 34), S. 28.

³⁶ I.d.S. auch v. Behren, Die Geschichte des § 218 StGB, 2004, S. 330.

³⁷ Näher Rüdlin, MDR 1953 470; ausführlich Zier (Fn. 34), S. 7 ff.; Wiss. Dienste des BT, WD 7-3000-159/17, S. 5; Dt. Ärzteblatt H.62/1933, S. 247 f.

³⁸ Zier (Fn. 34), S. 2; Wiss. Dienste des BT, WD 7-3000-159/17, S. 5; vgl. Dt. Ärzteblatt H.62/1933, S. 247 f.

³⁹ Zier (Fn. 34), S. 2; Wiss. Dienste des BT, WD 7-3000-159/17, S. 5; Putzke, (Fn. 8), S. 339.

⁴⁰ Zier (Fn. 34), S. 2, 27.

⁴¹ Näher Plüss, Der Mordparagraf in der NS-Zeit, 2018, S. 52, 54 ff.

⁴² Zier (Fn. 34), S. 2, 28.

⁴³ „§ 219 RStGB: Wer Mittel oder Gegenstände, welche die Schwangerschaft abbrechen oder verhüten oder Geschlechtskrankheiten vorbeugen sollen, vorsätzlich oder fahrlässig einer Vorschrift entgegen herstellt, ankündigt oder in den Verkehr bringt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, abgedruckt bei Wiss. Dienste des BT, WD 7-3000-159/17, S. 6.

⁴⁴ Vgl. Grop/Wörner, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), vor §§ 218 ff., Rn. 1.

⁴⁵ Gesetzesentwürfe der Bundestagsfraktionen „Die Linke“, BT-Drs. 19/93, S. 1 sowie „Bündnis 90/Grüne“ BT-Drs. 19/630, S. 1.

⁴⁶ Gruchmann, Justiz im dritten Reich 1933 – 1940, 2001, S. 822.

§§ 219, 220 RStGB dürften der zweiten Gruppe zuzuordnen sein, mit der letztlich ein bereits erarbeiteter Katalog aus der Weimarer Zeit von verschiedensten Reformanliegen lediglich verwirklicht wurde.⁴⁷ Daher wäre es ein vorläufiger Trugschluss, den § 219a StGB als klassischen „NS-Paragrafen“ einzuordnen.⁴⁸ Um ein vorkonstitutionelles Gesetz nach seiner Verfassungsmäßigkeit zu beurteilen, ist nicht der Zeitraum der Verabschiedung bzw. die Urheberschaft des Gesetzes maßgeblich.⁴⁹ Ausschlaggebend ist alleine der Maßstab des Art. 123 Abs. 1 GG, wonach das vorkonstitutionelle Recht dem Grundgesetz nicht widersprechen darf.⁵⁰ Ein Indiz dafür, ob ein vorkonstitutionelles Gesetz grundgesetzkonform ist, besteht dann, wenn sich der demokratisch legitimierte und verfassungsrechtlich gebundene Gesetzgeber mit der Vorschrift befasst und diese bestätigt hat.⁵¹ Wie *Kubiciel* zutreffend erläutert, setzte sich der Gesetzgeber während der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts und jüngst 2019 mit der Einführung des § 219a Abs. 4 StGB intensiv mit der Norm auseinander, sodass die Norm dahingehend verfassungsmäßig ist.⁵²

Gleichwohl muss das betrachtete, erlassene Gesetz letztlich auch im Spiegel der Zeit beurteilt werden. Der nationalsozialistische Gesetzgeber nutzte die Vorarbeiten der Reformbestrebungen aus der Weimarer Zeit⁵³, um seine Interessen durchzusetzen, wobei sich das verfolgte Ziel auf die bevölkerungspolitischen Interessen, wie der „Wichtigkeit des Nachwuchses des deutschen Volks“, zuspitzte.⁵⁴ Mithin dürfte das Interesse des Schutzes des individuellen ungeborenen Lebens neben dem kollektiven Interesse des Schutzes der „Zersetzung des deutschen Volkes“ bei der Einführung der §§ 219, 220 RStGB 1933 weniger ausschlaggebend und nur vorgeschoben gewesen sein („Scheinargument“). Die Vorschriften dürften schließlich auch das Ziel verfolgt haben, unliebsame Ärzte unter fadenscheinigen Gründen in Schutzhaft zu nehmen oder gar ihre Approbation zu entziehen, was zur Verarmung der Betroffenen und oft zu deren Emigration führte.⁵⁵ Damit ließen sich durch die Regelungen zum Werbeverbot auch gesellschaftsstrukturelle Ziele im Sinne der nationalsozialistischen Rassenideologie umsetzen.⁵⁶

IV. Das Werbeverbot zwischen der Autonomie der Frau und dem Schutz des ungeborenen Lebens

1. Zwischen Konservatismus und sexueller Revolution

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges wurde in der britischen Besatzungszone durch die Verordnung vom 3.2.1947 der alte Rechtszustand des § 219 RStGB in der Fassung von 1933 wieder hergestellt⁵⁷, da die Alliierten in dem Werbeverbot keinen spezifischen nationalsozialistischen Gehalt verankert sahen.⁵⁸ Daneben blieb die unbedingte Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB a.F. – 1953 wurde die Todesstrafe aufgehoben – bis in die 1970er Jahre hinein bestehen.⁵⁹ Gleichzeitig reformierte der Gesetzgeber das Verbot der Werbung des Schwangerschaftsabbruchs nicht.⁶⁰ Vielmehr stellte er § 219 RStGB⁶¹ in der Fassung von 1933 nun bundeseinheitlich wieder her, um Rechtseinheit und Rechtsklarheit in der Bundesrepublik zu schaffen.⁶² Im Jahr 1962 wurde im Rahmen der Strafrechtsreform im 1962-E der § 219 StGB a.F. als „bewährt“ eingestuft.⁶³ Anschließend erfolgte durch das EGOWiG vom 24.5.1968⁶⁴ mit § 219 Abs. 3 StGB a.F. eine Regelung zur Einziehung der betroffenen Gegenstände nach § 219 Abs. 1 StGB a.F.⁶⁵

Die zunehmenden gesellschaftlichen Spannungen⁶⁶ aufgrund der unbedingten Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs versuchte die sozialliberale Koalition mit der Einführung einer Fristenlösung durch das 5. Gesetz zur Reform des Strafrechts aufzulösen.⁶⁷ Nach § 218a StGB i.d.F. des 5. StrRG lag ein strafloser Schwangerschaftsabbruch vor, wenn innerhalb von 12 Wochen seit der Empfängnis der Abbruch durch einen Arzt mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommen wurde. Zudem muss die Schwangere ärztlich beraten werden und über die private Hilfe für Schwangere unterrichtet werden (§ 218c StGB i.d.F. des 5. StrRG). Daneben waren Abbrüche aufgrund medizinischer und kindlicher Indikationen gem. §§ 218, 218b StGB i.d.F. des 5. StrRG straflos.⁶⁸

⁴⁷ *Gruchmann* (Fn. 46), S. 837 f.; *Duttge* (Fn. 2), S. 712 (717); *Putzke* (Fn. 8), S. 339.

⁴⁸ *Kubiciel*, ZRP 2018, 12 (14); *Rogall* (Fn. 17), S. 1181 (1186); *Schweiger*, ZRP 2018, 98 (99); *Duttge* (Fn. 2), S. 712 (717); *Wörner*, in: Abschiedskolloquium für Walter Gropp, 2021, S. 353 (361 f.).

⁴⁹ *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14).

⁵⁰ *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14); vgl. *Battis/Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, 6. Aufl. (2018), § 6 Rn. 214.

⁵¹ *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14).

⁵² Vgl. *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14); vgl. *Rogall* (Fn. 17), S. 1181 (1186).

⁵³ *Zier* (Fn. 34), S. 2.

⁵⁴ Vgl. *Zier* (Fn. 34), S. 3; *Wiss. Dienste des BT*, WD7-3000-159/17, S. 5; ähnlich *Wörner* (Fn. 48), 353 (361); a.A. *Duttge* (Fn. 2), S. 712 (717).

⁵⁵ Vgl. *Leibfried*, in: *Krit. Justiz, Streitbare Juristen*, 1988, S. 318 (320 ff.); *Wörner* (Fn. 48), S. 353 (362); *Frommel*, in: *FS Fischer*, 2018, S. 1049 (1058).

⁵⁶ So jedenfalls *Frommel* (Fn. 55), S. 1049 (1058) sowie *dies.*, JR 2018, 239.

⁵⁷ *BT-Drs.* 01/3713, S. 39.

⁵⁸ *Wiss. Dienste des BT*, WD 7-3000-159/17, S. 6.

⁵⁹ Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953, BGBl. I 1953 Nr. 44, S. 735; *Rogall*, in: *SK-StGB*, vor §§ 218 ff. Rn. 9 f.; v. *Behren*, APuZ 20/2019, 12 (15).

⁶⁰ *BT-Drs.* 01/3713, S. 39.

⁶¹ Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953, BGBl. I 1953 Nr. 44, S. 742.

⁶² *BT-Drs.* 01/3713, S. 39; *Wiss. Dienste des BT*, WD 7-3000-159/17, S. 6.

⁶³ Hierfür fehlen jedoch die Belege, *Rogall* (Fn. 17), S. 1181 (1186); s. *BT-Drs.* IV/650, S. 281.

⁶⁴ Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) vom 24. Mai 1968, BGBl. I 1968 Nr. 33, S. 503.

⁶⁵ Art. 1 Nr. 12 EGOWiG; *Wiss. Dienste des BT*, WD 7-3000-159/17, S. 7.

⁶⁶ Näher v. *Behren*, APuZ 20/2019, 12 (15).

⁶⁷ Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) vom 18. Juni 1974, BGBl. I 1974 Nr. 63, S. 1297.

⁶⁸ Näher *Rogall*, in: *SK-StGB*, vor §§ 218 ff. Rn. 11; *Gropp/Wörner*, in: *MüKo-StGB*, vor §§ 218 ff. Rn. 14.

Im Zuge dessen wurde auch das Werbeverbot unter § 219a in das StGB eingeführt, der beinahe identisch mit der heutigen Vorschrift ist.⁶⁹ Hingegen setzte sich der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer nicht durch, der das Werbeverbot für eigene oder fremde Dienste für entbehrlich hielt, da letztlich § 49a StGB a.F. erweitert wurde (heute: § 30 StGB) und eine solche Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes nicht erforderlich sei.⁷⁰ Demgegenüber beabsichtigte der damalige Gesetzgeber mit der Einführung des § 219a StGB, „dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit nicht als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“.⁷¹ § 219a StGB solle bezwecken, dass der Schwangerschaftsabbruch nicht verarmlos und zum Betätigungsfeld ausbeuterischer Aktivitäten werde.⁷² Der Gesetzgeber sah explizit vor, § 219a StGB nicht in das Ordnungswidrigkeitenrecht zu überführen⁷³ oder gar zu streichen⁷⁴, sondern zum Schutz des Rechtsguts des ungeborenen Lebens als strafrechtlichen Unwert zu sanktionieren.⁷⁵ Somit wurde erst in den 1970er Jahren erstmalig der Schutz des ungeborenen Lebens als Rechtsgut ausdrücklich durch das Werbeverbot verfolgt.⁷⁶ Zwar war man sich über die Strafbarkeit als solche einig, jedoch wurde intensiv über die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 219a StGB im Sonderausschuss zur Strafrechtsreform debattiert.⁷⁷ Letztlich wurden trotz Kontroversen die Tatbestandsmerkmale „grob anstößig“ sowie „seines Vermögensvorteils wegen“ eingefügt. Damit sollte das Informationsinteresse der Frau im Falle einer Schwangerschaft sichergestellt werden.⁷⁸ Zudem einigte man sich, dass das Werbeverbot illegale sowie legale Schwangerschaftsabbrüche pönalisiert.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass sich der § 219a StGB in das System der liberalen Fristenregelung von 1974 ohne Friktionen einfügte⁷⁹; die Vorschrift ist innerhalb dieses liberalen Abtreibungsrechts als Idee eines „Schutzschildes“ des ungeborenen Lebens und des gesellschaftlichen Klimas im Spannungsverhältnis zwischen Wandel und Konservatismus in den 1970er Jahren einzuordnen.

Diese Liberalisierung wurde jedoch schon 1975 durch das *BVerfG* kassiert, welches die Fristenlösung für grundge-

setzwidrig und nichtig einstuft.⁸⁰ Nach der darauf eingeführten Indikationenregelung des 15. StrÄndG von 1976 waren sämtliche Schwangerschaftsabbrüche nach der Nidation strafbar, es sei denn, es lag eine Rechtfertigung aufgrund einer medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 StGB a.F. vor.⁸¹ Bemerkenswerterweise blieb trotz des Urteils des *BVerfG* und der Einführung der Indikationenregelung die Vorschrift des § 219a StGB in seiner Gestalt des 5. StrRG in Kraft, ohne dass diese erneut Gegenstand politischer und gesellschaftlicher Diskussionen gewesen wäre.

2. Zwischen Entkriminalisierung und Schutz des „Arbeitskräftepotenzials“

Die Entwicklung in dem anderen Teil der heutigen Bundesrepublik, der damaligen DDR, verlief freilich anders: Im Gegensatz zur BRD wurden die §§ 218-220 RStGB bis zum Jahre 1950 in den einzelnen Ländern der DDR vollständig aufgehoben.⁸² Damit wurde auch das Werbeverbot für den Schwangerschaftsabbruch gestrichen. Mit der einheitlichen Einführung des Mutterschutzgesetzes⁸³ in der gesamten DDR waren Schwangerschaftsabbrüche nur aufgrund medizinischer oder erbpathologischer Indikation erlaubt.⁸⁴

Trotz der pronatalistischen Familienpolitik führte die DDR mit den §§ 153-155 DDR-StGB von 1972⁸⁵ eine Fristenregelung ein, nach der Frauen innerhalb von zwölf Wochen einen ärztlichen Schwangerschaftsabbruch ohne jegliche Darlegung der Motive durchführen lassen konnten.⁸⁶ Diese Regelungen stellten einen Kompromiss dar und basierten auf der Erwägung, einerseits dem Bedürfnis der Bevölkerung, den Schwangerschaftsabbruch zu entkriminalisieren, nachzukommen, andererseits durfte gleichzeitig das „Arbeitskräftepotenzial des Arbeiter- und Bauernstaates“ durch herabsinkende Geburtenzahlen nicht geschwächt werden.⁸⁷

Mit der Novellierung wurde keine äquivalente Norm zu § 219a BRD-StGB eingeführt. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass in der DDR seit 1995 ein allgemeines Verbot für Werbung galt. Eine Ausnahme hiervon bildete

⁶⁹ „§ 219a Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften, Ton- oder Bildträgern, Abbildungen oder Darstellungen seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise 1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder 2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren mit Geldstrafe bestraft. [...]“, abgedruckt bei Wiss. Dienste des BT, WD 7-3000-159/17, S. 7.

⁷⁰ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, 1. HB, S. 35; Rogall (Fn. 17), S. 1181 (1186).

⁷¹ BT-Drs. 7/1981, S. 17; BT-Drs. 7/1983, S. 19; vgl. *BVerfG*, NJW 1993, 1751 (1769).

⁷² Gropp/Wörner, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 1; Prot. SA 25/14687; BT-Drs. 7/1981, S. 17; krit. Schroeder, ZRP 1992, 409 (410).

⁷³ Ausdr. BT-Drs. 6/3434, S. 16.

⁷⁴ BT-Drs. 7/554, S. 8.

⁷⁵ BT-Drs. 7/1983, S. 19.

⁷⁶ Anders Hillenkamp, HÄBL 2018, 92.

⁷⁷ Ausführlich Rogall (Fn. 17), S. 1181 (1187 ff.).

⁷⁸ BT-Drs. 7/1981, S. 17.

⁷⁹ Vgl. MinRat Horstkotte, Prot. 30/1646.

⁸⁰ *BVerfG*, NJW 1975, 573.

⁸¹ Fünfzehntes Strafrechtsänderungsgesetz vom 18. Mai 1976, BGBl. I 1976 Nr. 56, S. 1213; vgl. ausführlich Beulke, FamRZ 1976, 596 (597 ff.).

⁸² Aresin, in: Staupe/Vieth (Fn. 33), S. 86.

⁸³ Gesetz über Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau vom 27. September 1950, GBl. DDR 1950, S. 1037 ff., § 11.

⁸⁴ M. Vormbaum, Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, 2015, S. 116.

⁸⁵ Durchführungsbestimmung zum Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft vom 9. März 1972, DDR GBl. 1972 II Nr. 12 vom 20. März 1972.

⁸⁶ V. Behren, APuZ 20/2019, 12 (18); näher zur Regelung in der DDR Aresin, in: Staupe/Vieth (Fn. 33), S. 86.

⁸⁷ Arbeitsgruppe Schwangerschaftsunterbrechung in der DDR (12.3.1964), abgedruckt bei Mohnhaupt/Mollnau, Deutsche Demokratische Republik (1958-1989) V/2, Dokumente, 2004, S. 277 ff.; M. Vormbaum (Fn. 84), S. 392.

etwa die Werbung zur Gesundheitserziehung.⁸⁸ Ob darunter auch der Schwangerschaftsabbruch fiel, womit das Werben dafür legal gewesen wäre, erscheint denkbar. Das Fehlen von entsprechenden Zeitzeugnissen oder wissenschaftlichen Abhandlung zur Frage, legt es indessen nahe, dass der Gesetzgeber der DDR eine monothematische Sanktionierung hinsichtlich der Schwangerschaftsabbruchswerbung im Rahmen eines polythematischen Werbeverbots nicht als erforderlich angesehen hat. Für das Fehlen weitergehende Regelungen sowie im Speziellen das Werbeverbot spricht auch der geringe Einfluss ethischer Erwägungen⁸⁹ hinsichtlich der Leibesfrucht im Vergleich zur Bundesrepublik im gesellschaftlichen und politischen Diskurs.⁹⁰

3. Zwischen dem Recht zweier deutscher Staaten

Im Bereich des Schwangerschaftsabbruchsrecht kam der Gesetzgeber mit dem Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27.7.1992.⁹¹ seiner Pflicht⁹² nach, Rechtseinheit für das neue gesamtdeutsche Hoheitsgebiet herzustellen.

Die gewählte rechtfertigende Fristenlösung mit Beratungspflicht nach § 218a StGB a.F. legte die Entscheidung über den Abbruch einer Schwangerschaft in die Hände der Schwangeren.⁹³ Das SFHG ging stillschweigend von einer Übernahme von § 219a StGB aus, da in der Gesetzesbegründung § 219a StGB nicht mehr erwähnt wurde.⁹⁴ Damit hat sich der Gesetzgeber zwar entschieden, als eine der wenigen strafrechtlichen Regelungen aus der DDR die Konzeption des Schwangerschaftsabbruchsrecht zu übernehmen⁹⁵, jedoch § 219a StGB aus der BRD beizubehalten. Gleichwohl handelt es sich um eine kohärente Harmonisierung der beiden deutschen Regelungskonzeptionen, insofern davon ausgegangen wird, dass in der DDR das Werbeverbot für den Schwangerschaftsabbruch durch das polythematische Werbeverbot umfasst worden ist.

Daraufhin erklärte jedoch das *BVerfG* die Regelung des § 218a StGB a.F. aufgrund des fehlenden Schutzes für das ungeborene Leben erneut für nichtig.⁹⁶ Anschließend wurde mit dem Schwangerschaftskonfliktgesetz vom 21.8.1995⁹⁷ der rechtliche status quo des Schwangerschaftsabbruchsrechts mitsamt des § 219a StGB in unveränderter Form geregelt.⁹⁸

Es wurde für mehr als 20 Jahre jedenfalls mit Blick auf die politische Debatte ruhig um den Regelungskomplex. Bewegung erhielt sie indes im Jahre 2019 nach der Verurteilung der Ärztin *Kristina Hänel*, welche Proteste auslöste, die die Große Koalition rechtspolitisch zu entsprechenden Reformplänen zwang, die in der Tat zur Schaffung des § 219a Abs. 4 StGB als Kompromisslösung zwischen den beiden Parteien führte.⁹⁹ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll einerseits dem Informationsbedürfnis der Frau Rechnung getragen werden, andererseits Rechtssicherheit für Ärztinnen, Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen geschaffen werden, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen.¹⁰⁰ Damit entschied sich der Gesetzgeber erneut bewusst dagegen, § 219a StGB im Gesamten zu streichen, um eine Straffreiheit des Anpreisens und der grob anstößigen Werbung zu verhindern.¹⁰¹ § 219a StGB sei Teil des bestehenden gesetzgeberischen Schutzkonzeptes für das ungeborene Leben, weshalb das Rechtsgut des ungeborenen Leben beeinträchtigt würde, wenn § 219a StGB aufgehoben werden würde.¹⁰² Zudem solle § 219a StGB verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit verharmlost und kommerzialisiert wird.¹⁰³ Die Begründung zeigt, dass sich die Intention des historischen Gesetzgebers von 1974 und des Gesetzgebers von 2019 überschneiden.

V. Fehlendes Rechtsgut des § 219a StGB

Die Normgenese bis zur heutigen Fassung der gegenständlichen Vorschrift hat gezeigt: Im Laufe des Jahrhunderts bezweckte der Gesetzgeber mit § 219a StGB den Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter. Aus einer Gesamtbetrachtung ist indes ein allgemeines Schutzinteresse festzustellen, dass allen Erwägungen von den ersten Entwürfen aus dem Jahre 1913 bis zur heutigen Zeit gemein ist: Der Schwangerschaftsabbruch als solcher soll generalpräventiv verhindert werden, indem dessen Kommerzialisierung und das Werben dafür, wie für jede andere alltägliche Dienstleistung, verboten wird.

Mag dieses Interesse, den Schwangerschaftsabbruch zu verhindern, noch vor 1974 angemessen gewesen sein, da der Schwangerschaftsabbruch gänzlich verboten war, so kann dieses Interesse spätestens ab 1995 nicht als vertretbares Rechtsgut herangezogen werden, denn der Schwan-

⁸⁸ Näher *Tippach-Schneider*, Messemännchen und Minol-Pirol – Werbung in der DDR, 1999, S. 7 f.

⁸⁹ *M. Vormbaum* (Fn. 84), S. 392; s.a. *Gindulis*, Der Konflikt um die Abtreibung, 2003, S. 117.

⁹⁰ Vgl. *Gindulis* (Fn. 89), S. 117; vgl. *M. Vormbaum* (Fn. 84), S. 392.

⁹¹ Gesetz zum vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familiengesetz) vom 27. Juli 1992, BGBl. I 1992 Nr. 37, S. 1398.

⁹² Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz – und der Vereinbarung vom 18. September 1990 vom 23. September 1990, BGBl. II 1990 Nr. 35, S. 885; *Merkel*, in: NK-StGB, vor §§ 218 ff. Rn. 10.

⁹³ *Rogall*, in: SK-StGB, vor §§ 218 ff. Rn. 22; *Merkel*, in: NK-StGB, vor §§ 218 ff. Rn. 10; krit. *Beckmann*, MDR 1992, 1093; dagegen *Eser*, NJW 1992, 2913 sowie *Schroeder*, ZRP 1992, 409.

⁹⁴ Vgl. BT.-Drs. 12/6669, S. 3 f., 10 f.

⁹⁵ *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT I, 11. Aufl. (2019), § 5 Rn. 23; näher *Schünemann*, ZRP 1991, 379 (380).

⁹⁶ *BVerfG*, NJW 1993, 1751 (1764).

⁹⁷ Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) vom 21. August 1995, BGBl. I 1995, S. 1050.

⁹⁸ Vgl. Wiss. Dienste des BT, WD 7-3000-159/17, S. 8.

⁹⁹ Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 22.3.2019, BGBl. I 2019, S. 350; krit. *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 50. Ed. (2021), § 219a Rn. 1; s.a. *Wörner* (Fn. 48), S. 353 (378).

¹⁰⁰ BT.-Drs. 19/7693, S. 1 f.

¹⁰¹ A.a.O., S. 2.

¹⁰² A.a.O., S. 7.

¹⁰³ A.a.O., S. 7.

gerschaftsabbruch ist bis zur zwölften Woche zwar rechtswidrig, wird jedoch schließlich nicht von der Strafrechtsordnung pönalisiert.¹⁰⁴ Zu Recht ist daher davon auszugehen, dass das heutige zu schützende Gut vielmehr das Kollektivrechtsgut des „gesellschaftlichen Klimaschutzes“¹⁰⁵ und aufgrund der Vorfeldstrafbarkeit den mittelbaren Lebensschutz umfasst.¹⁰⁶ Diese Rechtsgüter stellen im Sinne des *ultima-ratio*-Vorbehalts des Strafrechts kein eine Pönalisierung der Werbung des Schwangerschaftsabbruchs legitimierendes Rechtsgut dar.¹⁰⁷ Mit Blick auf diese Erwägungen ist der heutige Wille des Gesetzgebers, das Rechtsgut des ungeborenen Lebens gem. Art. 2 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu schützen, widersprüchlich, während diese Divergenz in der Vergangenheit nicht festzustellen ist. Dies spricht gegen die Legitimation mindestens eines Werbeverbots des erlaubten Schwangerschaftsabbruchs.¹⁰⁸

Nimmt man jedoch an, § 219a StGB schütze das ungeborene Leben, folgt aus der Historie, dass dieser Zweck schon nicht mehr mit der heutigen Fassung des § 219a StGB erreicht wird. Das heutige Recht des Schwangerschaftsabbruchs umfasst neben der Fristen- und Indikationenregelung auch eine Beratungspflicht bei einer staatlich anerkannten Stelle, die umfassender als diejenige des G-1974 in Westdeutschland war. In Ostdeutschland hingegen bestand mit G-1972 noch nicht einmal eine Beratungspflicht, sondern lediglich eine Aufklärungspflicht durch den Abbruch durchführenden Arzt. Die heutige Beratungspflicht dient dem Schutz des ungeborenen Lebens und soll die Frau dazu ermutigen, die Schwangerschaft fortzuführen (§ 219 StGB, § 6 Abs. 1 S. 2 SchKG). Im Gegensatz zur Beratungspflicht von 1974 kann die heutige Beratung nur von staatlich vorgesehenen und anerkannten Beratungsstellen erfüllt werden. Eine Personalunion von beratendem und abbrechendem Arzt ist nicht mehr möglich.¹⁰⁹ Mit der gegenwärtigen Beratungspflicht wurde im Gegensatz zur Fristenlösung von 1974 eine weitere prozedurale Sicherung zum Schutz des ungeborenen Lebens erlassen. Auch wenn die Werbung für den Schwangerschaftsabbruch erlaubt sein sollte, muss sich die Schwangere weiterhin an die Beratungsstelle wenden, wodurch eine sachgemäße Aufklärung gewährleistet wird. Dadurch wird verhindert, dass die Betroffene durch die Werbung von außen zu einem überstürzten Schwangerschaftsabbruch verleitet wird.¹¹⁰ Folglich ist der eigentliche Zweck, den Schutz der Leibesfrucht zu erweitern, weggefallen. Sowohl durch die Beratungspflicht als auch durch die Feststellung der Rechtswidrigkeit des legalen Schwangerschaftsabbruchs wird der Schwangerschaftsabbruch von Recht und Gesellschaft nicht als etwas „Normales“ angesehen, wie es dem Gesetzgeber 1974 bei der Konzeption des § 219a StGB noch vor Augen schwebte.

Darüber hinaus ist es Ärzten nach § 27 Muster-Berufsordnung untersagt, anpreisend oder irreführend für ihre Tätigkeit zu werben. Diese berufsrechtlichen Regelungen halten bei Verstößen Sanktionen bis hin zum Entzug der Approbation bereit und könnten bei Bedarf durch die Bundesärztekammer erweitert werden.¹¹¹

Mithin wird der Zweck des Schutzes des ungeborenen Lebens nicht durch § 219a StGB, sondern durch das allgemeine Regelungsregime der §§ 218 ff. StGB und des ärztlichen Berufsrecht bereits in erforderlichem Maße erreicht. Eine Beibehaltung des § 219a StGB ist unnötig und konterkariert insoweit den *ultima-ratio*-Charakter des Strafrechts.¹¹²

VI. Kriminalpolitische Erwägungen

Darüber hinaus sprechen kriminalpolitische Erwägungen im historischen Vergleich gegen das Werbeverbot. Die Sexualmoral und die Stellung der Frau in der Gesellschaft haben sich in den vergangenen hundert Jahren weitreichend progressiv gewandelt. Die heutigen Ansichten brechen vollständig mit jenen, welche zur Zeit der ersten Entwürfe zum Werbeverbot vorherrschten. Auch bevölkerungspolitische Interessen spielen in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung bei der Thematik des Schwangerschaftsabbruchs keine Rolle mehr; vielmehr wird – als einzig legitimer Zweck – der individuelle Schutz der Leibesfrucht verfolgt. Die Autonomie und der Schutz der Frau in der Notsituation, wie sie in der Vergangenheit mit § 219a StGB erreicht werden wollte, wird gegenwärtig nicht dadurch erreicht, dass Informationskanäle reguliert werden, sondern indem die Betroffenen professionell von staatlich anerkannten Beratungsstellen beraten werden.¹¹³ Mithilfe der Beratungslösung wird die Betroffene sachgemäß aufgeklärt, sodass einer möglichen „Informationsflut“ aus dem Internet entgegengewirkt wird. War es noch bei den ersten Gesetzesentwürfen ein ausdrückliches Ziel, Frauen von Informationen fernzuhalten, die sie und ihre Situation betreffen, widerspricht dies heutzutage der selbstverständlichen Vorstellung über Frauen als gleichberechtigte und mündige Personen. In Teilen trägt die Beibehaltung der Vorschrift also einen Zeitgeist der Vergangenheit in die Gegenwart, der weitestgehend in der Gesellschaft keinen Konsens mehr findet.

Des Weiteren müssen Lösungen gefunden werden, wie nicht durch Kriminalisierung, sondern mit außerstrafrechtlichen Mitteln der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen effektiver vorgebeugt werden kann. Keine Lösung ist es, den Schwangerschaftsabbruch als Dilemma

¹⁰⁴ So bereits auch schon *Schroeder*, ZRP 1992, 409 (410).

¹⁰⁵ *Sowada*, ZfL 2018, 24; *Merkel*, in: NK-StGB, § 219a Rn. 2; *Ulsenheimer/Dießner*, in: Ulsenheimer/Gaede, ArztStR, 6. Aufl. (2021), Rn. 972; *Winter*, HRRS 2019, 291 (293); ähnlich *Mitsch*, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 219a Rn. 1.

¹⁰⁶ *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 219a Rn. 1; *Goldbeck*, ZfL 2005, 102.

¹⁰⁷ *S. Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 1 Rn. 30.

¹⁰⁸ Vgl. *Weigend*, ZfL 2018, 120.

¹⁰⁹ *Eser*, NJW 1992, 2913 (2918); a.A. *Beckmann*, MDR 1992, 1093 (1096 f.).

¹¹⁰ A.A. *AG Gießen*, Urt. v. 24.11.2017, medstra 2018, 126 sowie *Wörner*, NStZ 2018, 416 (417); *Merkel*, ZfL 2018, 114 (117).

¹¹¹ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a vom 27. Juni 2018, S. 10.

¹¹² So auch v. *Behren*, APuZ 20/2019, 12 (19) und *Frommel*, JR 2018, 239 (241); ähnlich *Wörner* (Fn. 48), S. 353 (379).

¹¹³ Krit. insoweit *Hillenkamp*, HÄBL 2018, 92.

der Menschheitsgeschichte¹¹⁴ im öffentlichen Meinungsaustausch zu negieren; dies dürfte in einer modernen, offenen Gesellschaft auch nicht möglich sein.¹¹⁵ Als Grundbausteine für einen vernünftigen Umgang mit der Thematik spielen eine ausführlichere Sexualaufklärung der Bevölkerung eine ebenso wichtige Rolle wie der einfache Zugang zu Verhütungsmitteln.

VII. Conclusio

Der Vergleich der Erwägungen zu § 219a StGB im vergangenen Jahrhundert demonstriert, dass unter heutiger Betrachtung mit § 219a StGB kein legitimer Rechtsgüter-

schutz im Sinne des *ultima-ratio-Vorbehalts* verfolgt wird. Das Schutzinteresse, dass der Schwangerschaftsabbruch generalpräventiv verhindert werden soll, indem die Kommerzialisierung und das Werben dafür verhindert wird, stellt kein hinreichendes Rechtsgut dar. Auch der vom Gesetzgeber verfolgte Schutz des ungeborenen Lebens wird – wenn überhaupt – lediglich mittelbar erfüllt. Zudem spricht eine kriminalpolitische Gesamtschau der Historie gegen das Werbeverbot. Daher ist es erforderlich, nicht nur die Werbung des legalen Schwangerschaftsabbruchs aufzuheben, sondern den gesamten § 219a StGB zu streichen.

¹¹⁴ Gropp/Wörner, in: MüKo-StGB, vor §§ 218 ff. Rn. 11; ähnlich Merkel, in: NK-StGB, vor §§ 218 ff. Rn. 1; Laarmann, ZfL 2019, 122.

¹¹⁵ Vgl. Merkel, ZfL 2018, 114 (117) sowie ders., in: NK-StGB, § 219a Rn. 3.

Jenseits der Beleidigung unter Kollektivbezeichnung? – Überlegungen zur Verhetzenden Beleidigung gem. § 192a StGB

von Maximilian Nussbaum*

Abstract

Jüngst fügte der Gesetzgeber den Ehrschutzdelikten § 192a StGB hinzu, um eine Strafbarkeitslücke im Bereich der nicht individualisierten und nicht-öffentlichen Konfrontation bestimmter Gruppenangehöriger mit verhetzenden Inhalten zu schließen. Der folgende Beitrag will eine erste Analyse der neuen Vorschrift im Hinblick auf ihr Schutzkonzept, die einzelnen Tatbestandsmerkmale und ihr Verhältnis zu den sonstigen Beleidigungsdelikten bieten.

Recently, the German parliament added § 192a StGB to the offenses of defamation in order to close a gap in the penal code in the area of non-individualized and non-public confrontation of members of a certain group with inhuman and group-related content. The following article aims to provide an initial analysis of the new provision with regard to its protective concept, the individual elements of the offense, and its relationship to other insulting offenses.

I. Einführung

Nachdem der 14. Abschnitt des StGB lange Zeit durch den Gesetzgeber im Wesentlichen unberührt blieb, wurden die §§ 185 ff. StGB dieses Jahr mit der Einführung des § 192a StGB bereits zum zweiten Mal¹ einschneidend verändert. Im Juni 2021 passierte die neue Strafvorschrift den Bundestag und trat mit den entsprechenden Anpassungen der §§ 193 f. StGB am 22. September mit folgendem Wortlaut in Kraft²:

§ 192a StGB – Verhetzende Beleidigung

„Wer einen Inhalt (§ 11 Absatz 3), der geeignet ist, die Menschenwürde anderer dadurch anzugreifen, dass er eine durch ihre nationale, rassische, religiöse oder ethnische Herkunft, ihre Weltanschauung, ihre Behinderung oder ihre sexuelle Orientierung bestimmte Gruppe oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer dieser Gruppen beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, an eine andere Person, die zu einer der vorbezeichneten Gruppen gehört, gelangen lässt, ohne von dieser Person hierzu aufgefordert zu sein, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Der Beitrag will sich im Folgenden als eine erste, nur ausschnittartige dogmatische Verortung und rechtspolitische Bewertung verstanden wissen. Dabei soll zunächst die

vom Gesetzgeber ausgemachte Strafbarkeitslücke ausgeleuchtet (II.) und das geschützte Rechtsgut konkretisiert (III.) werden. Anschließend sollen die einzelnen Tatbestandsmerkmale in den Blick genommen (IV.) und einige Fragen adressiert werden, die sich vor allem der Stellung des § 192a StGB im System der Ehrschutzdelikte widmen (V.).

II. Strafbarkeitslücke

Ziel des Gesetzgebers war es, mit § 192a StGB eine Strafbarkeitslücke zu schließen, die zwischen der Beleidigung und der Volksverhetzung „klaffte“. Der Blick richtete sich auf die Zusendung von herabwürdigenden gruppenbezogenen Inhalten an entsprechende Gruppenangehörige. Als Beispiel liefert die Gesetzesbegründung die Zusendung von antisemitisch motivierten Inhalten an den Zentralrat der Juden, wo diese von Juden gelesen werden.³ Im Folgenden sollen die §§ 130 Abs. 1, 185 ff. StGB betrachtet und das Bestehen einer Strafbarkeitslücke überprüft werden.

1. Volksverhetzung

Eine Strafbarkeit gem. § 130 Abs. 1 StGB sei laut Gesetzgeber bei der Zusendung von Inhalten an eine andere Person oder an einen geschlossenen Personenkreis regelmäßig mangels tatbestandlich vorausgesetzter Eignung zur Friedensstörung zu verneinen.⁴ Nach h.M. sind eine Reihe von Umständen im Hinblick auf Form und Inhalt der Äußerung relevant, um die Störungseignung zu prüfen.⁵ Richtigerweise dürfte zwischen den tatbestandlichen Varianten des Abs. 1 zu differenzieren sein: Geht es um die, der markierten Strafbarkeitslücke näheren Nr. 2, so kann es für die Eignung zur Friedensstörung nicht primär auf die inhaltliche Intensität der Äußerung ankommen, stellt doch bereits der geforderte Angriff auf die Menschenwürde eine Beschränkung auf diffamierende Äußerungen dar, die den Kern der Persönlichkeit betreffen.⁶ Der Gesetzgeber identifiziert die Strafbarkeitslücke aber ohnehin aufgrund der nicht-öffentlichen Begehung. Zu betonen ist, dass eine solche für die Störungseignung keineswegs zwingend notwendig ist, sondern auch eine nur mögliche

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und andere Geschlechtsidentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint.

¹ Es ging die Reform durch das Gesetz zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität voran, BGBl. I 2021 Nr. 13, S. 441 ff.

² BGBl. I 2021, S. 4251.

³ BT-Drs. 19/31115, S. 14.

⁴ A.a.O.

⁵ Vgl. mit zahlreichen Nachweisen Krauß, in: LK-StGB, 8. Bd, 13. Aufl. (2021), § 130 Rn. 77.

⁶ Streng, in: FS-Lackner, 1987, S. 501 (516 f.); Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 309.

