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
Stellv.: Wiss. Mit. Jule Fischer

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 Zöller

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 | 74 – 112

- 74** | **Verbot als Gebot. Zur geplanten Streichung des Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche aus verfassungsrechtlicher Perspektive**
von *Benedict Pietsch, M.A., M. Jur.*
- 83** | **Catcalling – Umfrage zur Strafwürdigkeit von verbaler sexueller Belästigung**
von *Miriam Gemmel und Johanna Immig*
- 91** | **Praktiziertes Coronaleugnen als Problem der Überzeugungstäterschaft?**
von *Sebastian Protsche*
- 97** | **„Corona-Spaziergänge“ – versammlungsrechtliche Verbote in Gestalt der Allgemeinverfügung**
von *Prof. Dr. Dr. Markus Thiel und Ref. iur. Raphael Schorlemer*
- 106** | **Drohungen und Tötungsaufrufe über Instant-Messaging-Dienste – Eine materiell-rechtliche Bestandsaufnahme**
von *Stefan Kim*

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 113 – 134

- 113** | **§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB und das Verbot der Verschleifung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale**
BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20
- 126** | **Möglichkeit der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bei Anwendung von physischem oder psychischem Druck durch Verdeckte Ermittler**
BGH, Urt. v. 16.12.2021 – 1 StR 197/21
- 131** | **Unzulässige Tatprovokation durch staatliche Ermittler – Voraussetzungen und Folgen**
von *Prof. Dr. Thomas Weigend*

BUCHBESPRECHUNGEN | 135 – 140

- 135 | *Yannic Hübner*: Rechtsstaatswidrig aber straflos? Der agent provocateur-Einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 138 | *Daniel Müller*: Cloud Computing. Strafrechtlicher Schutz privater und geschäftlicher Nutzerdaten vor Innentäter-Angriffen de lege lata und de lege ferenda
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 141 – 144

- 141 | „Medizinrecht aktuell: Triage – Recht zwischen Leben und Tod“
von Erik Scheiter und Tom Hendrik Becker

Verbot als Gebot? Zur geplanten Streichung des „Werbeverbots“ für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) aus verfassungsrechtlicher Perspektive

von Benedict Pietsch M.A. M. Jur.*

Abstract

Mit der geplanten Streichung des § 219a StGB steht die Aufhebung des strafrechtlichen „Werbeverbots“ für Schwangerschaftsabbrüche unmittelbar bevor. Der vorliegende Beitrag zeigt die Funktion der umstrittenen einfachgesetzlichen Vorschrift, die sich aus dem zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Anforderungsprofil ergibt. Danach fungiert § 219a StGB als essentieller Bestandteil des Konzepts zum Schutz des ungeborenen Lebens. Vor diesem Hintergrund vermag der auf die Streichung des § 219a StGB zielende Regierungsentwurf weder von seiner Zielrichtung noch konzeptionell zu überzeugen; die mit § 219a StGB aufgeworfene Problematik erscheint in der Sache unbegründet, die Vereinbarkeit eines „modernen“ Abtreibungsrechts mit dem Grundgesetz ist fraglich. Daher sollte die geplante Aufhebung der Vorschrift vom Gesetzgeber nochmals dringend überdacht werden.

With the planned deletion of § 219a StGB, the abolition of the criminal law „advertising ban“ on abortions is imminent. This article shows the function of the controversial statutory provision which results from the underlying constitutional requirement profile. Accordingly, § 219a StGB functions as an essential component of the concept of the protection of unborn life. Because of this, the draft bill aiming at the deletion of § 219a StGB neither convincing in terms of its objective nor conceptually; the problems raised by § 219a StGB appear to be unfounded in substance, and the compatibility of a „modern“ abortion law with the German Basic Law is questionable. Therefore, the planned repeal of the provision should be urgently reconsidered by the legislature.

I. Einleitung

Auf Carl Schmitt geht die Wendung vom „dilatorischen Formelkompromiss“ zurück.¹ Dabei handelt es sich um Scheinkompromisse, die keine sachliche Entscheidung treffen, sondern deren Wesen gerade darin besteht, diese Entscheidung zu vertagen.

Das Resultat besteht in der vorläufigen Beibehaltung des Status Quo. Die Norm, die vorläufig den Ansprüchen genügt, ist jedoch auf eine endgültige Klärung der aufgeschobenen Streitfrage angelegt. Als Paradebeispiel für einen dilatorischer Kompromiss erscheint gegenwärtig die Vorschrift des § 219a StGB, das Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft.

§ 219a StGB hat lange Zeit ein „Schattendasein“² gefristet. Die Vorschrift geht auf eine Initiative in der Weimarer Republik zurück,³ trat aber erst am 26.5.1933 in Kraft⁴ und wurde nach der „Stunde Null“ unverändert in das neue StGB übernommen.⁵ In den beiden wegweisenden Entscheidungen des BVerfG zu Schwangerschaftsabbrüchen (1974 und 1993) wurde § 219a StGB nicht einmal erwähnt. Nach Auffassung des BVerfG ist das vom Gesetzgeber präferierte „Beratungsmodell“ für Schwangere in ein hinreichendes Schutzkonzept für das ungeborene Leben zu integrieren.⁶ Aus diesem Grund ist das Schicksal der Vorschrift dennoch eng mit den Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verknüpft.⁷ Nach Änderungen im Rahmen der Legalisierung indizierter Schwangerschaftsabbrüche⁸ blieb § 219a StGB über zwanzig Jahre unverändert. 1995 erfolgte eine Anpassung an die Rechtsprechung des BVerfG.⁹ Danach blieb es erneut über zwanzig Jahre ruhig um die Strafnorm.

Als diskursive Initialzündung zu § 219a StGB wirkte die Verurteilung einer Allgemeinmedizinerin in 2017. Kristina Hänel hatte auf der Website ihrer Praxis neben anderen medizinischen Leistungen auch die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen gegen Honorar angeboten und dazu weitergehende Informationen bereitgestellt. Das AG Gießen¹⁰ erkannte darin das Werben für den Abbruch der Schwangerschaft i.S.d. öffentlichen Anbietens ihrer Dienste und der Bekanntgabe von Verfahren zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs durch Schriften im Interesse eines Vermögensvorteils, strafbar gemäß

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet III. 4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht, bei Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel an der Deutschen Hochschule der Polizei (DHPol) in Münster sowie Leiter der Geschäftsstelle „Musterpolizeigesetz“ ebendort.