Breitenwirkung für eine Eignung sprechen kann. So genügt es, dass die konkreten Umstände nahelegen, dass der Angriff einer (breiteren) Öffentlichkeit bekannt wird.⁷ Dafür können die Größe und Zusammensetzung des unmittelbaren Empfängerkreises, aber auch die zu erwartende Weiterverbreitung durch die Rezipienten eine maßgebende Rolle spielen.⁸ Empfangen nun Zusammenschlüsse der betroffenen Gruppenangehörigen den verhetzenden Inhalt, könnte eine weitere Sichtbarmachung wohl grundsätzlich näher liegen als bei Einzelpersonen, insbesondere wenn bekannt ist, dass von diesen Zusammenschlüssen eine offensive Strategie im Umgang mit hetzerischen Angriffen verfolgt wird. So veröffentlichte bspw. der Zentralrat der Juden im Mai 2021 unter dem Hashtag *#HassBeimNamenNennen* eine Reihe antisemitischer öffentlicher Postings, sowie privater Zuschriften.⁹ Letztlich bleibt es im Einzelfall aus einer ex-ante-Perspektive zu bestimmen, ob mit einer entsprechenden Breitenwirkung der Äußerung zu rechnen ist, wobei bei Äußerung gegenüber Einzelpersonen oder sehr kleinen Empfängerkreisen die Annahme einer Öffentlichkeitsfähigkeit besonderer Umstände bedarf, um die begrenzende Funktion der Eignungsklausel nicht zu unterminieren.¹⁰ Neben der potenziellen Breitenwirkung sind sodann auch sonstige Umstände, u.a. die Empfänglichkeit der Adressaten und das politische und gesellschaftliche Klima insgesamt im Hinblick auf die konkrete Äußerung einzubeziehen.¹¹

2. Beleidigung

Im Hinblick auf den § 185 StGB ergebe sich, so der Gesetzgeber, die Strafbarkeitslücke aus der fehlenden Individualisierung des Beleidigten.¹² Tatsächlich dürfte eine – prinzipiell von der h.M. anerkannte¹³ – Beleidigungsfähigkeit von Personengemeinschaften häufig an ihren strengen Voraussetzungen scheitern. Denn den in § 192a StGB aufgeführten Gruppierungen dürfte mangels hinreichender organisatorischer Strukturen in der Regel die Fähigkeit fehlen, einen einheitlichen Willen zu bilden. Ausnahmen könnten Interessenverbände der jeweiligen Gruppierungen bilden. Dann müssten für eine Strafbarkeit jedoch gerade sie der Bezugspunkt der Beleidigung sein.¹⁴ Auch sieht der Gesetzgeber kaum Möglichkeiten, eine Be-

leidigung unter Kollektivbezeichnung zu Lasten der einzelnen Gruppenangehörigen anzunehmen¹⁵:

a) „Echte“ Sammelbeleidigung

Um eine solche, die individuelle Ehre jedes Kollektivmitglieds betreffende, Sammelbeleidigung¹⁶ zu bejahen, bedarf es nämlich eines klar umgrenzten Personenkreises, der aus der Allgemeinheit hervortritt sowie eines Bezugs auf jedes der Bezeichnung unterfallendes Individuum.¹⁷ Zum Teil wird überdies gefordert, dass das Kollektiv zahlenmäßig überschaubar ist.¹⁸ Dieses Kriterium mag weniger für die Abgrenzbarkeit einer Personengruppe ein verlässliches Indiz sein (man denke nur an die kollektive Beleidigung von Frauen¹⁹), sehr wohl aber einen Bezug zum Individualisierungskriterium aufweisen. Denn je umfangreicher das Kollektiv, desto eher wird man annehmen dürfen, dass mit der Aussage ein Pauschal- oder Durchschnittsurteil verbunden ist, das nicht jede der Bezeichnung unterfallende Einzelperson anspricht.²⁰

Vergleicht man diese Kriterien mit den von § 192a StGB eingeführten Merkmalen für die nun dort geschützten Gruppierungen, so ist festzustellen: Mit Blick auf die Abgrenzbarkeit des Kollektivs dürften sich grundsätzlich keine besonderen Schwierigkeiten verbinden. Insbesondere können Zuordnungsschwierigkeiten in den Randbereichen der Gruppenbezeichnung nicht entgegenstehen, solange sich ein Kernbereich des Kollektivs identifizieren lässt.²¹ Bedeutung erhält die individuelle Zuordnung erst bei der Strafantrags- und Privatklageberechtigung.²² Geht es aber um die Individuumsbezogenheit, so dürfte sich bei umfangreichen Gruppierungen zweifellos die Frage stellen, ob es sich um einen Allgemeinplatz handelt, der gerade nicht jeden einzelnen Merkmalsträger erreichen soll. An dieser Stelle sei der Blick auf die Besonderheiten der in § 192a StGB aufgezählten Gruppierungen gerichtet. Denn während solche Pauschalurteile, die an eine bestimmte (auch zentrale) soziale Rolle, etwa den Beruf, anknüpfen, eher eine „gesellschaftliche Erscheinung“ betreffen können, dürften sie bei Merkmalsträgern i.S.d. § 192a StGB stärker mit dem Kern ihrer Persönlichkeit verknüpft sein. Diese Merkmale sind häufig nicht erwerbbar und von einer „Unentrinnbarkeit“ geprägt.²³ Daher

⁷ Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 130 Rn. 25 m.w.N.

⁸ Vgl. BGH, NJW 1979, 1992; Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 79.

⁹ <https://www.bild.de/politik/inland/politik/hassbeimnamennennen-zentralrat-der-juden-macht-widerliche-hetze-oeffentlich-76424210.bild.html> (zuletzt abgerufen am 4.11.2021).

¹⁰ Vgl. auch Hörnle, NSZ 2002, 113 (117).

¹¹ Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 83; für eine Fokussierung auf die Öffentlichkeitswirksamkeit hingegen Stegbauer, NSZ 2000, 281 (286); im Hinblick auf Abs. 1 Nr. 2 ebenso Hörnle (Fn. 6), S. 308.

¹² BT-Drs. 19/31115, S. 14.

¹³ BGH, NJW 1954, 1412 (1413); Eisele/Schnittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vor § 185 Rn. 3; Hilgendorf, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), Vor § 185 Rn. 27; a.A. Zaczyk, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 185 Rn. 12, 16; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), Vor § 185 Rn. 12a.

¹⁴ Finger, Homophobie und Strafrecht, 2015, S. 74, 148.

¹⁵ BT-Drs. 19/31115, S. 14.

¹⁶ Diese Form der Beleidigung unter Kollektivbezeichnung kann als „summarische Ehrverletzung“ bezeichnet werden und grenzt sich ab vom Fall „kollektiv verdeckter Individualisierung“, Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 10. Aufl. (2018), Rn. 127.

¹⁷ BGH, NJW 1989, 1365 (1365 f.); die dynamische Rechtsprechungs-entwicklung nachgezeichnet bei Androulakis, Die Sammelbeleidigung, 1970, S. 12 ff.

¹⁸ Eisele/Schnittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 185 ff. Rn. 7b m.w.N.

¹⁹ Dazu BGH, NJW 1989, 1365 (1365 f.); LG Hamburg, NJW 1980, 56 (57 f.); ferner LG Darmstadt, NJW 1990, 1997 (1998).

²⁰ Zaczyk, in: NK-StGB, Vor §§ 185 ff. Rn. 34; Hilgendorf, in: LK-StGB, Vor § 185 Rn. 31; ebenso Arzt, JZ 1989, 647; Wehinger, Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung, 1994, S. 54 ff.; Wandres, Die Strafbarkeit des Ausschwitz-Leugnens, 2000, S. 204; Schubert, Verbotene Worte?, 2005, S. 189.

²¹ Androulakis (Fn. 17), S. 46 ff.; Wehinger (Fn. 20), S. 45; zust. Finger (Fn. 14), S. 151.

²² Vgl. Wehinger (Fn. 20), S. 45.

²³ Vgl. Wandres (Fn. 20), S. 205; zur religiösen Herkunft als gleichgestelltes Merkmal Fischer, Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, 1995, S. 91; zur Religion als Folie für rassistische Äußerungen Lang, Vorurteilskriminalität, 2015, S. 361.

versuchen einige Stimmen, die Bedeutung des Umfangsindizes bei diskriminierenden Sammelbeleidigungen zu relativieren, indem sie eine stärkere Bezugnahme auf jeden einzelnen Merkmalsträger annehmen. Dabei nehmen sie die „gesellschaftliche Randständigkeit“ als verbindendes Element²⁴ oder die durch die Äußerung selbst vollzogene Marginalisierung in den Blick.²⁵ Diese Perspektive hat sich in Bezug auf die Sammelbeleidigung bislang nicht durchgesetzt, da sie nicht das durch Auslegung zu bestimmende „Gemeint-sein“ eines jeden durch die Äußerung betrifft. Für das Verständnis des § 192a StGB lassen sich diese Ansätze jedoch fruchtbar machen.²⁶

b) „Unechte“ Sammelbeleidigung

Von dieser („echten“) Sammelbeleidigung ist eine Art („unechte“) Beleidigung unter Kollektivbezeichnung zu trennen. Letztere umfasst Konstellationen, in denen sich durch die Umstände der Äußerung eine „personalisierte Zuordnung“²⁷ des Beleidigungsadressaten oder einer „klar umrissenen Teilgruppe“ vornehmen lässt.²⁸ Zum Teil wird angenommen, dass in den vom Gesetzgeber anvisierten Fällen eine solch hinreichend klare Verbindung zwischen dem zur Kenntnisnehmenden und der Herabwürdigung auch nicht individualisierter Inhalte durch die gezielte Zusendung hergestellt wird.²⁹ Doch dürfte daran gerade bei solchen Zusendungen zu zweifeln sein, die ohne weitere Individualisierung an Interessenverbände o.ä. gerichtet werden und allgemein gegen die entsprechende Gruppe hetzen.

3. Zwischenergebnis

Dem Gesetzgeber dürfte grundsätzlich im Hinblick auf die markierte Strafbarkeitslücke Recht zu geben sein. Den anvisierten Verletzungen wird es wohl häufig an einer für § 130 Abs. 1 StGB hinreichenden Öffentlichkeit und für § 185 StGB an einer hinreichenden Individuumsbezogenheit fehlen. Im Weiteren (insbesondere unter V.) soll jedoch auch demonstriert werden, dass der § 192a StGB weit über diese Lücke hinaus wirksam wird.

III. Rechtsgut: Menschenwürde

Zweck der neuen Vorschrift ist es, vor der Konfrontation mit bestimmten Inhalten zu schützen, die unabhängig von

ihrer geistigen Urheberschaft eine Gefährlichkeit für bestimmte Empfänger aufweisen.³⁰ Der Konfrontationsgedanke ist dabei, wie bei § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB, im Hinblick auf die betroffenen Rechtsgüter näher zu betrachten.³¹ Die in § 192a StGB verwendete Eignungsklausel wie auch die Gesetzesbegründung legen nahe, dass die Konfrontation mit den verhetzenden Inhalten nicht (nur) einen Angriff auf die Ehre, sondern sogar auf die Menschenwürde darstellen soll.

Dass es sich aber bei der Menschenwürde überhaupt um ein Rechtsgut handelt, wird schon mit Blick auf ihre unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Auslegungen und Unbestimmtheit kritisiert.³² Dieser Einwand ist ebenso ernst zu nehmen, wie die Mahnung, dass aufgrund der überragenden Bedeutung der Menschenwürde jede Verletzung ohne Möglichkeit der Rechtfertigung strafrechtlich zu verfolgen wäre.³³ Andernfalls droht sich eine befürchtete Verflüssigung der Grundrechte in einer Erosion der kritischen Funktion des Rechtsgutsbegriffs fortzusetzen. Zu einer klareren Konturierung könnte es beitragen, von dem strafrechtlichen Schutz der Ehre auszugehen. Wird der Blick auf den Ausdruck von Missachtung gerichtet, so stehen die Rechtsgüter der Ehre und der Menschenwürde in einem Inklusionsverhältnis: Jede Verletzung der Menschenwürde durch Äußerung von Missachtung stellt eine Ehrverletzung dar, andersherum aber nicht jede Verletzung der Ehre gleichzeitig eine Würdeverletzung.³⁴ Den Unterschied zwischen Herabwürdigung und sonstiger Herabsetzung präzisiert das *BVerfG*: „Erforderlich [für einen Angriff auf die Menschenwürde] sei vielmehr, dass der angegriffenen Person ihr Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft abgesprochen und sie als minderwertiges Wesen behandelt werde. Der Angriff müsse sich mithin gegen den ihre menschliche Würde ausmachenden Kern der Persönlichkeit, nicht lediglich gegen einzelne Persönlichkeitsrechte, richten.“³⁵ Die Verletzung „einzelner Persönlichkeitsrechte“ knüpft im Gegensatz dazu „regelmäßig an eine äußere Fehlleistung“³⁶ an.

In diesem Lichte setzt § 192a StGB für eine individuelle Menschenwürdeverletzung *erstens* ein geteiltes identitätsstiftendes Merkmal unter Ausschluss erwerbbarer Gruppenzugehörigkeiten, *zweitens* die (Gefahr der) Konfronta-

²⁴ Vgl. Hörnle (Fn. 6), S. 127; im Kontext des § 130 StGB *Streng* (Fn. 6), S. 501 (507); letztlich ablehnend *Schubert* (Fn. 20), S. 196 f.; so auch *Finger* (Fn. 14), S. 157.

²⁵ In diese Richtung *Wandres* (Fn. 20), S. 205, für den es darauf ankommt, ob sich die Äußerung auf eine (angebliche) Eigenschaft bezieht, auf der sich der Status der Randständigkeit gründet und so zur Tradierung der Marginalisierung beiträgt; vgl. auch *Foerstner*, Kollektivbeleidigung, Volksverhetzung und "lex Tucholsky", 2002, S. 60 f.

²⁶ S.u. IV. 1. b).

²⁷ *BVerfG*, NJW 2016, 2643, (2644).

²⁸ *Geppert*, NStZ 2013, 553 (558); *Ostendorf/Frahm/Doerge*, NStZ 2012, 529 (534); vgl. aus der Rspr. zur Individualisierung von „klar umrissenen Teilgruppen“ *OLG Frankfurt*, NJW 1977, 1353; *BayObLG*, NJW 1990, 921; krit. dazu *Foerstner* (Fn. 25), S. 58.

²⁹ *Hestermann/Hoven/Autenrieth*, KriPoZ 2021, 204 (Fn. 40).

³⁰ BT-Drs. 19/31115, S. 15.

³¹ Ausf. zum Konfrontationsgedanken bei einfacher Pornographie *Greco*, in: Handbuch des Strafrechts Bd. 4, 2019, § 10 Rn. 54 ff.

³² Zur Unbestimmtheitskritik *Kelker*, in: FS Puppe, 2011, S. 1673 (1687).

³³ *Kelker*, a.a.O.; dazu *Knauer*, ZStW 2014, 305 (321); *Hörnle/Kremnitzer*, Israel Law Review 2011, 143 (166).

³⁴ *Hörnle* (Fn. 6), S. 122. Ein anderes gilt freilich, wenn man jede denkbare Verletzung der Menschenwürde einbezieht. So verletzt der Folterer die Menschenwürde, nicht aber seine Ehre, vgl. *Hilgendorf*, EWE 2008, 456 (457). Diese Beobachtung lehnt sich an das Verständnis der Menschenwürde als ein Ensemble von subjektiven Rechten, u.a. dem hier relevanten minimalen Achtungsanspruch an, vgl. *Hilgendorf*, in: Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 7, 1999, S. 137 (148); *ders.*, EWE 2008, 403 (404).

³⁵ *BVerfG*, NStZ 2001, 26 (28); so auch *BGH*, NStZ 1994, 390; überwiegend zust. *Hörnle* (Fn. 6), S. 124 f.

³⁶ *Großmann*, GA 2020, 546 (558); vgl. auch *Hörnle* (Fn. 6), S. 288 f. zu den Fällen der Überschneidung von „wesens- und verhaltensbezogenen Vorwürfen“.

tion mit dem Inhalt unter Ausschluss von Beeinträchtigungen im Drittverhältnis und *drittens* die besondere Intensität der Äußerung unter Ausschluss „einfacher Ehrbeeinträchtigungen“ voraus. Dieses Verständnis von einer die Menschenwürde verletzenden Dynamik liegt dem § 192a StGB zu Grunde.

IV. Die Tatbestandsmerkmale im Einzelnen

1. Inhalt

a) Eignung, die Menschenwürde anderer anzugreifen

Dass eine der von § 192a StGB geschützten Gruppen oder eine Einzelperson aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer dieser Gruppen beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden muss, entspricht in der Formulierung § 130 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 c) StGB. Die Auslegung dieser Merkmale dürfte sich daran zu orientieren haben.³⁷ Hier wie dort wird die Beeinträchtigung der Menschenwürde als zusätzliches einschränkendes Kriterium gefordert. Die Funktion dieser Voraussetzung, Fassung als Eignungsklausel und Wahl des Angriffsbegriffs sollen vergleichend mit der Volksverhetzung analysiert und bewertet werden:

aa) Doppelte Funktion des Tatbestandsmerkmals

Während die Voraussetzung des Menschenwürdeangriffs im Rahmen der Volksverhetzung allein die Funktion trägt, einfache Ehrverletzungen auszuschließen, kommt ihr nach hier vertretener Auffassung bei § 192a StGB eine zusätzliche Aufgabe zu. Der Gesetzgeber geht nämlich richtigerweise davon aus, dass eine Verletzung der Menschenwürde durch Konfrontation mit schwerwiegenden nicht oder nicht entsprechend individualisierten gruppenbezogenen Äußerungen dann möglich ist, wenn der Adressat durch ein identitätsstiftendes Merkmal mit der Gruppe verbunden ist. Auch auf diese Verbundenheit richtet sich die Eignungsklausel und nimmt damit eine „doppelte Filterfunktion“ im Hinblick auf den Inhalt ein. Auf das Verbundenheitsmoment bezogen kann sie, wie noch zu zeigen sein wird, ausnahmsweise solche Inhalte aus dem tatbestandlichen Bereich herausnehmen, die zwar in hinreichender Intensität gegen eine der aufgeführten Gruppen hetzen, jedoch bei der mangels hinreichender Verbundenheit keine Eignung besteht, die individuelle Menschenwürde zu verletzen.³⁸

bb) Eignungsklausel

Anders als § 130 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 c) StGB bringt § 192a StGB den Menschenwürdeangriff als Eignungs-

klausel ein. Dieser Unterschied könnte mit der differierenden Form der Würdeverletzung erklärt werden. Nach h.M. schützt nämlich der § 130 Abs. 1 StGB die Menschenwürde neben dem öffentlichen Frieden.³⁹ Will man klären, worin die Menschenwürdeverletzung dort besteht, so kommen zwei Anknüpfungspunkte in Betracht: Durch aufgehetzte Empfänger der Äußerung und durch die Äußerung als solche.⁴⁰ Im Hinblick auf die Empfänger ist es jedoch nicht notwendig vom Schutz der individuellen Menschenwürde vor Gewalttaten zu sprechen, da sich konkretere Formen der Rechtsgutsverletzungen, etwa des Lebens, des Körpers oder der Fortbewegungsfreiheit beschreiben lassen.⁴¹ Es bleibt die Frage, ob in der volksverhetzenden Äußerung selbst eine Beeinträchtigung der Menschenwürde zu finden ist. Dem wird zum Teil mit der Begründung widersprochen, dass es bei Äußerungen gegen zahlenmäßige nicht überschaubare Gruppen, wie bei der Sammelbeleidigung, an einem Individuumsbezug fehle.⁴² Präziser dürfte es sein, das Problem der individuellen Menschenwürdeverletzung durch volksverhetzerische Äußerungen darin zu sehen, dass es auf die Kenntnisnahme der Merkmalsträger nicht ankommt. *Streng* weist darauf hin, dass die Äußerungen bei § 130 Abs. 1 StGB meist lediglich abwesende Dritte betreffen und eine Menschenwürdeverletzung etwa im Vergleich zur Entwürdigenden Behandlung gem. § 31 Abs. 1 Alt. 1 WStG erheblich schwerer zu konkretisieren ist. Daher verwundert es nicht, dass einige Stimmen versuchen, die Menschenwürde durch die Volksverhetzung in anderen Ausprägungen verletzt zu sehen. So fasst *Ostendorf* die Menschenwürde mehrerer als „quantitative Menschenwürde“ zusammen.⁴³ *Foerstner* führt dem auch strafrechtsrelevanten Menschenwürdebegriff eine objektive, nicht auf das Individuum begrenzte Gattungsdimension hinzu.⁴⁴

Eine Äußerung i.S.v. § 130 Abs. 1 StGB beeinträchtigt also mangels Notwendigkeit der Kenntnisnahme nicht zwingend die individuelle, hingegen aber eine überindividuelle Menschenwürde. Eine auf den Inhalt bezogene Eignungsklausel braucht es daher nicht. Bei § 192a StGB kommt es gerade auf die Konfrontation an, weshalb es zu einer Würdeverletzung erst durch einen zusätzlichen Akt, nämlich das Gelangenlassen kommt und der Inhalt nur eine entsprechende Eignung aufweisen kann.

cc) Angriffsbegriff

Offen bleibt die Frage, weshalb Inhalt der Eignung ein Menschenwürdeangriff statt einer Menschenwürdeverletzung sein soll. In Bezug auf § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird die Wahl des Angriffsbegriffs von *Hörnle* mit der zusätzlich begrenzenden Wirkung erklärt, dass es dem „Täter

³⁷ Vgl. zu § 130 nur *Sternberg-Lieben/Schnittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 5d.

³⁸ Näher unter IV. 1 b) aa).

³⁹ Vgl. *BGH*, NJW 1995, 340 (341); *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 3; *Knauer*, ZStW 2014, 305 (330); *Hörnle/Kremnitzer*, Israel Law Review 2011, 143 (163); *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 40; primärer Schutz der Menschenwürde sogar bei *Ostendorf*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 130 Rn. 4 f.; *Streng* (Fn. 6), S. 501 (508); a.A. *Wehinger* (Fn. 20), S. 92 ff.; *Sternberg-Lieben/Schnittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 1a.

⁴⁰ Vgl. *Wehinger* (Fn. 20), S. 88 ff. m.w.N.

⁴¹ In der Verhinderung solcher Verletzungen erblickt *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, 2. Aufl. (2020), § 130 Rn. 3 den alleinigen Schutzzweck der Vorschrift; krit. zu einer „Etablierung eines höchst vagen Vorfeldtatbestandes“ *Sternberg-Lieben/Schnittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 1a.

⁴² *Wehinger* (Fn. 20), S. 93 ff.; *Foerstner* (Fn. 25), S. 170; so auch *Androulakis* (Fn. 17), S. 94; anders bei identitätsstiftenden Merkmalen *Hörnle* (Fn. 6), S. 128 f.

⁴³ *Ostendorf*, in: NK-StGB, § 130 Rn. 4.

⁴⁴ *Foerstner* (Fn. 25), S. 169 ff. unter Verweis auf BVerfGE 87, 209 (228) und mit Rückgriff auf *Frommel*, KJ 1995, 402 (406 ff.); zust. *Finger* (Fn. 14), S. 169; diff. *Streng* (Fn. 6), S. 501 (512 f.).

gezielt und primär um die Diffamierung gehen“ muss.⁴⁵ Da sich der Angriffsbegriff bei dem § 192a StGB jedoch auf den Inhalt und nicht den Äußernden bezieht, kann sich hier ohnehin keine einschränkende Wirkung einstellen. Nach *Strengs* Deutung wird bei § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht von einer Menschenwürdeverletzung gesprochen, weil diese häufig erst durch das Verhalten aufgehetzter Dritter eintrete und nicht durch die Äußerung selbst.⁴⁶ Bei § 192a StGB geht jedoch die Verletzung unmittelbar von der Konfrontation mit dem Inhalt aus; einer Vermittlung über Gewalttaten Dritter bedarf es nicht.

b) Geschützte Merkmalsträger

Die Qualität des strafbaren Inhalts soll sich ausweislich der Gesetzesbegründung an § 130 Abs. 2 Nr. 1 c) StGB orientieren, der mittelbar auf die Gruppenmerkmale in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB verweist. Dabei fällt auf, dass der Volksverhetzungstatbestand ebenfalls auf nationale, rassische, religiöse und ethnische Gruppenmerkmale, nicht aber auf die Weltanschauung, Behinderung oder sexuelle Orientierung Bezug nimmt. Diese Gruppen lassen sich aber regelmäßig durch das Merkmal „Teile der Bevölkerung“ in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB in den geschützten Bereich aufnehmen, sofern die Gruppen hinreichend unterscheidbar, zahlenmäßig von einigem Gewicht und damit nicht mehr überschaubar sind.⁴⁷ Die verhetzende Beleidigung kennt diese Offenheit nicht; die Aufzählung der Gruppenmerkmale ist abschließend und für die strafrechtliche Relevanz konstitutiv. Dieser Unterschied kann mit den voneinander abweichenden Schutzrichtungen der Delikte erklärt werden: Der Volksverhetzungstatbestand soll nach h.M. den öffentlichen Frieden und die Menschenwürde in eher abstrakter Form schützen.⁴⁸ Beides kann prinzipiell bei Verhetzungen jedes Bevölkerungsteils gefährdet werden⁴⁹, während § 192a StGB den Schutz der individuellen Menschenwürde in den Blick nimmt. Zwar kann eine individuelle Würdeverletzung schon mit Blick auf die Erläuterung des *BVerfG*⁵⁰ selbstverständlich auch ohne Bezug zu einem der in § 192a StGB aufgezählten Merkmale stattfinden⁵¹, jedoch ist dem Grundkonzept der neuen Strafnorm nach bei nicht oder nicht entsprechend individualisierten Verhetzungen eine individuelle Würdeverletzung beim Empfänger des Inhalts erst dann möglich,

wenn er mit der verhetzten Gruppe durch ein identitätsstiftendes Merkmal verbunden ist.⁵²

aa) Geschützte Gruppen und Eignungsklausel

Es wurde bereits angedeutet, dass ein Durchschlagen der Würdeverletzung auf den konfrontierten Gruppenangehörigen von § 192a StGB unterstellt wird, da es sich um nicht erwerbbar regelmäßig identitätsstiftende Merkmale handelt⁵³, gleichwohl nach hier vertretener Auffassung durch die Eignungsklausel Ausnahmen gemacht werden können. So seien exemplarisch die Gruppen „der Deutschen“⁵⁴ und „der Heterosexuellen“ genannt, die zwar unter den Begriff der durch nationale Herkunft oder sexuelle Orientierung bestimmten Gruppe fallen. In diesen Beispielen liegt es (zurzeit) gleichwohl fern, dass sich der durchschnittliche Merkmalsträger durch die Konfrontation mit nicht (entsprechend) individualisierten Inhalten im Kern seiner Persönlichkeit verletzt fühlen darf. Damit ist keineswegs eine Reduktion auf solche Merkmale verbunden, die zahlenmäßige Minderheiten bilden. Vielmehr sollen ausgehend von der dem § 192a StGB zugrunde liegenden Regelvermutung, ein hinreichender Bezug zum Adressaten entstehe durch Konfrontation, Inhaltsintensität und geteiltes identitätsstiftendes Merkmal i.S.d. Aufzählung, solche Merkmale ausgenommen werden, die in keiner Weise zu einer Marginalisierung führen (können).⁵⁵ Damit wird in § 192a StGB auch nicht unmittelbar Antidiskriminierungsschutz betrieben, sondern behauptet, dass nicht erwerbbar Merkmale vor allem dann ein den Angriff auf das Individuum durchleitendes Element darstellen, wenn sie sich an Marginalisierungsprozesse knüpfen und, frei ausgedrückt, eine „Verbundenheit durch Verwundbarkeit schaffen“.

bb) Das Merkmal des Geschlechts

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, warum der Merkmalskatalog nicht das Geschlecht erfasst. Besonders deutlich wird das Fehlen des Merkmals bei nicht-binären Geschlechtsidentitäten, insbesondere bei den Gruppen der Intersexuellen⁵⁶ und Transsexuellen⁵⁷. Diese können nicht unter den Begriff der sexuellen Orientierung gefasst werden.⁵⁸ Die „Verbundenheit durch Verwundbarkeit“ dürfte sich aber zweifelsohne mit der homosexueller Menschen vergleichen lassen. Auch eine Ausklammerung vor allem

⁴⁵ Hörnle (Fn. 6), S. 290.

⁴⁶ Streng (Fn. 6), S. 501 (512 f.).

⁴⁷ Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 30 m.w.N.; skeptisch im Hinblick auf diese Formel Mitsch, KriPoZ 2018, 198 (200).

⁴⁸ S.o. IV. 1. a) bb).

⁴⁹ Vgl. nur Nawroussian, JR 2017, 567 (568).

⁵⁰ S.o. III.

⁵¹ Vgl. Großmann, GA 2020, 546 (559).

⁵² S.o. II. 2. a) a.E.

⁵³ Zur Besonderheit der religiösen Herkunft vgl. Fn. 23. Zur Problematik des Begriffs der Weltanschauung und einer engen Auslegung unter Ausschluss von politischen Anschauungen Lang (Fn. 23), S. 362 f.

⁵⁴ Dass die Volksverhetzung auch solche Gruppen schützen kann (vgl. Mitsch, KriPoZ 2018, 198 (200); Nawroussian, JR 2017, 567 (568); a.A. Ostendorf, in: NK-StGB, § 130 Rn. 1; Fischer, StGB, § 130 Rn. 4; ders. NStZ 2019, 347 (349)) steht dem nicht entgegen. Bei § 192a StGB geht es nicht um die Gefahr von Agitationen, sondern um das Band zwischen Merkmalsträger und der Gruppe bzw. anderen Merkmalsträgern.

⁵⁵ Zur Unterscheidung von Minderheit und Marginalität vgl. Endruweit, in: Mackensen/Sagebiel (Hrsg.), Soziologische Analysen, 1979, S. 84 (87 f.).

⁵⁶ Intersexuelle sind Menschen, bei denen biologisch-somatische Mehrdeutigkeiten eine binär-geschlechtliche Zuordnung erschweren.

⁵⁷ Transsexuell sind Menschen, deren Geschlechtsmerkmale im Zeitpunkt ihrer Geburt eine eindeutige Zuordnung ermöglichen, die sich aber nicht bzw. nicht mehr mit dem bei der Geburtseintragung angegebenen Geschlecht identifizieren, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG.

⁵⁸ Ein anderes wäre es, wenn der Gesetzgeber statt des Begriffs der sexuellen Orientierung (bzw. Ausrichtung) den der sexuellen Identität (vgl. § 1 AGG) gewählt hätte, der sowohl die sexuelle Orientierung als auch die Geschlechtsidentität umfassen kann, vgl. Kischel, in: BeckOK-GG, 48. Ed. (Stand: 08/2021) Art. 3 GG Rn. 130.1 mit Verweis auf BVerfGE 133, 59 (89).

von misogynen Verhetzungen kann vor dem hier dargestellten Verständnis kaum überzeugen, sind doch gerade auch Frauen von Marginalisierungen betroffen, die durch entsprechende Verhetzungen tradiert werden.

2. Tathandlung

a) Gelangenlassen ohne Aufforderung

Tathandlung der verhetzenden Beleidigung ist das Gelangenlassen ohne Aufforderung, das in der Gesetzesbegründung durch die Begriffe Zusenden, Anbieten, Überlassen und Zugänglichmachen konkretisiert wird. Weiterhin wird auf § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB als Tatvariante des Verbreitens pornografischer Inhalte verwiesen. Hier wie dort soll es für den Taterfolg anders als bei § 185 StGB nicht auf die tatsächliche Kenntnisnahme des Adressaten ankommen, sondern die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreichen. Daher handelt es sich bei § 192a StGB um ein konkretes Gefährdungsdelikt.⁵⁹ Zweifelhaft ist, ob eine Bestrafung im Vorfeld der Kenntnisnahme für einen hinreichenden Schutz des Individuums notwendig ist und sich in das System der §§ 185 ff. StGB bruchlos einfügen lässt. So werden hier nun auch Fälle erfasst, in denen der Inhalt weder von der konkreten Person noch von Dritten wahrgenommen wird. *Kubiciel* bildet so das Beispiel eines verdächtigen Briefes, der unmittelbar an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wird.⁶⁰ Mit dem Merkmal des Gelangenlassens ist die verhetzende Beleidigung anders als etwa § 185 StGB als ein Herrschaftsdelikt ausgestaltet. Es kommt für eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme also nicht darauf an, ob sich der Täter die Erklärung als geistiger Urheber zurechnen lassen will.⁶¹

aa) Mündliches Gelangenlassen

Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass auch ein Gelangenlassen „in (fern-)mündlicher“ Form umfasst sein soll.⁶² Diese Formulierung lässt in Anbetracht der Tatsache, dass sich das Gelangenlassen auf einen Inhalt i.S.v. § 11 Abs. 3 StGB bezieht, Fragen aufkommen. Zwar fordert der Inhaltsbegriff, der an die Stelle des Schriftenbegriffs getreten ist, nicht mehr notwendig eine Verkörperung des Inhalts, sondern umfasst auch solche Inhalte, die unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- und Kommunikationstechnik übertragen werden, und somit auch das telefonisch übertragene Wort. Nicht erfasst sind aber mündliche Äußerungen, die ohne technische Übertragung auskommen⁶³, auch wenn die Menschenwürde anwesender Gruppenangehöriger gleichermaßen verletzt sein kann.⁶⁴ Der Begriff des Gelangenlassens ist entsprechend auszulegen und nicht auf den Übergang der Verfügungsmacht über einen verkörperten Inhalt zu be-

grenzen. Insofern ist insbesondere Zurückhaltung bei einer zu starken Parallelisierung mit § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB und einer Verwendung des Gewahrsamsbegriffs geboten.⁶⁵

bb) Öffentliches Gelangenlassen

Relevanz dürfte schließlich die Frage gewinnen, ob das Merkmal des Gelangenlassens auf nicht-öffentliche Kommunikationsformen begrenzt ist. Das Rechtsgut der Menschenwürde scheint zunächst durch Konfrontation mit entsprechenden Inhalten etwa innerhalb sozialer Netzwerke ebenso angreifbar. Gleichwohl spricht der systematische Vergleich mit und der gesetzgeberische Verweis auf § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB, der sich auf das bilaterale Verhältnis beschränkt, für eine restriktive Auslegung des Gelangenlassens. Diesem Argument dürfte zwar entgegenzuhalten sein, dass sich das Merkmal § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB in ein komplexes Gefüge von tatbestandsmäßigen Handlungen und verschiedenen Schutzrichtungen einfügt. Ein öffentliches Zugänglichmachen mittels des Internets ohne jugendschützende – und damit auch vor unerwünschter Konfrontation Erwachsener schützende – Barrieren fällt (nunmehr) unter § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB.⁶⁶ Der Wille des Gesetzgebers indessen beschränkt sich aber wohl doch auf die bilaterale Kommunikation.⁶⁷

b) Adressat des Gelangenlassens

Im Unterschied zu § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB ist nicht jedermann tauglicher Adressat des Gelangenlassens und damit vor Konfrontation mit dem Inhalt geschützt, sondern nur eine Person, die zur vorbezeichneten Gruppe gehört. Daraus ergeben sich u.a. drei Fragen: *Erstens* wird im Einzelfall zu klären sein, ob ein Individuum der verhetzten Gruppe zuzuordnen ist. Diese Zuordnungsfrage spielt bereits bei der Sammelbeleidigung eine Rolle für die Strafanzugs- und Privatklageberechtigung⁶⁸ und wird hier materiell-rechtlich relevant. *Zweitens* stellt sich anders als bei § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB die Frage, inwiefern – wenn nicht auf objektiver, dann auf subjektiver Tatseite – eine Konkretisierung des Adressaten stattzufinden hat. Es scheint zumindest auf den ersten Blick nahezuliegen, Eventualvorsatz bzgl. der Gruppenzugehörigkeit eines Adressaten ausreichen zu lassen. Auch wenn der Gesetzgeber mit der Vorschrift auf die gezielte Zusendung von verhetzenden Inhalten an entsprechende Merkmalsträger ausging, so findet die Forderung einer Verletzungsabsicht keinen Rückhalt im Gesetzestext. *Drittens* ist fraglich, ob auch derjenige, der im Inhalt – aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer der Gruppen – beschimpft wird, aus dem Kreis tauglicher Empfänger auszunehmen ist (dazu sogleich).

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 19/31115, S. 15.

⁶⁰ *Kubiciel*, Schriftliche Fassung der Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28678 in der Fassung des Änderungsantrags der Fraktionen CDU/CSU, SPD vom 12.5.2021, S. 9.

⁶¹ Vgl. zur Täterschaft und Teilnahme bei höchstpersönlichen Äußerungsdelikten *Fuhr*, Die Äußerung im Strafgesetzbuch, 2001, S. 153 ff.; *Roxin*, in: FS-Rengier, 2018, S. 93 ff.

⁶² BT-Drs. 19/31115, S. 15; vgl. ferner *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 19.

⁶³ BT-Drs. 19/19859, S. 26.

⁶⁴ Zur individualisierten Äußerung weiter unter V. 2.

⁶⁵ So aber BT-Drs. 19/31115, S. 15.

⁶⁶ *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 41.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 19/31115, S. 15. Bei einer weiten Auslegung wäre aufgrund der Ausgestaltung als Herrschaftsdelikt auch ein Liken oder kommentarloses Teilen entsprechender Inhalte in sozialen Netzwerken ggf. täterschaftlich erfasst, während im Hinblick auf § 185 StGB nicht einmal eine Teilnahme strafbar anzunehmen ist, dazu *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215 (217 ff.).

⁶⁸ Vgl. *Wehinger* (Fn. 20), S. 45.

V. Die verhetzende Beleidigung im Gefüge der Ehrschutzdelikte

Der § 192a StGB schließt in seiner tatbestandlichen Fassung nicht allein die vom Gesetzgeber markierte Strafbarkeitslücke, umfasst er doch auch das Gelangenlassen ohne Aufforderung solcher Inhalte, die nicht im Abstrakten bleiben, sondern Einzelpersonen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer der geschützten Gruppen betreffen. Ein Beispiel bietet:

Fall 1: T verfasst eine E-Mail, in der er O aufgrund dessen Homosexualität auf die Menschenwürde verletzende Weise beschimpft. Diesen versendet er, ohne von diesem dazu aufgefordert zu sein, an den (a) A, der bekanntlich ebenfalls homosexuell ist bzw. (b) an den O.

Diese Tatbestandsvariante, die schlicht § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB entlehnt zu sein scheint, sorgt für Überschneidungen mit den §§ 185 ff. StGB und für systematische Unstimmigkeiten, insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich der Gesetzgeber gegen die Einführung einer entsprechenden Beleidigungsqualifikation entschieden hat. Nach dem Diskussionsentwurf des Bayerischen Staatsministeriums für Justiz sollte die Beleidigung gem. § 188 StGB-E u.a. die Beleidigung mit rassistischen, fremdenfeindlichen, antisemitischen oder sonstig menschenverachtenden Inhalten oder von derartigen Beweggründen getragenen Beleidigungen erfassen.⁶⁹

1. Opfer von Beleidigung und verhetzender Beleidigung

Der *Fall 1b* wirft die Frage auf, ob das Bezugsobjekt der verhetzenden Beleidigung überhaupt tauglicher Adressat sein kann. Der Wortlaut („an eine andere Person“) könnte eine Restriktion grundsätzlich tragen. Auch ein systematischer Vergleich mit anderen Tatbeständen des StGB, insbesondere dem § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB, die eine Personenverschiedenheit von Täter und Opfer betonen, steht einer einschränkenden Auslegung nicht entgegen. Denn der § 192a StGB führt das individualisierte Bezugsobjekt des Inhalts als dritten Protagonisten der Vorschrift ein. Betrachtet man aber die Schutzrichtung der verhetzenden Beleidigung dürfte sich dieses Ergebnis nicht tragen lassen. Andernfalls wäre das individualisierte Opfer in *Fall 1b* schwächer (nur durch § 185 StGB) geschützt als der dritte Merkmalsträger in *Fall 1a*.

Denkbar ist jedoch, dass § 185 StGB und § 192a StGB in dieser Konstellation ohnehin in Gesetzkonkurrenz stehen. So könnte auf den ersten Blick eine stillschweigende Subsidiarität des „Lückentatbestandes“ § 192a StGB anzunehmen sein, der bereits einen im Vergleich zu § 185

StGB vorgelagerten Schutz des gleichen Rechtsgutsträgers bezweckt.⁷⁰ Andersherum sieht aber § 192a StGB gerade den höheren Strafrahmen vor und schützt mit der Menschenwürde nur einen Kernbereich dessen, was der Ehre unterfällt.⁷¹ Währenddessen kommen in § 192a StGB weder die Realisierung oder zumindest weitere Verdichtung der Gefahr für die Ehre⁷² durch die tatsächliche Kenntnisnahme noch die Identifikation mit dem Inhalt zum Ausdruck, weshalb § 185 StGB nicht zurücktreten kann. Ein Wertungswiderspruch kann hier also noch abgewendet und dem § 192a StGB partiell die Funktion einer qualifizierten Beleidigung zugeschrieben werden.⁷³

2. Mündliche menschenwürdeverletzende Beleidigungen

Dass ein Vergleich von telefonischer und präsent-mündlicher verhetzender – mangels (entsprechender) Individualisierung nicht unter § 185 StGB fallender – Beleidigung kaum überzeugen kann, wurde bereits gezeigt.⁷⁴ Die Schwierigkeiten dieser Fassung setzen sich fort, wenn man den *Fall 1b* modifiziert: Wird die Äußerung mündlich ohne technische Übertragung abgegeben, kommt eine Bestrafung nur gem. § 185 StGB in Betracht. Die partielle Funktion des § 192a StGB als Beleidigungsqualifikation macht also vor dem Phänotypus der mündlichen Äußerung Halt.

3. Differierende Täterschaftslehren

Bedient man sich einer Variante des Beleidigungsbrief-Falles⁷⁵, dürfte ein weiterer Wertungswiderspruch sichtbar werden:

Fall 2: T übergibt dem B einen Brief mit menschenwürdeverletzenden Beschimpfungen des O, die sich auf dessen Homosexualität beziehen. B – in Kenntnis des Inhalts – überbringt den Brief entsprechend Ts Wunsch dem O. Letzterer liest das Schriftstück.

In diesem Beispiel macht sich T als geistiger Urheber der Äußerung gem. § 185 Hs. 1 StGB und der B sich mangels Zu-Eigen-Machens des Inhalts gem. §§ 185, 27 StGB strafbar. Da es sich bei § 192a StGB um ein Herrschaftsdelikt handelt, hat sich der B als Täter strafbar gemacht, der T hingegen lediglich als Anstifter.⁷⁶ Auch dieses Ergebnis dürfte zeigen, dass eine zusätzliche Qualifikation des § 185 StGB das Unrecht einer menschenwürdeverletzenden Äußerung besser zum Ausdruck gebracht und eine stimmigere Systematik des strafrechtlichen Ehrschutzes im Hinblick auf die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gewahrt hätte.

⁶⁹ Diskussionsentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz für ein Gesetz zur nachdrücklichen strafrechtlichen Bekämpfung der Hassrede und anderer besonders verwerflicher Formen der Beleidigung, online abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/diske_by_modernisierung_beleidigungsdelikte.pdf (zuletzt abgerufen am 23.11.2021).

⁷⁰ Vgl. zur materiellen Subsidiarität bei Durchgangsstufen nur *Reinbacher*, in: Handbuch des Strafrechts Bd. 3, 2021, § 62 Rn. 41.

⁷¹ S.o. III.

⁷² Zum Inklusionsverhältnis von Menschenwürde und Ehre in diesem Kontext s.o. III.

⁷³ In den Fällen der entsprechenden Individualisierung ist die zweite Filterfunktion der Eignungsklausel (IV. 1. b) aa)) nicht relevant. Die skizzierte Ausnahmemöglichkeit nicht marginalisierter Gruppen ist nicht mehr gegeben, da es für die individuelle Menschenwürdeverletzung das Verbindungselement nicht mehr bedarf.

⁷⁴ S.o. IV. 2. a) aa).

⁷⁵ Dazu ausf. und m.w.N. *Fuhr* (Fn. 61), S. 127 ff.

⁷⁶ Vgl. zu § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB *Wolters/Greco*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 184 Rn. 70; a.A. *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 67.

VI. Fazit

Der Gesetzgeber wollte mit der verhetzenden Beleidigung eine zwischen § 130 Abs. 1 StGB und § 185 StGB stehende Strafbarkeitslücke schließen, gibt dabei dem Rechtsanwender und der Strafrechtswissenschaft jedoch einige Fragen auf, von denen der Beitrag nur einzelne herausgreifen und vorläufig einordnen konnte. Ausgehend von den Grenzen der Sammelbeleidigungsfähigkeit markiert der § 192a StGB einen Bereich der individuellen Menschenwürdeverletzungen, der außerhalb der Grenzen der Sammelbeleidigungsfähigkeit liegt. Grundgedanke der neuen Vorschrift ist es dabei, nicht auf das „Gemeintsein“ durch eine Äußerung, sondern auf das „Verletztsein-dürfen“ des mit menschenwürdeverletzenden nicht oder nicht entsprechend individualisierten Inhalten Konfrontierten abzustellen, die durch ein identitätsstiftendes Merkmal mit der Gruppe verbunden sind. Diese Perspektive der verhetzenden Beleidigung auf die Verletzungsdynamik bei gruppenbezogen marginalisierenden Herab-

würdigungen ist grundsätzlich begrüßenswert. Gleichwohl sind Details der tatbestandlichen Fassung kritikwürdig, etwa die Strafbarkeitsvorverlagerung, die Wahl des Angriffs- statt des Verletzungsbegriffs und die Ausklammerung des Geschlechts als ein die geschützten Gruppen bestimmendes Merkmal. Daneben wirft die Ausdehnung des Tatbestandes auf solche Inhalte, die hinreichend individualisiert sind und daher auch in den Bereich des § 185 StGB fallen, Wertungswidersprüche im Bereich der mündlichen nicht technisch übertragenen Äußerung und den Botenfällen auf. Sonstige Friktionen lassen sich durch eine entsprechende Auslegung umgehen und verleihen dem § 192a StGB teilweise die Funktion einer Beleidigungsqualifikation. Schließlich dürfte die künftige Diskussion um die verhetzende Beleidigung schon mit Spannung zu erwarten sein, nicht zuletzt weil die Konfrontation mit gruppenbezogenen Beleidigungen insbesondere in sozialen Netzwerken jüngst vermehrt im Schrifttum behandelt wird.⁷⁷

⁷⁷ Vgl. *Magen*, VVDStRL 2018, 67 (88 ff.); *Völzmann*, MMR 2021, 619 (621); *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398); *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (869 f.).

Strafvorschriften gegen falsche Impfpässe

Die Neuregelungen der Straftatbestände zum Schutz von Gesundheitszeugnissen

von Prof. Dr. Elisa Hoven und
Prof. Dr. Thomas Weigend*

Abstract

Bei der Bekämpfung der Corona-Pandemie gelten Impfungen als das wirksamste Instrument. Der Nachweis der notwendigen Schutzimpfung ist mittlerweile Voraussetzung für den Zugang zu vielen Bereichen des öffentlichen Lebens. Mit der Anwendung der 2G-Regel wächst der Anreiz, die sozialen Einschränkungen durch unrichtige Impfausweise zu umgehen. Das Strafrecht war auf diese Fälle nicht vorbereitet: Die §§ 277 ff. StGB stellten den Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse nur unvollständig unter Strafe und sahen für ihre Fälschung ein geringeres Strafmaß vor als § 267 StGB. Der Bundestag hat auf diese Defizite reagiert und die strafrechtlichen Vorschriften zum Schutz von Gesundheitszeugnissen Ende November 2021 reformiert. Der Beitrag gibt einen Überblick über die wesentlichen Neuregelungen.

Vaccination is considered to be the most effective tool in the fight against the Corona pandemic. Proof of the necessary vaccination is now a prerequisite for access to many areas of public life. The widespread application of the 2G rule has increased the incentive to circumvent social restrictions through incorrect vaccination certificates. Criminal law was not prepared for this new situation: Sections 277 et seq. of the Criminal Code only incompletely penalized the use of incorrect health certificates and provided for a lesser penalty for their falsification than for other documents (Section 267 of the Criminal Code). The Bundestag reacted to these deficits and reformed the criminal law provisions on the protection of health certificates in November 2021. The article gives an overview of the new regulations.

I. Einführung

Im Oktober 2021 legte ein Mann in einer Apotheke einen gefälschten Nachweis über eine erhaltene Corona-Schutzimpfung vor, um ein elektronisches Impfbzertifikat zu bekommen. Die Fälschung wurde entdeckt und die Polizei beantragte beim *AG Osnabrück* die Beschlagnahme des

Dokuments. Das Gericht lehnte den Antrag ab: Die Vorlage eines gefälschten Impfnachweises sei nach geltendem Recht nicht strafbar. Das *LG* bestätigte die Entscheidung. Der Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) sei auf Gesundheitszeugnisse nicht anwendbar, da für sie nur die spezielleren Normen der §§ 277-279 StGB Anwendung fänden. Hiernach sei eine Strafbarkeit aber gerade ausgeschlossen; die Tatbestände setzten einen Gebrauch zur Täuschung gegenüber einer Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft voraus – die Vorlage in einer privat geführten Apotheke werde nicht erfasst.¹

In den Entscheidungen der Osnabrücker Gerichte spiegelt sich die geradezu explosionsartig gewachsene praktische Bedeutung wider, die Impfbescheinigungen in Zeiten der Pandemie gewonnen haben. Die epidemische Lage, die seit 2020 in Deutschland herrscht, hat diesen zuvor kaum beachteten Winkel des Strafgesetzbuchs plötzlich in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gebracht und den Reformbedarf gezeigt, der bei der Strafbarkeit der Manipulation von Gesundheitszeugnissen (§§ 277-279 StGB) besteht. Impfbescheinigungen, die bisher allenfalls für die private Gesundheitsvorsorge von Bedeutung waren, haben nunmehr große Relevanz für das soziale Leben erhalten. In vielen Bereichen verschafft erst der Nachweis der notwendigen Impfungen dem Inhaber des Zeugnisses Zutritt zu bestimmten Räumlichkeiten oder Veranstaltungen; wer ungeimpft ist, dessen soziales Leben wird zunehmend auf den häuslichen Bereich beschränkt. Gleichzeitig eröffnet ein Impfnachweis den Zugang zu vielen anderen Personen und damit auch die Gefahr, Viren auf diese Menschen zu übertragen. Dies beruht auf der Annahme, dass geimpfte Personen das Virus weniger stark verbreiten als ungeimpfte.² Wenn sich eine ungeimpfte Person durch die Verwendung eines manipulierten Impfnachweises den Zutritt zu Gaststätten, Veranstaltungen oder Transportmitteln verschafft, erhöht sie für ihre Kontaktpersonen das Risiko einer Ansteckung, das durch das Erfordernis des Impfnachweises gerade gemindert werden soll.

* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht an der Universität Leipzig. Prof. Dr. Thomas Weigend war bis 2016 Vorstand des Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ *LG Osnabrück*, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21, abrufbar unter: <https://landgericht-osnabrueck.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/landgericht-osnabrueck-bestaetigt-entscheidung-zur-beschlagnahme-eines-mutmasslich-gefalschten-impfausweises-205424.html> (zuletzt abgerufen am 18.11.2021). Anders lag es im Fall des Bremer Fußballtrainers *Markus Anfang*: Ihm wird vorgeworfen, einen gefälschten Impfpass beim Gesundheitsamt vorgelegt zu haben. S. https://www.zeit.de/sport/2021-11/markus-anfang-impfpass-verdacht-faelschung-trainer-werder-bremen?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.de%2F (zuletzt abgerufen am 24.11.2021).

² Siehe https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html (zuletzt abgerufen am 18.11.2021).

Damit liegt die hier geregelte Materie auf dem Schnittpunkt zwischen dem Schutz des Vertrauens in die Richtigkeit bestimmter Dokumente und dem Schutz der Gesundheit. Letztere ist allerdings durch die Manipulation von Impfzeugnissen und durch den Gebrauch unrichtiger Zeugnisse nur abstrakt gefährdet: Ob die ungeimpfte Person, die den ihr zugänglichen sozialen Raum unrechtmäßig erweitert, tatsächlich jemanden ansteckt, der sonst die Krankheit nicht bekommen hätte, hängt von einigen nicht zu steuernden Zwischengliedern einer Kausalkette ab. Dasselbe gilt für die Verwendung inhaltlich unrichtiger Nachweise über die Genesung von einer COVID-19 Erkrankung und über die Durchführung eines negativen Tests.

Dennoch greift die Herstellung und Verwendung inhaltlich unrichtiger Bescheinigungen über Impfung, Genesung oder Testung im Bereich der lebensbedrohlichen COVID-19 Erkrankung in sehr erheblicher Weise in das ohnehin unter Druck befindliche Gesundheitssystem und gleichzeitig in die labile Verteilung von Freiheit unter Pandemie-Bedingungen ein. Solche Verhaltensweisen sind daher strafwürdig, und der Gesetzgeber hat gut daran getan, die Strafbarkeit rasch neu zu regeln.

Die Politik hat sich der Materie in ungewöhnlich hohem Tempo angenommen. Die Fraktionen der Ampel-Koalition haben noch während der Koalitionsverhandlungen am 8.11.2021 einen umfassenden Entwurf zu einem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vorgelegt, der auch Änderungen der §§ 277 ff. StGB über die Fälschung von Gesundheitszeugnissen enthielt.³ Die Fraktion der CDU/CSU antwortete darauf am 10.11.2021 mit ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes vor Impfpassfälschungen.⁴ Schon am 15.11.2021 fand vor dem Hauptausschuss des Bundestages eine Experten-Anhörung zu beiden Gesetzentwürfen statt, nach der noch einige Änderungen im Detail an dem Koalitionsentwurf vorgenommen wurden.⁵ Am 18.11.2021 wurde diese geänderte Fassung im Bundestag verabschiedet, und am 24.11.2021 ist sie in Kraft getreten.

II. Die Neuregelungen im Einzelnen

Die wesentlichen strafrechtlich relevanten Neuregelungen in dem „Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ sollen im Folgenden dargestellt und kritisch analysiert werden.

1. Terminologie

Die Änderungen des StGB knüpfen an die bestehenden Straftatbestände in §§ 275-281 StGB an und übernehmen ihre Terminologie. Objekt strafbaren Verhaltens ist damit weiterhin ein „Gesundheitszeugnis“. Für Impfausweise

passt der Begriff jedoch nicht ganz, da mit der Feststellung einer Impfung letztlich nichts über den Gesundheitszustand der geimpften Person ausgesagt wird. Die herrschende Meinung im Schrifttum versteht Impfnachweise gleichwohl als „Gesundheitszeugnisse“.⁶ Die Gerichte werden dem, auch in Anbetracht des eindeutigen Willen des Gesetzgebers, aller Voraussicht nach folgen. Eine ausdrückliche Aufnahme des Wortes „Impfzeugnis“ in die Tatbestände hätte allerdings jede begriffliche Unklarheit beseitigt. Außerdem ist nicht vollständig klar, ob auch die elektronischen Nachweise einer erfolgten Impfung „Zeugnisse“ in dem von §§ 277 ff. StGB gemeinten Sinne sind. In § 269 StGB wird die Fälschung beweisheblicher Daten der Fälschung von verkörperten Urkunden ausdrücklich gleichgestellt. Eine solche Regelung fehlt jedoch bisher für den Bereich der Gesundheitszeugnisse. Der Gesetzgeber hätte dieses Problem durch eine schlichte Verweisung auf § 269 StGB (etwa in § 280 StGB) leicht lösen können.

2. Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen (§ 275 Abs. 1a StGB)

§ 275 StGB stellt Vorbereitungshandlungen von Urkundenfälschungen unter Strafe, die amtliche Ausweise zum Gegenstand haben. Diese Vorverlagerung der Strafbarkeit beruht auf dem Gedanken, dass bestimmte Dokumente aufgrund ihrer Bedeutung für den Rechtsverkehr eines besonderen strafrechtlichen Schutzes bedürfen.⁷ Der Tatbestand, der bisher allein amtliche Ausweise erfasste, ist nun um einen Absatz 1a ergänzt worden, der den Schutz auf Impfausweise ausdehnt:

„(1a) Wer die Herstellung eines unrichtigen Impfausweises vorbereitet, indem er in einem Blankett-Impfausweis eine nicht durchgeführte Schutzimpfung dokumentiert oder einen auf derartige Weise ergänzten Blankett-Impfausweis sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt, einem anderen überlässt oder einzuführen oder auszuführen unternimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Mit der Herstellung oder Weitergabe von Blanko-Impfausweisen mit der Bestätigung einer Impfung schafft der Täter die naheliegende Gefahr, dass ungeimpfte Personen ihre Daten eintragen und das Zeugnis anschließend zur Vortäuschung einer durchgeführten Impfung verwenden. Daher ist die Inkriminierung dieses Verhaltens kriminalpolitisch sinnvoll. Von der neuen Vorschrift nicht erfasst sind allerdings gleichartige Handlungen, die sich auf Blankette von Nachweisen über durchgeführte (negative) Testungen oder die Feststellung einer Genesung beziehen. Für die Erstellung inhaltlich unrichtiger Bescheinigungen hierüber hat der Gesetzgeber neue Strafvorschriften in § 75a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 4a und Abs. 4c IfSG geschaffen (s. unten). Diese Vorschriften erfassen jedoch nur die unrichtige Dokumentation oder Bescheinigung einer Testung, nicht das Erstellen eines Blanko-Zeugnisses z.B. über einen Negativ-Test. Insofern besteht ein schwer erklärbarer Unterschied bei der Behandlung vergleichbarer Sachverhalte.

³ BT-Drs. 20/15.

⁴ BT-Drs. 20/27.

⁵ S. BT-Drs. 20/78 (Vorabfassung).

⁶ Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 277 Rn. 2; Zieschang, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 277 Rn. 2.

⁷ Erb, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 1; vgl. auch Puppe/Schumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 275 Rn. 1.

Im Übrigen ist die Formulierung des neuen § 275 Abs. 1a StGB insofern nicht ganz präzise, als dort die Eintragung einer „nicht durchgeführten“ Schutzimpfung verlangt wird. Die Bescheinigung einer Impfung in einem Blankett zur Vorbereitung der Erstellung eines unrichtigen Impfausweises ist aber unabhängig davon strafwürdig, ob die Ärztin zeitgleich bei irgendeiner Person eine Schutzimpfung durchführt. Der Tatbestand ist daher so auszulegen, dass er jede Herstellung eines Blanketts mit dokumentierter Impfung erfasst, es sei denn, der Name einer tatsächlich geimpften Person wird in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang eingetragen.

3. Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen (§ 277 StGB)

§ 277 StGB bestraft das unbefugte Ausstellen von Gesundheitszeugnissen durch Personen, die sich als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson ausgeben. Die Norm schützt die Sicherheit des Rechtsverkehrs im Umgang mit Gesundheitszeugnissen,⁸ genauer: das Vertrauen darauf, dass das Gesundheitszeugnis tatsächlich von einer approbierten Medizinalperson aufgrund der ihr eigenen Sachkunde ausgestellt worden ist. Gegenüber der Vorgängerregelung enthält die Neufassung im Wesentlichen drei bedeutende Änderungen.

§ 277 a.F. Fälschung von Gesundheitszeugnissen	§ 277 n.F. Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen
Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder <i>unberechtigt unter dem Namen solcher Personen</i> ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein <i>derartiges echtes Zeugnis verfälscht und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht</i> , wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.	(1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von unbefugtem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen verbunden hat, Impfnachweise oder Testzertifikate betreffend übertragbare Krankheiten unbefugt ausstellt.

a) Beschränkung auf schriftliche Lügen

§ 277 StGB a.F. erfasste die Herstellung eines unechten Gesundheitszeugnisses („unter dem Namen solcher Personen“) und dessen Verfälschung („ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht“). Diese Fälle wären eigentlich als Urkundenfälschung strafbar gewesen, die Anwendung von § 267 StGB wurde aber nach herrschender Meinung durch die spezielle Vorschrift des § 277 StGB a.F. verdrängt.⁹ Da § 277 StGB ein geringeres Strafmaß vorsieht als § 267 StGB, bestand für die Herstellung unechter oder die Verfälschung echter Gesundheitszeugnisse eine faktische Privilegierung – für die angesichts der besonderen Bedeutung von Gesundheitszeugnissen für die Allgemeinheit keinerlei Grund ersichtlich war.¹⁰ Die Neuregelung streicht die von § 267 StGB erfassten Tathandlungen aus § 277 StGB und beschränkt die Strafbarkeit hier auf Fälle der schriftlichen Lüge, in denen der Aussteller über seine berufliche Qualifikation, nicht aber über seine Identität täuscht.

Da die Anwendungsbereiche von § 267 StGB und § 277 StGB nunmehr unterschiedliche Sachverhalte erfassen, kann § 277 StGB nicht mehr als *lex specialis* zu § 267 StGB verstanden werden. Der Anordnung der Subsidiarität von § 277 StGB gegenüber anderen Urkundendelikten¹¹ hätte es daher nicht bedurft; dass der Gesetzgeber sie dennoch zur Klarstellung vorgenommen hat, ist aber jedenfalls unschädlich.

b) Einaktigkeit des Tatbestandes

Nach altem Recht war der Tatbestand zweistufig ausgestaltet. Der Täter war nur strafbar, wenn er von dem Gesundheitszeugnis „zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch“ machte. Der zweite Teilakt in § 277 StGB wurde in der Neufassung gestrichen und das Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr – wie bei § 267 StGB – als Absichtsmerkmal formuliert. Diese Ausweitung der Strafbarkeit ist gerechtfertigt, da bereits durch die Herstellung eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses eine erhebliche Gefahr für den Rechtsverkehr geschaffen wird.¹²

c) Erweiterung des Adressatenkreises

Erweitert wurde auch der Adressatenkreis der Täuschung. Wie in dem Osnabrücker Verfahren deutlich geworden ist, war das Handeln zur Vorlage falscher Gesundheitszeug-

⁸ Weidemann, in: BeckOK-StGB, 50. Ed. (Stand: 1.5.2021), § 277 Rn. 2; Zieschang, in: LK-StGB, § 277 Rn. 1; Leifeld, NZV 2013, 422 (423).

⁹ Erb, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 11; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 277 Rn. 12; Weidemann, in: BeckOK-StGB, § 277 Rn. 13; Zieschang, ZIS 2021, 481 (483).

¹⁰ Die Regelung wurde daher im Schrifttum allgemein kritisiert; s. Erb, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 1; Zieschang, in: LK-StGB, § 277 Rn. 13; ders., ZIS 2021, 481 (483); Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 7; Baumann/Weber/Heinrich, Strafrecht BT, 4. Aufl. (2021), § 33 Rn. 26a; Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2163).

¹¹ S. die Ergänzung in BT-Drs. 20/78 (Vorabfassung), S. 25; BT-Drs. 20/89 (Vorabfassung), S. 21.

¹² BT-Drs. 20/15, S. 34.

nisse nur gegenüber Behörden und Versicherungen strafbar, nicht aber gegenüber sonstigen Adressaten.¹³ Durch die weite Formulierung „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ sollen nun die in der COVID-19 Pandemie relevant gewordenen Fälle der beabsichtigten Nutzung von Impfausweisen in Gaststätten, Unterhaltungseinrichtungen oder am Arbeitsplatz erfasst werden. Da der Begriff des „Rechtsverkehrs“ von der Rechtsprechung weit verstanden wird,¹⁴ dürfte dieses Ziel auch erreicht werden, wenn gleich die Abgrenzung zum rein privaten Bereich im Einzelfall schwierig werden könnte.¹⁵ Da der „Rechtsverkehr“ generell die Möglichkeit von Rechtsfolgen des fraglichen Verhaltens voraussetzt, dürfte etwa eine private Geburtstagsfeier nicht erfasst sein, auch wenn der Gastgeber ein legitimes Interesse daran geltend machen kann, dass Ungeimpfte keinen Zutritt erhalten. Allerdings wird die Erstellung eines unrichtigen Impfnachweises meist nicht allein mit dem Ziel der Verwendung im privaten Bereich erfolgen, so dass in der Praxis keine relevanten Anwendungslücken zu erwarten sind.

d) Strafbarkeit medizinisch richtiger Bescheinigungen?

Für die Strafbarkeit nach § 277 StGB kommt es nicht darauf an, ob die in dem Dokument enthaltene Angabe über das Vorliegen einer Impfung richtig oder falsch ist. Bestraft wird also auch, wer, ohne Arzt zu sein, eine tatsächlich durchgeführte Impfung in einem Impfpass dokumentiert. Bereits nach altem Recht war die inhaltliche Unrichtigkeit der Bescheinigung nicht Tatbestandsvoraussetzung; die Gefährdung, die generell von der Erstellung von Gesundheitszeugnissen durch nicht qualifizierte Personen ausgeht, sollte für die Strafbarkeit genügen.¹⁶ Hieran lässt sich zweifeln. Wenn die Erklärung über den Gesundheits- oder Impfungszustand den Tatsachen entspricht, fällt eine Täuschung über die Qualifikation desjenigen, der die wahre Aussage dokumentiert, kaum ins Gewicht. Dass der Aussteller eine zutreffende Tatsachenbehauptung zu Unrecht mit der besonderen Expertise eines Arztes oder einer sonstigen Medizinalperson hinterlegt, bewegt sich am unteren Rand der Strafwürdigkeit; außerdem werden die meisten Fälle dieser Art bereits von § 132a Abs. 1 Nr. 2 StGB (Missbrauch von Titeln) erfasst.¹⁷ Es wäre daher besser gewesen, wenn der Gesetzgeber in § 278 StGB die Ausstellung eines inhaltlich unrichtigen Gesundheitszeugnisses auch durch Personen erfasst hätte, die keine Medizinalpersonen sind – und § 277 StGB dafür gestrichen hätte.

4. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 278 StGB)

§ 278 StGB ist ein Sonderdelikt für Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen wie etwa Apotheker.¹⁸ Die Strafvorschrift soll die inhaltliche Richtigkeit echter Gesundheitszeugnisse schützen;¹⁹ auch hier geht es also nicht um Urkundenfälschung, sondern um die Bestrafung schriftlicher Lügen.

§ 278 a.F. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse	§ 278 n.F. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse
Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	(1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr als Arzt oder andere approbierte Medizinalperson ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen ausstellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von unrichtigem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen verbunden hat, Impfnachweise oder Testzertifikate betreffend übertragbare Krankheiten unrichtig ausstellt.

Die Neuregelung unterscheidet sich von § 278 StGB a.F. nur in zwei Punkten. Wie in § 277 StGB wurde auch hier der Kreis der Täuschungsadressaten erweitert, so dass unrichtige Gesundheitszeugnisse nicht mehr zum Gebrauch bei Behörden oder Versicherungsgesellschaften ausgestellt werden müssen; jede geplante Verwendung im Rechtsverkehr ist ausreichend. Zudem wurde die Formulierung „wider besseres Wissen“ gestrichen. Durch das Erfordernis der Ausstellung „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ wird der Tatbestand auf subjektiver Ebene allerdings in vergleichbarer Weise eingeschränkt.

Die Beschränkung der möglichen Täter des § 278 StGB auf Angehörige bestimmter Berufsgruppen führt zu einer Disharmonie im Zusammenspiel der Vorschrift mit § 277 StGB. Nach der Neufassung ist nach § 277 StGB jedermann strafbar, der sich – unter seinem richtigen Namen –

¹³ Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2019), § 277 Rn. 5; Erb, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 9; kritisch dazu Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 277 Rn. 13.

¹⁴ Vergleiche Zieschang, in: LK-StGB, § 267 Rn. 260 ff.

¹⁵ S. dazu Erb, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 206; Zieschang, in: LK-StGB, § 267 Rn. 260 ff.

¹⁶ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 1; Weidemann, in: BeckOK-StGB, § 277 Rn. 2.

¹⁷ Die von § 277 StGB und § 132a Abs. 1 Nr. 2 StGB erfassten Personenkreise sind nicht identisch. Dies spricht allerdings dafür, dass bei den von § 132a StGB nicht genannten Berufsbezeichnungen – etwa Hebammen – das in der Täuschung über die Qualifikation liegende Unrecht bei der Erstellung von Gesundheitszeugnissen nicht so erheblich ist, dass es eine Strafbarkeit begründen kann.

¹⁸ S. Fischer, StGB, 68. Aufl. (2020), § 277 Rn. 6; Zieschang, in: LK-StGB, § 277 Rn. 4; ders., ZIS 2021, 481 (484); Gercke, MedR 2008, 592 (592).

¹⁹ Jung, in: Aktuelle Probleme und Perspektiven des Arztrechts, 1989, S. 76; Gercke, MedR 2008, 592 (592); Zieschang, ZIS 2021, 481 (484).

als Arzt oder Medizinalperson ausgibt und eine Gesundheitsbescheinigung ausstellt, gleichgültig ob sie inhaltlich zutrifft oder nicht. Dagegen wird die Ausstellung inhaltlich *falscher* Zeugnisse als solche in § 278 StGB nur bei Medizinalpersonen erfasst. Wenn man anerkennt, dass bei der Ausstellung inhaltlich richtiger Zeugnisse auch bei Täuschung über eine medizinische Qualifikation kein hinreichendes Strafbedürfnis besteht (s. oben), hätte es sich angeboten, die Beschränkung auf bestimmte Berufsangehörige in § 278 StGB zu streichen. Dann könnte § 277 StGB entfallen, da sämtliche strafwürdigen Fälle in einem einheitlichen und als Allgemeindelikt ausgestalteten § 278 StGB erfasst wären. Möglicherweise könnte dann in dem neuen § 278 StGB für das Handeln von Medizinalpersonen wegen deren besonderer Vertrauensstellung ein höherer Strafrahmen festgelegt werden.²⁰

Im Gesetzentwurf der CDU/CSU (BT-Drs. 20/27) war für den Tatbestand des § 278 StGB eine Versuchsstrafbarkeit vorgesehen. Dafür spräche zwar in systematischer Hinsicht, dass mit § 275 Abs. 1a StGB bereits eine Vorbereitungshandlung zur Herstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse unter Strafe gestellt ist;²¹ der faktische Anwendungsbereich einer Versuchsstrafbarkeit²² wäre jedoch so gering, dass man auf eine Inkriminierung des Versuchs bei dem nicht besonders schwerwiegenden Delikt des § 278 StGB verzichten kann.

5. Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 279 StGB)

§ 279 a.F. Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse	§ 279 n.F. Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse
Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.	Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr von einem Gesundheitszeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist.

Die Vorschrift erfasst – wie schon nach geltendem Recht – zwei Fälle: das Gebrauchmachen von einem inhaltlich richtigen oder falschen Zeugnis, das unter falscher Berufsbezeichnung ausgestellt wurde (§ 277 StGB), und von einem inhaltlich falschen Zeugnis, das von einer „echten“ Medizinalperson stammt (§ 278 StGB). Wie in § 277 StGB und § 278 StGB wurde auch hier der strafbare Einsatzbereich des Gesundheitszeugnisses erweitert: Es kommt nicht mehr darauf an, wem gegenüber der Täter von dem Zeugnis Gebrauch macht, solange dies im

„Rechtsverkehr“ geschieht. Bezüglich der ersten Alternative des neu gefassten § 279 StGB bestehen allerdings die gleichen Bedenken wie gegenüber dem (verbliebenen) § 277 StGB. Es leuchtet nicht recht ein, dass es strafbedürftig sein soll, wenn jemand ein inhaltlich korrektes Gesundheitszeugnis verwendet, in dem bei dem (tatsächlichen) Ausstellenden eine falsche Berufsbezeichnung angegeben ist.

6. Missbrauch von Ausweispapieren (§ 281 StGB)

Der Tatbestand des Missbrauchs von Ausweispapieren einer anderen Person nach § 281 StGB ist durch eine Erweiterung von Absatz 2 auf Gesundheitszeugnisse ausgedehnt worden.

§ 281 (Missbrauch von Ausweispapieren)

(1) Wer ein Ausweispapier, das für einen anderen ausgestellt ist, zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht, oder wer zur Täuschung im Rechtsverkehr einem anderen ein Ausweispapier überläßt, das nicht für diesen ausgestellt ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

(2) Einem Ausweispapier stehen Gesundheitszeugnisse sowie solche Zeugnisse und andere Urkunden gleich, die im Verkehr als Ausweis verwendet werden.

Damit erhält der Tatbestand, der bisher allein die Dispositionsfreiheit von Personen geschützt hatte, die mittels eines (echten) Ausweispapiers über die Identität eines Anderen getäuscht werden,²³ eine neue zusätzliche Schutzrichtung. Das nach neuem Recht strafbare Verhalten besteht darin, dass der Täter im Rechtsverkehr das Gesundheitszeugnis einer anderen Person verwendet, um die damit verbundenen Vorteile (z.B. Zutritt zu einer Veranstaltung mit 2G-Regelung) zu erlangen. Wenn der Täter selbst nicht geimpft ist, schafft er auf diese Weise eine erhöhte Ansteckungsgefahr für andere Personen.²⁴ Der Regelungszweck des § 281 StGB wird dadurch von der bisher allein erfassten (Vorbereitung einer) Identitätstäuschung auf eine abstrakt gesundheitsgefährliche Handlung bzw. deren Vorbereitung erweitert. Der Gebrauch eines auf eine andere Person ausgestellten Gesundheitszeugnisses ist nach dem Wortlaut allerdings selbst dann strafbar, wenn der „Täter“ ebenfalls geimpft ist, aber von dem geliehenen Impfausweis „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ Gebrauch machen möchte, etwa weil er seinen eigenen Ausweis vergessen hat. Eine Strafbarkeit ist in diesen Fällen weder notwendig noch angemessen, da hier keine gesteigerte Gefahr für die Gesundheit anderer Menschen herbeigeführt wird. Die gesetzliche Gleichstellung von Ausweispapieren und Gesundheitszeugnissen geht daran vorbei, dass ein Gesundheitszeugnis allein einen bestimmten medizinischen Befund (etwa die erfolgte Impfung) dokumentiert, der auf verschiedene Personen in gleicher Weise zutreffen kann. Wenn der medizinische

²⁰ Andererseits maßen sich andere Täter zusätzlich zur Lüge über den medizinischen Befund noch eine ihnen nicht zustehende Berufsbezeichnung an.

²¹ Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Hauptausschuss des Deutschen Bundestages am 15. November 2021, S. 2.

²² In Betracht käme der unwahrscheinliche Fall, dass der Täter gerade während des Ausstellens des unrichtigen Gesundheitszeugnisses gestört wird.

²³ Erb, in: MüKo-StGB, § 281 Rn. 1; Hoyer, in: SK-StGB, § 281 Rn. 1.

²⁴ Dies gilt allerdings nicht, wenn eine geimpfte Person einen Impfdurchbruch erlebt; in diesen Fällen ist die Virenlast vergleichbar: Singanayagam et al., Community transmission and viral load kinetics of the SARS-CoV-2 delta variant in vaccinated and unvaccinated individuals in the UK, *The Lancet*, 29.10.2021.

Befund auch auf den Gebrauchenden zutrifft, ist die Täuschung über den Namen der Person, für die das Zeugnis ausgestellt wurde, nicht strafwürdig. Bei der Anwendung der neuen Regelung sollten die Gerichte daher eine teleologische Reduktion auf solche Fälle vornehmen, in denen die in dem Zeugnis getroffenen Feststellungen auf den Benutzer des Zeugnisses nicht zutreffen.

7. Regelungen im Infektionsschutzgesetz (IfSG)

§ 22 Abs. 1-4 IfSG sah schon bisher detaillierte Regelungen zur Dokumentation von Schutzimpfungen gegen COVID-19 vor, deren vorsätzliche Verletzung – etwa durch inhaltlich falsche Eintragungen – in § 74 Abs. 2 IfSG unter Strafe gestellt ist.²⁵ Auch die Strafbarkeit von Herstellung und Gebrauch eines unrichtigen digitalen COVID-19 Zertifikats (Impfzertifikat, Genesenzertifikat, Testzertifikat) zur Täuschung im Rechtsverkehr war gesetzlich geregelt (§ 75a Abs. 1 und Abs. 2, jetzt § 75a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 IfSG).²⁶ Nun hat der Gesetzgeber in § 22 Abs. 4a-4d IfSG auch Regelungen über die Dokumentation von Testungen zum positiven oder negativen Nachweis von Erregern aufgenommen; dies schließt die Feststellung einer Genesung von COVID-19 durch positiven Erregernachweis ein. Dementsprechend wurden die Strafvorschriften in § 75a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 1 und 3 IfSG ergänzt:

Nach Abs. 1 Nr. 1 wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft, wer eine Testung „nicht richtig dokumentiert“; nach Abs. 2 wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft, wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine Testung dokumentiert, obwohl er hierzu nicht befugt ist; und nach Abs. 3 droht demjenigen Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, der eine unrichtige Dokumentation zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

§ 75a IfSG erfasst durchweg Fälle, in denen unrichtige Test-Dokumentationen erstellt oder verwendet werden, ohne dass über die Person des Ausstellers getäuscht wird. Es handelt sich also um Regelungen, die die neuen §§ 277-279 StGB in Bezug auf Testnachweise ergänzen. Die Strafdrohungen entsprechen dem jeweiligen Pendant bei Gesundheitszeugnissen, allerdings gibt es hier keine Strafrahmenerhöhung für „besonders schwere Fälle“. Es ist fraglich, ob solche Spezialregelungen, deren es der Sache nach wegen der Bedeutung von Genesungs- und Testnachweisen durchaus bedarf, im IfSG richtig untergebracht sind. Dies wäre zu verneinen, wenn die Testungsdokumentationen ohne weiteres als „Gesundheitszeugnisse“ anzusehen und damit von §§ 277 ff. StGB erfasst wären. Dies lässt sich aber wohl nur in Bezug auf die Ergebnisse (etwa: „Bei dem Probanden wurden im Test keine Erreger von COVID-19 festgestellt“) bejahen, nicht auf alle „Angaben zur Testung, einschließlich der Art der Testung“ (§ 22 Abs. 4b Nr. 3 IfSG). Für die Ahndung von unrichtigen Feststellungen solcher Details (die freilich für die Verlässlichkeit der Testung bedeutsam sein können)

mag das IfSG der richtige Ort sein.