¹ Schmitt, Verfassungslehre, 10. Aufl. (2010), S. 33 f., 118.

² Sasse, NJ 2018, 433 (434).

³ Ziel der Vorschrift war es, die sich ausbreitende Werbung für Schwangerschaftsabbrüche zu unterbinden, vgl. Gropp/Wörner, in: MÜKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 219a Rn. 1.

⁴ Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26.5.1933 (RGBl. I 1933, S. 295). Zur historischen Einordnung des § 219a StGB siehe insgesamt Schöller, KriPoZ 2020, S. 677.

⁵ 3. StÄG v. 4. 8.1953 (BGBl. I, S. 735).

⁶ Vgl. BVerfGE 88, 203 (264 ff.); 98, 265 (303 f.).

⁷ Vgl. Berghäuser, NJW-Editorial, online abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/wankt-der-kompromiss> (zuletzt abgerufen am 22.3.2022). Vgl. auch BVerfGE 98, 265 (304); BT-Drs. 20/1017, S. 1.

⁸ 15. StÄG v. 18.5.1976 (BGBl. I 1976, S. 1213).

⁹ SFHG v. 21.8.1995 (BGBl. I 1995, S. 1050).

¹⁰ AG Gießen, Urt. v. 24.11.2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15, juris.

§ 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Parallel zum von *Hänel* beschrittenen Rechtsweg¹¹ folgte eine in Wissenschaft und Gesellschaft intensive, hitzig geführte Debatte („Kriminalisierung von Ärzten“¹², „Frauenbild aus dem Mittelalter“¹³). Auf politischer Ebene formierten sich verschiedenen Gesetzesinitiativen, von denen einige die ersatzlose Aufhebung¹⁴ oder signifikante Beschneidung¹⁵, andere eine „Konservierung“¹⁶ des Tatbestands forderten.

Durchsetzen konnte sich 2019 der Entwurf der damaligen Regierungsfractionen CDU/CSU und SPD, der als „Kompromiss auf Zeit“¹⁷ lediglich eine „minimalinvasive“¹⁸ Reform der Vorschrift vorsah. Ein neu eingefügter Abs. 4 sollte sicherstellen, „dass Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen zukünftig auch öffentlich ohne Risiko der Strafverfolgung darüber informieren, dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen“¹⁹. Zu einer Befriedigung der Debatte trug die Neufassung des § 219a StGB²⁰ indes nicht bei. Die Vorschrift blieb als inhaltlich nicht weitgehend genug²¹ umstritten: § 219a StGB sei insgesamt „historisch überholt“²²; es werde Werbung pönalisiert, die keinen begangenen Abbruch und nicht einmal einen strafbaren solchen zum Gegenstand habe.²³ Heutige Maßstäbe zugrunde gelegt, sei § 219a StGB daher mit dem strafrechtlichen ultima ratio-Vorbehalt unvereinbar.²⁴

Nunmehr scheint die Ampel-Koalition gewillt, dem weiterhin als unbefriedigend empfundenen Rechtszustand endgültig abzuhelfen: „Ärztinnen und Ärzte sollen öffentliche Informationen über Schwangerschaftsabbrüche bereitstellen können, ohne eine Strafverfolgung befürchten zu müssen. Daher streichen wir § 219a StGB.“²⁵

Am 17.1.2022 wurde der Referentenentwurf zu Aufhebung des § 219a StGB²⁶ durch Bundesjustizminister *Marco Buschmann* offiziell vorgestellt.²⁷ Zu diesem Entwurf haben nahezu vierzig Sozialverbände Stellung genommen.²⁸ In den Stellungnahmen überwiegt insgesamt die Zustimmung,²⁹ wobei vereinzelt grundsätzliche,³⁰ an vielen Stellen jedoch Einzelpunkte betreffende Kritik³¹ geäußert wird.

Am 9.3.2022 hat das Bundeskabinett den Referentenentwurf beschlossen.³² Neben der Aufhebung des § 219a StGB sind im jetzigen Regierungsentwurf³³ begleitende Änderungen im HWG sowie im EGStGB vorgesehen. Der Regierungsentwurf muss nun noch von Bundestag und Bundesrat beraten und verabschiedet werden.

Zu einem Ende kommt das zähe Ringen um § 219a StGB indes nicht: Die CDU/CSU-Fraktion im Bundestag hat bereits angekündigt, die Streichung des § 219a StGB nicht

¹¹ Gegen das Urte. des *AG Gießen* legte *Hänel* Berufung ein, welche das *LG Gießen* (Urte. v. 12.12.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, juris) zurückwies. Auf die Revision der Angeklagten hob das *OLG Frankfurt* mit Beschl. v. 26.6.2019, 1 Ss 15/19, juris das Urteil unter Berücksichtigung einer nach Erlass des Urte. eingetretenen Gesetzesänderung auf. Die 4. Strafkammer des *LG Gießen* (Beschl. v. 12.12.2019, 4 Ns 406 Js 15031/15, juris) änderte das Urte. des *AG Gießen* im Rechtsfolgenausspruch ab und verwarf die Berufung i.Ü. Eine erneute Revision *Hänels* wurde vom *OLG Frankfurt* (Beschl. v. 22.12.2020, 1 Ss 96/20, juris) als unbegründet verworfen. *Hänel* hat mittlerweile Verfassungsbeschwerde beim *BVerfG* erhoben, über die bis dato noch nicht entschieden ist (2 BvR 390/21).

¹² Vgl. <https://www.spiegel.de/gesundheit/schwangerschaft/pro-familia-zu-219a-aerzte-werden-bei-abtreibung-kriminalisiert-a-1181881.html> (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

¹³ Vgl. <https://www.links-bewegt.de/de/article/395.paragraf-219a-ein-mittelalterliches-frauenbild.html> (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

¹⁴ Siehe BT-Drs. 19/93, S. 2, 4 (Entwurf Fraktion Die Linke), BT-Drs. 19/630, S. 1, 4 (Entwurf Fraktion Bündnis 90/Die Grünen).

¹⁵ BT-Drs. 19/820, S. 4 f.

¹⁶ Vgl. die Nachweise bei *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 2.

¹⁷ Vgl. *Schürmann*, Kompromiss auf Zeit: Das Abtreibungsstrafrecht, der Bundestag und das Bundesverfassungsgericht, *VerfBlog*, 2020/11/18, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/kompromiss-auf-zeit> (zuletzt abgerufen am 22.3.2022). Inwieweit § 219a StGB „mehr als als nur ein fauler Parteienkompromiss ist“ siehe *Berghäuser*, *KriPoZ* 2019, 82.

¹⁸ Vgl. *Kubicziel*, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1.

¹⁹ BT-Drs. 19/7693, S. 1 f.

²⁰ Siehe Art. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch v. 22.3.2019 (BGBl. I, S. 350).

²¹ Vgl. *Fechner*, *DRiZ* 2022, 114.

²² Vgl. *Limburg*, *ZRP* 2022, 38 (39).

²³ Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 52. Ed. (2022), § 219a, Einl.

²⁴ Vgl. *Scholler*, *KriPoZ* 2021, 327 (334); *Limburg*, *ZRP* 2022, 38 (39).

²⁵ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 116, online abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

²⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB),“ online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_219a_StGB.pdf;jsessionid=A7BAFFA7FB8C1595F228859038BE8C51.1_cid289?_blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

²⁷ Die Erklärung von Minister *Buschmann* ist online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Zitate/DE/2022/0117_Paragraph_219a.html#:~:text=Marco%20Buschmann%E2%80%9EFrauen%2C%20die%20einen,Risiken%20und%20zu%20m%C3%B6glichen%20Komplikationen (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

²⁸ Soweit in vorliegendem Beitrag auf einzelne Stellungnahmen Bezug genommen wird, können diese auf der Homepage der KriPoZ abgerufen werden: <https://kripoz.de/2017/12/18/abschaffung-des-%C2%A7-219a-stgb-werbung-fuer-den-abbruch-der-schwangerschaft-2/> (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

²⁹ Vollumfänglich zustimmend etwa *Terre des Femmes*, Stellungnahme, S. 1.

³⁰ Siehe etwa die Stellungnahme des Bundes katholischer Rechtsanwältinnen, ebenso die Stellungnahme des Christlichen Forums.

³¹ Nicht weitgehend genug Bündnis für sexuelle Selbstbestimmung, Stellungnahme, S. 2 f.; differenzierend Bundesärztekammer, Stellungnahme, S. 2.

³² Vgl. <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/kabinetts-beschliesst-aufhebung-von-paragraph-219a-im-strafgesetzbuch-17864362.html> (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

³³ Siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes und zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch, im Folgenden bezeichnet als R-Entwurf, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_219a_StGB.pdf;jsessionid=A7BAFFA7FB8C1595F228859038BE8C51.1_cid289?_blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

mittragen zu wollen.³⁴ In einem eigenen Antrag³⁵ fordert sie, stattdessen weitere Informationsangebote für betroffene Frauen zu schaffen sowie die Kostenübernahme ärztlich verordneter Verhütungsmittel.³⁶ Neben der Unionsfraktion hat sich auch die Fraktion der AfD gegen die Aufhebung des §219a StGB ausgesprochen. Die Linke hingegen befürwortet das Vorhaben der Ampel-Koalition.³⁷

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben: Das BVerfG zum strafrechtlichen Schutz ungeborenen Lebens

Die für das Recht des Schwangerschaftsabbruchs im Ganzen (§§ 218 ff. StGB) maßgeblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben folgen aus zwei Entscheidungen des BVerfG aus 1975 und 1993.³⁸ Beide Entscheidungen sind insgesamt bemüht, in Zeiten gesellschaftlichen Umbruchs³⁹ praktische Leitlinien in einer hochsensiblen Materie zu formulieren, die sowohl dem Schutz des Ungeborenen als auch der Eigenverantwortung der Schwangeren Rechnung tragen.

Als Ausgangspunkt dient dem BVerfG jeweils die Grundwertung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, wonach jeder „das Recht auf Leben hat“⁴⁰. Das Recht auf Leben erstreckt das Gericht auf jeden Abschnitt des menschlichen Lebens, vom fertigen Menschen nach der Geburt bis zum sich im Mutterleib entwickelnden Nasciturus. Wo immer menschliches Leben existiere, komme ihm Würde zu, zu dessen Achtung der Staat gem. Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet sei. Der Staat habe daher die Aufgabe, menschliches Leben, auch das ungeborene, umfassend zu schützen. Hierzu gehöre nicht nur, sich unmittelbarer Eingriffe zu enthalten, sondern auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen und es vor rechtswidrigen Eingriffen vonseiten anderer zu bewahren.⁴¹

Die Grundwertung des Nasciturus als selbständiges, mit Würde und dem Recht auf Leben ausgestattetes Lebewesen, das als solches den Schutz der Verfassung genießt, wirkt maßgebend für drei weitere, entscheidungsübergreifende Kernaussagen des Gerichts.

Erstens: Weil der Nasciturus ein selbständiges, mit menschlicher Würde ausgestattetes Lebewesen ist, ist der Staat berechtigt und verpflichtet, Verhaltensanforderungen zu dessen Schutz zu formulieren. Dies gilt auch gegenüber der Mutter: Ist der Ausgleich zwischen den in

Rede stehenden kollidierenden verfassungsrechtlich relevanten Rechtsgütern (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vs. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) nicht möglich, da aufseiten des Nasciturus nicht „ein Mehr oder Weniger an Rechten, die Hinnahme von Nachteilen oder Einschränkungen, sondern alles, nämlich das Leben selbst, in Frage steht“⁴², wird ihr die Rechtspflicht auferlegt, das Kind zur Welt zu bringen.⁴³ Dem Lebensrecht des Ungeborenen wird damit grundsätzlich Vorrang eingeräumt.⁴⁴ Ausnahme hiervon sind nur geboten, wenn es unzumutbar ist, der Frau diese Rechtspflicht aufzuerlegen.⁴⁵ Sofern hingegen ein Schwangerschaftsabbruch nicht durch eine Notlage indiziert ist, aber in Anerkennung der Letztverantwortung der Frau und nach Durchführung einer Beratung erfolgt, kann dieser niemals gerechtfertigt sein, sondern allenfalls straflos gestellt werden.⁴⁶