Im Übrigen ist das Konkurrenzverhältnis zwischen §§ 74 Abs. 2, 75a IfSG und den §§ 277 ff. StGB nicht leicht zu bestimmen. Da sich § 74 Abs. 2 IfSG über die unrichtige Dokumentation einer Schutzimpfung ausschließlich auf Impfungen in Bezug auf COVID-19 Erreger bezieht, sollte man die Norm in dem von ihr geregelten Bereich als *lex specialis* gegenüber §§ 277 ff. StGB verstehen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Täter der Tat nach § 74 Abs. 2 IfSG nur jemand sein kann, der nach § 22 Abs. 1 IfSG zur Vornahme von Schutzimpfungen befugt ist, also in der Regel eine Medizinalperson. Für einen Nicht-Mediziner kommt daher nur eine Strafbarkeit nach § 267 StGB (wenn er sich als eine andere, befugte Person ausgibt) oder § 277 StGB (wenn er unter eigenem Namen, aber mit falscher Bezeichnung als Medizinalperson handelt) in Betracht. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf der Koalitionsparteien wird dagegen das Bestehen von Idealkonkurrenz zwischen beiden Vorschriften angenommen.²⁷ Wie oben für die neuen Strafvorschriften nach § 75a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 IfSG dargelegt, bleibt auch für § 74 Abs. 2 IfSG im Bereich der Impfnachweise insoweit ein kleiner eigener Anwendungsbereich, als die in § 22 IfSG geforderten Dokumentationen Einzelheiten der Impfung betreffen – etwa das Datum der Schutzimpfung und die Chargenbezeichnung des Impfstoffes (§ 22 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IfSG) – die nicht zum Inhalt eines „Gesundheitszeugnisses“ gehören.²⁸ Insgesamt muss man sagen, dass der Gesetzgeber mit der Neugestaltung der Materie ein kaum noch zu durchdringendes Geflecht von Regelungen geschaffen hat, die zum Teil im Strafgesetzbuch, zum Teil im IfSG untergebracht sind und deren Zusammenspiel oder Konkurrenz den Rechtsanwendern noch manche Rätsel aufgeben dürfte.

8. Strafzumessung

Zwischen den Fraktionen der „Ampelkoalition“ und der Fraktion der CDU/CSU war insbesondere die Bemessung der Strafrahmen für die neu formulierten Straftatbestände streitig. Der Gesetzentwurf der CDU/CSU sah eine deutliche Erhöhung der Strafrahmen von bisher fünf auf bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe nicht nur für die Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in Bezug auf Impfnachweise, sondern auch für „besonders schwere Fälle“ der Täuschung über die Arzt-Eigenschaft des Ausstellers eines Impfnachweises (§ 277 Abs. 3 Nr. 3 StGB i.d.F. des CDU-Entwurfs) und sogar für das bloße Gebrauchmachen von einem unrichtigen Impfnachweis (§ 279 Abs. 2 StGB i.d.F. des CDU-Entwurfs) vor.

Der Koalitionsentwurf hat diese Übersteigerung der Strafdrohungen in den Bereich der Schwerekriminalität nicht übernommen, sondern es prinzipiell bei den bisher vorgesehenen maßvollen Höchststrafen belassen:

²⁵ S. dazu ausführlich *Gaede/Krüger*, NJW 2021, 2159 (2160 f.).

²⁶ S. *Gaede/Krüger*, NJW 2021, 2159 (2161 ff.).

²⁷ BT-Drs. 20/15, S. 35; ebenso im Bericht des Hauptausschusses zum Gesetzentwurf vom 17.11.2021, BT-Drs. 20/89, S. 21.

²⁸ Weitere Beispiele für von §§ 277, 278 StGB nicht erfasste Fälle in BT-Drs. 20/15, S. 35.

§ 267 StGB (Urkundenfälschung): 5 Jahre FS, in besonders schweren Fällen 10 Jahre FS

§ 275 StGB (Vorbereitung eines unrichtigen Impfnachweises): 2 Jahre FS

§ 277 StGB (Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen): 1 Jahr FS

§ 278 StGB (Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse): 2 Jahre FS

§ 279 StGB (Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse): 1 Jahr FS

§ 281 StGB (Missbrauch von Gesundheitszeugnissen): 1 Jahr FS

Nach der Neufassung der §§ 277, 278 StGB werden die bisher dort privilegiert behandelten Fälle der „echten“ Urkundenfälschung (Täuschung über die Identität des Ausstellers) jetzt sachgerecht nach § 267 StGB mit einer Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe, in besonders schweren Fällen – etwa bei gewerbs- oder bandenmäßigem Handeln – mit bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe (§ 267 Abs. 3 StGB) bestraft. Das Unrecht der Urkundenfälschung hat insofern größeres Gewicht, als der Täter hier seine wahre Identität verschleiert und fälschlich die (hier meist: medizinische) Autorität einer anderen Person für seine Behauptung in Anspruch nimmt. Demgegenüber wiegen die Fälle der schriftlichen Lüge eines richtig benannten Ausstellers weniger schwer, da man diese Person leicht ermitteln, mit ihrer Behauptung konfrontieren und gegebenenfalls zu einer Richtigstellung auffordern kann.

Die gesteigerte Gefahr, die von der organisierten (und damit in der Regel vielfachen) Herstellung auch bloß unrich-

tiger Gesundheitszeugnisse ausgeht, hat der Gesetzgeber nunmehr dadurch berücksichtigt, dass er auch für die Tatbestände der §§ 277 und 278 StGB „besonders schwere Fälle“ normiert hat, für die jeweils ein Strafraum von drei Monaten bis zu fünf Jahren vorgesehen ist (§§ 277 Abs. 2, 278 Abs. 2 StGB). Als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall wird die gewerbs- oder bandenmäßige Begehung angegeben.

III. Fazit

Der Gesetzgeber hat die im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie aufgetretenen Fälle der Manipulation von Impfzeugnissen zum Anlass genommen, den seit Einführung des RStGB nicht mehr gründlich durchdachten Bereich der Herstellung und der Verwendung gefälschter sowie inhaltlich unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§§ 277 ff. StGB) neu zu regeln. Er hat dabei einige Ungereimtheiten des bisherigen Rechts beseitigt und die Materie insgesamt vernünftig in einer Weise ausgestaltet, in der das Strafrecht auch den Herausforderungen gerecht werden kann, die die gesteigerte Bedeutung von Impfzeugnissen für das tägliche Leben geschaffen hat. Der Gesetzgeber hat dabei der Versuchung widerstanden, auf die verbreitete Erregung in der Öffentlichkeit über Impfzeugnisfälscher mit irrationalen Erhöhungen der Strafraum zu reagieren. Die Erfassung sachlich richtiger Gesundheitszeugnisse in § 277 StGB und § 281 StGB könnte allerdings bei nächster Gelegenheit noch einmal überdacht werden.

Das Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften – Eine kritische Würdigung der Neuregelungen

von RA Dr. André Bohn, LL.M.*

Abstract

Zum 1.7.2021 sind umfangreiche Änderungen in der StPO, aber auch in anderen Gesetzen, wie zum Beispiel im BKA-Gesetz und im Gewaltschutzgesetz, in Kraft getreten. Die wichtigsten Neuregelungen werden im Rahmen dieses Beitrags vorgestellt und kritisch beleuchtet. Hauptaugenmerk liegt dabei auf den Änderungen in der StPO.

Once again, extensive changes to criminal procedure law but also to other laws like the BKA-Gesetz and the Gewaltschutzgesetz were made. The changes entered into force on the 1st July 2021. This gives cause to present the major changes and make some critical remarks.

I. Einleitung

Zum 1.7.2021 ist das Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften in Kraft getreten.¹ In den insgesamt 25 Artikeln des Gesetzes sind zahlreiche Änderungen in unterschiedlichen Gesetzen enthalten. Im Rahmen dieses Beitrags sollen die wichtigsten dieser Neuregelungen vorgestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Dabei sollen zunächst die neu eingefügten Vorschriften der StPO dargestellt werden. Danach werden weitere Änderungen der StPO vorgestellt, bevor am Ende des Beitrags Änderungen in anderen Gesetzen, namentlich im BKA-Gesetz und im Gewaltschutzgesetz, erörtert werden. Der Beitrag schließt mit einer Gesamtwürdigung der Änderungen.

II. Änderungen der StPO

1. § 95a StPO n.F.

§ 95a StPO n.F. eröffnet nunmehr die Möglichkeit, bei der gerichtlichen Anordnung oder Bestätigung der Beschlagnahme einer Sache, die sich nicht im Gewahrsam des Beschuldigten befindet, die Benachrichtigung des Beschuldigten unter bestimmten Voraussetzungen wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks zurückzustellen. Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks liegt analog zu den Grundsätzen bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen² vor, wenn die begründete Erwartung besteht, dass durch die verdeckte Ermittlungsführung weitere beweishebliche Erkenntnisse gewonnen werden können.³ Davon ausgehend „ist [im Rahmen der Zurückstellung der Benachrichtigung des Beschuldigten bei der Beschlagnahme] darauf

abzustellen, ob [...] die Klärung des gegen den Beschuldigten bestehenden Tatverdachts mittels aller zulässigen Untersuchungshandlungen [...] durch die sofortige Offenlegung gefährdet ist.“⁴

§ 95a Abs. 1 Nr. 1 StPO n.F. stellt als weitere Voraussetzung auf den Verdacht einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung ab. Hinsichtlich der Definition des Begriffs der Straftat von erheblicher Bedeutung kann auf andere Normen der StPO Bezug genommen werden:⁵

Die Anlasstat muss mindestens der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein, den Rechtsfrieden erheblich stören und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit in der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Dies soll bei Verbrechen regelmäßig der Fall sein.

Nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 StPO n.F. wird die zusätzliche Voraussetzung aufgestellt, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten ohne die Zurückstellung der Benachrichtigung wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

Die Anordnung darf nach § 95a Abs. 2 StPO n.F. nur durch ein Gericht zunächst über einen Zeitraum von sechs Monaten, danach gegebenenfalls aber jeweils für weitere drei Monate, wenn die Voraussetzungen vorliegen, erfolgen.

§ 95a Abs. 5 StPO n.F. eröffnet – entsprechend § 101 Abs. 7 StPO für andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen – eine nachträgliche Rechtsschutzmöglichkeit.

Nach § 95a Abs. 6 StPO n. F. kann der Betroffene zum Schweigen über die Maßnahme gegenüber dem Beschuldigten und gegenüber Dritten verpflichtet werden. Dies bleibt aber einer eigenen Anordnung vorbehalten und ist keine zwingende Folge der Zurückstellung der Benachrichtigung des Beschuldigten. Bei einem Verstoß drohen dem Dritten über § 95a Abs. 7 StPO n.F. i.V.m. § 95 Abs. 2 und § 70 StPO Haft und/oder die Verhängung eines Ordnungsgeldes. Außerdem kommt im Einzelfall eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung nach § 258 StGB in Betracht. Kettenbeschlagnahmen, um die strikteren Voraussetzungen von auf Dauer angelegten Ermittlungsmaßnahmen zu umgehen, sind unzulässig.⁶

* Der Verfasser ist als Strafverteidiger in Düsseldorf tätig.

¹ BGBl. I 2021, S. 2099 ff.

² Vgl. § 101 Abs. 5 S. 1 StPO.

³ Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 101 Rn. 19.

⁴ BT-Drs. 19/27654, S. 63.

⁵ BT-Drs. 19/27654, S. 63 f., hier auch zum Folgenden.

⁶ BT-Drs. 19/27654, S. 64.

Hintergrund der Neuregelung ist, dass es sich bei der Beschlagnahme um eine offene Ermittlungsmaßnahme handelt und der Betroffene daher grundsätzlich nach § 35 Abs. 2 StPO davon zu unterrichten ist. Bisher war eine Zurückstellung der Bekanntgabe nur bis zum Beginn der Maßnahme zulässig,⁷ danach musste eine Benachrichtigung erfolgen.⁸

Laut Gesetzesbegründung ist es aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden häufig bereits in einem frühen Verfahrensstadium sinnvoll, gewisse körperliche und/oder nicht körperliche Gegenstände zu beschlagnahmen.⁹ Wenn der Beschuldigte dann aber sofort informiert werden muss, würden gegebenenfalls weitere Ermittlungen unmöglich gemacht, weil der Beschuldigte dann gewarnt sei.

2. § 163g n.F. StPO

Vollkommen neu eingefügt wurde zudem die automatische Kennzeichenerfassung in § 163g StPO n.F. Örtlich und zeitlich begrenzt erlaubt § 163g Abs. 1 StPO n.F. nunmehr die heimliche automatische Erhebung von Kennzeichen von Kraftfahrzeugen, Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung im öffentlichen Verkehrsraum¹⁰ durch den Einsatz technischer Mittel. Voraussetzung sind tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen worden und die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Maßnahme zur Ermittlung der Identität oder des Aufenthaltsorts des Beschuldigten führen kann. Hinsichtlich des Begriffs der Straftat von erheblicher Bedeutung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Ein flächendeckender Einsatz ist unzulässig¹¹ und wäre auch nicht (mehr) verfassungsgemäß.¹² Außerdem dürfen nur die genannten Daten abgeglichen werden.¹³ Ist auf dem Bild zum Beispiel erkennbar, wie viele Personen sich in einem Wagen befinden und gegebenenfalls sogar, wer sich in dem Wagen aufhält, so ist ein entsprechender Abgleich unzulässig. Problematisch ist in dieser Hinsicht wie bei vielen anderen Restriktionen in Ermächtigungsgrundlagen, dass in Deutschland nicht jeder Verstoß automatisch zur Unverwertbarkeit der entsprechenden Erkenntnisse führt. Ausgehend von der Abwägungslehre des *BGH*¹⁴ wird es auch hier bei einem Verstoß auf den Einzelfall ankommen, insbesondere darauf, worauf sich der Tatverdacht bezieht.¹⁵

Absatz 2 betrifft den Abgleich der erhobenen Kennzeichen mit Kennzeichen von Fahrzeugen, die von dem Beschuldigten genutzt werden oder auf ihn zugelassen sind (Nr. 1) oder mit Kennzeichen von Fahrzeugen, die von Dritten genutzt werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Beschuldigten in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, und die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre (Nr. 2).

Treffer sind nach § 163g Abs. 2 S. 2 StPO n.F. unverzüglich manuell zu überprüfen; gibt es keinen Treffer oder bestätigt sich der Treffer nicht, sind die erhobenen Daten sofort und spurlos zu löschen (S. 3).¹⁶ Ob eine hundertprozentig spurlose Beseitigung überhaupt technisch möglich ist, darf bezweifelt werden.

Nach § 163g Abs. 3 StPO n.F. ist die Staatsanwaltschaft für die Anordnung zuständig.¹⁷ Im Regelfall ist die Anordnung schriftlich zu treffen; nur bei Gefahr in Verzug kann auch eine mündliche Anordnung ergehen; dann ist die schriftliche Darlegung innerhalb von drei Tagen nachzuholen (§ 163g Abs. 3 S. 4 StPO n.F.). In der schriftlichen Anordnung müssen die Voraussetzungen, die abzugleichenden Kennzeichen und die örtlichen und zeitlichen Begrenzungen genau bezeichnet werden.

§ 163g StPO n.F. sieht – auch bei einem Treffer – keine Benachrichtigung der Betroffenen vor. Dies ist aber nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur präventiven automatisierten Kennzeichenüberwachung auch nicht notwendig.¹⁸ Vielmehr sei es ausreichend, wenn der Betroffene im Rahmen von Folgemaßnahmen gegen ihn Kenntnis erlange und die Rechtmäßigkeit dann fachgerecht überprüfen lassen könne.

Es steht nicht zu erwarten, dass das *BVerfG* dies im repressiven Bereich anders sehen wird. Dies erscheint jedoch bedenklich. Grundsätzlich ist es denkbar, dass die automatisierte Kennzeichenerfassung einen Treffer ergibt, die Beweislage aber keine Folgemaßnahmen rechtfertigt. Dann bleibt dieser Treffer in den Grenzen des § 101 Abs. 8 StPO¹⁹ gespeichert; der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dauert also an, ohne dass der Betroffene davon Kenntnis erlangt. Zudem

⁷ Hauschild, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 1. Aufl. (2014), § 98 Rn. 21.

⁸ Dies war zwar umstritten, der *BGH* auf dessen Ansicht es in der Praxis maßgeblich ankommt, hat diese Sichtweise aber in *BGH*, NStZ 2015, 704 (705), bestätigt, auch wenn er kein Beweisverwertungsverbot wegen dieses Verstoßes annahm.

⁹ BT-Drs. 19/27654, S. 61, hier auch zum Folgenden.

¹⁰ BT-Drs. 19/27654, S. 87.

¹¹ BT-Drs. 19/27654, S. 87.

¹² Vgl.: *BVerfGE* 150, 244 ff. Rn. 93. Nach der Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung, S. 5, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/111520_Stellungnahme_NRV_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf;jsessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021), öffnet der Gesetzeswortlaut einer verfassungswidrigen örtlichen Ausweitung der automatisierten Kennzeichenerfassung aber Tür und Tor.

¹³ BT-Drs. 19/27654, S. 87, hier auch zum Folgenden.

¹⁴ Umfassend dazu: Neuber, NStZ 2019, 113 ff.

¹⁵ Nach *Burhoff*, StraFO 2021, 398 ff., zitiert nach: https://burhoff.de/veroeff/aufsatz/2021/StraFo_2021_398.htm#_ftnref87 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021), unter VIII. 6., kann auf die Beweisverwertungsverbote der §§ 98a und 100f StPO abgestellt werden, da die Maßnahmen vergleichbar seien.

¹⁶ Sogenanntes hit/no hit-Verfahren, siehe: BT-Drs. 19/27654, S. 88.

¹⁷ Die Neue Richtervereinigung fordert in ihrer Stellungnahme, S. 5, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/111520_Stellungnahme_NRV_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf;jsessionid=556C2F893996F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021), jedoch einen Richtervorbehalt, weil regelmäßig eine Vielzahl von Unverdächtigen erfasst würden.

¹⁸ *BVerfGE* 150, 244 ff. Rn. 154, hier auch zum Folgenden.

¹⁹ Wenn die durch die Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten zur Strafverfolgung und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich sind, sind sie unverzüglich zu löschen.

könnten etwaige Folgemaßnahmen wiederum verdeckter Natur sein, sodass sich die Benachrichtigung des Betroffenen zeitlich weiter nach hinten verschiebt.

Der Gesetzgeber schließt mit § 163g StPO n.F. eine Lücke im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten, in denen die automatische Kennzeichenerfassung bereits seit Längerem angewendet wird, so zum Beispiel zur Durchsetzung der Mautpflicht oder zur Durchsetzung von „Dieselfahrverboten“.²⁰ Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die bestehende Regelung des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO, der es unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, ohne Wissen des Betroffenen auch außerhalb von Wohnungen Bildaufnahmen herzustellen, keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die automatische Kennzeichenerfassung sein kann, weil § 100h StPO ursprünglich einem anderen Zweck diene und dem Bestimmtheitsgebot nicht hinreichend Rechnung getragen wird.²¹ Dies gilt auch in Verbindung mit § 98c StPO, der es erlaubt, dass zur Aufklärung einer Straftat oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes einer Person, nach der für Zwecke eines Strafverfahrens gefahndet wird, personenbezogene Daten aus einem Strafverfahren mit anderen zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung oder zur Gefahrenabwehr gespeicherten Daten maschinell abgeglichen werden. Da die automatisierte Kennzeichenerfassung in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingreift,²² bedurfte es einer spezifischen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Ob diese Regelung ihren Zweck erfüllt, ist jedoch zweifelhaft.²³ Nach den Vorgaben darf das Fahrzeug des mutmaßlichen Täters nicht identifiziert werden; das Kennzeichen muss vielmehr bereits bekannt sein. Wenn zudem keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, wohin der mutmaßliche Täter geflohen ist, kann der Ort der Maßnahme nicht sinnvoll eingegrenzt werden. Ob sich trotzdem ein Anwendungsbereich für die Vorschrift ergibt, wird sich in Zukunft zeigen. Sollte sich die Regelung wirklich als wirkungslos erweisen, wird es mit großer Wahrscheinlichkeit Bestrebungen geben, die Vorschrift auszuweiten.

3. § 373b StPO n.F.

Erstmals hat der Gesetzgeber den Begriff des Verletzten jetzt in § 373b StPO n.F. legal definiert. Danach ist Verletzter, wer durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in seinen Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden ist oder unmittelbar einen Schaden erlitten hat (Abs. 1). In Absatz 2 werden einige Personen, insbesondere nahe Verwandte, den Verletzten

gleichgestellt. Dies entspricht den Vorgaben des Art. 2 Nr. 1 b) der Opferschutzrichtlinie.²⁴

Die entsprechenden Regelungen in der StPO, die sich auf den Verletzten beziehen, wurden ebenfalls angepasst. Bisher wurde der Verletztenbegriff in unterschiedlichen Regelungen auch unterschiedlich ausgelegt.²⁵ Nach der Gesetzesbegründung soll der Begriff „Verletzter“ auch den Begriff des Opfers erfassen, wie er in Art. 2 Nr. 1 a) i) der Opferschutzrichtlinie genannt ist.²⁶ Nach der Regelung in der Richtlinie umfasst der Begriff des Opfers eine natürliche Person, die eine körperliche, geistige oder seelische Schädigung oder einen wirtschaftlichen Verlust, der direkte Folge einer Straftat war, erlitten hat. Die Regelung in § 373b StPO n.F. geht damit weit über den Begriff der Richtlinie hinaus, weil jegliche Rechtsgüter ausreichen, wenn diese beeinträchtigt werden. Der Begriff des Verletzten umfasst zudem auch juristische Personen.²⁷ Damit geht die deutsche Definition auch hier über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Der Begriff des Verletzten bezieht sich nur auf das Strafprozessrecht, nicht auf das materielle Strafrecht.²⁸ Der Zusatz in der Legaldefinition „ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt“ ist vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung zu begrüßen, auch wenn das Wort „Verletzter“ bereits den Eindruck suggeriert, man wisse bereits, dass die Person verletzt worden ist. Dies ist indes nicht immer im Ermittlungsverfahren der Fall. So ist die Verletzteneigenschaft bei sichtbaren Körperverletzungen eindeutig feststellbar, und es geht nur noch darum, wer der Täter war. Wird aber beispielsweise eine Beleidigung zur Anzeige gebracht, muss zunächst einmal festgestellt werden, ob es überhaupt zu einer Beleidigung gekommen ist.

Die generelle Ausweitung der Verletzteneigenschaft ist aber insgesamt nicht unproblematisch. Sie stößt zum Beispiel im Hinblick auf den Täter-Opfer-Ausgleich nach § 155a StPO auf Bedenken: Nach § 155a StPO sollen Staatsanwaltschaft und Gericht in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeiten prüfen, einen Ausgleich zwischen Beschuldigtem und Verletztem zu erreichen. Staatsanwaltschaft und Gericht sollen nach Satz 2 der Vorschrift in geeigneten Fällen darauf hinwirken. Gegen den ausdrücklichen Willen des Verletzten darf die Eignung nach § 155a S. 3 StPO aber nicht angenommen werden. Die neue Regelung führt also dazu, dass ein Täter-Opfer-Ausgleich bereits dann nicht mehr zustande kommen kann, wenn ein naher Angehöriger nicht einverstanden ist. Damit wird dieser Weg der alternativen Konfliktlösung unnötig erschwert.²⁹

²⁰ Siehe zu den bereits bestehenden Regelungen ausdrücklich: BT-Drs. 19/27654, S. 84.

²¹ Vgl.: BT-Drs. 19/27654, S. 84, hier auch zum Folgenden.

²² BVerfGE 150, 244.

²³ Zur folgenden Kritik siehe: Stellungnahme Neue Richtervereinigung, S. 3, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/111520_Stellungnahme_NRV_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf?jsessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021).

²⁴ Die Richtlinie ist abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:DE:PDF> (zuletzt aufgerufen am 7.11.2021).

²⁵ Siehe die Übersicht bei der Stellungnahme des DAV, S. 8 f., abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/112520_Stellungnahme_DAV_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf?jsessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021).

²⁶ BT-Drs. 19/27654, S. 99.

²⁷ BT-Drs. 19/27654, S. 99.

²⁸ BT-Drs. 19/27654, S. 100.

²⁹ So auch: Stellungnahme des DAV, S. 11 f.

4. § 463e StPO n.F.

Mit dem neuen § 463e StPO öffnet der Gesetzgeber sich langsam für Verhandlungen, die über Video geführt werden. Im Rahmen der Anhörung des Verurteilten und von Sachverständigen vor Entscheidungen im Rahmen der Strafvollstreckung kann das Gericht nunmehr anordnen, dass sich die Betroffenen an einem anderen Ort aufhalten und audiovisuell zugeschaltet werden. Dies soll aber nach § 463e Abs. 1 S. 2 StPO n.F. nur erfolgen, wenn die Betroffenen sich in einem Dienstraum eines Verteidigers oder Rechtsanwalts befinden. Von dieser Möglichkeit soll aber wiederum nach § 463e Abs. 1 S. 3 StPO n.F. kein Gebrauch gemacht werden können, wenn der Verurteilte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet wurde. Um der audiovisuellen Vernehmung zu mehr Praxisrelevanz zu verhelfen, war die Neuregelung notwendig, da die Rechtsprechung nach bisherigem Recht davon ausging, dass dem Mündlichkeitsprinzip im Vollstreckungsverfahren nur dann Rechnung getragen werde, wenn Richter und Verurteilter zeitgleich im selben Raum anwesend waren.³⁰ Zudem war die Videokonferenz nur mit ausdrücklichem Einverständnis des Verurteilten zulässig.

Mit der neuen Vorschrift werden die Ressourcen der Justiz geschützt, da weniger Beamte eingesetzt werden müssen, und das Risiko einer möglichen Flucht wird verringert,³¹ wobei eine Flucht in der Vergangenheit – auch ohne die Neuregelung – höchst selten vorkam.

5. § 99 Abs. 2 StPO n.F.³²

Im Rahmen der Postbeschlagnahme ist es über die Beschlagnahme von Postsendungen hinaus nunmehr nach § 99 Abs. 2 StPO auch möglich, bei den entsprechenden Dienstleistern die Herausgabe von Informationen, die im Zusammenhang mit der Versendung stehen, zu verlangen. Hintergrund dürfte die obergerichtliche Rechtsprechung sein, wonach die vorherige Gesetzeslage nicht jegliche Art von Auskunftersuchen erfasste.³³ Voraussetzung für die Postbeschlagnahme nach § 99 Abs. 1 StPO ist, dass sich die Postsendungen oder Telegramme an den Beschuldigten richten und sie sich im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen. Außerdem ist die Beschlagnahme nach § 99 Abs. 1 S. 2 zulässig,

wenn aus den vorhandenen Tatsachen geschlossen werden kann, dass die Postsendungen oder Telegramme von dem Beschuldigten herrühren oder für ihn bestimmt sind und ihr Inhalt für die Untersuchung Bedeutung hat. Die Beschlagnahme muss sich gegen einen bestimmten Beschuldigten richten, der aber nicht namentlich bekannt sein muss.³⁴

Die Informationen, die angefragt werden können, sind abschließend enumerativ in § 99 Abs. 2 S. 2 Nr. 1-6 StPO ausgeführt.³⁵ Über den Inhalt der Sendung darf nach § 99 Abs. 2 S. 3 StPO nur dann Auskunft verlangt werden, wenn die Personen oder Unternehmen, die geschäftsmäßig Postdienstleistungen erbringen oder daran mitwirken, in rechtmäßiger Weise davon Kenntnis erlangt haben. Der Inhalt der Sendung ist also besonders geschützt, was dem Postgeheimnis aus Art. 10 GG Rechnung trägt.³⁶ Hinsichtlich Postsendungen, die nicht der Beschlagnahme unterliegen, wie zum Beispiel Verteidigerpost, darf keine Auskunft verlangt werden.³⁷

In § 100 StPO wurden die prozessualen Regelungen zur Postbeschlagnahme und dem neuen Auskunftsverlangen angepasst. Für beide Ermittlungsmaßnahmen gilt der grundsätzliche Richtervorbehalt des § 100 Abs. 1 StPO.

6. § 104 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 3 StPO n.F.

Eine wesentliche Neuerung wurde in § 104 StPO implementiert. Durfte früher eine Wohnung zur Nachtzeit nur bei Verfolgung auf frischer Tat, bei Gefahr im Verzug oder zur Wiederergriffung eines entflohenen Gefangenen durchsucht werden, normiert § 104 Abs. 1 Nr. 3 StPO n.F. nunmehr, dass die Durchsuchung auch zulässig ist, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass während der Durchsuchung auf ein elektronisches Speichermedium zugegriffen werden wird, das als Beweismittel in Betracht kommt, und ohne die Durchsuchung zur Nachtzeit die Auswertung des elektronischen Speichermediums, insbesondere in unverschlüsselter Form, aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Ein solcher Verdacht liegt nicht bereits dann vor, wenn bestimmte Delikte nach kriminalistischer Erfahrung häufiger nachts begangen werden.³⁸ Es bedarf vielmehr konkreter Anhaltspunkte.

Ausreichend ist nach wie vor ein Anfangsverdacht.³⁹ Die Nachtzeit ist nunmehr in § 104 Abs. 3 StPO n.F. dahingehend legal definiert, dass unabhängig von Sommer oder

³⁰ Siehe nur: BT-Drs. 19/27654, S. 114 m.N. aus der Rechtsprechung. BT-Drs. 19/27654, S. 114.

³¹ Ausführlich dazu: *Weisser*, NZWiSt 2021, 372 ff.

³² Vgl. *BGH*, NJW 2017, 680 ff.; siehe auch: *Weisser*, NZWiSt 2021, 372 f.

³³ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 99 Rn. 6.

³⁴ Namentlich: Namen und Anschriften von Absendern, Empfängern und, soweit abweichend, von denjenigen Personen, welche die jeweilige Postsendung eingeliefert oder entgegengenommen haben (Nr. 1), Art des in Anspruch genommenen Postdienstes (Nr. 2), Maße und Gewicht der jeweiligen Postsendung (Nr. 3), die vom Postdienstleister zugeteilte Sendungsnummer der jeweiligen Postsendung sowie, sofern der Empfänger eine Abholstation mit Selbstbedienungsschließfächern nutzt, dessen persönliche Postnummer (Nr. 4), Zeit- und Ortsangaben zum jeweiligen Postsendungsverlauf (Nr. 5) sowie Bildaufnahmen von der Postsendung, die zu Zwecken der Erbringung der Postdienstleistung erstellt wurden.

³⁵ Vgl.: BT-Drs. 19/27654, S. 68.

³⁶ *Weisser*, NZWiSt 2021, 372 (375).

³⁷ BT-Drs. 19/30517, S. 18.

³⁸ Vgl.: *Burhoff*, StraFO 2021, 398 ff., zitiert nach: https://burhoff.de/veroeff/aufsatz/2021/StraFo_2021_398.htm#_ftnref87 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021), unter V.3.b.

Winter der Zeitraum von 21 bis 6 Uhr gemeint ist.⁴⁰ Dies dürfte in Anlehnung an eine entsprechende Entscheidung des *BVerfG*, in der das Gericht die Tagzeit von 6 bis 21 Uhr definiert hatte,⁴¹ geschehen sein. Diese Änderung war dringend geboten, weil die vorherige Gesetzesfassung von einem Ende der Nacht in den Monaten von April bis zum 30. September um 4 Uhr ausging. Dies hatte letztlich nicht nur das *BVerfG* kritisiert.⁴²

Nach der Rechtsprechung führt ein Verstoß gegen das Verbot der Durchsuchung zur Nachtzeit allerdings nicht zur Unverwertbarkeit der Beweismittel, sodass Ermittlungsbehörden gerade in großen länderübergreifenden Ermittlungsverfahren, in denen ein zeitgleiches Vorgehen von Nöten ist, auch schon nach alter Rechtslage faktisch durchsuchen konnten, da die Beweise ja ohnehin verwertbar waren. Im Rahmen der Neuregelung erscheint fraglich, ob durch Durchsuchungen in der Nachtzeit wirklich auf Speichermedien zugegriffen werden kann, die ansonsten verschlüsselt wären. Dies setzt voraus, dass der Beschuldigte quasi auf frischer Tat gestellt wird. Je nach Wohnsituation wird es der Polizei aber nicht möglich sein, unentdeckt in die Räumlichkeiten zu gelangen, sodass in der Regel genug Zeit bleiben dürfte, die entsprechende Elektronik auszuschalten und damit wieder zu verschlüsseln. Zudem darf bezweifelt werden, ob die dargestellte Änderung wirklich notwendig war. Dies würde voraussetzen, dass in der Vergangenheit Beweismittel verloren gingen, weil zur Nachtzeit nicht durchsucht werden durfte. Sollte die Polizei in der Vergangenheit von einer entsprechenden Gefahr ausgegangen sein, hätte sie zumindest, ohne ernsthafte Konsequenzen in Bezug auf die Unverwertbarkeit befürchten zu müssen, trotzdem durchsuchen können.

7. § 114b Abs. 2 Nr. 4 und 4a StPO n.F.

Auch der Inhalt der Beschuldigtenbelehrung nach Verhaftung in § 114b StPO wurde geändert. Bereits vorher war der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass er jederzeit einen Verteidiger kontaktieren könne. Nunmehr sind ihm dazu auch Informationen zur Verfügung zu stellen, die die Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger erleichtern, und er ist auf den anwaltlichen Notdienst hinzuweisen. Diese Änderung ist zu begrüßen, auch wenn die Gefahr besteht, dass ein gerichtsbekannter Anwalt, der mit dem Gericht gerne zusammenarbeitet, ausgewählt wird.

⁴⁰ Ausführlich dazu: *Hütwohl*, NJW 2021, 3298 ff.

⁴¹ *BVerfGE* 151, 67.

⁴² *BVerfGE* 151, 67. Sie zu der Kritik auch: BT-Drs. 19/27654, S. 73 m.w.N. aus der Literatur. Die Deutsche Polizeigewerkschaft kann die Erwägungen zwar nachvollziehen, weist aber darauf hin, dass „den Ermittlungsbehörden strategische Spielräume in ihrem Vorgehen gegen Kriminelle [genommen werden].“, siehe: Stellungnahme Deutsche Polizeigewerkschaft, S. 3, abrufbar unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/111220_Stellungnahme_GdP_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf;jsessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021).

Ein Stück weit wird die Neuerung aber dadurch wieder relativiert, dass in Fällen der Pflichtverteidigung zwar nach wie vor darauf hinzuweisen ist, dass die Bestellung eines Pflichtverteidigers beantragt werden kann (§ 114b Abs. 2 Nr. 4 a StPO); allerdings muss jetzt auch darauf hingewiesen werden, dass der Beschuldigte im Falle einer Verurteilung nach § 465 StPO die Kosten des Pflichtverteidigers trägt. Dies wird in der Praxis wahrscheinlich häufig dazu führen, dass aus Angst vor den Kosten keine Bestellung eines Pflichtverteidigers beantragt wird. Dabei wird in Fällen notwendiger Verteidigung ohnehin – auch ohne Zutun des Beschuldigten – ein Pflichtverteidiger bestellt, und die Kostenlast trifft den Beschuldigten im Falle einer Verurteilung unabhängig davon, ob er einen Antrag gestellt hat oder nicht.⁴³ Eine entsprechende Regelung findet sich für den nicht verhafteten Beschuldigten im Rahmen der Vernehmung bereits in § 136 Abs. 1 S. 5 Hs. 2 StPO. Durch die Neuregelung sollten beide Vorschriften einander angepasst werden.⁴⁴

8. § 136 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, Abs. 5 StPO n.F. und § 163a StPO n.F.

In § 136 Abs. 1 S. 1 StPO wird nunmehr durch die Streichung des Wortes „ersten“ klargestellt, dass die Belehrungspflichten und andere in § 136 StPO normierte Formerfordernisse bei allen Vernehmungen und nicht nur bei der ersten Vernehmung gelten. Über § 163a Abs. 4 S. 2 StPO gilt § 136 StPO nicht nur für richterliche Vernehmungen. Der Verweis auf § 58b StPO stellt klar, dass auch Videovernehmungen nunmehr möglich sind.⁴⁵

Beide Änderungen sind zu begrüßen. Hinsichtlich der Belehrung kommt es zwar in der Praxis häufig auf die Art und Weise der Belehrung an, aber grundsätzlich sind weitere Belehrungen vor jeder Vernehmung in der Lage, Beschuldigtenrechte besser zu wahren. Da die audiovisuelle Vernehmung in § 58b StPO als Ermessensvorschrift ausgestaltet ist, kann nachträglich zumindest ansatzweise überprüft werden, ob die Fallkonstellation für die audiovisuelle Vernehmung geeignet war oder nicht. In § 163a StPO, der die Vernehmung des Beschuldigten betrifft, wird nunmehr klargestellt, dass die Vorgaben – spiegelbildlich zu den Änderungen in § 136 StPO – nicht nur die erste Vernehmung, sondern jegliche Vernehmungen betreffen. Der eingefügte Verweis auf § 186 GVG betrifft die Vernehmung von Menschen mit Hör- und/oder

⁴³ Kritisch daher auch: Stellungnahme DAV, S. 4 f., abrufbar unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/112520_Stellungnahme_DAV_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf;jsessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021); Stellungnahme BRAK, S. 8, abrufbar unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/111220_Stellungnahme_brak_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf;jsessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021).

⁴⁴ BT-Drs. 19/27654, S. 78.

⁴⁵ Kritisch dazu: Stellungnahme DAV, S. 5 ff., abrufbar unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/112520_Stellungnahme_DAV_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf;jsessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021).

Sprachbehinderungen.

9. § 222 StPO n.F.

Durch Änderungen des § 222 StPO sollen Zeugen im Strafverfahren noch besser geschützt werden, weil es seitens des Gerichts und der Staatsanwaltschaft nicht mehr erforderlich ist, dem Angeklagten Wohn- und Aufenthaltsort der Zeugen und Sachverständigen mitzuteilen (§ 222 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StPO n.F.). Die Änderung ist vor dem Hintergrund, dass der Angeklagte kein schutzwürdiges Interesse daran hat, den Wohn- und Aufenthaltsort von Zeugen und/oder Sachverständigen zu erfahren, nachvollziehbar. Der WEISSE RING kritisiert aber mit Recht, dass diese Regelung nicht ausreiche, da der Angeklagte regelmäßig über das Akteneinsichtsrecht der Verteidigung in der Lage sein wird, Wohn- und Aufenthaltsort und gegebenenfalls sogar die komplette Anschrift zu erfahren.⁴⁶ Diesbezüglich bedarf es de lege ferenda womöglich eines noch weiter reichenden Schutzes, wobei darauf hinzuweisen ist, dass es eher die Ausnahme darstellt und allenfalls in bestimmten Deliktsbereichen häufiger vorkommt, dass Angeklagte Zeugen und/oder Sachverständige drangsaliieren.

10. § 268 Abs. 3 S. 2 StPO n.F. und § 345 Abs. 1 S. 2 StPO n.F.

Zunächst wurde für das Gericht die Frist bis zur Urteilsverkündung nach dem Schluss der Verhandlung von 11 Tagen auf zwei Wochen ausgeweitet (§ 268 Abs. 3 S. 2 StPO n.F.). Damit soll es den Gerichten ermöglicht werden, Urteile an den regulären Sitzungstagen zu verkünden.⁴⁷ Dies ist nachvollziehbar; eine noch größere Zeitspanne sollte aber vor dem Hintergrund, dass das Gericht das Urteil zu einem Zeitpunkt fällen soll, in dem es noch unter dem Eindruck der Schlussvorträge und des letzten Wortes des Angeklagten steht,⁴⁸ nicht festgelegt werden. Außerdem stellt es insbesondere für inhaftierte Angeklagte eine enorme Belastung dar, länger auf das Urteil zu warten.

Viel weitreichender erscheint aber die Neuregelung des § 345 StPO. In § 345 StPO wurden wesentliche Erleichterungen für die Revisionsbegründung bei umfangreichen Hauptverhandlungen eingeführt. Die starre Monatsfrist für die Revisionsbegründung wurde in der Vergangenheit bereits häufig kritisiert.⁴⁹ Dieser Kritik ist der Gesetzgeber nunmehr dahingehend gefolgt, dass sich die Revisionsbegründungsfrist um einen Monat verlängert, wenn das Urteil später als 21 Wochen nach Verkündung (§ 345 Abs. 1 S. 2 Var. 1 StPO n.F.) – und um einen weiteren Monat, wenn es später als 35 Wochen nach Urteilsverkündung – zu den Akten gebracht worden ist (§ 345 Abs. 1 S. 2 Var. 2 StPO). In diesen Fällen beginnt die Frist dann aber „schon“ mit der Mitteilung des Zeitpunkts, in dem das Urteil zu den Akten gelangt ist, und nicht erst mit Zustellung

(§ 345 Abs. 1 S. 3 StPO n.F.). Wird die Urteilsabsetzungsfrist komplett ausgeschöpft, liegen den Neuregelungen Verfahren mit mehr als 70 oder mit mehr als 140 Hauptverhandlungstagen zugrunde. Gegebenenfalls hätte der Gesetzgeber auch bereits bei weniger als 21 Wochen zwischen Verkündung und dem Verbringen zu den Akten die Revisionsbegründungsfrist ausdehnen können, aber die jetzige Regelung stellt jedenfalls einen Schritt in die richtige Richtung dar.

III. Änderungen in anderen Gesetzen

Es finden sich auch noch Änderungen in anderen Gesetzen, die teilweise weitreichende Folgen haben.

1. § 50 Abs. 2 BKAG n.F.

So wurde beispielsweise in § 50 Abs. 2 BKAG n.F. nunmehr ebenfalls die Befugnis des BKA festgelegt, bestimmte Auskünfte von Postdienstleistern unter den Voraussetzungen der Postbeschlagnahme zu erlangen. Dabei muss Auskunft erteilt werden über Namen und Anschrift des Absenders, des Empfängers und, sofern abweichend, der Person, die die Postsendung entgegengenommen hat (§ 50 Abs. 2 Nr. 1 BKAG n.F.), Art des Postdienstes (Nr. 2), Maße und Gewicht der Postsendung (Nr. 3), Sendungsnummer und, sofern vorhanden, persönliche Postnummer (Nr. 4), Zeit- und Ortsangaben zum jeweiligen Versendungsverlauf und gegebenenfalls vorhandene Bildaufnahmen der Postsendung (Nr. 5). Die Auskünfte dürfen aber nur verlangt werden, wenn die Informationen rechtmäßig erlangt wurden (§ 50 Abs. 2 S. 3 BKAG n.F.). Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen zu § 99 Abs. 2 StPO n.F. verwiesen werden.

2. § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG n.F.

Zuletzt soll eine Änderung im Gewaltschutzgesetz dargestellt werden: Es wurde dahingehend geändert, dass nunmehr auch bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung entsprechende Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz erwirkt werden können.⁵⁰ Dies war vorher nur bei Straftaten in Bezug auf den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit möglich. Dies ist auf der einen Seite zu begrüßen, da sexuelle Übergriffe auch ohne körperliche Gewalt begangen werden können, die Betroffenen aber trotzdem schutzwürdig sind und daher die Möglichkeit haben sollten, nach dem Gewaltschutzgesetz gegen den Täter vorzugehen. Wenn die Gesetzesbegründung aber anführt, dass nunmehr beispielsweise bei einer sexuellen Belästigung nach § 184i StGB im Falle der Wiederholungsgefahr eine Gewaltschutzanordnung beantragt werden kann,⁵¹ erscheint dies als zu weitgehend, da § 184i StGB körperliche Berührungen in sexuell bestimmter Weise für eine Strafbarkeit ausreichen lässt.

⁴⁶ Stellungnahme WEISSER RING, S. 2 f., abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110420_Stellungnahme_WR_RefE_Fortentwicklung_StPO.pdf?sessionid=556C2F892389796F423B1CB9560D2B97.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 7.11.2021).

⁴⁷ BT-Drs. 19/27654, S. 44.

⁴⁸ BT-Drs. 19/27654, S. 44, hier auch zum Folgenden.

⁴⁹ Siehe statt aller nur: *Grabenwarter*, NJW 2002, 109 ff; *Valerius*, NJW 2018, 3429 ff.

⁵⁰ § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG n.F.

⁵¹ BT-Drs. 19/27654, S. 128.

IV. Fazit

Die Neuregelungen können insgesamt als durchwachsen bezeichnet werden. Einige Änderungen sind nachvollziehbar und teilweise überfällig, wie zum Beispiel die Ausweitung der Revisionsbegründungsfrist. Bei anderen

Regelungen muss sich erst zeigen, ob sie den gewünschten Effekt haben, so bei der neu eingeführten Kennzeichenerfassung. Wiederum andere Regelungen sind inakzeptabel, weil irreführend. Hierbei ist der Hinweis des Beschuldigten auf die Kostentragungspflicht bei Beantragung eines Pflichtverteidigers zu nennen.

Strafprozessuale Wiederaufnahme und Verfassungsrecht

von *Laurenz Eichhorn**

Abstract

In der Nacht zum 25.6.2021 hat der Deutsche Bundestag die Erweiterung des § 362 StPO um eine neue Nummer 5 beschlossen. Danach soll eine Wiederaufnahme zuungunsten eines rechtskräftig Freigesprochenen möglich sein, wenn diesem schwerste Straftaten, wie Mord oder bestimmte Verbrechen nach dem VStGB, zur Last gelegt werden. Früh wurden verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet. Auch das Gesetzgebungsverfahren konnte Vorbehalte verfassungsrechtlicher Art nicht vollends ausräumen. Im Folgenden soll daher dargelegt werden, weshalb § 362 Nr. 5 StPO n.F. verfassungswidrig ist. Sieht man dies anders und verneint die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung, so ist sie jedenfalls restriktiv zu verstehen und nur in engen Grenzen anzuwenden. Es werden daher Leitlinien entwickelt, die trotz der Verfassungswidrigkeit eine Handhabung ermöglichen, die die verschiedenen verfassungsrechtlichen Anforderungen noch am weitesten zur Geltung bringen.

In the night of 25 June 2021, the German Bundestag voted to expand paragraph 362 of the Code of Criminal Procedure. According to this, a retrial will be possible to the disadvantage of a legally acquitted person if he or she is charged with the most serious offences such as murder or certain crimes under the Code of Crimes against International Law. Constitutional concerns were raised early. Even the legislative process could not fully dispel reservations of constitutional nature. In the following, I will therefore explain why paragraph 362 no. 5 of the Criminal Procedure Code is unconstitutional. Even if one did not see it that way, there are constitutional reasons to understand the provision very restrictively and to apply it only within narrow confines. Guidelines are developed which allow for a handling that still gives the broadest effect to the various constitutional requirements.

I. Die Neuerung im Einzelnen und deren Hintergrund

Aktueller Auslöser für die Erweiterung, die im Übrigen schon des Öfteren avisiert, aber nie umgesetzt wurde,¹ war eine Petition im Fall einer jungen Frau. Diese wurde vergewaltigt und ermordet. Der Täter wurde vom LG verurteilt, dieses Urteil vom BGH sodann aufgehoben und in der neuen Hauptverhandlung folgte ein Freispruch. Spätere DNA-Analysen anhand neuer Techniken ließen die Täterschaft wieder als wahrscheinlich erscheinen.

Telos der Wiederaufnahme ist die Beseitigung von Fehlentscheidungen, die in Rechtskraft erwachsen sind und deren weiterer Bestand aus Gründen der materiellen Wahrheit, der Gerechtigkeit und der Rechtsbewährung als unerträglich wahrgenommen wird. Diese Aspekte werden vom Rechtsstaatsprinzip erfasst, sind somit grundgesetzlich geschützt.² Folge ist eine Durchbrechung der Rechtskraft und des Vertrauensschutzes – auch diese sind verfassungsrechtlich abgesichert, und zwar in Art. 103 Abs. 3 GG und dem Rechtsstaatsprinzip.³

Die Novellierung beschränkt sich auf einen sehr begrenzten Bereich: die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen. Eingefügt wird eine neue Nummer 5, die es ermöglicht, ein Verfahren trotz eines rechtskräftigen Freispruchs wiederaufzunehmen, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.“⁴ Möglich soll dies nach der Gesetzesbegründung insbesondere, aber nicht nur, dann sein, wenn neue DNA-Methoden oder DNA-Untersuchungen den Tatnachweis im Nachhinein wahrscheinlich erscheinen lassen und eine Verurteilung zum Zeitpunkt der ersten Hauptverhandlung an der Beweisbarkeit der Beteiligung scheiterte.⁵ Dass sich dies in der Formulierung des Gesetzes nicht niederschlägt, ist dabei wenig erfreulich und ebenso bedenklich.

II. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Neuregelung

Die Neuregelung verursacht verfassungsrechtliche Bedenken. Ihre Beleuchtung erscheint aus wissenschaftlicher Sicht hoch spannend, insbesondere mit Blick darauf, dass auch das BVerfG um eine Entscheidung nicht umhinkommen wird.⁶

Auf den ersten Blick enthält das Grundgesetz nur wenige Normen, die das Strafrecht betreffen. Umso wichtiger sind jene Artikel mit entsprechenden Regelungen, wie zum Beispiel Art. 103 GG. Auch das Rechtsstaatsprinzip

* *Laurenz Eichhorn* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Martin Nettesheim) an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

¹ Siehe BR-Drs. 16/7957 (= BR-Drs. 655/07) – siehe dazu *Grünewald*, R&P 2009, 1.

² BVerfGE 33, 367 (378, 383); 38, 105 (115 f.).

³ BVerfGE 56, 22 (31).

⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 4.

⁵ A.a.O., S. 1.

⁶ Diese Hoffnung teilend *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097 (2099); *Arne-mann*, NJW-Spezial 2021, 440).

begrenzt die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers im strafrechtlichen und strafprozessualen Bereich.

1. Art. 103 Abs. 3 GG

Nach Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden – kurz: *ne bis in idem*. Die historischen Wurzeln reichen weit zurück; einige schreiben die Grundidee schon dem athenischen Redner *Demosthenes* zu.⁷ Die Gewährleistung soll vor einer mehrfachen Bestrafung wegen derselben Tat schützen. Dem Bürger gibt der Grundsatz eine Zusage, eine Garantie, nach einer in Rechtskraft erwachsenen gerichtlichen Entscheidung nicht mehr strafrechtlich sanktioniert zu werden.⁸ Der Strafverfolgung und Aburteilung von Straftaten wird ein Element der Singularität zugeschrieben. Die staatliche Strafrechtspflege wird eingehegt und dem Individuum Freiheit gewährt.⁹ Auch wird abgesichert, dass der Einzelne nicht durch die ständige Adressierung strafprozessualer Maßnahmen zum Objekt staatlicher Wahrheitsfindung degradiert wird.¹⁰

Auf den ersten Blick mag man einwenden, dass eine Kollision gar nicht besteht, da die Norm nur vor doppelter Bestrafung schützen soll. Wird ein Täter freigesprochen, hat dies gerade keine Bestrafung zur Folge – Art. 103 Abs. 3 GG wäre nicht im Ansatz tangiert.¹¹ Diese enge Auslegung greift zu kurz und verkennt das Normtelos. Die Norm beinhaltet auch dann einen „*Unterlassungsanspruch*“, wenn ein strafgerichtliches Urteil zu einem *Freispruch* führte,¹² was insbesondere die genetische Betrachtung zeigt. So formulierte *Zinn* im parlamentarischen Rat: „Der Grundgedanke ist, daß niemand wegen derselben Straftat wiederholt verfolgt werden darf.“¹³ Hier kommt zum Ausdruck, dass ein vollumfänglicher Ausschluss, gerade auch im Falle eines Freispruchs, intendiert war. Weiter streitet auch die Teleologie für eine solche Auslegung, sollte doch die Einmaligkeit jeglicher Form der Aburteilung gewährleistet werden.¹⁴

Noch weitergehend wird sogar ein Verbot der mehrfachen Strafverfolgung aus der Norm interpretiert, sodass schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens untersagt ist.¹⁵ Dies ist insofern schlüssig, als die Führung eines Ermittlungsverfahrens, welchem Prozesshindernisse entgegenstehen, nicht den Sinn und Zweck eines solchen erfüllen kann. Es gilt daher festzuhalten: Die nochmalige Durchführung eines Ermittlungsverfahrens, eine sich anschließende Hauptverhandlung und eine Verurteilung zu Lasten einer rechtskräftig freigesprochenen Person ist mit

Art. 103 Abs. 3 GG nicht vereinbar.

Dennoch sind auch verfassungsrechtliche Normen in gewissen Konstellationen wägbare. Klärungsbedürftig ist, ob dies auch für Art. 103 Abs. 3 GG gilt, die Norm mithin eine zwingende Regel enthält oder ein wägbares Prinzip. Die Beantwortung dessen mag dabei nur im Wege der Auslegung gelingen.

Expressis verbis bietet die Verfassung keine Antwort. Gerade aus der fehlenden Möglichkeit der Beschränkung kann jedoch nicht auf die Unzulässigkeit einer solchen geschlossen werden. Das Grundgesetz enthält auch sonst Verbürgungen, die keine Beschränkungsmöglichkeiten benennen, jedoch wägbare sind.

Zielführender ist eine *gesamt- und binnensystematische* Betrachtung. Zu Letzterer: Art. 103 Abs. 3 GG ist eine spezielle Schutznorm, die ihren Anwendungsbereich im Zusammenhang mit staatlichem Strafen findet. Dasselbe gilt auch für Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁶ Diese Normen stehen also in einer Verbindung und sind dementsprechend auch ähnlich zu interpretieren. Art. 103 Abs. 2 GG stellt, anders als das aus dem Rechtsstaatsprinzip gewonnene Rückwirkungsverbot, ein solches *absoluter* Natur dar.¹⁷ Selbst eine Disposition durch den verfassungsändernden Gesetzgeber soll ausgeschlossen sein.¹⁸ Eine Unterscheidung zwischen „echter“ oder „unechter“ Rückwirkung und eine Abwägung findet nicht statt. Selbst wenn ein extrem zu missbilligendes Verhalten daher – vorerst – unbestraft bleibt, kann davon nicht abgewichen werden (man denke exemplarisch an die verschiedenen „Raser“-Fälle, welche vor Schaffung des § 315d StGB im Zweifel nur eine fahrlässige Tötung darstellten). Selbst bei schwerer, jedenfalls so empfundener, „Ungerechtigkeit“ steht die Norm nicht zur Disposition.¹⁹ Es entzieht sich einer stringenten Begründung, warum für Art. 103 Abs. 3 GG etwas anderes gelten sollte. Vielmehr handelt es sich bei dem gesamten Artikel um einen solchen mit *zwingenden* Gewährleistungen – der gesamten Norm ist eine *Absolutheit* zuzusprechen.²⁰ Konsequenz ist bei Art. 103 Abs. 2 GG und ist es nach dieser Handhabung auch bei Art. 103 Abs. 3 GG, dass ein Widerstreit zwischen dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit, dem staatlichen Anspruch auf Kriminalstrafe und dem Vertrauen und der Rechtssicherheit des Beschuldigten immer abschließend zu Gunsten der beiden Letzteren zu entscheiden ist – unabhängig vom Kriterium der „Gerechtigkeit“.

⁷ Schlussantrag *Sharpston* in Rechtssache C-467/04 Rn. 56; nach *Deegenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 76 ist der Grundsatz ins römische Recht zurückzuführen; instruktiv dazu auch *Brade*, AöR 2021, 130 (135).

⁸ *Radtke*, in: BeckOK-GG, 47. Ed. (15.5.2021), Art. 103 GG Rn. 44.

⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 12; *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. (1985), S. 79 spricht von „[...] der Gestaltung des menschenwürdigen Seins [...]“.

¹⁰ Den Bezug zur Menschenwürde betonend *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 231 und *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 12, 36.

¹¹ Dies andeutend *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (719).

¹² BVerfGE 12, 62 (66); *Bayer*, R&P 2021, 231.

¹³ *Zinn*, Wortprot. der 8. Sitzung im Ausschuss für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, siehe in *Büttner/Wettengel*, Rat 13/II, S. 1449 (1465).

¹⁴ So auch *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL (01/2021), Art. 103 Abs. 3 Rn. 65.

¹⁵ BGHSt 44, 1 (3); 9, 190 (192).

¹⁶ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 40.

¹⁷ Kritisch zu den Durchbrechungen anhand der Radbruch'schen Formel: *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 131 ff.

¹⁸ *Remmert*, a.a.O. Rn. 7.

¹⁹ BVerfGE 95, 96 (131 f.); 109, 133 (171).

²⁰ Genau gegenteilig: *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 220.

Blickt man auf die verfassungsrechtliche *Gesamtsystematik*, kristallisiert sich das gleiche Ergebnis heraus. Art. 103 Abs. 3 GG schützt Vertrauen, ist mithin eine Ausprägung rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes.²¹ Vertrauensschutz wird aber auch über das Rechtsstaatsprinzip gewährt.²² Die Herauslösung des Vertrauensschutzes im strafrechtlichen Kontext aus diesem allgemeinen Vertrauensschutz des Rechtsstaatsprinzips,²³ dem abwägungszugänglichen Normenbestand des Grundgesetzes, lässt nur den Schluss zu, dass der Grundgesetzgeber ein besonders hohes Schutzniveau schaffen und gerade die bei dem Rechtsstaatsprinzip mögliche, Abwägung ausschließen wollte. In den Verhandlungen zum Grundgesetz wurde erörtert, ob es sich bei dem Grundsatz „ne bis in idem“ nicht um einen solchen des Naturrechts handle, dieser mithin sowieso Geltung beanspruche und nicht gesondert geregelt werden müsse.²⁴ Der Vorschlag wurde abgelehnt, was die Vermutung stützt, dass gerade verhindert werden sollte, den Grundsatz in den Status eines bloßen Gewohnheitsrechtssatzes zu heben. Es sollte eben nicht nur ein „Kernbereich“ geschützt werden, sondern die umfängliche Gewährleistung. Hätte der Grundgesetzgeber eine Abwägung gewollt, so hätte er eine gesonderte Normierung unterlassen können. Anders gewendet lässt sich sagen: Art. 103 Abs. 3 GG ist schon das Ergebnis einer Abwägung, nämlich einer solchen durch den Grundgesetzgeber. Dieser hat den Vertrauensschutz und die Interessen des Angeklagten, der Adressat einer rechtskräftigen Entscheidung ist, höher bewertet als andere Rechtsgüter, auch solche von Verfassungsrang.²⁵ Möchte der Gesetzgeber eine andere Gewichtung, kann dies jedenfalls nicht durch einfaches Gesetz erfolgen.

Teilweise wird die Grundrechtsdogmatik und -systematik aber auch bemüht, um Gegenteiliges zu begründen: Das weite Verständnis des Art. 103 Abs. 3 GG nicht bloß als Schutz vor erneuter Bestrafung, sondern als Schutz vor jedweder neuen Verfolgung, müsse auch eine Ausweitung der Beschränkungsmöglichkeiten zur Folge haben.²⁶ Eine solche Annahme trivialisiert jedoch das Verhältnis von Schutzbereich und Schranke und statuiert eine vermeintlich logische Gleichung, die in dieser Pauschalität nicht gilt. Die gezielte Ausweitung des Schutzes über eine weite Interpretation des Schutzbereichs kann nicht durch eine möglichst weitgehende Handhabung der Beschränkungsmöglichkeiten konterkariert werden.

Auch die *Genese* spricht gegen die Annahme, Art. 103 Abs. 3 GG sei wägbare. Während der Verhandlungen zum Grundgesetz wurde auf die Relevanz eines Verfassungsrechtssatzes mit Blick auf Vorfälle im Nationalsozialismus hingewiesen. Verhindert werden sollte das von den

Nationalsozialisten gebrauchte Institut der Ergänzungsmöglichkeit von Urteilen,²⁷ das eine Durchbrechung der Rechtskraft ermöglichte. Die Erweiterung der Wiederaufnahme lässt eine Rechtskraftdurchbrechung zu, erlaubt also gerade das, was mit Art. 103 Abs. 3 GG zu verhindern versucht wird. Exemplarisch wird in den Protokollen der Verhandlungen angeführt: „Wenn beispielsweise jemand wegen einfachen Landfriedensbruch bestraft war, aber tatsächlich schweren Landfriedensbruch begangen hat, konnte das Urteil ergänzt werden. Dies bedeutet eine Durchbrechung des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft.“²⁸ Dieses Beispiel zeigt, dass jegliche Durchbrechung der Rechtskraft ausgeschlossen werden sollte. Das Strafgesetzbuch des Königreichs Bayern aus dem Jahre 1861, welches bei den Beratungen zur Sprache kam,²⁹ enthielt sogar explizit den Passus „Wer wegen einer ihm zur Last gelegten Tatsache rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, kann wegen derselben Tatsache nicht nochmals vor Gericht gestellt und bestraft werden [...]“

In diesem Zusammenhang wird auch das *BVerfG* bzw. dessen Entscheidung vom 8.1.1981³⁰ fehlinterpretiert und als „Freifahrtschein“ zweckentfremdet. In der Debatte wird des Öfteren angeführt, das *BVerfG* habe judiziert, „Art 103 Abs. 3 GG steht Grenzkorrekturen nicht entgegen [...]“.³¹ Dies ist richtig und wurde, wie das Zitat zeigt, auch so niedergeschrieben. Dennoch kann daraus, was oftmals getan wird,³² nicht geschlossen werden, dass eine generelle Öffnung der Norm für Randkorrekturen besteht. Betrachtet man den Abschnitt des gegenständlichen Judikats um den zitierten Satz genauer, so fällt auf, dass sich das *BVerfG* dort, wie in der gesamten Entscheidung, mit Fragen des Tatbegriffs auseinandersetzt. Es wird erörtert, inwiefern sich der einfachgesetzliche und der verfassungsrechtliche Tatbegriff decken und welche Konsequenz daraus folgt. Es wird sogar *expressis verbis* von den „offenen Randbereichen des Tatbegriffs“ gesprochen. Inwiefern damit eine Argumentation anhand dieser Entscheidung tragfähig ist, mag bezweifelt werden. Selbiges gilt für das Argument, das *BVerfG* und Art. 103 Abs. 3 GG stünden Neuerungen in Rechtsprechung und Prozessrechtswissenschaft nicht entgegen: Dass sich im Nachhinein Beweismittel offenbaren, die eine Verurteilung nun rechtfertigen würden, ist wahrlich keine Neuerung.³³

Sofern in der Debatte darauf hingewiesen wird, das deutsche Strafprozessrecht kenne neben § 362 StPO auch im Strafbefehlsverfahren mit § 373a StPO eine Norm, die eine Wiederaufnahme *zuungunsten* zulasse,³⁴ so verkennt dieser Ansatz, dass das Strafbefehlsverfahren schon sei-

²¹ BVerfGE 56, 22 (31).

²² BVerfGE 59, 128 (152); 105, 48 (57).

²³ Marxen/Tiemann, ZIS 2010, 188 (192) sprechen von Art. 103 GG als einer „Spezialnorm“.

²⁴ Wortprot. der 8. Sitzung im Ausschuss für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, siehe in Büttner/Wettengel, Rat 13/II, S. 1465.

²⁵ So auch Wiss. Dienst des Bundestages, Az. WD 7 – 3000 – 121/16, S. 12; Leitmeier, StV 2021, 341 (343).

²⁶ Bohn, S. 86.

²⁷ Wortprot. der 8. Sitzung im Ausschuss für Verfassungsgerichtshof u. Rechtspflege, siehe in: Büttner/Wettengel, Rat 13/II, S. 1465.

²⁸ A.a.O., S. 1465.

²⁹ A.a.O., S. 1465.

³⁰ BVerfGE 56, 22

³¹ BVerfGE 56, 22 (34).

³² Exemplarisch Zehetgruber, JR 2020, 157 (161).

³³ Vgl. Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (191), die von einem nur graduellen Unterschied sprechen.

³⁴ Letzgas, NSStZ 2020, 717 (719); Zehetgruber, JR 2020, 157 (164).

nem Wesen nach einen vorläufigen, jedenfalls summarischen, Charakter hat,³⁵ welcher nicht mit einer rechtskräftigen Entscheidung durch ein Kollegialgericht (Schwurgericht) verglichen werden kann. Außerdem bleibt offen, inwiefern eine einfachgesetzliche Regelung, die eine Durchbrechung der Rechtskraft enthält, Rückschlüsse auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit weiterer Durchbrechungen ermöglichen soll. Dieses Argument kann daher nicht von Gewicht sein. Dasselbe gilt auch, wenn argumentiert wird, dass die Durchbrechung zulässig ist, da eine Limitation durch die Begrenzung auf besonders schwere Verbrechen erfolgt, die der einfache Gesetzgeber für unverjährbar erklärt hat.³⁶ Unabhängig davon, dass die Wertung des einfachen Gesetzgebers nicht zwingend mit jener des Grundgesetzes einhergeht, stellt dies keine taugliche Limitation dar. Der einfache Gesetzgeber könnte auch andere Delikte für unverjährbar erklären und würde damit, folgte man der dargelegten Argumentationslinie, weiteren Ergänzungen der Wiederaufnahme zuungunsten den Weg ebnen.³⁷

Die Schwäche einer Interpretation, die eine Abwägung zulässt, zeigt sich schnell: Danach ist eine solche mit weiteren, verfassungsimmanenten Grundsätzen und Rechtsgütern möglich. Dies hat zur Folge, dass in Fällen extremer Ungerechtigkeit bei schwersten Straftaten eine nochmalige Strafverfolgung möglich sein soll. Unabhängig davon, was man darunter überhaupt versteht, ist nicht von vornherein auszuschließen, dass zu Beginn eine Begrenzung auf äußerst schwerwiegende, ganz erhebliche Straftaten konsensfähig wäre. Im Laufe der Zeit könnte der Gesetzgeber unter geänderten Wertvorstellungen auch weniger schwere Straftaten für so gewichtig erachten, dass dafür ein nochmaliges Ermittlungsverfahren ermöglicht würde. Irgendwann wäre Art. 103 Abs. 3 GG stärker beschränkt als zu Beginn er- und bedacht. Was hier als Argument sehr düster gezeichnet wird, soll schlicht zeigen: Beginnt der Gesetzgeber einmal mit der Ausweitung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten, ist nicht auszuschließen, dass es nur bei den anfänglichen Modifikationen bleibt. Die Norm wäre fortan mit weiteren Einschränkungen konfrontiert, sobald das Gefühl entsteht, dass die geltende Rechtslage zu unbefriedigenden,

„schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“³⁸ führt.³⁹ Dies mag aus jetziger Sicht überzeichnet erscheinen, illustriert aber die Gefahr, die einer Erweiterung innewohnt.⁴⁰ Eine solche Gefahr⁴¹ sollte auch auf verfassungsrechtlicher Ebene bedacht und *antizipiert* in den Diskurs integriert werden.

Es könnte gegen diese Sicht eingewandt werden, dass sie die bestehenden Regelungen der Wiederaufnahme zuungunsten eines Verurteilten nicht zu erklären vermag. Der absolute Charakter von Art. 103 Abs. 3 GG würde auch hier zur Verfassungswidrigkeit führen. § 362 StPO wird im Ergebnis von Rechtsprechung und Wissenschaft nicht für verfassungswidrig gehalten.⁴² Dogmatisch wirft dies komplexe Fragen auf. Möchte man zu dem Ausgeführten nicht in Widerspruch treten und eine konsistente Begründung liefern, kann eine Berufung auf verfassungsimmanente Begrenzungen durch kollidierendes Verfassungsrecht⁴³ nicht vorgetragen werden. Auch in der Literatur anzutreffende Begrenzungen durch eine „Unerträglichkeitsgrenze“⁴⁴ sind dogmatisch inkohärent. Ausgangspunkt muss ein anderer sein: Das Bonner Grundgesetz ist wesentlich jünger als die StPO. Die Mütter und Väter des GG kannten die StPO bzw. die RStPO⁴⁵ und mussten sich über die existierenden Regelungen zur Wiederaufnahme im Klaren gewesen sein (in der RStPO §§ 399 ff.). Es ist anzunehmen, dass sie diese unberührt lassen und ihnen insbesondere nicht die Legitimation versagen wollten.⁴⁶ Art. 103 Abs. 3 GG ist im Lichte des historischen Kontexts zu interpretieren und mithin so zu lesen, dass schon bestehende Regelungen unberührt bleiben, neue Fallgruppen aber nicht begründet werden sollten.⁴⁷ Konsequenz dessen ist, dass eine Erweiterung der bestehenden Gründe zuungunsten des Angeklagten nicht möglich ist.⁴⁸ Mag dies auf den ersten Blick zu eng erscheinen, handelt es sich im Ergebnis um die bloße Fortführung der dargelegten Dogmatik.

Will man den abwägungsfesten Charakter trotzdem verneinen und eine Abwägung gestatten, so darf auch nach dieser Ansicht keine Beschränkung des Kerns von Art. 103 Abs. 3 GG erfolgen.⁴⁹ Es kommt somit darauf an, was Kern des Art. 103 Abs. 3 GG ist. Wie dargelegt, soll die

³⁵ BVerfGE 65, 377 (383, 385).

³⁶ Zu dieser Argumentation exemplarisch *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (166).

³⁷ Ob die Begrenzung insofern „klar umrissen“ ist, wie dies *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (166) behauptet, bleibt fraglich.

³⁸ BT-Drs. 19/30399, Seite 1 a.E.

³⁹ Nach *Müller-Metz*, NJW 2003, 3173 (3175) bedarf es eines „[...] unabweisbaren, [...] Bedürfnisses der Allgemeinheit.“, wobei dieser einer Ausweitung im Zusammenhang mit Maßregeln kritisch sieht.

⁴⁰ Nach *Saliger*, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Vol. 15 2007, S. 633 (652) kann die Verwendung des Slippery-Slope-Arguments nur dann Überzeugungskraft entfalten, wenn die schiefe Bahn bzw. der Dammbuch genau bezeichnet wird – die skizzierte *Gefahr* muss also *tatsächlich bestehen*; dass dies hier der Fall ist, zeigen: *Helbing*, ZRP 2010, 271; *Stoffers*, ZRP 1998, 173 (178); *Wasserburg*, ZRP 1997, 412 (415); für das Ausland: *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (197).

⁴¹ Diese wird auch gesehen von: *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (104); *Papst*, ZIS 2010, 126 (133); *Scherzberg*, ZRP 2010, 271, der *explizit* davon spricht, dass „Ein weiterer Systembruch“ wohl „damit vorprogrammiert“ sei; *Scherzberg/Thiee*, ZRP 2008, 80 (83); a.A. ausdrücklich *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (167).

⁴² *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; *Kment/Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. (2020), Art. 103 Rn. 110; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 78; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, GG, 194. Akt. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 65f.; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 84 spricht von einer immanenten Schranke.

⁴³ So aber *Kment/Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 106.

⁴⁴ Wohl für denkbar gehalten von: *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 222; *Nolte*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, (2013), § 135 Rn. 19; dagegen *Sodan*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 32.

⁴⁵ StPO v. 1.2.1877 (RGI. 1877, S. 253).

⁴⁶ So auch *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 47; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 222; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; *Kment/Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 105 f.

⁴⁷ *Papst*, ZIS 2010, 126 (127) spricht von einer immanenten Schranke des Art. 103 Abs. 3 GG.

⁴⁸ Statt aller *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 63 m.w.N.

⁴⁹ *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. (2017), Art. 103 Rn. 82; *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (191).

gegenständliche Verbürgung eine Mehrfachverfolgung wegen derselben Tat verhindern. Wesentliches Element ist damit, reduziert auf einen Begriff, das *Mehrfachverfolgungsverbot*. Gerade dieses wird aber durch die Neuerung angegriffen. Es findet keineswegs die Modifikation äußerer Umstände statt; das, *wovor die Norm gerade schützen möchte* und das, was der *originäre Gehalt* der Norm ist, wird tangiert. Die Funktion der Norm wird angegangen. Das Gesetzesvorhaben kann sich damit nicht mehr nur als Grenzkorrektur rühmen.

Lässt man sich ein letztes Mal auf jene Ansicht ein und ermöglicht eine Abwägung, so müssen weitere Rechtsgüter von Verfassungsrang aufgetan werden und in einer Abwägung überwiegen. Die Befürworter führen das Rechtsstaatsprinzip ins Feld und rekurren auf die Unterkategorie der *materiellen Gerechtigkeit*.⁵⁰ In Fällen, bei denen ein Freispruch einen „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“⁵¹ darstellt, müsse eine Beschränkung von Art. 103 Abs. 3 GG möglich sein. Hier zeigt sich, dass auch der Gesetzgeber einem sehr einseitigen Verständnis materieller Gerechtigkeit Gefolgschaft leistet. Gerechtigkeit kann danach wohl nur vorliegen, wenn ein Täter verurteilt wird und dies möglichst hart. Im Rechtsstaat des Grundgesetzes ist es jedoch auch und gerade gerecht, wenn ein prozedural rechtmäßiges, einem rechtsförmigen Ablauf folgendes, Verfahren zu einem Freispruch geführt hat; dass sich im Nachhinein etwas anderes als vermeintlich wahr erweist, hat dann keinen Einfluss mehr auf das Ergebnis – selbst wenn dies unbefriedigend⁵² erscheint. Gerecht ist, dass eine Entscheidung getroffen wurde. Es ist im Übrigen Konsens, dass der Rechtsstaat nicht *nur* primär darauf abzielen kann, ein möglichst richtiges, vermeintlich materiell gerechtes Urteil⁵³ zu sprechen. Auch der Weg dorthin ist entscheidend.⁵⁴

Die Zulässigkeit einer Abwägung würde auch dazu führen, dass der Schutz durch strafprozessuale und verfassungsrechtliche Verbürgungen abnimmt, wenn die Schwere der vermeintlich begangenen Straftat zunimmt. Der Wortlaut der Norm differenziert jedoch nicht nach Art und Schwere der Tat oder gesteht die Verbürgung erst bei Unterschreitung gewisser Grenzen zu.

2. Rechtsstaatsprinzip

Die Erweiterung des § 362 StPO ist auch mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar.

a) Vertrauensschutz

Die Fassung des Gesetzes, wie vom Bundestag beschlossen, enthält keine Beschränkung auf Fälle, die nach Verabschiedung abgeurteilt werden. Vielmehr können auch Altfälle wiederaufgenommen werden. Das Rechtsstaatsprinzip enthält als Ausprägung das Gebot der Rechtssicherheit, das die Verlässlichkeit der Rechtsordnung gewährleistet.⁵⁵ Ohne das Vorhandensein eines Minimums an Beständigkeit und damit einhergehender Verlässlichkeit wird staatliches Handeln für den Bürger unkalkulierbar und in der Folge unverständlich. Weiter würde das staatliche Agieren irgendwann sogar willkürlich erscheinen und den Bürger zum bloßen Objekt dieser fluiden Rechtssetzung machen.⁵⁶ Nötig ist daher eine verfassungsrechtliche Einhegung möglicher Rückwirkung. Traditionell wird zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden.⁵⁷

Die Neuregelung des § 362 StPO knüpft an einen Freispruch an, der in der Vergangenheit liegt und in Rechtskraft erwachsen ist – es handelt sich mithin um einen Fall *echter* Rückwirkung. Der Versuch der Begründung unechter Rückwirkung muss scheitern, da man ansonsten argumentieren muss, die Entstehung der Rechtskraft sei ein Prozess, der erst im Laufe der Zeit voranschreitet. Richtig ist, dass Rechtskraft zu einem konkreten Zeitpunkt eintritt und ab diesem besteht.⁵⁸ Mit der Entstehung ist der Sachverhalt abgeschlossen und der Bürger darf vertrauen.

Gesetze mit echter Rückwirkung sind grundsätzlich unzulässig,⁵⁹ da das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand von Regelungen, die für abgeschlossene Tatbestände gefunden wurden, eine nachträgliche Verschlechterung der Gesetzeslage ausschließt. Vertrauensschutz hat Vorrang. Da dieses Kriterium entscheidend ist, muss aber auch tatsächlich Vertrauen gebildet worden⁶⁰ und dieses auch schutzwürdig sein. Mithin sind in engen Grenzen Ausnahmen denkbar; diese hat das *BVerfG* typisierend in verschiedene Fallgruppen geordnet. Hier interessierend ist der Ansatz, dass der Vertrauensschutz zurücktreten muss, wenn überragende Belange des Gemeinwohls eine Rückwirkung erfordern.⁶¹ Als überragender Gemeinwohlbelang könnte wiederum die materielle Gerechtigkeit angeführt werden. Die Schutzwürdigkeit ließe sich mit dem Argument ablehnen, dass nicht schutzwürdig ist, wer schwerste Straftaten begeht und der Täter auch damit rechnen konnte, dass unverjähnbare Taten, die *ad infinitum* verfolgt werden können, wenn nachweisbar, zu einer Verurteilung führen.

⁵⁰ *Letzgus*, NSTZ 2020, 717 (719).