Zweitens hat der Gesetzgeber im Wege eines umfassenden, „Elemente(s) des präventiven wie des repressiven Schutzes miteinander verbindenden“⁴⁷ Konzeptes einem wirksamen Schutz des ungeborenen Lebens hinreichend Rechnung zu tragen. Davon erfasst ist auch, den rechtlichen Schutzanspruch des Nasciturus im gesellschaftlichen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben.⁴⁸ In jedem Falle, so das Gericht, müsse der Eindruck vermieden werden, es handle sich bei einem Schwangerschaftsabbruch um einen alltäglichen, der Normalität entsprechenden Vorgang.⁴⁹ Diese Aufforderung richtet sich an den einfachen Gesetzgeber: Die Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs muss klar und deutlich in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommen;⁵⁰ sie hat das grundsätzliche verfassungsrechtliche Verbot „für den unbefangenen Leser“⁵¹ unmissverständlich zu bestätigen und hervorzuheben. Dies gilt umso mehr, wenn von einer Strafanordnung für nicht gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche abgesehen wird.⁵² Auch dann, wenn der Schwangerschaftsabbruch im Einzelfall nicht rechtswidrig ist oder tatbestandslos bleibt, bedeutet das nicht, dass die Schutzpflicht des Staates entfällt; sie besteht weiterhin gegenüber jedem menschlichen Leben.⁵³

Zur Verdeutlichung des Unwertgehalts eines Verhaltens kommt dem Strafrecht besondere Bedeutung zu. Zum einen ist es aufgrund seiner generalpräventiven Wirkung geeignet, die Rechtsunterworfenen vor einem bestimmten, durch staatliche Strafe bewehrtes Verhalten abzuhalten. Zum anderen drücken Strafnormen ein allgemeines

³⁴ Siehe die Pressemitteilung der CDU/CSU-Fraktionen im Deutschen Bundestag vom 18.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.cducs.de/presse/pressemitteilungen/die-abschaffung-von-ss-219a-stgb-hilft-frauen-nicht> (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

³⁵ Siehe den Antrag der Fraktion der CDU/CSU: Interessen der Frauen stärken, Schutz des ungeborenen Kindes beibehalten, BT-Drs. 20/1017.

³⁶ Zusammenfassend BT-Drs. 20/1017, S. 7 f.

³⁷ Richter-Kuhlmann, Deutsches Ärzteblatt 4/2022 [A], S. 115.

³⁸ BVerfGE 39, 1 und 88, 203. Vgl. R-Entwurf, S. 8 f.

³⁹ Vgl. etwa BVerfGE 88, 203 (219): „Die Herstellung der deutschen Einheit am 3. Oktober 1990 und die damit gestellte Aufgabe, das Recht in den vereinigten Teilen Deutschlands zu vereinheitlichen, gab Reformbestrebungen [zu Schwangerschaftsabbrüchen] einen neuen Anstoß.“

⁴⁰ BVerfGE 39, 1 (37); 88, 203 (254).

⁴¹ BVerfGE 39, 1 (42); 88, 203 (251).

⁴² BVerfGE 88, 203 (255).

⁴³ BVerfGE 88, 203 (253).

⁴⁴ BVerfGE 88, 203 (256, 306).

⁴⁵ Siehe etwa BVerfGE 88, 203 (256 f., 265, 267, 275 f.).

⁴⁶ Deziert BVerfGE 88, 203 (270, 273 f., 280). Vgl. dazu Rengier, Strafrecht BT II, 21. Aufl. (2019), § 11 Rn. 25 f.

⁴⁷ BVerfGE 88, 203 (261).

⁴⁸ BVerfGE 88, 203 (272): „[D]er verfassungsrechtliche Rang des Rechtsguts des ungeborenen menschlichen Lebens muß dem allgemeinen Rechtsbewusstsein weiterhin gegenwärtig bleiben (sog. positive Generalprävention).“ Ebenso BVerfGE 88, 203 (261).

⁴⁹ BVerfGE 88, 230 (319).

⁵⁰ Vgl. nur BVerfGE 88, 230 (360); 39, 1 (44, 46, 51, 53, 55, 58, 65).

⁵¹ BVerfGE 39, 1 (53).

⁵² BVerfGE 88, 203 (258).

⁵³ Vgl. BVerfGE, 203 (257).

Unwerturteil aus, welches Einfluss auf die Wertvorstellungen und Verhaltensweisen der Bevölkerung hat – die gesellschaftspolitische Wirkung des Strafrechts.⁵⁴ Hieraus folgert das Gericht nicht nur, dass das Strafrecht regelmäßig der Ort sei, das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die sich hieraus ergebenden normativen Folgen gesetzlich zu verankern.⁵⁵ Es formuliert hinsichtlich des Schutzes der Achtung und Unverletzlichkeit menschlichen Lebens sogar eine Umkehrung des herkömmlichen strafrechtlichen ultima ratio-Prinzips: Nur, wenn verfassungsrechtlich ausreichender Schutzmaßnahmen anderer Art bestehen, kann es genügen, die rechtliche Missbilligung auf andere Weise in der Rechtsordnung unterhalb der Verfassung zum Ausdruck zu bringen.⁵⁶

Drittens genüge der Staat seiner Schutzpflicht nicht allein dadurch, dass er Angriffe abwehrt, die dem ungeborenen Leben von anderen Menschen drohen. Er muss auch solchen Gefahren entgegentreten, die aus dem sozialen Umfeld der Schwangeren entstehen können.⁵⁷ Hier berühren sich die Schutzpflicht für den Nasciturus und der Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 4 GG: Im gesamten Bereich des privaten und öffentlichen Rechts ist die Frau vor Einwirkungen zu schützen, die sie wegen der Schwangerschaft in Bedrängnis bringen oder einen Druck auf sie ausüben, die Schwangerschaft abbrechen.⁵⁸