⁵¹ BT-Drs. 19/30399, S. 5.

⁵² *Winkelmeier-Becker*, ZRP 2018, 62.

⁵³ Siehe rechtsvergleichend *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (190), mit Hinweis, dass auch die angelsächsischen Rechtsordnungen immer öfter dem Kriterium der materiellen Gerechtigkeit den Vorzug geben.

⁵⁴ *BVerfG*, NJW 1984, 428 (429); BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 (309); insofern verkennt *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158), dass die Annäherung an die Wahrheit nicht dem „tatsächlich vorrangigsten Ziel“ entspricht, sondern die Ziele des Strafprozesses stets in einem Verhältnis stehen, das keinem Prinzip den Vorrang einräumt.

⁵⁵ BVerfGE 24, 75 (98); 109, 133 (180).

⁵⁶ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 50.

⁵⁷ BVerfGE 11, 139 (145 f.); 13, 261 (271); zu beachten, dass der 2. Senat seit BVerfGE 72, 201 zwischen Rückbewirkung von Rechtsfolgen und tatbestandlicher Rückanknüpfung unterscheidet.

⁵⁸ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. (2020), Rn. 771 f.

⁵⁹ BVerfGE 13, 261 (271); 97, 67 (78).

⁶⁰ Nach *BVerfG*, NJW 2021, 1222 (1228) findet der Grundsatz im Vertrauen nicht nur seine Grundlage, sondern auch seine Grenze.

⁶¹ BVerfGE 13, 261 (272); 135, 1 (22).

Dem ist zu entgegnen, dass Täter, die einen Strafprozess bis zum Freispruch erlebt haben, durchaus nachvollziehbarer darauf vertrauen, dass der Staat sich von ihrer Unschuld überzeugt hat und nicht erneut auf sie zugreift. Entscheidend ist aber ein systematischer Blick. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Rückwirkungsverbot ist im Lichte von Art. 103 Abs. 2 und 3 GG zu sehen – dort fällt die Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Vertrauensschutz stets zugunsten des Letzteren aus. Diese Grundentscheidung muss auch in allgemeine Grundsätze hineinwirken, wenn sie für Fragen zu dem speziellen Problemkomplex herangezogen werden.⁶² Insofern ist die Neuregelung nicht mit Grundsätzen rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes vereinbar.

Dass hieraus auch erhebliche Zweifel an der Bestimmtheit entstehen, kann nur angedeutet werden. Dasselbe gilt für die Vereinbarkeit dieser Nichtregelung für Altfälle durch den Gesetzgeber mit der Wesentlichkeitslehre des *BVerfG*.

b) Verhältnismäßigkeit

Auch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügt die Erweiterung nicht. Das Gesetz sieht keine Begrenzung auf eine bestimmte Anzahl an Wiederaufnahmen vor. Es ist möglich, dass ein Angeklagter freigesprochen wird, das Verfahren wiederaufgenommen wird, einen Freispruch zur Folge hat und sodann nochmals wiederaufgenommen wird. Eine lebenslange Strafverfolgung ist damit nicht ausgeschlossen. Freisprüche werden zu solchen auf Widerruf.

Des Weiteren muss bedacht werden, dass auch *tatsächlich* unschuldige Personen beliebig oft verfolgt werden können. Diesen gegenüber kann nicht angeführt werden, dass die materielle Wahrheitsfindung eine Wiederaufnahme zu rechtfertigen vermag. Auch der Gesetzgeber erklärt nicht, wie diese Belastung verfassungsrechtlich zulässig sein soll. Dabei liegt dort ein erheblicher Schwachpunkt des Gesetzes. Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages bezeichnet dies,⁶³ mit Blick auf die Terminologie des aktuellen Gesetzentwurfs durchaus interessant, mit der Wendung der „Unerträglichkeit eines weiteren Strafverfahrens“.

III. Legitimation anhand der EMRK

Abschließend soll die nationale Ebene verlassen und ein Blick auf die EMRK geworfen werden. Dass eine gegen nationales Verfassungsrecht verstößende Norm nicht verfassungskonform wird, weil sie mit dem Konventionsrecht vereinbar ist, ist unstrittig. Dennoch wird die Zulässigkeit der Erweiterung des Öfteren auch unter Rekurs auf die EMRK zu begründen versucht. Nach Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK⁶⁴ darf niemand wegen einer Straftat, wegen welcher er bereits nach dem Gesetz

und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden. Kern der Argumentation ist Absatz 2 der Norm. Danach soll die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht ausgeschlossen sein, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen. Die Schaffung eines Wiederaufnahmegrundes für das Auftreten neuer Tatsachen ist somit im Grundsatz nicht konventionswidrig. Drei Aspekte, die bei Rekurs auf das Zusatzprotokoll verkannt werden, sind jedoch zu beachten. Deutschland hat dieses Zusatzprotokoll nie ratifiziert,⁶⁵ sodass es weder für die BRD noch für die Argumentation in der aktuellen Debatte Wirkung entfalten kann. Nimmt man den Wortlaut des Absatz 2 eng, so wäre eine Interpretation dahingehend denkbar, dass die neuerliche Untersuchung einer alten DNA-Probe schon keine neue oder neu bekannt gewordene Tatsache ist; vielmehr wird eine alte Tatsache neu ausgewertet.⁶⁶ Ein Ausnahmefall von Absatz 1 wäre nicht begründet. Im Übrigen verkennt jene Argumentation wiederum Art. 53 EMRK, wonach eine Auslegung untersagt ist, die Menschenrechte und Grundfreiheiten beschränkt, die in den Gesetzen einer Vertragspartei oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden. Die EMRK will mithin nur Mindeststandards schützen,⁶⁷ also gerade nicht als Vehikel zur Beschränkung national gewährleisteter Rechte dienen. Insofern geht jegliche legitimierende Argumentation anhand der EMRK fehl.

IV. Handhabung der Neuregelung im Lichte des Grundgesetzes

Trotz der dargelegten Unvereinbarkeit der Erweiterung mit dem Grundgesetz wird die Praxis alsbald mit der Neuregelung konfrontiert werden. Es gilt daher abschließend darzulegen, wie eine Handhabung aussehen sollte, die dennoch versucht, die Vorschriften und Wertungen des Grundgesetzes möglichst weitgehend zur Geltung zu bringen. Auch Exekutive und Judikative sind verpflichtet, jegliches Recht im Lichte des Grundgesetzes anzuwenden (Art. 20 Abs. 3 GG).

Dabei sei darauf hingewiesen, dass das Folgende *keine verfassungskonforme Handhabung* in dem Sinne ermöglicht, die das Gesetz als Ganzes verfassungskonform erscheinen lässt; der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG lässt sich *nicht* im Wege der Auslegung beseitigen.

Auf einer ersten Ebene ist der Anwendungsbereich zu beschränken. Dieser kann nur eröffnet sein, wenn das freisprechende Urteil *nach* Inkrafttreten des Gesetzes erging. Altfälle dürfen nicht wiederaufgenommen werden – auch wenn dies wohl Hauptintention des Gesetzgebers war, was daraus ersichtlich wird, dass in der Begründung ex-

⁶² Ähnlich *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254).

⁶³ Az. WD 7 – 3000 – 121/16, S. 12.

⁶⁴ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 22.11.1984, UNTS Nr.2889, Bd.1989, S. 195.

⁶⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. (2021), § 24 Rn. 162.

⁶⁶ Neue Zeugen lassen sich wohl schon nicht unter den Tatsachenbegriff fassen.

⁶⁷ *Meyer-Ladewig/Renger*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 53 Rn. 1.

plizit auf Altfälle Bezug genommen wird. Diese Beschränkung ist zur Wahrung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots erforderlich.

Im Weiteren muss die Anzahl möglicher Wiederaufnahmen mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit begrenzt werden. Ist das Verfahren einmal wiederaufgenommen worden und kam es zu einem erneuten Freispruch, darf keine weitere Wiederaufnahme erfolgen.

Der Tatbestand der Norm muss eng ausgelegt werden. Der Passus, eine Wiederaufnahme dürfe erfolgen, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden“ ist einschränkend auszulegen. § 359 Nr. 5 StPO kann dabei zur grundsätzlichen Herleitung der Begrifflichkeiten behilflich sein. Überträgt man vorsichtig die dort herausgebildeten Definitionen auf § 362 Nr. 5 StPO n.F., so ist für die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen erforderlich, dass Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die von dem erkennenden Gericht unberücksichtigt geblieben sind und sowohl abstrakt als auch im konkreten Fall unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt zu einer Verurteilung führen.

Soweit das Gesetz davon spricht, dass *dringende Gründe* vorliegen müssen, so ist hierin die Einbruchsstelle für eine Handhabung im Lichte des Grundgesetzes zu sehen. *Dringende Gründe* können nur dann angenommen werden, wenn eine Verurteilung im wiederaufgenommenen Verfahren höchst wahrscheinlich ist⁶⁸ und letztlich *keine ernsthaften Zweifel* an der Täterschaft bestehen. Handelt es sich um Beweise naturwissenschaftlicher Art, ist es erforderlich, dass mindestens zwei verschiedene Sachverständige zum selben Ergebnis kommen. Es könnte sogar angedacht werden, dass als neue Beweise nur solche naturwissenschaftlicher Art anerkannt werden;⁶⁹ letztlich stellt auch der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung im Wesentlichen auf Neuerungen in diesem Bereich, insbesondere bei der DNA-Auswertung, ab.⁷⁰ Die Qualität und damit die verfassungsrechtliche Bewertung von Zeugen als Beweismittel nach teils erheblicher Zeit erscheint fraglich.⁷¹

Es ist auch geboten, dass der Freigesprochene bereits zuvor wegen eines Delikts angeklagt war, für das nun die Wiederaufnahme möglich sein soll – zieht man hier keine Grenze, ist der Beliebigkeit Tür und Tor geöffnet. Daraus folgt, dass eine Wiederaufnahme nicht möglich sein darf, wenn eine Verurteilung wegen eines weniger schweren Delikts erfolgt ist. Zeigt sich innerhalb der neuen Hauptverhandlung, dass sich der Angeklagte zwar strafbar gemacht hat, dies jedoch nicht wegen Mordes, so muss eine Verurteilung (abgesehen von Fragen der Verjährung) unterbleiben. Wie dies konkret erfolgt, durch Einstellung, bestätigendes Urteil oder erneuten Freispruch, kann hier offenbleiben. Insofern ist § 370 Abs. 2 StPO restriktiv zu handhaben, wobei methodisch eine teleologische Reduktion vorzugswürdig erscheint. Nach dieser Norm beseitigt die Anordnung der Wiederaufnahme die Rechtskraft des Freispruchs und das Verfahren wird in jenen Zustand zurückversetzt, in dem es sich vor Urteilserlass befand.⁷² Damit wäre der Weg frei für eine Verurteilung, losgelöst vom strafrechtlichen Vorwurf, die, wie gezeigt, zu verhindern ist.

V. Resümee und Ausblick

Die einfachgesetzliche Erweiterung der strafprozessualen Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Freigesprochenen ist verfassungsrechtlich unzulässig und stellt eine Verbürgung des rechtsstaatlichen Kerns des Grundgesetzes in Frage. Art. 103 Abs. 3 GG, das Rechtsstaatsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehen der Gesetzesänderung entgegen. Abhilfe könnte nur eine Änderung des Art. 103 Abs. 3 GG schaffen.⁷³

Bis zu einer möglichen Klärung durch das *BVerfG* muss die Norm durch die Rechtsanwender möglichst sorgsam gehandhabt und im Lichte des Grundgesetzes angewandt werden. Die rechtswissenschaftliche Debatte sollte bis dahin volle Fahrt aufgenommen haben.

Dass der Gesetzentwurf die Überschrift „[...] Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten [...]“⁷⁴ trägt, sei dabei abschließend nur am Rande erwähnt.

⁶⁸ Nach *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102) sei auch der Gerechtigkeit nur gedient, wenn tatsächlich ganz konkrete Umstände gegeben sind, die zeigen, warum ein weiteres Verfahren zu einer gerechteren Entscheidung führt; krit. dazu *Füllkrug*, Kriminalistik 2020, 405.

⁶⁹ So auch die Initiative 2007, BR-Drs. 655/07, S. 1, 5, 6 der Anl.

⁷⁰ BT-Drs. 19/30399, Seite 1, 2, 9, 10; dies explizit ablehnend *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103).

⁷¹ Darauf hinweisend *Hanack*, JZ 1973, 393 (394); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (91).

⁷² BGHSt 14, 64 (66); *Schmidt* in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 370 Rn. 13 m.w.N.

⁷³ Dies in Erwägung ziehend auch *Brade*, ZIS 2021, 362 (364) und ausdrücklich *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3, Rn. 35; a.A. *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (167).

⁷⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 1, 2, 9, 10.

Weitere Vorgaben im Kampf gegen den digitalen Hass – Zur Novellierung des NetzDG im Jahr 2021

von Katrin Gessinger, LL.M.*

Abstract

Mit der Novellierung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) hat der nationale Gesetzgeber versucht, einzelne Schwächen des Gesetzes auszubessern und die Compliance-Vorschriften für soziale Netzwerke weiterzuentwickeln. Dabei wurde ebenfalls ein Teil der AVMD-Richtlinie umgesetzt. Mit dem vorliegenden Beitrag sollen die verschiedenen Gesetzgebungsverfahren zur Überarbeitung des NetzDG geordnet und ein Überblick über die neuen – überwiegend bereits in Kraft getretenen – Regelungen gegeben werden.

With the amendment of the Network Enforcement Act (NetzDG), the national legislator has attempted to remedy individual weaknesses in the law and further develop the compliance regulations for social networks. In the process, part of the AVMS directive was also implemented. The purpose of this article is to organize the various legislative procedures for revising the NetzDG and to provide an overview of the new regulations - most of which have already entered into force.

I. Einleitung

Digitaler Hass – ein Problem mit dem sich Nutzer sozialer Netzwerke regelmäßig auseinandersetzen müssen. Dabei geht es um „sämtliche Äußerungen in öffentlichen oder teilöffentlichen Bereichen des Internets [...], die Menschen beleidigen oder bedrohen oder in beiderlei Hinsicht angreifen.“¹ Nicht zwingend trifft digitale Gewalt eine Person direkt, aber gerade junge Erwachsene waren zu weiten Teilen bereits Zeuge solcher Übergriffe.² Dass das Diskussionsklima dadurch negativ beeinflusst wird und sich einige aus dem Diskurs zurückziehen („Silencing Effect“), ist durch mehrere Studien belegt.³ Die deutsche Politik hat auf dieses Problem im Jahr 2017 mit dem NetzDG reagiert. Ziel des Gesetzes ist, Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte effektiver zu bekämpfen.⁴

Jedoch wird der Erfolg des Gesetzes unterschiedlich bewertet: *Liesching et al.* attestieren dem NetzDG in ihrer Studie nur eine geringe praktische Bedeutung, da der Großteil der Löschungen auf den Gemeinschaftsstandards beruht.⁵ Im Gegensatz dazu stellt die Evaluation des Gesetzes und der darauf beruhende Bericht der Bundesregierung dem NetzDG ein grundsätzlich positives Zeugnis aus, auch wenn vereinzelt Verbesserungsbedarf gesehen wird.⁶

Dieser Bedarf wurde mit verschiedenen Gesetzesvorhaben zur Novellierung des NetzDG angegangen. Dazu gehört das Gesetzespaket zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität⁷ (Hasskriminalitätsgesetz), das Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Bestandsdatenauskunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des *BVerfG* vom 27.5.2020⁸ (Anpassungsgesetz) und das Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes⁹ (NetzDGÄndG). Bevor ein Überblick über diese Änderungen gegeben wird, ist zunächst die ebenfalls im Hasskriminalitäts- bzw. Anpassungsgesetz enthaltene TMG-Novellierung kurz darzustellen. Sodann wird differenziert auf die unterschiedlichen Neuregelungen im NetzDG eingegangen, um den Überblick über die Novellierung mit einem kurzen Ausblick zu beschließen.

II. Novellierung des TMG

1. Auskunftsverfahren gem. § 14 Abs. 3-5 TMG

In § 14 Abs. 3 bis 5 TMG ist die datenschutzrechtliche Erlaubnis zur Auskunft über Bestandsdaten an Personen, die von rechtswidrigen Inhalten gem. § 10a Abs. 1 TMG oder § 1 Abs. 3 NetzDG betroffen sind (§ 14 Abs. 3 TMG), geregelt. Die Auskunft steht gem. § 14 Abs. 4 S. 1 TMG unter richterlichem Vorbehalt.

Bisher mussten Betroffene in einem mehrstufigen Verfahren gegen Telemedienanbieter vorgehen, wobei zunächst

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Mainzer Medieninstitut.

¹ *Hestermann/Hoven/Autenrieth*, KriPoZ 2021, 204.

² Hate Aid, EU-Report: Grenzenloser Hass, 2021, abrufbar unter: <https://hateaid.org/eu-umfrage/> (zuletzt abgerufen am 15.11.2021); forsa, Befragung zu Hate Speech 2021, Ergebnisbericht, 2021, abrufbar unter: https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/NeueWebsite_0120/Themen/Hass/forsa_LFMNRW_Hass-rede2021_Ergebnisbericht.pdf (zuletzt abgerufen am 15.11.2021).

³ Vgl. dazu bspw. *Hestermann/Hoven/Autenrieth*, KriPoZ 2021, 204 (204 f.); *Geschke et al.*, #Hass im Netz. Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie, 2019, abrufbar unter: https://www.idz-jena.de/fileadmin/user_upload/Hass_im_Netz_-_Der_schleichende_Angriff.pdf (zuletzt abgerufen am 15.11.2021); *Apostel*, KriPoZ 2019, 287 (290 f.).

⁴ Auf die Kritik zum Gesetz hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Verfassungs- und Europarecht wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen. Eine Übersicht zur Kritik mit Argumenten zur teilweisen Entkräftung derselben findet sich bei *Schindler*, ZD-Aktuell 2021, 05097 m.w.N.

⁵ *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, insb. S. 359, abrufbar unter: <https://www.carlgrossmann.com/lie-sching-das-netzdg-in-der-praktischen-anwendung/> (zuletzt abgerufen am 15.11.2021).

⁶ *Eifert*, Gutachten, BT-Drs. 19/22610, insb. S. 136; Bericht BReg., BT-Drs. 19/22610, S. 47.

⁷ BGBl. I 2021, S. 441; Die Ausführungen zu den Änderungen durch das Hasskriminalitätsgesetz basieren auf den detaillierteren Überlegungen, die im Aufsatz „Im Kampf gegen Kriminalität im Netz“ publiziert wurden, vgl. *Gessinger*, K&R 2021, 541 ff.

⁸ BGBl. I 2021, S. 448.

⁹ BGBl. I 2021, S. 1436.

über die Zulässigkeit der Auskunftserteilung und in einem davon getrennten Verfahren über die Verpflichtung zur Auskunftserteilung entschieden wurde.¹⁰ Zur Vereinfachung des Verfahrens hat der Gesetzgeber § 14 Abs. 4 TMG insofern angepasst, als dass das Gericht nun zugleich über die Verpflichtung zur Auskunftserteilung entscheiden kann. Damit wird das zivilgerichtliche Vorgehen für Betroffene erleichtert.

2. Auskunftsverfahren nach §§ 15a-c TMG

Unter Berücksichtigung des *BVerfG*-Beschlusses „Bestandsdatenauskunft II“¹¹ vom 27.5.2020 wurden mit dem Anpassungsgesetz differenzierte Regeln für die Auskunftsverfahren verschiedener Datenkategorien erlassen (§§ 15a-c TMG). Diese berücksichtigen die unterschiedliche Sensibilität der jeweils betroffenen Daten, sodass etwa Nutzungsdaten von Telemedienanbietern strengeren Regeln unterliegen als die Bestandsdaten eines solchen Dienstes, da sie regelmäßig sensibler sind.

In seinem Beschluss hat das Gericht festgestellt, dass § 113 TKG a.F. und die fachgesetzlichen Abrufvorschriften (teilweise) verfassungswidrig sind, da sie die Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung und auf Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses verletzen.¹² Zentrale Aussage des *BVerfG*-Beschlusses ist, dass es nicht ausreicht, wenn die Datenauskünfte „nur einzel-fallbezogen und zweckgebunden erteilt werden dürfen. Vielmehr bedarf es begrenzender Eingriffsschwellen, die sicherstellen, dass Auskünfte nur bei einem auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützten Eingriffsanlass eingeholt werden können.“¹³ Zwar waren die Vorschriften des TMG nicht Gegenstand des Verfahrens, aber §§ 15a, b TMG waren in der Fassung des Hasskriminalitätsgesetz § 113 TKG a.F. nachgebildet, sodass auch diese angepasst werden mussten.

a) Auskunftsverfahren bei Bestandsdaten (§ 15a TMG)

§ 15a TMG kodifiziert das Auskunftsverfahren bei Bestandsdaten. In den Absätzen 3 und 4 wird detailliert aufgeschlüsselt, welche Behörden dazu befugt sind, Auskunft von den Telemedienanbietern zu erhalten und welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen. Außerdem müssen bei dem Auskunftsersuchen bestimmte Zwecke, wie die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, verfolgt und eine gesetzliche Grundlage genannt werden. Diese Vorschrift gilt gleichermaßen für die Verfolgung von Straftaten wie von schwerwiegenderen Ordnungswidrigkeiten.

Daneben wird unterschieden zwischen einer Auskunft nach § 15a Abs. 1 S. 1 TMG für allgemeine Auskünfte über Bestandsdaten (Voraussetzungen in § 15a Abs. 3 TMG) und einer Auskunft nach § 15a Abs. 1 S. 3 TMG,

bei der anhand einer IP-Adresse unter automatischer Auswertung von Nutzungsdaten Auskunft erteilt werden darf (Voraussetzungen in § 15a Abs. 4 TMG). Die Anbieter sind dazu verpflichtet, die Daten unverzüglich und vollständig zu übermitteln und dürfen die Betroffenen nicht darüber informieren (§ 15a Abs. 5 TMG). Mit dieser detaillierten Regelung und den begrenzenden Eingriffsschwellen wird den Rechten der betroffenen Personen ausreichend Rechnung getragen und den Forderungen des *BVerfG* aus dem Beschluss „Bestandsdatenauskunft II“ entsprochen.

b) Auskunftsverfahren bei Zugangsdaten (§ 15b TMG)

Eine eigene Regelung für Zugangsdaten wie Passwörter wird mit § 15b TMG geschaffen, da diese eine höhere datenschutzrechtliche Relevanz aufweisen. Aus diesem Grund werden mehrere Vorbehalte statuiert. Dazu gehört die Legitimierung des Auskunftsersuchens durch eine richterliche Anordnung. Des Weiteren muss es um die Verfolgung bestimmter besonders schwerer Straftaten aus dem Katalog des § 100b Abs. 2 StPO oder um die Abwehr einer konkreten Gefahr für eine Person oder den Bestand des Bundes oder eines Landes gehen (§ 15b Abs. 2 TMG) gehen. Der Telemedienanbieter ist dazu verpflichtet, die Daten unverzüglich, vollständig und unverändert zu übermitteln, wobei die Verschlüsselung von Daten unberührt bleiben soll (§ 15b Abs. 3 TMG). Unklar ist in diesem Kontext jedoch, wie die verschlüsselten Daten einen Gewinn für die Ermittlungsarbeit bringen sollen.¹⁴

Aufgrund der benannten Voraussetzungen wird dem hohen Eingriffsgewicht einer Abfrage von Zugangsdaten ausreichend Rechnung getragen. Beachtung fand in diesem Kontext auch, dass eine solche Regelung nur rechtmäßig ist, wenn vorausgesetzt ist, dass auch die Nutzung der durch den Abruf erlangten Daten erlaubt ist.

c) Auskunftsverfahren bei Nutzungsdaten (§ 15c TMG)

Mit dem Anpassungsgesetz wurde für das Auskunftsverfahren bei Nutzungsdaten eine eigene Vorschrift unabhängig von der zu Bestandsdaten geschaffen (§ 15c TMG). Dies ist nötig, da Nutzungsdaten eine höhere Sensibilität als Bestandsdaten aufweisen. Voraussetzung für ein Auskunftsverfahren ist beispielsweise die Notwendigkeit der Verfolgung einer Straftat. Bei der Differenzierung wer unter welchen Umständen welche Informationen erfragen darf, wird auch danach unterschieden, welche nach § 15 Abs. 1 TMG erhobenen Daten betroffen sein dürfen. Damit wird der Eingriff in die Rechte der betroffenen Person so weit minimiert, dass zwar der Zweck der Regelung erfüllt werden kann, aber darüber hinaus keine Informationen weitergegeben werden, die nicht erforderlich sind.

¹⁰ Vgl. *Buchheim*, JZ 2021, 539 (541).

¹¹ *BVerfG*, K&R 2020, 604 (Tenor).

¹² *BVerfG*, K&R 2020, 604. Vgl. zu den Ausführungen bezüglich der Anwendung während der Übergangsfrist auch *Graulich*, NVwZ-Beilage 2020, 47 (insb. 49-52).

¹³ *BVerfG*, K&R 2020, 604 (605).

¹⁴ Zum fraglichen Anwendungsbereich auch in der Sachverständigenanhörung *Kelber*, der die Streichung der Vorschrift verlangte. Vgl. *Kelber*, Wortprotokoll 19/117 (Ausschuss für Inneres und Heimat), S. 9.

Demnach ist davon auszugehen, dass alle drei Regelungen die Vorgaben des *BVerfG* aus dem Beschluss „Bestandsdatenauskunft II“ erfüllen. In Verbindung mit den ebenfalls angepassten Abrufregelungen in den Spezialgesetzen und den Änderungen in der StPO soll das Doppeltür-Modell des *BVerfG* gewahrt werden, sodass die Ermittlungsbehörden auf rechtssicherer Grundlage Nutzungs- und Bestandsdaten von Telemedienanbietern abrufen können.¹⁵

III. Novellierung NetzDG

Die neuen Vorschriften des NetzDG entfalten zeitlich gestaffelt ihre Wirkung. Der überwiegende Teil ist seit dem 28.6.2021 in Kraft. Seit dem 1.10.2021 gilt zudem die Informationspflicht des Anbieters über die Möglichkeit der Gegenvorstellung (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG). Die ausstehenden Regelungen – namentlich die BKA-Meldepflicht (§ 3a NetzDG) und der Anspruch auf Auskunft für wissenschaftliche Forschung (§ 5a NetzDG) – treten zum 1.2.2022 in Kraft.

1. Berichtspflicht (§ 2 NetzDG)

Bereits seit Einführung des NetzDG sind die sozialen Netzwerke dazu verpflichtet, halbjährlich Transparenzberichte zu veröffentlichen, die darüber Aufschluss geben sollen, wie mit Beschwerden über Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte umgegangen wird.¹⁶ Alle großen sozialen Netzwerke veröffentlichen seitdem solche Transparenzberichte. Für den aktuellen Berichtszeitraum (1. Halbjahr 2021) finden sich im Bundesanzeiger acht Berichte folgender Anbieter: Change.Org., Facebook, Instagram, Reddit, SoundCloud, TikTok, Twitter und YouTube.¹⁷

Jedoch ist die Vergleichbarkeit der Berichte nur eingeschränkt gegeben,¹⁸ weshalb die Berichtspflichten bei der Novellierung erweitert wurden. Dies schlägt sich zum einen in den detaillierteren Vorschriften zur Gestaltung nieder (vgl. insb. Nr. 8, 9). Zum anderen soll es eine tabellarische Zusammenfassung über die eingegangenen Beschwerden und Gegenvorstellungen und die jeweils damit in Zusammenhang stehenden Sperrungen, Löschungen bzw. Wiederherstellungen geben (Nr. 15).

Des Weiteren wurden die Berichtspflichten insofern erweitert, als dass dargelegt werden soll, wie die Prüfung einer Beschwerde konkret abläuft und welche Kriterien dabei herangezogen werden (Nr. 3). In diesem Kontext ist auch der Einsatz von künstlicher Intelligenz darzulegen, also inwiefern automatisierte Verfahren zur Erkennung und Löschung von Inhalten eingesetzt werden (Nr. 2). Da

aus den bisherigen Berichten deutlich wurde, dass die meisten sozialen Netzwerke ein zwei-stufiges Prüfungssystem eingeführt haben und die eingegangenen Beschwerden zunächst anhand ihrer AGB prüfen, müssen die Netzwerke nun in ihren Berichten erläutern, welche Regeln für die Zulässigkeit der Verbreitung von Inhalten festgelegt wurden und inwiefern diese mit den Regeln der AGB-Kontrolle (§§ 307 bis 309 BGB) und sonstigem Recht vereinbar sind (Nr. 16, 17). Weitere Ergänzungen betreffen das neu geschaffene Gegenvorstellungsverfahren aus § 3b NetzDG (Nr. 11, 12) und die Zusammenarbeit mit Wissenschaft und Forschung (Nr. 13).

Die Erweiterung der Berichtspflichten und deren Ausgestaltung ist grundsätzlich als angemessen zu bewerten. Die Änderungen erscheinen geeignet, um eine bessere Vergleichbarkeit der Berichte herzustellen und mehr über die Maßnahmen der Netzwerke zur Bekämpfung digitaler Gewalt zu erfahren und so deren Vereinbarkeit mit geltendem Recht prüfen zu können. Insbesondere die Auskunft zum Einsatz automatisierte Filtertechniken ist zu begrüßen, da damit beispielsweise bei Facebook der Großteil der anschließend gelöschten Inhalte gefunden wird.¹⁹ Somit ist es folgerichtig, zu diesen Techniken Informationen zu verlangen, um Auskunft über diese Mechanismen zu erhalten.²⁰

2. Regeln zum Verhältnis von sozialen Netzwerken und Nutzern

a) Beschwerdebegriff

Mit dem Hasskriminalitätsgesetz wurde eine Legaldefinition des Beschwerdebegriffes (§ 1 Abs. 4 NetzDG) festgelegt. Bisher wurde der Begriff ohne einheitliche Definition verwendet, was dazu geführt hat, dass verschiedene soziale Netzwerke den Begriff unterschiedlich interpretiert haben. Konkret wurden unterschiedliche Beschwerdewege etabliert, wobei teilweise eine Meldung nach den Gemeinschaftsstandards einfacher zu tätigen war als nach dem NetzDG.²¹ Im Ergebnis wurde dadurch die praktische Anwendung des Gesetzes eingeschränkt und die Auswertung der Transparenzberichte erschwert. Mit der neuen Legaldefinition soll dieser Umgehung der Regeln des NetzDG entgegengewirkt werden, sodass auch Beschwerden nach den Gemeinschaftsstandards als „Beschwerde über rechtswidrige Inhalte“ zu werten sein sollen, soweit ein Inhalt als vermeintlich rechtswidrig angezeigt wird.²²

¹⁵ BT-Drs. 19/17741, S. 38 f.

¹⁶ BT-Drs. 18/12356, S. 20.

¹⁷ Die Transparenzberichte sind im Bundesanzeiger im Bereich „Verschiedene Bekanntmachungen“ hinterlegt. Online abrufbar unter: <https://www.bundesanzeiger.de/pub/de/suche-verschiedene-bekanntmachungen?8> (zuletzt abgerufen am 15.11.2021). Eine Übersicht, welche Unternehmen in den vergangenen Berichtszeiträumen (2019 und 2020) tätig geworden sind, findet sich in BT-Drs. 19/26749, S. 2f.

¹⁸ *Eifert*, Gutachten, BT-Drs. 19/22610, S. 85.

¹⁹ Meta/Facebook gibt bereits seit Juli 2019 eine proaktive Erkennungsrate von über 80%, seit Oktober 2020 von über 95% an, vgl. *Meta*, Transparency Center, Hassrede, abrufbar unter: https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/hate-speech/?from=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards%2Fhate_speech (zuletzt abgerufen am 15.11.2021).

²⁰ So auch *Kühling*, ZUM 20221, 461 (466).

²¹ *HateAid*, Wortprotokoll 19/91 (Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz), S. 74.

²² Vgl. dazu BT-Drs. 19/17741, S. 41; positiv dazu *Kalbhenn/Hemmer-Halswick*, MMR 2020, 518 (521), kritisch zum neuen Beschwerdebegriff *Cornils*, NJW 2465 (2466 f.).

b) Umgang mit Beschwerden (§ 3 Abs. 1 bis 5 NetzDG)

In Reaktion auf die Etablierung verschiedener Meldewege wurde auch § 3 NetzDG überarbeitet. Der Meldeweg muss nun an den Inhalt geknüpft werden und das Meldeverfahren soll „leicht bedienbar“ sein (§ 3 Abs. 1 NetzDG). Dies sind Folgen der Erfahrungen mit den bisherigen Meldeverfahren. So hatte beispielsweise Facebook zwei Meldewege, von denen der NetzDG-Meldeweg nur über Umwege erreichbar war, während eine Meldung nach den Gemeinschaftsstandards direkt am Inhalt zu finden war. Dadurch verzeichnete das Netzwerk im Vergleich zu anderen Plattformen sehr wenige Meldungen und das Bundesamt für Justiz (BfJ) verhängte ein Bußgeld von drei Millionen Euro.²³ Mittlerweile hat Facebook das Meldeverfahren geändert, was dazu geführt hat, dass die Anzahl der NetzDG-Meldungen um das über 18-fache gestiegen ist.²⁴ Insbesondere die Wahrnehmbarkeit des Meldewegs unmittelbar am Inhalt ist zu befürworten, wie sich bereits an der deutlich gestiegenen Zahl der Meldungen bei Facebook zeigt.

In § 2 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG wird eine Informationspflicht gegenüber dem Beschwerdeführer und dem Nutzer, für den der betroffene Inhalt gespeichert wurde, etabliert. Diese Informationspflicht umfasst die Entscheidungsbeurteilung, einen Hinweis auf das Gegenstellungsverfahren und für den Beschwerdeführer Informationen darüber, dass die Möglichkeit einer Strafanzeige besteht und wo die Person nähere Informationen dazu erhält.²⁵

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang allerdings die Forderung, dass die benannten Personen „über jede Entscheidung unverzüglich“ unterrichtet werden müssen. Hier ergibt sich ein Widerspruch zu den Regeln der BKA-Meldepflicht, auf den bereits während des Gesetzgebungsverfahrens hingewiesen wurde.²⁶ Diese sieht in § 3a Abs. 4 NetzDG vor, dass der betroffene Nutzer erst vier Wochen nach der Übermittlung an das BKA über diesen Vorgang informiert wird. Jedoch ist die Entscheidung über die Übermittlung ebenfalls eine Entscheidung im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG, über die eigentlich unverzüglich zu informieren wäre. Um diese Diskrepanz aufzulösen, ist § 3a Abs. 4 NetzDG als *lex specialis* zu § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG zu verstehen. Soweit also die Voraussetzungen des § 3a Abs. 2 NetzDG gegeben sind, ist der Nutzer unverzüglich über die grundsätzliche Entscheidung der Sperrung/Löschung des Inhalts zu informieren, nicht jedoch über die Meldung an das BKA. Erst nach Ablauf der Frist wäre der Nutzer zusätzlich über die Meldung an das BKA ins Bild zu setzen.

²³ Dieses Bußgeld hat das Unternehmen zusammen mit dem noch ausstehenden Bußgeld über zwei Millionen Euro wegen der bemängelten Transparenzberichte (Bescheid von Juli 2019) ohne Beschwerde beglichen. Vgl. *Krempf*, NetzDG-Verstöße: Facebook hat fünf Millionen Euro an Strafen gezahlt, in: heise online, 3.9.2021, abrufbar unter: <https://www.heise.de/news/NetzDG-Verstoesse-Facebook-hat-fuenf-Millionen-Euro-an-Strafen-gezahlt-6181705.html> (zuletzt abgerufen am 15.11.2021).

²⁴ Vgl. Facebook, NetzDG Transparenzbericht Januar bis Juli 2021, abrufbar unter: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2021/07/Facebook-NetzDG-Transparenzbericht-Juli-2021.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.11.2021).

c) Einrichtung der regulierten Selbstregulierung (§ 3 Abs. 6 bis 11 NetzDG)

Weiterentwickelt werden auch die Vorschriften zur regulierten Selbstregulierung. Zunächst wird in § 3 Abs. 6 Nr. 3 klargestellt, wer einen Antrag auf Prüfung einer Entscheidung stellen kann, soweit ein Netzwerk eine Entscheidung an die Selbstkontrolleinrichtung weitergegeben hat – nämlich der Beschwerdeführer und der Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde. Der Antrag auf Überprüfung muss an das soziale Netzwerk gestellt werden, das diesen an die zuständige Einrichtung weiterleitet. Damit soll eine Parallele zu den Gegenstellungsverfahren geschaffen werden,²⁷ da bei einer Entscheidung durch eine Selbstkontrolleinrichtung die Möglichkeit der Gegenvorstellung entfällt (§ 3b Abs. 1 S. 1 Hs. 2 NetzDG).

Daneben wurden die Vorgaben hinsichtlich der Anerkennung einer Selbstkontrolleinrichtung erweitert. So kann eine Anerkennungsentscheidung mit Nebenbestimmungen versehen werden (§ 3 Abs. 7 S. 3 NetzDG) und eine mögliche Befristung soll fünf Jahre nicht unterschreiten (§ 3 Abs. 7 S. 4 NetzDG). Um die Aufsichtsarbeit des BfJ zu vereinfachen, wurden weitere Regeln geschaffen, die die Information desselben bei Änderungen relevanter Umstände und die Veröffentlichung von Tätigkeitsberichten betreffen.²⁸ Aufgrund der Kritik an dem fehlenden Austausch der Regulierungsbehörden auf Bundes- und Länderebene, die jeweils Selbstkontrolleinrichtungen nach unterschiedlichen Gesetzen anerkennen können, wurde mit § 3 Abs. 7 S. 2 NetzDG nun zumindest eine Stellungnahmemöglichkeit der KJM verankert. Dies ist grundsätzlich sinnvoll, bleibt aber hinter den Vorschlägen der Landesmedienanstalten zurück, die beispielsweise einen „institutionalisierten Informationsaustausch des BfJ mit der KJM“ empfohlen haben.²⁹ Die Begründung zur Ausschussfassung erläutert, dass ein Informationsaustausch zu befürworten sei, dieser aber keiner gesetzlichen Regelung bedürfe.³⁰ Unbeachtet bleibt dabei aber der Hinweis, dass insbesondere ein Austausch anhand konkreter Fälle nötig sei, für den jedoch eine datenschutzrechtliche Erlaubnis fehlt, die einen solch konkreten Austausch ermöglicht.³¹

d) Gegenstellungsverfahren (§ 3b NetzDG)

Eine besonders wichtige Änderung ist die Einführung eines Gegenstellungsverfahrens. Der Anbieter eines sozialen Netzwerks ist dazu verpflichtet, ein Verfahren vorzuhalten, dass es Beschwerdeführern und Nutzern, für die ein beanstandeter Inhalt gespeichert wurde, ermöglicht,

²⁵ Im Hasskriminalitätsgesetz war der Hinweis auf die Gegenvorstellung noch nicht enthalten. Vgl. BGBl. I 2021, S. 441.

²⁶ *Härtig*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 13.

²⁷ BT-Drs. 19/18792, S. 46.

²⁸ BT-Drs. 19/18792, S. 47.

²⁹ *Kreißig*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 110 f.

³⁰ BT-Drs. 19/29392, S. 13.

³¹ *Kreißig*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 15.

eine Überprüfung der ursprünglichen Entscheidung herbeizuführen. Gegenstand des Vorstellungsverfahrens können neben Beschwerden über rechtswidrige Inhalte auch sonstige Löschungen sein (§ 3b Abs. 3 NetzDG), die etwa aufgrund präventiver Maßnahmen des Anbieters erfolgt sind. Diese Ausweitung ist bedeutsam, da einige soziale Netzwerke wie Facebook den überwiegenden Teil ihrer Löschungen aufgrund der automatisierten Auffindung problematischer Inhalte durchführt.³² Wäre der Anwendungsbereich allein auf Beschwerden i.S.d. § 1 Abs. 4 NetzDG beschränkt, würde dem Verfahren nur ein vergleichsweise geringer Wirkungsbereich zukommen.³³ Gleichzeitig geht damit aber eine deutliche Erweiterung des Anwendungsbereichs einher, die einen hohen Aufwand für die sozialen Netzwerke mit sich bringt. Der Gesetzgeber versucht diese Ausweitung auszugleichen, indem beispielsweise die Möglichkeit der Gegenvorstellung bei Spam-Inhalten ausgeschlossen wird (§ 3b Abs. 3 S. 4 NetzDG).

Das Gegenvorstellungsverfahren muss wirksam und transparent sein und eine einfache Kontaktaufnahme mit dem Netzwerk über ein leicht erkennbares Verfahren ermöglichen (§ 3b Abs. 1 NetzDG). Zudem müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Dazu gehört, dass die von der Gegenvorstellung betroffene Person unverzüglich informiert wird und Gelegenheit zur Stellungnahme erhält. Das gilt aber nur, soweit das Netzwerk der Gegenvorstellung abhelfen möchte. Die Gegenvorstellung muss durch eine Person geprüft werden, die nicht an der ursprünglichen Entscheidung beteiligt war. Sodann sind die Beteiligten unverzüglich über die Entscheidung zu informieren. Dies gilt in Fällen der Nichtabhilfe für den Beschwerdeführer und für den betroffenen Nutzer nur, insoweit dieser am Gegenvorstellungsverfahren beteiligt wurde. Außerdem ist die Anonymität der am Verfahren beteiligten Personen zu wahren (§ 3b Abs. 2 NetzDG). § 3b Abs. 4 NetzDG stellt klar, dass der Rechtsweg unberührt bleibt.

Somit wird ein Verfahren geschaffen, dass zu einem besseren Ausgleich zwischen den Interessen der Plattform und den Interessen der Nutzer beitragen dürfte. Die Kritik, dass dieses Vorgehen nicht weit genug reiche und explizit ein Put-Back-Mechanismus etabliert werden müsse,³⁴ greift in der Praxis wohl nicht durch. Denn in § 3b Abs. 2 NetzDG wird normiert, was zu tun ist, wenn einer Gegenvorstellung „abgeholfen“ werden soll. Abgeholfen meint in diesem Fall, die ursprüngliche Entscheidung zu revidieren, also entweder der Beschwerde über einen zunächst nicht gelöschten Inhalt stattzugeben oder einen bereits gelöschten Inhalt wieder sichtbar zu machen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Wiederherstellung eines rechtswidrig gelöschten Inhalts bereits impliziert ist.³⁵

³² Vgl. *Meta*, Transparency Center, Hassrede (Fn. 21); Die Ausweitung auf alle Entscheidungen wurde durch Hinweise der Sachverständige während des Gesetzgebungsverfahrens aufgenommen, vgl. *Ballon*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 51; *Liesching*; Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 117.

³³ Vgl. die Ausführungen von *Liesching* zu diesem Thema, *Liesching*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 117.

³⁴ *Ballon*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 22. Vgl. außerdem *Niggemann*, CR 2020, 236 (328 f.).

e) Schlichtung (§ 3c NetzDG)

Mit dem neuen Schlichtungsverfahren soll eine weitere niedrigschwellige Möglichkeit des Interessenausgleichs zwischen sozialen Netzwerken und Nutzern geschaffen werden.³⁶ Schlichtungsverfahren können sich entweder an ein Gegenvorstellungsverfahren oder an eine Entscheidung einer Selbstkontrolleinrichtung anschließen (§ 3c Abs. 3 S. 1 NetzDG). Die Teilnahme an dem Verfahren ist freiwillig (§ 3c Abs. 4 NetzDG). Bei den Schlichtungsstellen handelt es sich um privatrechtlich organisierte Einrichtungen, die wie die Selbstkontrolleinrichtungen vom BfJ anerkannt werden müssen (§ 3c Abs. 1 NetzDG). Voraussetzung für die Anerkennung ist gem. § 3c Abs. 2 NetzDG beispielsweise die Sicherstellung der sachgerechten Ausstattung und zügigen Bearbeitung der Verfahren. Zudem ist die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der schlichtenden Personen zu wahren. Eine Schlichtungsordnung, die das konkrete Verfahren regelt, das einfach, kostengünstig, unverbindlich und fair sein soll, ist von der Einrichtung selbst zu erlassen. Außerdem ist die Öffentlichkeit über die Erreichbarkeit und Zuständigkeit der Schlichtungsstelle zu informieren. Weitere Vorgaben werden parallel zu denen der Selbstkontrolleinrichtungen ausgestaltet (§ 3c Abs. 2 S. 2 NetzDG).

Schlichtungsverfahren als niedrigschwellige Angebote sind aus anderen Bereichen wie dem Verbraucherschutz bekannt und etabliert. Sie stellen grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur Austarierung der betroffenen Interessen dar. Soweit dieses Verfahren akzeptiert wird, könnte es einen positiven Einfluss auf das Verhältnis von Netzwerken und Nutzern haben.³⁷ Jedoch wird teilweise bezweifelt, ob der Gesetzgeber genügend Anreize für die Einrichtung einer Schlichtungsstelle geschaffen hat. Insbesondere die Frage der Finanzierung könnte hier zu Problemen führen, da hohe organisatorische Anforderungen an die Einrichtung gestellt werden, die Schlichtung für Nutzer aber kostengünstig sein soll.³⁸

3. BKA-Meldepflicht (§ 3a NetzDG)

Eine Regelung die insbesondere die Strafverfolgung verbessern soll, ist die neue Meldepflicht gem. § 3a NetzDG. Damit werden Anbieter sozialer Netzwerke dazu verpflichtet, Inhalte an eine Zentralstelle des BKA zu melden, die strafrechtlich relevant sein könnten. Der Fokus liegt auf solchen Tatbeständen, die in besonderer Weise die Allgemeinheit betreffen.³⁹ Dabei werden Antragsdelikte ausgeklammert.⁴⁰ Voraussetzung für die Meldepflicht sind konkrete Anhaltspunkte für einen der enumerativ aufgezählten Tatbestände (§ 3a Abs. 2 Nr. 3 NetzDG).

³⁵ So im Ergebnis auch *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518 (520).

³⁶ BT-Drs. 19/18792, S. 48.

³⁷ So auch *Holzmagell/Wood*, JZ 2021, 276 (281); *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518 (522).

³⁸ Dazu auch *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518 (522); *Liesching*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 120.

³⁹ BT-Drs. 19/17741, S. 17.

⁴⁰ *Niggemann*, CR 2020, 326 (327).

Folgende Informationen müssen gem. § 3a Abs. 4 NetzDG an das BKA weitergeleitet werden: der Inhalt und sofern vorhanden der Zeitpunkt der Veröffentlichung (Nr. 1), außerdem der Nutzernamen und soweit verfügbar die IP-Adresse einschließlich Portnummer und der Zeitpunkt des letzten Zugriffs (Nr. 2). Eine Information an die betroffene Person erfolgt frühestens nach vier Wochen (§ 3a Abs. 6 NetzDG). Dies gilt nur, soweit das BKA keine anderweitige Anordnung erlässt; im Fall einer solchen Anordnung geht die Verpflichtung zur Unterrichtung auf das BKA über.

Das BKA tritt im Rahmen der Meldepflicht in seiner Funktion als Zentralstelle auf. Dieser Einordnung widerspricht die Abfrage von Bestandsdaten bei Telekommunikationsanbietern, um den möglichen Täter zu ermitteln, nicht. Zwar beschränkt sich das BKA in der Regel auf unterstützende Tätigkeiten (§ 2 BKAG) und übernimmt nur im Rahmen des § 4 BKAG selbst polizeiliche Tätigkeiten.⁴¹ Jedoch kann bei den hier einschlägigen Delikten nicht problemlos die zuständige Strafverfolgungsbehörde bestimmt werden.⁴² Daher ist eine zentrale Stelle nötig, die koordinierend wirkt. Eine solche Koordinierungsaufgabe betrifft laut dem *BVerfG* „den Kern der Zentralstellenfunktion des Bundeskriminalamtes.“⁴³ Durch den neuen § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a BKAG wurde mit dem Anpassungsgesetz auch die nötige Gesetzesgrundlage für dieses Vorgehen im Rahmen der Meldepflicht geschaffen.⁴⁴

§ 3a Abs. 7 NetzDG etabliert einen Auskunftsanspruch für das BfJ über Informationen, wie das Meldeverfahren ausgestaltet ist und angewendet wird. Zudem wurde durch das NetzDGÄndG in Abs. 8 die Möglichkeit eines „freiwilligen, unverbindlichen Erfahrungsaustauschs“⁴⁵ zwischen Strafverfolgungsbehörden und Anbietern sozialer Netzwerke geschaffen. Geregelt wird die datenschutzrechtliche Erlaubnis für einen solchen Austausch, bei dem personenbezogene Daten in pseudonymisierter Form verarbeitet werden dürfen. Ziel dieser Regelung ist die Kommunikation beispielsweise über die „aktuelle Rechtslage und staatsanwaltliche Entscheidungspraxis an Hand [!] von Beispielfällen“.⁴⁶

Bezüglich rechtswidriger Inhalte in sozialen Netzwerken wird immer wieder angemahnt, dass sich die Bekämpfung solcher Inhalte nicht auf die Entfernung oder Sperrung innerhalb einer Plattform beschränken darf, sondern auch die Durchsetzung des Strafrechts fokussiert werden sollte. In diesem Kontext erscheint die BKA-Meldepflicht als eine sinnvolle Ergänzung, um die Zusammenarbeit zwischen sozialen Netzwerken und Strafverfolgungsbehörden zu stärken.⁴⁷

4. Videosharingplattform-Dienste (§§ 3d-f NetzDG)

§§ 3d-f NetzDG dienen der Teilumsetzung von Art. 28a, b AVMD-RL. Adressaten dieser Vorschriften sind Videosharingplattform-Dienste (VSP-Dienste), wobei sich die Umsetzung auf NetzDG-spezifische Pflichten beschränkt. Weitere Vorgaben des Art. 28b AVMD-RL, die sich beispielsweise auf den Jugendschutz beziehen, werden in anderen Gesetzen umgesetzt.⁴⁸ Die Vorschriften im TMG (§§ 10a, b), die ebenfalls den Umgang mit Nutzerbeschwerden durch VSP-Dienste betreffen, treten hinter den neuen Regelungen des NetzDG zurück (§§ 10a Abs. 1, 10b Abs. 1 TMG). Dieses Vorgehen des Gesetzgebers birgt die Gefahr, dass es zu Widersprüchen in der Umsetzung kommt und ist für die betroffenen Dienste schwer zu überblicken.⁴⁹

Mit den Begriffsbestimmungen des § 3d NetzDG wird der Anwendungsbereich für VSP-Dienste klargestellt, wobei die Definitionen denen der AVMD-Richtlinie folgen. Regelmäßig sind VSP-Dienste bereits vom NetzDG erfasst. Dies galt bisher aber nur für solche Dienste, bei denen eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt und die thematisch nicht begrenzt sind (§ 1 Abs. 1 NetzDG). Mit §§ 3d, 3e Abs. 1 NetzDG wurde der Anwendungsbereich erweitert, sodass auch kleinere Plattformen mit weniger als zwei Millionen Nutzern und spezialisierte Plattformen erfasst werden.⁵⁰

Die Anwendbarkeit des NetzDG wird allerdings durch § 3e Abs. 2, 3 eingeschränkt. Das Gesetz soll für kleinere VSP-Dienste (mit unter zwei Millionen Nutzern) nur gelten, soweit sie ihren Sitz gem. § 3d Abs. 2, 3 NetzDG in Deutschland haben (§ 3e Abs. 2 S. 1 NetzDG). Zudem müssen diese Anbieter nicht alle NetzDG-Pflichten erfüllen, sodass sie etwa von den Berichtspflichten, der Pflicht zu Entfernung nicht offensichtlich rechtswidriger Inhalte und der BKA-Meldepflicht befreit sind (§ 3e Abs. 3 S. 3 NetzDG).

Für große VSP-Dienste wird statuiert, dass für diese alle Vorschriften des NetzDG gelten, soweit sie ihren Sitz in Deutschland haben oder Deutschland als Sitzland gilt (§ 3e Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 NetzDG). Für Anbieter, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU haben, werden sodann einzelne Pflichten für anwendbar erklärt, soweit dies durch eine Anordnung des BfJ bestimmt wird (§ 3e Abs. 3 NetzDG). Voraussetzung für eine solche Anordnung sind die Vorgaben aus § 3 Abs. 5 TMG. Auf diese Weise soll das Herkunftslandprinzip bzw. die Regeln für eine Abweichung davon eingehalten werden.⁵¹ Nicht von § 3e Abs. 1 NetzDG erfasst sein soll nach dem Willen des Gesetzgebers die BKA-Meldepflicht (§ 3a NetzDG). Diese soll in Anwendung des Marktortprinzips unabhängig vom Sitzland gelten. Zur Begründung führt der Gesetzgeber an, dass eine solche Meldepflicht nicht von

⁴¹ Kugelmann, in: ders., BKA-Gesetz, 2014, § 4 BKAG, Rn. 4.

⁴² Bäcker, Wortprotokoll 19/91 (Fn. 23), S. 39-40.

⁴³ *BVerfG*, Beschl. v. 27. 5. 2020 – 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13, Rn. 212.

⁴⁴ Ausführlicher dazu Gessinger, K&R 2021, 541 (545).

⁴⁵ BT-Drs. 19/29392, S. 14.

⁴⁶ BT-Drs. 19/29392, S. 14.

⁴⁷ So im Ergebnis auch Eckell/Rottmeier, NSStZ 2021, 1 (7).

⁴⁸ BT-Drs. 19/18792, S. 50.

⁴⁹ Zur Problematik des „sektoralen Vorgehens“ auch Holzna-gel/Woods, JZ 2021, 276 (285).

⁵⁰ BT-Drs. 19/18792, S. 50 f.

⁵¹ BT-Drs. 19/18792, S. 51.

Art. 28b AVMD-Richtlinie erfasst sei und demnach nicht in den harmonisierten Bereich sowie die nach Art. 28a AVMD-RL zu bestimmende Rechtshoheit falle.⁵²

An dieser Stelle ergibt sich ein Wertungswiderspruch. Einerseits geht der Gesetzgeber davon aus, dass das Herkunftslandprinzip gem. Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-RL bei VSP-Diensten anzuwenden ist und gestaltet die §§ 3d, e NetzDG entsprechend aus. Andererseits argumentiert er für den sonstigen Anwendungsbereich des Gesetzes, dass die Abweichung vom Herkunftslandprinzip von Art. 14 Abs. 3 Hs. 2 bzw. hilfsweise durch die Ausnahme aus Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL gedeckt sei.⁵³ Dieses Vorgehen erscheint jedoch nicht plausibel.⁵⁴

Zusätzlich wird mit § 3f NetzDG in Umsetzung von Art. 28b Abs. 7 AVMD-RL eine spezielle Schlichtungsstelle für VSP-Dienste beim BfJ angesiedelt. Diese dient Anbietern von VSP-Diensten, soweit die Bundesrepublik als Sitzland gilt und sie nicht bereits an einem Schlichtungsverfahren nach § 3c Abs. 1 NetzDG teilnehmen (§ 3f Abs. 1 S. 3 NetzDG). Die Anforderungen an die behördliche Schlichtungsstelle werden parallel zu denen aus § 3c Abs. 2 NetzDG aufgestellt.

5. Aufsicht durch das BfJ (§ 4a NetzDG)

Mit dem neu eingefügten § 4a NetzDG wird das BfJ von einer Verfolgungsbehörde zu einer Aufsichtsbehörde aufgewertet. Ziel ist es, dem BfJ damit mehr Möglichkeiten zu geben, mit den sozialen Netzwerken in Austausch zu treten.⁵⁵ Ein solches Vorgehen wurde im Evaluierungsbericht vorgeschlagen und im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich befürwortet.⁵⁶ Die neue Aufsichts- und Anordnungsbefugnis ermöglicht dem BfJ ein präventives Vorgehen, um auf das Abstellen eines Gesetzesverstößes hinzuwirken (§ 4a Abs. 1, 2 NetzDG). Damit kann das BfJ allgemeine Verwaltungstätigkeit ausführen und in Dialog mit den betroffenen Plattformen treten.

In § 4a Abs. 3 NetzDG wird festgelegt, dass das BfJ beispielsweise Auskunft über die zur Umsetzung des NetzDG ergriffenen Maßnahmen, die Anzahl der registrierten Nutzer im Inland und die Anzahl über eingegangenen Beschwerden verlangen kann. Laut der Gesetzesbegründung können und müssen die Auskünfte für eine effektive Aufsicht auch selbstbelastende Informationen umfassen.⁵⁷ Die Verwertung solcher Informationen für repressive Zwecke in Straf- oder Bußgeldverfahren ist jedoch ausgeschlossen, soweit die auskunftgebende Person nicht ausdrücklich zustimmt (§ 4a Abs. 3 S. 4 und 5 NetzDG). In dem Verwaltungsverfahren können auch Zeugen befragt werden. Diese sind grundsätzlich zur Aussage verpflichtet, müssen sich aber entsprechend des Nemo-tenetur-Grundsatzes nicht selbst belasten (§ 4a Abs. 4 NetzDG). Da für die effektive Bekämpfung von

digitalem Hass eine bessere Zusammenarbeit von Netzwerken und staatlichen Behörden von großem Nutzen ist, ist die veränderte Stellung des BfJ zu befürworten.

6. Auskünfte für wissenschaftliche Forschung (§ 5a NetzDG)

Initiiert durch die Beratungen im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz wurde ein Auskunftsanspruch für wissenschaftliche Forschung (§ 5a NetzDG) eingefügt. Anspruchsberechtigt sind gem. § 5a Abs. 1 NetzDG natürliche und juristische Personen, die wissenschaftliche Forschung betreiben, wobei der Anspruch inhaltlich eingeschränkt ist. Erfragt werden können qualifizierte Auskünfte über den Einsatz und die konkrete Wirkweise von automatisierter Inhaltserkennungssoftware und über die Verbreitung von Inhalten, die Gegenstand von Beschwerden waren bzw. durch den Anbieter entfernt oder gesperrt worden sind (§ 5a Abs. 1, 2 NetzDG). Umfasst von einer qualifizierten Auskunft sind gemäß der Gesetzesbegründung Rohdaten, aber auch bereits vom Anbieter aufbereitete Informationen.⁵⁸ In Abs. 6 wird näher definiert, welche personenbezogenen Daten dabei anonymisiert oder zumindest pseudonymisiert übermittelt werden dürfen. Dazu gehören etwa die verbreiteten Inhalte und Nutzernamen der an der Verbreitung Beteiligten, aber auch Trainingsdaten, die für die Weiterentwicklung automatisierter Erkennungssoftware eingesetzt werden. Es wird jedoch kein Anspruch auf einen „unmittelbaren technischen Zugriff auf die Datenbanken oder technischen Systeme des Anbieters“⁵⁹ etabliert. Die so übermittelten Daten eröffnen die Möglichkeit mehr über das Kommunikationsverhalten in sozialen Netzwerken zu erfahren. Zudem sind nähere Informationen über den Einsatz automatisierter Verfahren von Bedeutung, um ein Verständnis für den Umgang mit vermeintlich rechtswidrigen Inhalten zu erlangen.⁶⁰

Eine Auskunft ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich, die die forschende Person oder Institution erfüllen muss. So muss das Forschungsvorhaben im öffentlichen Interesse liegen und sich auf Art, Umfang, Ursachen und Wirkungsweisen öffentlicher Kommunikation in sozialen Netzwerken und den Umgang der Anbieter hiermit beziehen (§ 5a Abs. 3 NetzDG). Zudem muss ein Schutzkonzept ausgearbeitet werden, das über den Zweck der Forschung Auskunft gibt und sicherstellt, dass die Informationen ausschließlich zu diesem Zweck genutzt, datenschutzkonform verarbeitet und die schutzwürdigen Interessen des Anbieters geschützt werden (§ 5a Abs. 4 NetzDG). Unter bestimmten Umständen, etwa ein erhebliches Überwiegen der schutzwürdigen Interessen des Anbieters, kann die Auskunft verweigert werden (§ 5a Abs. 5

⁵² BT-Drs. 19/18792, S. 51.

⁵³ BT-Drs. 19/18792, S. 20 f.

⁵⁴ Kritisch auch *Ballon*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 53 f.; *Liesching*, ebd., S. 113-116.

⁵⁵ BT-Drs. 19/18792, S. 53.

⁵⁶ *Eifert*, Gutachten, BT-Drs. 19/22610, S. 88 f.; *Ballon*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 22; *Friehe*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 12.

⁵⁷ BT-Drs. 19/18792, S. 53.

⁵⁸ BT-Drs. 19/29392, S. 19.

⁵⁹ BT-Drs. 19/29392, S. 19.

⁶⁰ Dazu auch BT-Drs. 19/29392, S. 19 f.

NetzDG). Für seriöse Forschungsvorhaben dürfte eine Verweigerung jedoch nur schwer zu begründen sein.⁶¹

Mit der Einführung dieses Anspruchs wird den seit längerem erhobenen Forderungen der Wissenschaft entsprochen.⁶² Die Ausgestaltung dieses Anspruchs erscheint praktikabel, um einen besseren Einblick in die Diskursstrukturen und den Einfluss sozialer Netzwerke auf die Kommunikation zu erhalten. Durch die dezidierte Festlegung der für die Übermittlung erlaubten Informationen in anonymisierter oder pseudonymisierter Form und die Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Vorgaben bei der Verwendung der Informationen wird den Interessen der betroffenen Personen Rechnung getragen. Die Interessen der Anbieter und der Forschenden werden insofern in Ausgleich gebracht, als das mit § 5a NetzDG kein Informationsverschaffungsanspruch besteht, sondern die Anbieter lediglich auf ihr bereits vorhandenes Datenmaterial zurückgreifen müssen und dafür einen Anspruch auf Erstattung der entstehenden Kosten gegenüber der auskunftsuchenden Person oder Institution erhalten (§ 5a Abs. 8 NetzDG).

IV. Ausblick

In der Zusammenschau der verschiedenen Gesetze zur Novellierung des NetzDG zeigt sich, dass der Gesetzgeber auf die bisherigen Erfahrungen in der praktischen Anwen-

dung des Gesetzes reagiert und einige Verbesserungen – wie die Verknüpfung des Meldewege mit dem zu beanstandenden Inhalt oder das Gegenvorstellungsverfahren – vorgenommen hat. Damit wird die Vorreiterrolle einer modernen Plattformregulierung weiter gefestigt.⁶³

Dennoch ist zu bemerken, dass verschiedene Kritikpunkte nicht aufgenommen wurden und daher weiterhin Fragen aufwerfen. Insbesondere der mutmaßliche Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip, der in der Literatur nahezu einheitlich angemahnt wird,⁶⁴ wird in der Gesetzesbegründung mit lediglich schwacher und im Ergebnis nicht durchgreifender Argumentation verworfen.⁶⁵

Für die Zukunft wird zu beobachten sein, wie die Neuerungen durch die sozialen Netzwerke implementiert werden und ob sie den gewünschten Effekt haben. Von Interesse wird auch sein, wie die Klage der Google-Tochterfirma YouTube gegen die Neuerungen im NetzDG vor dem *VG Köln*⁶⁶ entschieden wird. Das Unternehmen richtet sich insbesondere gegen die BKA-Meldepflicht und das Gegenvorstellungsverfahren.⁶⁷ Zudem stehen auf europäischer Ebene Veränderungen bevor, die den Anwendungsbereich des NetzDG in Frage stellen: Mit dem Digital Services Act (DSA), der mittlerweile seit knapp einem Jahr in der Entwurfsfassung vorliegt, soll das Thema digitaler Hass angegangen und eine europaweit einheitliche Regulierung sozialer Netzwerke herbeigeführt werden.⁶⁸

⁶¹ So auch *Cornils*, NJW 2021, 2465 (2471).

⁶² Vgl. hierzu auch *Hegelich*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 105.

⁶³ So im Ergebnis auch *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518 (518, 522), die sich noch auf die Entwurfsfassung bezogen.

⁶⁴ Vgl. bspw. *Hoven/Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 33. Edition (Stand: 1.5.2021), § 1 NetzDG, Rn. 9-11 m.w.N.; *Liesching*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 113-116; a.A. *Schwartzmann*, ZRP 2020, 170 (172), *ders.*, Wortprotokoll 19/98 (Fn. 20), S. 133 f.

⁶⁵ BT-Drs. 19/18792, S. 20 f.

⁶⁶ *VG Köln*, Az. 6 L 1277/21 (Eilantrag), Az. 6 K 3769/21 (Hauptsacheverfahren).

⁶⁷ *Krempf*, Google-Tochter YouTube klagt gegen das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, in: heise online v. 27.7.2021, abrufbar unter: <https://www.heise.de/news/Google-Tochter-YouTube-klagt-gegen-das-Netzwerkdurchsetzungsgesetz-6148794.html> (zuletzt abgerufen am 15.11.2021).

⁶⁸ Für einen Vergleich von DSA und NetzDG vgl. *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283; ausführlich zum DSA-Entwurf vgl. auch *Spindler*, GRUR 2021, 545 ff., 653 ff.

BUCHBESPRECHUNG

**George Andoor: Tatfragen in der strafrechtlichen Revision.
Eine Untersuchung der rechtshistorischen Entwicklung des Rechtsschutzes in
Strafsachen samt Reformvorschlag**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Duncker & Humblot GmbH, ISBN: 978-3-428-15791-4, S. 529, Euro 109,90.

Schon in der Einleitung macht *Andoor* deutlich, wie komplex das Forschungsdesign seiner Dissertation ist, geht er doch sehr vielschichtigen Untersuchungsfragen nach. Gefragt wird danach, ob die beschränkte Überprüfbarkeit eines strafgerichtlichen Urteils durch die Revision den Anforderungen an ein modernes Rechtsmittel im heutigen Grundrechtsstaat überhaupt genügt. Daneben wird u.a. untersucht, welche Motive den historischen Gesetzgeber im Hinblick auf Inhalt und Beschränkung des Rechtsmittels bewegten und wie trotz der eindeutigen gesetzlichen Beschränkung der Revision auf Rechtsfragen dennoch eine Erweiterung auf Tatfragen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung stattfinden konnte. Auch wird der Frage nachgegangen, ob diese Erweiterung einen hinreichenden Ausgleich für die fehlende Berufung gegen Urteile der *LG* und *OLG* gewährleisten kann und warum der Gesetzgeber den Rechtsschutz bislang nicht *de lege lata* entsprechend ausgeweitet hat (S. 29). Schließlich wird die Frage nach der rechtlichen Ausgestaltung einer entsprechenden Erweiterung gestellt und so ein *de lege ferenda* Vorschlag in Aussicht gestellt (S. 30).

Um diese Fragestellungen beantworten zu können, beginnt der Verfasser mit einer allgemeinen Einführung in das strafrechtliche Revisionsrecht und beleuchtet die Stellung der Revision im System der strafrechtlichen Rechtsbehelfe. Hierzu werden neben der gesetzlichen Ausgestaltung der Revision die Zwecke der Revision beschrieben. Der historische Gesetzgeber habe die Revision 1877 vorrangig zu dem Zweck eingeführt, um die einheitliche Anwendung und Auslegung des Reichsrechts sicherzustellen. Der Gesetzgeber hätte nicht ausschließlich den Zweck vor Augen, Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, sondern für eine einheitliche Anwendung des noch jungen Straf- und Strafverfahrensrechts zu sorgen (S. 72). Kritisch sieht *Andoor* den lückenhaften Rechtsschutz, sofern neben der Revision kein weiteres Rechtsmittel statthaft sei.

Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit der Frage, warum der historische Gesetzgeber die Revision als ein beschränktes Rechtsmittel ausgestaltet hat. Hierzu wird sich zunächst allgemein der historischen Entwicklung der strafrechtlichen Rechtsmittel gewidmet, bevor die gesetzgeberischen Gründe für die Ausgestaltung der Revision als beschränktes Rechtsmittel erörtert werden. Der

Reichsgesetzgeber habe sich bei dem Entwurf einer gemeinsamen Strafprozessordnung für das Deutsche Reich von der Vorstellung leiten lassen, dass gegen auf freier Beweiswürdigung beruhenden tatrichterlichen Urteilen kein vollumfassendes Rechtsmittel zulässig sei. Es sollte ausreichen, dass der Tatrichter in seinen Urteilen die objektiven Entscheidungsgründe und eventuelle Indizien angab, die zu dieser Feststellung geführt hatten. Die Mitteilung der Gründe für die Beweiswürdigung konnten unbeannt bleiben. Es sei nämlich nicht möglich, Feststellungen, die auf einer freien Beweiswürdigung beruhten, mit Gründen zu versehen. Damit ist nach Auffassung *Andoors* der Reichsgesetzgeber zu einem Verständnis von freier Beweiswürdigung zurückgekehrt, das bereits zur Mitte des 19. Jahrhunderts als überwunden galt. Nach weiterer Kritik kommt der Verfasser zu dem Resümee, dass das derzeitige Rechtsmittelsystem in Strafsachen auf einem System der Systemlosigkeit beruhe, das keiner dogmatischen Erläuterung zugänglich sei. Die Entwicklung der Revision als einzig zulässiges Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urteile der *LG* und *OLG* beruhe vor allem auf Irrtümern und Kompromissen des historischen Gesetzgebers, die sich insgesamt einer systematischen Erklärung entziehe (S. 213).

Das dritte Kapitel widmet sich der höchstrichterlichen Erweiterung der Revision. Hierzu wird zunächst aufgezeigt, welche Anforderungen das Gesetz an die Begründung der tatrichterlichen Urteile stellte und welche Teile des tatrichterlichen Urteils *de lege scripta* der Revision unterliegen. Anhand ausgewählter Beispiele aus der Rechtsprechung des *RG* und des *BGH* wird die höchstrichterliche Erweiterung der Revision nachgezeichnet und im Anschluss daran die Kritik an dieser scheinbar positiven Entwicklung wiedergegeben. Gerade die inhaltliche Ausweitung der Revision auf Erörterungs-, Erwägungs- und Begründungsmängel sei aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung erfolgt, deren Verfassungsmäßigkeit zumindest bezweifelt werden müsse. Unter Benennung weiterer Kritikpunkte wird konstatiert, dass die offensichtlich an materiellen Gerechtigkeitserwägungen orientierte Erweiterung der Revision eng mit einer Entformalisierung der Rechtsanwendung zusammenzuhängen scheine, die bedenklich sei. Denn eine richterliche Rechtsfortbildung müsse im heutigen Verfassungsstaat kritisch betrachtet werden, da dieser mit Blick auf die Gesetzesbindung der rechtsprechenden Gewalt enge Grenzen gesetzt seien. Da die Revisionsgerichte von Einzelfall zu Einzelfall selbst

entschieden, ob sie sich auf die gesetzlichen Grenzen der Revision beschränken oder im Rahmen der von ihr entwickelten Darstellungsrüge auch die Feststellungen und die Beweiswürdigung nachprüfen, sei der Darstellungskontrolle stets ein gewisses Willkürmoment immanent.

Durch die Forderung an den Tatrichter, in den Urteilsgründen auch darzulegen, aus welchen Gründen er die zur Verurteilung notwendigen Feststellungen nicht hat treffen oder bei einem in-dubio-pro-reo-Freispruch seine Zweifel nicht hat überwinden können, hätten sich die Revisionsgerichte eine Überprüfungsgrundlage geschaffen, die von Gesetzes wegen nicht vorgesehen war.

Faktisch schienen sich die Revisionsgerichte als umfassende Überprüfungsinstanzen zu begreifen, obwohl dem Gesetzgeber ursprünglich ein anderes Modell strafrechtlicher Revision vorschwebte. Für eine derart umfassende Änderung des Revisionsrechts bleibe im Rahmen der in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG formulierten Gewaltenteilung kein Raum.

Im vierten Kapitel werden die bisherigen Versuche des Gesetzgebers nachgezeichnet, den Rechtsschutz in den landgerichtlichen Strafsachen zu stärken. Die betreffenden Gesetzentwürfe, die durch sie verfolgten Ansätze und die Gründe ihres Scheiterns werden vorgestellt. Begonnen wird mit Entwürfen, die bereits während des Kaiserreichs im Reichstag verhandelt wurden. Anschließend werden Vorhaben aus der Weimarer Republik, des NS-Gesetzgebers und auch die jüngeren Entwürfe vorgestellt. Die Be-

trachtung endet mit der Feststellung, dass die Beschlüsse des 52. Deutschen Juristentages das vorläufige Ende der Diskussion um die Erweiterung des Rechtsschutzes in Strafkammersachen markieren.

Kapitel fünf beschäftigt sich schließlich mit der Erweiterung der Revision um eine Tatsachenrüge *de lege ferenda*. Zunächst wird die österreichische Nichtigkeitsbeschwerde vorgestellt, die in Ansätzen als Vorbild für den vom Verfasser entwickelten Reformvorschlag dienen soll. Es folgen dezidierte und differenzierte *de lege ferenda* Vorschläge. Dazu werden in einer Synopse geltendes Recht und Reformvorschlag (§§ 141 Abs. 3; 267 Abs. 1, 4, 5; 273a; 273 Abs. 2; 344 Abs. 2, 3-5; 345 Abs. 1, 2; 347 Abs. 1, 1a; 349 Abs. 2, 3a; 349a; 350 Abs. 2, 3; 350a; 350b; 352 Abs. 1, 2; 352a; 353 Abs. 2; 354 Abs. 1, 1a, 1c; 357; 358 Abs. 1) jeweils gegenübergestellt und die Anpassungen und Ergänzungen begründet. Der Umfang der Gesamtsynopse von 18 Seiten (S. 474 ff.) macht deutlich, wie umfassend die gesetzlichen Änderungen sind, um die Tatsachenrüge in der StPO zu verankern. Sehr umsichtig ordnet der Verfasser die unterschiedlichen Aspekte ausgewogen Gesetzesmodifizierungen aber auch neuen Paragraphen zu. Hier lohnt ein Blick in die Dissertation, die endlich Anlass gegeben sollte, die bestehende Rechtsprechungspraxis auch normativ zu legitimieren. Insofern sollte die – lange ruhende – kriminalpolitische Debatte zu einem umfassenden und verfassungsrechtlich zufriedenstellenden Rechtsschutz in Strafsachen durch eine erweiterte Revision neu geführt werden.

TAGUNGSBERICHTE

„Korruptionsstrafrecht: Unerforschtes Terrain und neue Wege“ – Tagungsbericht zur Online-Tagung der FoKoS

von Marie-Lena Marsteller, LL.M.
(Edinburgh)*

Das deutsche Korruptionsstrafrecht ist in den vergangenen Jahren beständig ausgeweitet worden. Dabei war der Gesetzgeber immer nach dem Muster verfahren, die tradierte Deliktsstruktur der Bestechung von Amtsträgern (§§ 332, 334 StGB) bzw. Angestellten in der Privatwirtschaft (§ 299 StGB) auf weitere Gruppen von Entscheidungsträgern – etwa Ärzte (§§ 299a/b StGB), Sportler (§§ 265c/d StGB) und ausländische Staatsbedienstete (§ 335a StGB) – zu übertragen.

Keine Beachtung gefunden hatten in der deutschen Debatte demgegenüber Ansätze des ausländischen und internationalen Strafrechts, die dem Unrecht der Korruption mit neuartigen – aus deutscher Perspektive: unbekanntem – Regelungsmodellen begegnen. Im Rahmen einer Online-Tagung am 16. und 17. September 2021 wurde untersucht, ob diese für das deutsche Strafrecht möglicherweise neue Wege aufzeigen können.

Veranstaltet wurde die Tagung von der Forschungsstelle für Deutsches, Europäisches und Internationales Korruptions-Strafrecht der Universität Trier (FoKoS), die unlängst in das Trierer Institut für Geldwäsche- und Korruptions-Strafrecht (TriGeKo) integriert worden ist.

I. Themenblock: Generaltatbestände

1. Ein allgemeiner Korruptionstatbestand? (Dr. Kristina Peters, Ludwig-Maximilians-Universität München)

Eröffnet wurde die Tagung durch einen Vortrag zur Frage eines allgemeinen Korruptionstatbestands. *Peters* verwies auf die historische Entwicklung von der Vielzahl einzelner Tatbestände des preußischen Landrechts zum heutigen StGB und stellte sich die Frage, ob eine weitere Übersichtlichkeit und Vereinheitlichung durch einen einzigen Korruptionstatbestands wünschenswert sei. Sie näherte sich der Frage aus dem Blickwinkel der derzeitigen Kriminalisierungsniveaus in Deutschland und prüfte anhand des positivrechtlichen Korruptionsverständnisses des Gesetzgebers die Verallgemeinerungsfähigkeit der aktuellen Tatbestände.

Hierzu arbeitete sie die Strukturelemente der passiven Bestechung heraus und identifizierte die Elemente Funkti-

onsträger, Tathandlung und eventuelle Genehmigungsfähigkeit, wobei sich die Tathandlung aus den Tatmodalitäten (Fordern, Sichversprechenlassen usw.) und dem Vereinbarungsinhalt zusammensetzt. Letzterer bezieht sich auf einen Vorteil, eine Bezugshandlung und Kopula. Bezogen auf diesen Vereinbarungsinhalt weisen die aktuell bestehenden Tatbestände vielfältige Variationen auf. Grund hierfür sei die gesetzgeberische Entscheidung, die Gefährdungsgrade hinsichtlich des Kernrechts der Bestechung – das *Peters* darin sieht, dass eine Bezugshandlung entsprechend den Wünschen eines Vorteilsgebers vorgenommen wird, gerade weil der Funktionsträger dafür einen Vorteil erhält – in unterschiedlichem Maße zu kriminalisieren. Die Vorverlagerung der Kriminalisierung in den Bereich der Gefährdungen unterscheidet sich danach, für wie wichtig und sensibel die Gesetzgebung den betroffenen Bereich und die tangierten Entscheidungen erachtet.