Aus den drei o.g. Punkten geht hervor, dass der umfassende Schutz des Nasciturus, die Verankerung des vorgeburtlichen Lebensrechts im allgemeinen Rechtsbewusstsein sowie der Schutz der Schwangeren vor illegitimer Einflussnahme Rechtsgüter sind, zu dessen Wahrung der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Rechtsregimes zum Schwangerschaftsabbruch von Verfassungen wegen verpflichtet ist. Den Schutz dieser Rechtsgüter hat er, soweit erforderlich, auch und insbesondere mit Mitteln des Strafrechts sicherzustellen und zu effektuieren. Offen kann lediglich bleiben, welcher Art sie zu sein bzw. auf welche Verhaltensweisen sie sich konkret zu erstrecken haben.⁵⁹

III. Tatbestand und Funktion des § 219a StGB

Auch wenn das *BVerfG* keine gesonderten Ausführungen zu § 219a StGB tätigt, lässt sich die Vorschrift ohne Weiteres als Bestandteil des verfassungsrechtlich vorgegeben Schutzkonzept identifizieren.⁶⁰ Es soll nicht öffentlich im Interesse an einem Vermögensvorteil oder in grob anstößiger Weise für ärztliche Abtreibungsdienste geworben werden. Dadurch will § 219a StGB verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird.⁶¹ Konkret dient § 219a StGB dem Schutz der drei in den Entscheidungen des *BVerfG*

angeführter Rechtsgüter: dem Schutz des ungeborenen Lebens,⁶² dem Kollektivrechtsgut des gesellschaftlichen „Klimaschutzes“⁶³ und dem Schutz der Schwangeren vor illegitimer Einflussnahme.⁶⁴ M.a.W. soll § 219a StGB „moralischer Indolenz“⁶⁵ ebenso entgegenwirken wie er in der modernen Konsumgesellschaft den Charakter von Schwangerschaftsabbrüchen als normale Dienstleistung unterbindet. Indem § 219a StGB bestimmte Verhaltensweisen pönalisiert, versucht die Vorschrift, auch die Schwangere für die Implikationen eines Schwangerschaftsabbruchs zu sensibilisieren. Dadurch wird der Nasciturus mittelbar geschützt.⁶⁶

Nach § 219a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise Schwangerschaftsabbrüche bewirbt. Gegenstände des Werbens können eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs (§ 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder zum Schwangerschaftsabbruch geeignete Mittel, Gegenstände oder Verfahren unter Hinweis auf deren Eignung sein (§ 219a Abs. 1 Nr. 2 StGB).

Von der Tatbestandsmäßigkeit des Abs. 1 werden durch die Abs. 2 und 3 im Interesse einer funktionsgerechten Unterrichtung berufsmäßig mit Schwangerschaftsabbrüchen befasste Personen und bestimmte Formen der Information und Werbung ausgenommen. Gleiches gilt für den 2019 neu eingefügten Abs. 4 („Absatz 1 gilt nicht, wenn...“). Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen dürfen de lege lata öffentlich ohne Risiko der Strafverfolgung darüber informieren, dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen (§ 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB). Sie können darüber hinaus auf weitere Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch durch Hinweis – insbesondere durch Verlinkung in ihrem Internetauftritt – auf entsprechende Informationsangebote neutraler Stellen, die im Gesetz ausdrücklich benannt werden, aufmerksam machen (§ 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB). Damit reagierte der Gesetzgeber auf den Umstand, dass die öffentliche Information, nach § 218a Abs. 1 bis Abs. 3 StGB straflose Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, als vom Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB erfasst angesehen wurde.⁶⁷ Ziel der Reform war einerseits, die Informationslage von Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch in Erwägung ziehen, zu verbessern sowie Rechtssicherheit für Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, zu erreichen. Andererseits soll das Verbot der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch erhalten bleiben, um die von § 219a StGB in den Blick genommenen Rechtsgüter weiter zu schützen.⁶⁸

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 88, 203 (273 f.).

⁵⁵ BVerfGE 88, 203 (258). Ebenso *Wörner*, Stellungnahme, S. 3.

⁵⁶ BVerfGE 88, 203 (258).

⁵⁷ BVerfGE 88, 203 (296).

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 88, 203 (296 f.).

⁵⁹ Vgl. schon *Eser*, NJW 1992, 2913 (2922).

⁶⁰ *Kaiser/Eibach*, medstra 2018, 273 (274); BT-Drs. 20/1017, S. 4. Zur geltenden Rechtslage in nuce BT-Drs. 20/1017, S. 2.

⁶¹ *Rengier*, Strafrecht BT II, § 11 Rn. 32; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 219a Rn. 1; BT-Drs. 20/1017, S. 5.

⁶² *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 219a Rn. 1.

⁶³ *Merkel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 219a Rn. 2 ff.; *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (500).

⁶⁴ *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 2.

⁶⁵ *Kaiser/Eibach*, medstra 2018, 273 (274).

⁶⁶ Vgl. *Scholler*, KriPoZ 2021, 327 (333 f.).

⁶⁷ Vgl. etwa *LG Bayreuth*, Urt. v. 11.1.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04, BeckRS 2006, 143026.

⁶⁸ BT-Drs. 19/7693, S. 7.

Sowohl hinsichtlich ihrer Intention als auch im Hinblick ihrer konkreten Ausgestaltung befindet sich § 219a StGB auf einer Linie mit der Argumentation des *BVerfG* und wird den hieraus erwachsenden verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht. § 219a StGB richtet sich nicht gegen den Schwangerschaftsabbruch als solchen, sondern gegen bestimmte Vorgehensweisen; § 219a StGB gewährleistet die Unterrichtungsmöglichkeit für Ärzte, verbietet aber bestimmte Formen der Werbung; § 219a StGB verschließt die Kanäle grundlegender Informationen nicht,⁶⁹ will aber i.S.d. verfassungsrechtlichen Schutzkonzepts die umfassende Aufklärung insgesamt auf das Beratungsgespräch der Schwangeren umleiten.⁷⁰ Dieses wiederum darf nicht rein informativ ausgerichtet,⁷¹ sondern muss auf den Schutz des ungeborenen Lebens hin orientiert sein (vgl. § 219 Abs. 1 S. 1 StGB). Indem § 219a StGB die Strafbarkeit nicht weiter zurücknimmt, als dies zur Erreichung des Ziels einer sachlichen Information von Frauen in Konfliktlagen erforderlich ist, passt sich die ausgewogene Regelung in das bestehende, langbewährte Schutzkonzept für das ungeborene Leben ein.⁷²

IV. Regierungsentwurf zur Aufhebung des § 219a StGB

1. Darstellung wesentlicher Inhalte des Regierungsentwurfs

Der Regierungsentwurf fällt sehr umfangreich aus. Er enthält – für die Streichung einer Vorschrift ungewöhnlich – allein sieben Seiten Begründung. Ersichtlich geht es den Entwurfsverfassern darum, das Anliegen argumentativ als „wasserdicht“, ja fast als zwingend darzustellen. Die Argumentation erfolgt dabei zweigleisig.⁷³ Auf der einen Seite werden die mit dem Vorhaben verfolgten Ziele und deren Vorzüge für Ärzte und Schwangere dargestellt. Auf der anderen Seite wird gezeigt, weshalb die Streichung des § 219a StGB nicht ins Gewicht fällt, d.h. mit der unter II. dargelegten Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben vereinbar sein soll.⁷⁴

Als Argument für die Aufhebung des § 219a StGB wird erstens die strafrechtliche Verfolgung der an einem Schwangerschaftsabbruch beteiligten Ärzte angeführt. Diese seien nach wie vor daran gehindert, über das Ob und

auch über das Wie, den Ablauf und die Methoden des Abbruchs zu informieren.⁷⁵ Auf diese Weise behindere § 219a StGB – zweitens – den Zugang zu fachgerechter medizinischer Versorgung sowie die freie Arztwahl und beschränke das Selbstbestimmungsrecht der Frau.⁷⁶ *Allein* die Aufhebung des Strafnorm führe zu einer angemessenen Versorgung der Betroffenen mit Informationen, auch und gerade durch Ärzte, die selbst Schwangerschaftsabbrüche vornehmen.⁷⁷ Diese seien „mit am besten“⁷⁸ zur Erteilung zutreffender, seriöser sachlicher Informationen qualifiziert und genossen das große Vertrauen ratsuchender Frauen.⁷⁹

Die Streichung des § 219a StGB beseitige insoweit eine „paradoxe“ Rechtslage, wonach die Bereitstellung von Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch strafbar sei, obwohl die Rechtsordnung den Abbruch selbst nicht unter Strafe stelle.⁸⁰ Indem die Änderung den allgemeinen Zugang zu Informationen und Aufklärung im Hinblick auf die sexuelle und reproduktive Versorgung verbessert, stehe sie drittens in Einklang mit der deutschen Nachhaltigkeitsstrategie, die der Umsetzung der Agenda 2030 der Vereinten Nationen diene und trage so insgesamt zu einer „nachhaltigen Entwicklung“ bei.⁸¹

Für den Entwurf ist die Aufhebung des § 219a StGB mit der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates gegenüber dem ungeborenen Leben vereinbar.⁸² § 219a StGB bilde keinen „tragenden Bestandteil“⁸³ des hierzu verfassungsrechtlich gebotenen Schutzkonzepts; die Vorschrift werde vom *BVerfG* in den maßgeblichen Entscheidungen noch nicht einmal erwähnt. Bei dem von ihm präferierten (und vom *BVerfG* gebilligten) Beratungskonzept dürfe der Gesetzgeber auf die informationsbasierte, mithin verantwortungsvolle Entscheidung der Frau vertrauen.⁸⁴ Er fördere diese sogar, indem er der Schwangeren ungehinderten Zugang zu sämtlichen wichtigen Informationen gewähre.⁸⁵

Dass durch die gesetzliche Änderung unsachliche oder gar anpreisende Werbung für Schwangerschaftsabbrüche durch Ärzte betrieben würde, schließt der Entwurf aus.⁸⁶ Vorgesehen ist, den Anwendungsbereich des HWG auf medizinisch nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche zu erweitern (vgl. noch § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG). Danach

⁶⁹ So zu Recht *Winkelmeier-Becker*, DRiZ 2022, 115.

⁷⁰ I.d.S. auch BT-Drs. 20/1017, S. 2: „Wir sind der Auffassung, dass die Beratung der Schwangeren das Herzstück des geltenden Rechts ist und bleiben muss.“ Ebenso auf S. 4.

⁷¹ BVerfGE 88, 203 (307). Missverständlich BT-Drs. 20/1017, S. 4.

⁷² Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 7; BT-Drs. 20/1017, S. 2, 4 f.

⁷³ Im Referentenentwurf (vgl. S. 3, 7) war die Entbehrlichkeit des § 219a StGB auch *empirisch* mit der Wirksamkeit des Beratungsmodells begründet worden. Als Beleg hierfür wurde der Rückgang der Schwangerschaftsabbrüche seit 1996 angeführt. Ob es sich dabei nur eine Korrelation oder um einen echten Kausalzusammenhang handelte, wurde nicht weitergehend erläutert. *Tatsächlich* ist die Rate der Schwangerschaftsabbrüche über die Jahre, bei abnehmender Anzahl der Frauen zwischen 15 und 50 Jahren stabil: sie schwankt seit 2008 zwischen 56 und 59 je 10.000 Frauen, siehe Arbeitskreis Frauengesundheit, Stellungnahme, S. 7.

⁷⁴ Exemplarisch R-Entwurf, S. 9: „Als Teil der Beratungskonzepts, für das sich der Gesetzgeber entschieden hat, ist § 219a StGB verzichtbar.“ Deziert dagegen BT-Drs. 20/1017, S. 4: „Die Beibehaltung des § 219a StGB ist zum Schutz des ungeborenen Lebens geboten.“

⁷⁵ Vgl. R-Entwurf, S. 1, 7 ff.

⁷⁶ Vgl. R-Entwurf, S. 1, 3, 8.

⁷⁷ Vgl. nur R-Entwurf, S. 1, 3, 11.

⁷⁸ R-Entwurf, S. 2.

⁷⁹ Vgl. R-Entwurf, S. 2 f. 8.