Diese Unterschiede bilden *Peters* zufolge Wertentscheidungen des Gesetzgebers nach. Korruption sei eine bloß formale Angriffsform und beziehe sich jeweils auf unterschiedliche Rechtsgüter, bei denen die prozedurale Richtigkeit der Entscheidung von Personen betroffen ist. Demnach kommen Korruptionstatbestände nur dann in Betracht, wenn der Entscheidung im Rechtverkehr auf Grund ihrer gesellschaftlichen Relevanz ein besonderer Wert zukomme. Das positivrechtliche Korruptionskonzept spreche daher gegen einen Einheitstatbestand, der das Kriminalisierungsniveau voraussichtlich erheblich ausweiten würde. Vereinheitlichungsbestrebungen könnten auch ohne Einheitstatbestand im geltenden System umgesetzt werden, indem die Strukturelemente der Bestechungstatbestände weiter vereinheitlicht würden.

Im Rahmen der Diskussion erläuterte *Peters*, dass international bestehende Einheitstatbestände häufig ausführliche Regelungen etwa zu den betroffenen Funktionsträgern enthalten, sodass sich der Zugewinn an Übersichtlichkeit in Grenzen halte. Es wurde aber auch auf mögliche Vorteile einer Vereinheitlichung der Tatbestände für verweissende Normen, etwa § 335a StGB, eingegangen.

* Die Verf. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Trierer Institut für Geldwäsche- und Korruptions-Strafrecht (TriGeKo).

2. Ergänzung der Bestechungsdelikte durch einen Tatbestand des Amtsmissbrauchs? (Prof. Dr. Frank Zimmermann, Universität Münster)

Zimmermann lud auf eine „touristische Reise in andere Länder“ ein. Mit § 302 des österreichischen StGB, Art. 312 des schweizerischen StGB, Art. 404 des spanischen Código Penal, Art. 323 des italienischen Codice Penale und ch. 40 s. 7 des finnischen StGB stellte Zimmermann Tatbestände vor, die die Vornahme einer pflichtwidrigen Diensthandlung unter Strafe stellen. Die UNCAC richtet in Art. 19 den Auftrag an die Vertragsstaaten, die Einführung eines derartigen Tatbestands zu prüfen.

Die dargestellten Rechtsordnungen lassen sich nach Zimmermann grob in drei Regelungsmodelle unterteilen. Das Modell „Pflichtverstoß“ in Österreich, der Schweiz und Finnland sieht als das zentrale objektive Tatbestandsmerkmal eine Amtspflichtverletzung unterschiedlicher Schwere vor. Dagegen verlangt das Modell „Rechtsbeugung“ der spanischen Regelung eine objektiv willkürliche Entscheidung. Im Gegenzug ist kein überschießendes subjektives Element vorgesehen. Das Modell „Erfolgsdelikt“ in Italien fordert die tatsächliche Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils bzw. Zufügung eines rechtswidrigen Nachteils.

Zimmermann bezweifelt, dass eine strafrechtliche Absicherung der Gesetzesbindung der Verwaltung über das Disziplinarrecht und die besonderen Tatbestände hinaus in Deutschland erforderlich ist. Als relevante Lücke zeigen sich nur bewusst pflichtwidrige Verhaltensweisen, die keine strafrechtlich geschützten Rechtsgüter treffen. Erwägenswert sei eher eine punktuelle Neukriminalisierung, beispielsweise zur Amtsträgerverantwortung im Umweltstrafrecht.

In der anschließenden Diskussion wurde darauf eingegangen, dass die dargestellten Tatbestände Grundfragen des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger sowie der Gewaltenteilung berühren. Auch wenn ein Tatbestand des Amtsmissbrauchs einige Probleme im Bereich des Strafanwendungsrechts und der Verjährung lösen könnte, hält Zimmermann die Weite des Tatbestands zur Lösung der Probleme für übertrieben. Eher sollten Einzelprobleme da gelöst werden, wo sie entstehen.

3. Tatbestand der Unerlaubten Bereicherung (Dr. Oliver Landwehr, Delegation der EU bei den Vereinten Nationen in Wien)

An der Grenze zwischen Korruptionsstrafrecht und Vermögensabschöpfung bewegte sich das Thema des folgenden Vortrags, in dem sich Landwehr mit dem Tatbestand des *illicit enrichment* nach Art. 20 UNCAC beschäftigte. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Einführung dieses Tatbestands zu erwägen.

Zentrales Element ist die erhebliche Zunahme von Vermögensgegenständen eines Amtsträgers. Vom persönlichen Anwendungsbereich sind auch Abgeordnete erfasst.

Da nach dem Tatbestand der UNCAC die Staatsanwaltschaft diese Zunahme nachweisen muss, sei der Straftatbestand nur sinnvoll neben einer *Asset Declaration* denkbar. Der Tatbestand ist in den meisten westlichen Staaten aufgrund der mit Blick auf das *nemo tenetur*-Prinzip problematischen Veränderung der objektiven Beweislast nicht umgesetzt worden: Sofern die erhebliche Zunahme nachgewiesen werden kann, muss der Amtsträger eine plausible Erklärung für die Zunahme abgeben, um der Strafbarkeit zu entgehen.

Als Alternativen kommen die strafbewehrte Offenlegung der Vermögensverhältnisse, verwaltungsrechtliche Sanktionen, aber auch Instrumente der Vermögensabschöpfung, wie etwa die erweiterte Einziehung, die in vielen Ländern mit einer Beweislastumkehr einhergeht oder *non-conviction based confiscation* in Betracht. Abschließend stellte Landwehr fest, dass die weitreichende Beweislastumkehr zwar in Deutschland zu „Bauchschmerzen“ führe, dass aber in manchen Staaten anders keine Strafverfolgung möglich sei, da Strafverfolgungsbehörden unterfinanziert oder verfolgungsunwillig sind.

In der Diskussion überwog die Kritik an dem Tatbestand, insbesondere auch an dessen Rolle nach Regimewechseln als „Normen für Verlierer“. Als mögliche Korrektive wurden Beschränkungen auf bestimmte Länder oder Personengruppen nach Schweizer Vorbild diskutiert. Zudem wurde auf die problematische Struktur des Tatbestands hingewiesen, bei dem sich die Frage stelle, was die Tat handlung ist und worauf sich der Vorsatz beziehe.

II. Themenblock: Spezialtatbestände

1. Die Strafbarkeit verbotener Intervention (Einflusshandel) – entbehrlich oder notwendig? (Dr. Martin Stricker, Universität Wien)

Nach einem Überblick über das österreichische Korruptionsstrafrecht stellte Stricker den Straftatbestand der verbotenen Intervention in § 308 des österreichischen StGB vor. Der Grundtatbestand in § 308 Abs. 1 stellt den sog. Intervenienten unter Strafe, der für sich oder einen Dritten vom sog. Hintermann einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers nimmt. Der Hintermann ist nach § 308 Abs. 2 ebenfalls strafbar. Eine Beziehung zwischen dem Hintermann und dem Amtsträger ist gerade nicht erforderlich ist. Für die Ungebührlichkeit der vereinbarten Einflussnahme kommt es entweder auf die Pflichtwidrigkeit des angestrebten Amtsgeschäfts oder das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines ungebührlichen Vorteils an.

Das österreichische Recht sei eine überschießende Umsetzung internationaler Abkommen, da im Verhältnis Hintermann/Intervenient jeder Vorteil ausreicht, während die UNCAC dies auf ungerechtfertigte Vorteile beschränkt. Der Tatbestand habe in Österreich nur eine geringe praktische Bedeutung, was sich einerseits aus der Subsidiarität des Straftatbestands ergeben könne. Es bestehen aber nur

wenige Anwendungsfälle, die ohne den Tatbestand straflos wären. Viele Fälle seien dagegen auch Beteiligungsformen an anderen Korruptionstatbeständen. Wesentliches Beispiel sei etwa, dass die tatsächliche Einflussnahme nicht stattfindet, der Intervenient aber nicht selbst Amtsträger ist.

Das Verhältnis des Tatbestands zum Amtsmissbrauch wurde in der anschließenden Diskussion näher beleuchtet. Aufgrund des unterschiedlichen Unrechtsgehalts tritt hier keine Subsidiarität ein, sondern es wird in Tateinheit verurteilt. Die Tathandlung der strafbaren Intervention könne daher nicht abschließend als Beteiligung an einem Amtsmissbrauchsdelikt erfasst werden. Es wurde bezweifelt, ob der Straftatbestand tatsächlich eine Strafbarkeitslücke strafwürdigen Verhaltens schließt. Eine mögliche Konstellation wäre etwa die Einflussnahme von Parlamentariern, die keine Amtsträger sind.

2. *Concussion* – *Bedrückungskorruption* (Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim)

Nach Art. 317 des italienischen Strafgesetzbuchs macht sich ein Amtsträger wegen *concussione* strafbar, der jemanden zwingt, ihm oder einem Dritten in unzulässiger Weise Vorteile zu geben oder zu versprechen. Der Behandlung dieser Konstellation im deutschen Recht widmete Kuhlen seinen Vortrag (vorab veröffentlicht in JR 2021, 295-305) und stellte dazu Fälle vor, in denen sich die Rspr. mit dem Verhältnis von Nötigung und Bestechlichkeit zu beschäftigen hatte und teilweise Tateinheit zwischen den Tatbeständen annahm.

Zu einer Überschneidung der Deliktsbereiche kommt es, wenn eine bedingte Drohung ausgesprochen wird, in der ein nachteiliges Tun oder Unterlassen in Aussicht gestellt werden. Bedingte Drohungen lassen sich in bedingte Versprechen umformulieren, die die Voraussetzungen der §§ 333, 334 StGB erfüllen können. Die h.M. der sog. „Verwerflichkeitstheorie“ nimmt seit dem „Kaufhausdetektiv“-Fall des BGH an, dass ein bedingtes Versprechen auch eine Nötigung durch Drohung mit Unterlassen sein kann, sofern dessen Androhung verwerflich ist.

Kuhlen sieht in seiner „Vereinigungstheorie“ eine Ankündigung nur entweder als bedingtes Versprechen eines Vorteils oder als bedingte Drohung mit einem Übel. Nur so würden der normativen Unterschied zwischen der Ankündigung eines verbotenen oder gebotenen Verhaltens und der naturalistische Unterschied zwischen einem Tun und Unterlassen, der bei freigestelltem Verhalten relevant ist, berücksichtigt. Eine Drohung mit einem Unterlassen sei nur bei dessen Pflichtwidrigkeit ausreichend. Tateinheit zwischen Nötigung und Bestechlichkeit komme nur in Betracht, wenn mit positiven und negativen Anreizen gearbeitet wird.

In der Diskussion wurde erörtert, inwieweit eine normative Unterscheidung im psychosozialen Miteinander möglich sei, wenn sie sich in manchen Kontexten automatisch ergebe, was laut Kuhlen aber Aufgabe des Tatrichters sei. Zudem wurde besprochen, ob ein Spezialtatbestand, nach

dem der Bedrohte „Opfer“ der *Concussion* – und nicht Täter eines Bestechungsdelikts – ist, zugleich eine entkriminalisierende Privilegierung für diesen darstellen könnte.

III. Themenblock: Fighting Grand Corruption

1. *Korruption als völkerrechtliches Verbrechen* (Prof. Dr. Stefanie Bock, Universität Marburg)

Trotz internationaler Übereinkommen und den darin enthaltenen Verpflichtungen zur Pönalisierung von Korruption und zur Kooperation bei der Korruptionsbekämpfung bestehen in der Praxis Durchsetzungsdefizite. Da lediglich mit dem Mittel des „Naming & Shaming“ reagiert werden könne, stellt sich die Frage, ob das Völkerstrafrecht eine Rolle bei der Korruptionsbekämpfung spielen kann.

Wäre Korruption hingegen ein echtes völkerrechtliches Verbrechen, wie es etwa das Malabo-Protokoll zum *African Court of Justice and Human Rights* vorsieht, hätte dies die Möglichkeit der Strafverfolgung nach dem Universalitätsprinzip zur Folge. Diese Hochzonung sei laut Bock aber nur dann legitim, wenn der verfolgende Staat als „Stellvertreter“ der Weltgemeinschaft auftritt, etwa bei staatsdestabilisierender *grand corruption*, die mit massenhaften Verletzungen grundlegender Menschenrechte einhergeht und so die Wertgrundlage der internationalen Staatengemeinschaft erschüttert.

Nach dem bestehenden Regelungssystem könnten bestimmte Korruptionshandlungen den Tatbestand eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit erfüllen, insbesondere als „sonstige unmenschliche Handlung ähnlicher Art“, wenn sie etwa systematisch das Gesundheitssystem oder die Versorgung mit Lebensmitteln beeinträchtigen und Teil einer allgemeinen Politik des Staates sind. Daneben könnten Korruptionshandlungen möglicherweise nach manchen Ansätzen in der Rspr. des *IStGH* auch als Beteiligung an völkerrechtlichen Verbrechen strafbar sein. Außerhalb dieser Fälle sei die *grand corruption* mit den Kernverbrechen jedoch nicht vergleichbar. Auch der Ansatz des Malabo-Protokolls sei hier zu weit, da er keinen vergleichbar konkreten Menschenrechtsbezug der Korruption voraussetzt. Als eigenständiges völkerrechtliches Verbrechen sollte *grand corruption* daher nicht anerkannt werden.

Das internationale Reaktionsbedürfnis könnte bei Korruptionsfällen unterhalb der Schwelle von Art. 7 *IStGHSt* durch hybride Strafverfahren wie z.B. in Guatemala erfüllt werden. So könnte eine Einbindung in den internationalen Kontext und die damit einhergehende Unabhängigkeit unter gleichzeitiger Rückkopplung an den Tatortstaat gewährt werden.

Im Rahmen der Diskussion stellte sich die Frage der Bestimmtheit der Einzelakte des Art. 7 *IStGHSt*, unter die bei entsprechender Auslegung auch Umweltzerstörung oder Terrorismus fallen könnten. Bock wies darauf hin, dass völkerrechtliche Verbrechen nicht stets unmittelbar

durch Gewalt geschehen und insoweit auch typischerweise gewaltfreie korruptive Handlungen nicht von vornherein vom Tatbestand ausgenommen sind.

2. Non-conviction-based confiscation als Mittel der internationalen Korruptionsbekämpfung (Prof. Dr. Frank Meyer, Universität Zürich)

Meyer stellte anhand konkreter Fallbeispiele das Phänomen der *grand corruption* vor und widmete sich der Frage, wie verurteilungsunabhängige Einziehungen (NCBC) zur Rückführung von ins Ausland verbrachten korruptiv erhaltenen Geldern eingesetzt werden können.

Auch wenn wissenschaftlich belastbaren Zahlen zum Schadensumfang in den Tatortstaaten fehlen, besteht international Einigkeit, dass ein Handlungsbedürfnis existiert. Mehrere internationale Übereinkommen verpflichten die Staaten, die Einführung von NCBC und die Möglichkeit der Rückführung der Erträge an den Herkunftsstaat zu erwägen. Meyer unterscheidet drei Modelle der Erscheinungsformen der NCBC: das italienische polizeirechtliche Modell, das „zivilrechtliche Modell“ in Deutschland und der Schweiz und das „verwaltungsrechtliche Modell“. Das Einziehungsverfahren wird dabei stets gegen die Sache selbst geführt. Es bedarf aufgrund von Beweiserleichterungen keines konkreten Tatnachweises. Die NCBC stellt nach Meyer keine strafrechtliche Sanktion im engeren Sinne dar. Entsprechend seien strafprozessuale Garantien nicht anwendbar.

Die praktischen Schwierigkeiten der Einziehung bei *grand corruption* unterscheiden sich je nach Ermittlungs-

phase und danach, zu welchem Zeitpunkt die Einziehung eingesetzt werden soll. So haben Ermittler während des Fortbestehens einer Kleptokratie mit Obstruktion zu rechnen, da im Herkunftsland kein Interesse an einer Zusammenarbeit besteht. Während eines politischen Wandels besteht die Gefahr des Missbrauchs der Einziehung aus politischen Motiven. In beiden Phasen ist auch eine Rückführung der Vermögenswerte in die Herkunftsländer im Rahmen der Rechtshilfe wenig wahrscheinlich. Problematisch ist auch, an wen die eingezogenen Vermögenswerte zurückgegeben werden sollen und dass die Rückführung hohe Verwaltungskosten verursacht.

Praktische Erfahrungen mit der Rückführung von Einziehungsgegenständen bei *grand corruption* bestehen in Deutschland nicht. Die rechtlichen Möglichkeiten sind hier auch eingeschränkt. In der Schweiz ist eine Rückführung subsidiär nach dem sog. Potentatengeldergesetz möglich und wurde bislang einmal durchgeführt.

Diskutiert wurde vor allem, dass sich bei der Rückführung von Vermögenswerten kaum ein „Füttern“ der neuen Eliten mit den Geldern der alten Eliten vermeiden lasse. Die eigentliche Wurzel des Problems, so Meyer, liege schließlich nicht zuletzt in der faktischen Duldung illegaler Finanzflüsse durch die EU und ihre Mitgliedstaaten, da diese im (vermeintlichen) wirtschaftlichen Interesse europäischer Länder sind.

Ein die Ergebnisse der Tagung festhaltender Sammelband wurde für 2022 in Aussicht gestellt.

Das 6. Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS)

Hass und Hetze im Internet

von Dr. Tanja Niedernhuber*

Unter der Schirmherrschaft der rheinland-pfälzischen Ministerpräsidentin *Malu Dreyer* fand am 8. Oktober 2021 in der Mainzer Staatskanzlei bereits zum sechsten Mal das Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS) statt. Die vom Institut für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit der Ludwig-Maximilians-Universität München (IDRIS) und dem Landeskriminalamt Rheinland-Pfalz ausgerichtete Veranstaltung widmete sich dem Thema „Hass und Hetze im Internet“.

Aufgrund der anhaltenden Einschränkungen durch die COVID-19-Pandemie fand die Tagung in hybrider Form statt. Während sich Referenten, Moderatoren, Diskutanten sowie ein Teil der Tagungsteilnehmer im Festsaal der Staatskanzlei trafen, konnten weitere Teilnehmer der Veranstaltung über den Youtube-Kanal der Polizei Rheinland-Pfalz folgen. An der Diskussion konnten sich die Online-Teilnehmer per Chat beteiligen.

Nach einem Grußwort von *Johannes Kunz* (Präsident des Landeskriminalamts Rheinland-Pfalz) und einer Videobotschaft von *Roger Lewentz* (Minister des Innern und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz) führte *Professor Dr. Mark A. Zöller* in das Tagungsthema ein.

I. Keynote Speech

Die erste Sitzung moderierte *Kriminaldirektor Jörg Wilhelm* (Ministerium des Innern und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz). *Dr. Ronen Steinke* (Süddeutsche Zeitung) eröffnete die Sitzung mit einer Keynote Speech zum Thema „Antisemitische Gewalt in Deutschland“. Er schilderte eindrücklich die Lebenswirklichkeit von Juden in Deutschland, angefangen von der Alltäglichkeit bewaffneter Bewachung von Synagogen, Kindergärten und Schulen über Metalldetektoren an Schuleingängen bis hin zur regelmäßigen Prüfung von Schulbussen auf etwaige Sprengsätze.

Aufgrund eines riesigen Dunkelfeldes – nur ca. 20% der antisemitischen Straftaten würden angezeigt – gebe es einen großen straffreien Raum für Täter. Die geringe Anzeigebereitschaft liege im Wesentlichen daran, dass die Polizei Opfer antisemitischer Straftaten häufig abwimmele oder gar als Teil des Problems darstelle. Diese Aus-

sage illustrierte *Steinke* anhand zweier Beispiele: Die Inhaber eines koscheren Restaurants mit zu einem Davidstern verschlungenen Weingläsern als Logo habe sich bei der Anzeigeerstattung anhören müssen, dass man sich bei diesem Logo nicht wundern müsse, wenn Straftaten begangen würden. Einer Hausbesitzerin, deren Haustür mit einem Hakenkreuz beschmiert worden war, sagte die Polizei, eine Strafanzeige verursache bei antisemitischen Straftaten einen zu großen Arbeitsaufwand, woraufhin sie von der Anzeige absah. Auch die Justiz schenke antisemitischen Straftaten nicht genügend Aufmerksamkeit, indem sie deutlich zu milde Strafen verhängte. Zudem sähen Polizei und Staatsanwaltschaft gelegentlich eindeutige Beleidigungen mit dem Hinweis auf Israelkritik als von der Meinungsfreiheit gedeckt an. Insgesamt sei die Bedrohungslage für Juden in Deutschland immer noch sehr ernst. Der Staat sollte laut *Steinke* durch konsequente Strafverfolgung den Opfern performativen Trost spenden und der Botschaft von Hasskriminalität („Du gehörst hier nicht her!“) die konträre Botschaft „Du gehörst hierher!“ entgegenzusetzen.

In der anschließenden Diskussion zeigte sich, dass ein großes Misstrauen der jüdischen Bevölkerung gegenüber der Polizei herrsche. Die Tatsache, dass jüdische Einrichtungen regelmäßig von Israelis und nicht von deutschen Polizisten bewacht würden, sei symptomatisch dafür. Um Vertrauen aufzubauen, seien Antisemitismusbeauftragte sehr wirkungsvoll, die jüdische Veranstaltungen besuchen und unmittelbar ansprechbar sind. Auch der Austausch zwischen der örtlichen Polizei und den jüdischen Gemeinden sei sehr wichtig. Schließlich erntete *Steinke* Applaus für die Aussage, dass es bei der Polizei nicht lauter Kulturexperten brauche, sondern dass eine geänderte Geisteshaltung in der Polizei bereits viel bewirken könne. Es sollte für jeden Polizeibeamten selbstverständlich sein, dass das „Vornehmste für den Rechtsstaat (...) das Beschützen der Schwachen und der Kleinen“ sei.

II. Grenzen freier Meinungsäußerung im Internet

Rechtsanwalt Dr. Saleh R. Ihwas (Schiller & Kollegen) begann seinen Vortrag über „Grenzen freier Meinungsäußerung im Internet“ mit einem Zitat vieler deutscher Bun-

* Die Verf. ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung (*Prof. Dr. Mark A. Zöller*) an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Zur besseren Lesbarkeit wird in diesem Text das generische Maskulinum verwendet. Es sind alle Geschlechter gleichermaßen gemeint.

des- und Landesminister: „Das Internet darf kein rechtsfreier Raum sein“. Er stellte fest, dass es bereits viele Vorschriften gebe, welche Aktivitäten im Internet regeln. Schwierig sei allein die Durchsetzung dieser Vorschriften. Anhand von Statistiken aus den Jahren 2019 und 2020 zeigte *Ihwas* einen Anstieg politisch motivierter Straftaten um knapp 40% innerhalb eines Jahres. Bei den Hasspostings sei es sogar eine Steigerung um gut 70% gewesen. Die Hasspostings gegen *Renate Künast* und die Einstufung der meisten davon als von der Meinungsfreiheit gedeckt führten einem das Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit vor Augen. *Ihwas* stellte anhand der §§ 185 ff. StGB die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Abwägung der Persönlichkeitsrechte und der Meinungsfreiheit dar und erläuterte die Voraussetzungen von Schmähkritik und Formalbeleidigung, bei deren Vorliegen keine Abwägung vorzunehmen ist. Abschließend gab *Ihwas* einen Überblick über die aktuelle Gesetzgebung, insbesondere das Gesetzespaket gegen Hasskriminalität.

In der anschließenden Diskussion wurde der Problemfall *Telegram* erörtert. In diesem Fall sei eine effektive Strafverfolgung selten möglich, da die kriminellen Nutzer ihre Accounts häufig mittels anonymer Fake-E-Mail-Accounts einrichteten und *Telegram* selbst nicht greifbar sei, da Erkenntnisse zum genauen Firmensitz fehlten.

III. Digitale Gewalt – Warum der Hass unsere Demokratie bedroht und was jetzt zu tun ist

Anna-Lena von Hodenberg (HateAid gGmbH) sprach in ihrem Vortrag über „digitale Gewalt“. Unter diesen Begriff fasste *von Hodenberg* beispielsweise Fotomontagen mit pornografischem Kontext, Belästigung durch unerwünschte Dickpics (Fotos von männlichen Genitalien), über die heimliche Installation von Spyware auf Handys bis hin zum sogenannten Doxing, dem Sammeln und Veröffentlichenden von personenbezogenen Daten, insbesondere der Privatadresse, welches Gewalttaten zur Folge haben könne.

Besonders erschütternd sei die weite Verbreitung digitaler Gewalt. Nach einer aktuellen Studie der Medienanstalt NRW hätten mehr als drei Viertel der Befragten, unter den 14-24-Jährigen seien es sogar 98%, digitale Gewalt schon einmal wahrgenommen und ein Sechstel sei selbst betroffen gewesen. (Kommunal-)Politiker, Journalisten und Aktivisten seien besonders häufig eine Zielscheibe für digitale Gewalt. Auffällig sei, dass nur 5% der Nutzer für 50% der Hasskommentare verantwortlich seien. Viele Fakeprofile sorgten dafür, dass wenige tausend Nutzer im Internet eine gigantische Schlagkraft entwickelten, die sie ohne das Internet nicht hätten. Hinzu komme, dass die Algorithmen mancher sozialer Netzwerke Postings mit besonders hoher Aktivität pushten und dadurch die Verbreitung noch weiter förderten. Insbesondere auf *Telegram* sei eine starke Radikalisierung zu beobachten, gegen die die deutsche Justiz bisher machtlos sei, da *Telegram* in Dubai sitze und bislang keinen Ansprechpartner benannt habe.

Infolge der digitalen Gewalt setze das sogenannte Silencing ein. Viele Kommunalpolitiker verzichteten aus Angst vor Repressionen vollständig auf die Nutzung von sozialen Medien und ein Teil denke sogar über einen Rückzug aus der Politik nach. Daraus könne ein Demokratieproblem entstehen. Auch Journalisten veröffentlichten zu bestimmten Themen nicht mehr. Darüber hinaus traue sich jeder zweite Internetnutzer aus Angst vor Hass und Hetze nicht, öffentlich seine politische Meinung zu posten.

Das Internet sei ein rechtsdurchsetzungsfreier Raum mit riesigem Dunkelfeld bei einer Anzeigequote von nur 4%. Als Gründe für die geringe Anzeigebereitschaft führte *von Hodenberg* negative Erfahrungen bei der Anzeigerstattung an. So seien Beratungsstellen und Polizeidienststellen nicht digital aufgerüstet, zudem fehle es an Fachkenntnissen, auch im Bereich Zeugenschutz. Victimblaming sei ein wichtiger Faktor und die Strafverfolgungsbehörden seien noch stark auf die Kooperation der Plattformen bei der Täteridentifizierung angewiesen. Diese wiederum handelten oft nicht freiwillig.

Die Mittel der Wahl zur Bekämpfung der digitalen Gewalt seien eine konsequente Strafverfolgung neben einer Plattformregulierung durch die Europäische Union, Zivilcourage, politische Bildung sowie Förderung der Medienkompetenz.

IV. Die nachrichtendienstliche Überwachung des Rechtsextremismus

Zu Beginn der zweiten Sitzung, welche Rechtsanwalt Dr. *Nikolaos Gazeas* (Gazeas Nepomuck Rechtsanwälte) moderierte, erläuterte Dr. *Felox Badenberg* (Bundesamt für Verfassungsschutz) die Rolle des Verfassungsschutzes bei der Bekämpfung von Rechtsextremismus. Die Aufgabe des Verfassungsschutzes bestehe darin, eine Bedrohung zu erkennen, zu bewerten und eventuell notwendige Maßnahmen zu ergreifen. Erkenntnisse generiere der Verfassungsschutz zum einen aus offen zugänglichen Quellen, aber auch mithilfe nachrichtendienstlicher Mittel wie der Telefon- und Postüberwachung, Observation und des Einsatzes von V-Leuten. Der Verfassungsschutz erstelle aus den gesammelten Informationen Lagebilder und Analysen. Diese stelle er politischen Verantwortungsträgern sowie Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften zur Verfügung, damit diese Entscheidungen treffen bzw. exekutive Maßnahmen ergreifen können.

Ziel sei es, die Handlungsfähigkeit von Rechtsextremisten einzuschränken, beispielsweise indem die zuständigen Behörden auf der Grundlage der Informationen durch den Verfassungsschutz vereinsrechtliche Verbote von rechtsextremen Musik- und Kampfsportveranstaltungen erlasse. Daneben werden Erkenntniszusammenstellungen über einzelne rechtsextreme, gewaltbereite Personen an Waffenbehörden weitergeleitet, die auf dieser Grundlage eine waffenrechtliche Zuverlässigkeitsprüfung vornehmen könnten. Der Verfassungsschutz identifiziere auch Rechtsextremisten in öffentlichen Behörden und wirke durch Information der Behörden auf eine Entfernung dieser Personen aus dem Dienst hin.

Badenberg stellte den klassischen Rechtsextremismus und die neue Rechte gegenüber. Während der klassische Rechtsextremismus, vertreten durch Parteien wie die NPD und Der III. Weg sowie neonazistische Vereinigungen, seine Ideologie offen nach außen kommuniziere, trete die neue Rechte subtiler auf. Die neue Rechte greife die Narrative des klassischen Rechtsextremismus auf, verwende aber neue Begrifflichkeiten wie „Umvolkung“ und „Ersetzungsmigration“, welche die dahintersteckenden Motive verschleiern sollen. Sie wolle eine „Kulturrevolution von rechts“ erreichen.

Da Begrifflichkeiten in diesem Kontext eine große Rolle spielen, sei es besonders wichtig, auch althergebrachte Begriffe zu überdenken. So sei der Begriff „Fremdenfeindlichkeit“ schon im Ansatz falsch, da es meist nicht um Fremde gehe, sondern um Menschen, die fester Bestandteil der hiesigen Gesellschaft sind.

Es sei zu beobachten, dass die potenziellen Täter immer jünger würden und sich in einer Internet-Subkultur radikalisierten. Sie verehrten Straftäter wie *Anders Breivik* wie Helden und ließen sich von diesen zu Nachahmungstaten inspirieren.

V. Das Programm ReGeWa („Rechte Gewalttäter“)

In seinem Vortrag stelle der Leitende *Kriminaldirektor Hans Kästner* (Landeskriminalamt Rheinland-Pfalz) zunächst fest, dass politisch rechts motivierte Straftaten in der letzten Zeit zunähmen. Sie stellten eine Gefahr für die Innere Sicherheit dar und hätten negative Auswirkungen auf das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung sowie auf das Ansehen Deutschlands in der internationalen Staatengemeinschaft. Die rheinland-pfälzische Landesregierung habe daher einen 10-Punkte-Plan zur Bekämpfung von politisch rechts motivierter Kriminalität aufgestellt. Dieser beinhalte unter anderem die Stärkung der Ermittlungskompetenz, die Verweigerung bzw. den Entzug von Waffenerlaubnissen bei Rechtsextremisten, ein verbessertes Haftbefehlsmanagement sowie die Entwicklung eines Auswertungskonzepts zum Erkennen von potenziell rechtsmotivierten Gewalttätern („ReGeWa“). Das Programm „ReGeWa“ habe zum Ziel, mögliche rechtsmotivierte Gewalttaten zu erkennen, zu verhindern und konsequent zu verfolgen, potenziell rechtsmotivierte Gewalttäter, Netzwerke und Strukturen aufzudecken, rechte Gewalttäter zu kategorisieren und „auffällige“ Personen in den polizeilichen Fokus zu nehmen.

Ein Abgleich mit polizeilichen Auskunftssystemen, Einwohnermeldedaten, Straftatenkatalogen, nationalen Waffenregistern sowie offenen Haftbefehlen ermöglichten die Einstufung von Personen in eine der folgenden Kategorien: 1) Gefährder, 2) relevante Personen, 3) sonstige herausragende Verantwortliche, 4) Mitläufer/ Umfeldpersonen, 5) Sonstige Personen. Personen, die einer der ersten drei Kategorien zugeordnet werden oder bei denen gefährdungsrelevante Entwicklungs- bzw. Radikalisierungstendenzen erkennbar sind oder die über eine waffenrechtliche Erlaubnis verfügen oder die mit Haftbefehl gesucht werden, unterlägen einer besonderen Überprüfung

und Bearbeitung.

Das Programm „ReGeWa“ laufe seit gut einem Jahr. Als vorläufiges Ergebnis seien die Aufhellung des Personenpotenzials der rechtsmotivierten Kriminalität, eine steigende Zahl eingestufte Personen, eine effizientere, insbesondere zeitnahe, Vollstreckung von Haftbefehlen sowie eine hohe Quote der Meldungen an die Waffenbehörden zu nennen.

VI. Psychologische Erklärungen für die Anziehungskraft von Verschwörungsmithen

Professorin Dr. Eva Walther (Universität Trier) erläuterte in ihrem Vortrag die Narrative, die Anziehungskraft von und mögliche Reaktionen auf Verschwörungsmithen. Nach einer Definition der EU-Kommission sei ein Verschwörungsmithos die „Überzeugung, dass bestimmte Ereignisse oder Situationen von geheimen Mächten in negativer Absicht manipuliert werden“.

Walther setzte den Fokus ihrer Darstellung auf die Bewegung „QANON“. Bei QANON handele sich um einen Metaverschwörungsmithos, der wie auch die „Querdenken“-Bewegung viele Verschwörungsmithen vereinige. Kernelement des QANON-Narrativs sei, dass es einen „Deep State“ – einen Schattenstaat – gebe und jüdisch konnotierte Eliten den Staatsapparat einschließlich der Polizei kontrollierten und für alles Schlechte verantwortlich seien. Zudem betrieben diese Eliten einen Kinderhandelring. Durch diesen Mythos werde die komplexe Welt plötzlich überschaubar. Das einfache Volk sei eine unwissende Schafherde, aus der man aber ausbrechen könne, wenn man sich als „Red Pill“ oder „Truth Seeker“ der „Ingroup“ – den Eingeweihten – anschließe. Die zuvor genannten Eliten seien im Gegensatz dazu die „Outgroup“. Von diesen grenze man sich ab, indem man sie als „die anderen“ abwerte („Othering“).

Verschwörungsmithen trügen aktiv zur Erosion von Vertrauen in Regierung, Presse und Demokratie bei. Sie schafften Offenheit für undemokratische Lösungen und Gewalt, antisemitische Narrative würden durch sie zum Mainstream. Da QANON ein hohes Emotionalisierungspotential in sich trage – die Bewegung habe den Twitter-Hashtag #SaveTheChildren gekapert – ziehe sie Menschen in ihren Sog, die eigentlich Gutes tun wollen. Durch ihre moralische Rechtfertigung für Gewalt werde sie gefährlich.

Zu den vulnerable Gruppen – also zu den Personengruppen, die besonders anfällig für Verschwörungsmithen seien – zählten beispielsweise religiös besorgte Menschen, darunter sehr viele Frauen, und sogenannte „unfreed“ Personen, die das Vertrauen in alle Autoritäten verloren hätten und „lost“ seien. Letztere seien oft enturzelt, einsam, enttäuscht und/oder hätten posttraumatische Belastungsstörungen. Diese Personengruppen suchten nach Erklärungen und die Verschwörungsmithen zeigten ihnen „den Plan“.

Verschwörungsmysen griffen menschliche Bedürfnisse (nach Selbstwert/Anerkennung sowie nach Kontrolle/Vertrauen/Selbstwirksamkeit) auf und böten Mechanismen, welche diese Bedürfnisse befriedigten. Dabei seien große Überlappungen mit rechten Ideologien zu beobachten.

Schließlich ging *Walther* auf mögliche Reaktionen gegenüber Anhängern von Verschwörungsmysen ein. Mit sachlichen Argumenten könne man diese nicht erreichen, da die Verschwörungsmysen sie auf einer emotionalen Ebene ansprechen. Was jedoch funktioniere, sei, Reaktanz – also eine Trotzreaktion – hervorzurufen, indem man vulnerable Personen vor Manipulationen durch Verschwörungsmysen warne. Präventiv müsse man Demokratie neu denken, ein Gemeinschaftsgefühl in allen Institutionen schaffen und damit andere Formen der Partizipation vulnerabler Gruppen ermöglichen. Zudem sei es wichtig, menschliche Bedürfnisse außerhalb des Internets im Familien- und Freundeskreis zu befriedigen. Im Internet könne man einen Gegenangriff starten und das Netz mit Wahrheiten fluten.

VII. Podiumsdiskussion

Als letzter Programmpunkt des Tages fand eine Podiumsdiskussion zum Thema „Die Bekämpfung des Rechtsextremismus im digitalen Zeitalter“ statt, an der *Anna-Lena von Hodenberg*, Professor Dr. *Sigmund Martin* (Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung), *Andreas Stenger* (Präsident des Landeskriminalamts Baden-Württemberg) sowie Rechtsanwältin *Lea Voigt* (Joester & Partner) teilnahmen. Die Diskussion moderierte Rechtsanwältin *Prof. Dr. Björn Gercke* (Gercke | Wollschläger).

Das zentrale Thema in der Diskussion war die Schulung von Sicherheitsbehörden und Justiz, welche eine Daueraufgabe auf allen Ebenen sei, zum Teil aber auch schon mit großem Ressourceneinsatz angegangen werde. Im Hinblick auf die Digitalisierung, insbesondere im Umgang mit Massendaten, müssten Prozesse nachgeschärft werden. Ein Aspekt sei in diesem Zusammenhang auch die Vorratsdatenspeicherung.

Um Ressourcen zu bündeln, sei eine zentrale Meldestelle für Hasskriminalität im Internet sinnvoll. Darüber hinaus könnte eine Entkriminalisierung in anderen Bereichen Ressourcen für die Bekämpfung von Hass und Hetze freigeben.

VIII. Fazit

Das 6. Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit bot den Teilnehmern nach langer pandemiebedingter Pause wieder eine Gelegenheit, in Präsenz zu tagen. Dabei wurde das Thema Hass und Hetze im Internet aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet und diskutiert.

Es bestand im Laufe des Tages Einigkeit darüber, dass das Internet aktuell zwar kein rechtsfreier, wohl aber ein rechtsdurchsetzungsfreier Raum ist. Diesen Zustand gilt es durch konsequente Strafverfolgung zu ändern. Man sollte sich allerdings dessen bewusst sein, dass die Aufhellung des Dunkelfelds einen Anstieg der Fallzahlen nach sich zieht. Es ist dann Sache der Politik, zu kommunizieren, dass das nichts Negatives ist.