⁸⁰ Vgl. R-Entwurf, S. 2. Der Entwurf verweist dabei auf ein orbitierendes dictum des *BVerfG* aus 2006, wonach es einem Arzt, der Schwangerschaftsabbrüche vornimmt, möglich sein muss, Frauen ohne negative Folgen auf seine Dienste hinzuweisen (*BVerfG*, Beschl. v. 24.5.2006 – 1 BvR 1060/02, Rn. 36). Wie der R-Entwurf *Scholler*, KriPoZ, 327 (333: „widersprüchlich“); *Fechner*, DRiZ 2022, 114 („unauflöslicher Widerspruch“).

⁸¹ Vgl. R-Entwurf, S. 3, 11 f.

⁸² Vgl. R-Entwurf, S. 1, 8.

⁸³ Vgl. R-Entwurf, S. 1, 9.

⁸⁴ Vgl. R-Entwurf, S. 2.

⁸⁵ R-Entwurf, S. 8.

⁸⁶ Vgl. R-Entwurf, S. 2, 10 ff. Ebenso die Erklärung von Minister *Buschmann* (Fn. 27).

werde gemäß § 3 HWG „irreführende“ Werbung für Schwangerschaftsabbrüche unzulässig und nach § 14 HWG strafbewehrt. Weitere Restriktionen betreffend Werbung „außerhalb von Fachkreisen“ ergäben sich ferner aus § 11 HWG, der beispielsweise in Abs. 1 S. 1 Nr. 3 die missbräuchliche, abstoßende oder irreführenden Wiedergabe von Behandlungsverläufen untersagt. Verstöße hiergegen seien nach § 15 Abs. 1 Nr. 8 HWG bußgeldbewehrt.⁸⁷

Neben der Änderung des HWG stelle insbesondere⁸⁸ § 27 Abs. 3 MBO-Ä, der von den Landesärztekammern derzeit in ihre Berufsordnung übernommen worden sei, durch das Verbot berufswidriger Werbung ausreichend sicher, dass die Information nicht in einer die Frau beeinflussenden Weise erfolge oder den Abbruch kommerzialisiere.⁸⁹

Insgesamt beeinträchtigt nach im Regierungsentwurf vertretener Ansicht § 219a StGB das – durch eine hinreichende Informationsgrundlage gespeiste – Selbstbestimmungsrecht der Frau, führe zu Rechtsunsicherheit für Ärzte und sei nicht zum Schutz des ungeborenen Lebens geboten. Seine Beibehaltung komme aus diesen Gründen nicht in Betracht.⁹⁰

2. Bewertung des Regierungsentwurfs

Was erstens die durch den Entwurf angemahnte „Rechtsunsicherheit“ von Ärzten anbelangt,⁹¹ ist fraglich, worin diese genau bestehen soll.⁹² Aus dem Zusammenspiel von § 219a Abs. 1 und Abs. 4 StGB ergibt sich unmissverständlich, dass insbesondere derjenige, der auf die Tatsache hinweist, dass er Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis Abs. 3 StGB vornimmt, straflos bleibt (Information über das Ob).⁹³ Wer hingegen Informationen über das Wie des Schwangerschaftsabbruches bereitstellt, „wirbt“ i.S.d. Gesetzes: Er lässt einer Zielgruppe bestimmte Informationen zu einer Dienstleistung in der Absicht zukommen, dass diese gegen Entgelt in Anspruch genommen werde.⁹⁴ Dies wird anhand der Werbeanzeige, über die das *LG Gießen* in prominenten Fall *Hänel* zu befinden hatte, deutlich:

„Ausdrücklich werden alle drei Methoden (medikamentös, chirurgisch mit örtlicher Betäubung, chirurgisch mit

Vollnarkose) des Schwangerschaftsabbruchs auf Kostenübernahme oder für Privatzahlerinnen angeboten. Informiert wird über die Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs in der Praxis, die erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen und über die Methode des medikamentösen Schwangerschaftsabbruchs und den chirurgischen Schwangerschaftsabbruch einschließlich der Entfernung des als solches definierten Schwangerschaftsgewebes. Aufgeklärt wird auch darüber, ob und welche Gründe gegen die medikamentöse Methode bestünden. Die Interessentinnen werden belehrt über Nebenwirkungen und Komplikationen und das Verhalten nach dem Abbruch. Beschrieben wird der Weg zur Praxis. Die erforderlichen Kontaktdaten werden nochmals mitgeteilt. Belehrt werden die Interessentinnen insbesondere darüber, was sie mitbringen müssten.“⁹⁵

Erteilt der Tatbestand des § 219a StGB Auskunft über pönalisiertes Verhalten und dessen Rechtsfolge, kann der Begriff „Rechtsunsicherheit“⁹⁶ nicht anderes als das bloße Unbehagen ausdrücken, sich mit einer Handlung, die man für richtig hält, außerhalb des Rechts zu bewegen.⁹⁷ Die sich aus der Norm ergebenden Rechtsfolgen mit dem Verdikt „rechtsunsicher“ zu belegen, ist, wie die Prozessgeschichte um *Kristina Hänel* belegt,⁹⁸ vornehmlich rechtspolitisch intendiert.

Zweitens wird hinsichtlich des behaupteten Informationsdefizits von Frauen in Konfliktsituationen nicht deutlich, worin dieses genau bestehen soll.⁹⁹ Es existiert infolge § 13 Abs. 3 SchKG eine von der Bundesärztekammer bereitgestellte, im Internet frei abrufbare Liste,¹⁰⁰ die über Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen sowie darüber informiert, welche Methode (medikamentös oder operativ) dabei zum Einsatz kommt. Jede Beratungseinrichtung verfügt i.S.d. § 219a Abs. 3 StGB über weitreichende Informationen, wo und wie Schwangerschaftsabbrüche nach den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis Abs. 3 StGB durchgeführt werden. Zum Beratungsgespräch kann jederzeit ein Arzt hinzugezogen werden (vgl. § 6 Abs. 3 Nr. 1 SchKG). Wo also Information und endgeldliches Angebot nicht kombiniert werden, besteht uneingeschränkte Informationsfreiheit.¹⁰¹

⁸⁷ Vgl. hierzu insgesamt R-Entwurf, S. 2, 9 f., 13.

⁸⁸ Daneben könne eine Werbung für die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen bzw. hierfür geeigneter Mittel und Methoden, die gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstößt, gem. § 3 Abs. 1 UWG unzulässig sein. Dazu sogleich unter IV.2. Hatte der Referentenentwurf auf S. 8 noch auf eine mögliche Strafbarkeit gem. §§ 111, 140 StGB verwiesen, ist dieser Verweis im R-Entwurf nicht mehr enthalten.

⁸⁹ Vgl. R-Entwurf, S. 2, 9.

⁹⁰ R-Entwurf, S. 3, 11. Sehr krit. hierzu BT-Drs. 20/1017, S. 5.

⁹¹ Ebenso Bündnis für sexuelle Selbstbestimmung, Stellungnahme, S. 1; Bundesverband Frauenberatungsstellen, Stellungnahme, S. 2.

⁹² Ebenso *Winkelmeier-Becker*, DRiZ 2022, 115; BT-Drs. 20/1017, S. 6: „Die Rechtslage (...) ist unmissverständlich und einfach einzuhalten.“

⁹³ Vgl. *Gropp/Wörner*, in: MüKoStGB, § 219a Rn. 1.

⁹⁴ Zu Recht *Winkelmeier-Becker*, DRiZ 2022, 115; BT-Drs. 20/1017, S. 2. Insofern ist die Behauptung von *Fechner*, DRiZ 2022, 114, es gebe gar keine „Werbung“ für Schwangerschaftsabbrüche, schlicht unzutreffend.

⁹⁵ *LG Gießen*, Urt. v. 12.10.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, juris Rn. 2. Krit. zur Bezeichnung des Fötus als „Schwangerschaftsgewebe“ BT-Drs. 20/1017, S. 2.

⁹⁶ Ebenso Bundesverband Lebensrecht, Stellungnahme, S. 5.

⁹⁷ Ebenso *Duttge*, medstra 2018, 129 (129).

⁹⁸ *LG Gießen*, Urt. v. 12.10.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, juris Rn. 2: „Die Angeklagte erstrebt die Abschaffung oder Reform des § 219a StGB. Die Rechtslage ist ihr seit 2009 bewusst, als ein gleichartiges Ermittlungsverfahren gegen sie eingestellt wurde.“

⁹⁹ Ebenso *Winkelmeier-Becker*, DRiZ 2022, 115; i.d.S. auch BT-Drs. 20/1017, S. 3, wobei der Antrag der Unionsfraktion nicht ausschließen will, dass im Einzelnen Informationsdefizite bestehen. Er sieht daher vor „Informationsmöglichkeiten in moderater Weise zu erweitern“.

¹⁰⁰ Online abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Liste219a/20220305_Liste_13_Abs_3_SchKG.pdf (zuletzt abgerufen am 22.3.2022).

¹⁰¹ *Winkelmeier-Becker*, DRiZ 2022, 115; Bundesverband Lebensrecht, Stellungnahme S. 1, 4; schon *Duttge*, medstra 2018, 129 zu § 219a a. F. StGB.

Die ersichtliche Mühe, ein Defizit an sachlicher Information herzustellen,¹⁰² wirft vielmehr ein Schlaglicht auf den eigentlichen Angriffspunkt des Entwurfs, dass eine umfassende Informierung durch die Schwangerschaftsabbruch durchführende Stelle „erst“ im Rahmen des persönlichen Beratungstermins erfolgen kann.¹⁰³ Dies ist in den §§ 218 ff. StGB jedoch ganz bewusst so erfolgt: Aus der Rechtsprechung des *BVerfG* folgt, dass Ärzte keine neutralen medizinischen Dienstleister,¹⁰⁴ sondern allgemein dem Schutz menschlichen Lebens verpflichtet sind.¹⁰⁵

Die für die Diskussion maßgeblichen Schwangerschaftsabbrüche gem. § 218 Abs. 1 StGB sind weder Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge noch ein Heileingriff,¹⁰⁶ und jedes Werben für den Abbruch bedeutet zugleich ein Werben gegen den Nasciturus, dessen Schicksal in der Aufklärung über Risiken und Nebenwirkungen völlig in den Hintergrund gedrängt wird. Umgekehrt ist die umfassende Bereitstellung von Information grundsätzlich den Beratungsstellen zugewiesen, deren Aufgabe nicht in der Bereitstellung fachlich-technischer Expertise, sondern in der Förderung des Lebensschutzes besteht. In §§ 218 ff. StGB kommt also ein gestuftes Schutzkonzept zum Ausdruck, in dem derjenige, welcher derartige Eingriffe vornimmt, nicht derjenige sein soll, der, gleichsam in eigener Sache, ungefiltert Auskünfte an Frauen in potenziell psychosozialen Ausnahmesituationen erteilt.¹⁰⁷

Aus diesem Grund muss drittens § 219a StGB unterschiedslos auf den Schwangerschaftsabbruch an sich und nicht auf dessen Unrechtsgehalt oder seine Strafwürdigkeit zielen. M.a.W. ist die Zulässigkeit der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche nicht teilbar.¹⁰⁸ Nur für erlaubte Abbrüche zu werben, nicht hingegen für nicht erlaubte, ist nicht möglich. Damit kann die Werbung nur entweder erlaubt oder verboten sein, tertium non datur.¹⁰⁹

Was viertens die weitere Erforderlichkeit einer Strafanandrohung betrifft, bleibt der von der Verfassung geforderte Schutz der unter III. dargestellten Rechtsgüter im HWG erheblich hinter dem durch § 219a StGB gewährleisteten Niveau zurück. Werbung i.S.d. § 3 S. 1 HWG ist „irreführend“, wenn sie bei einem durchschnittlichen Adressaten zu von der Wirklichkeit abweichenden Vorstellungen führt (ebenso § 5 Abs. 1 UWG).¹¹⁰ Damit ist § 3 S. 1 HWG zwar *auch* darauf gerichtet, die Entscheidungsfreiheit

schwangerer Frauen zu schützen. Den mittelbaren Lebens- und gesellschaftlichen Klimaschutz hat § 3 S. 1 HWG als Verbraucherschutznorm¹¹¹ jedoch nicht im Blick. Dasselbe gilt für § 11 Abs. 1 Nr. 3 HWG, der bestimmte unsachliche, nicht auf Informationen allein beschränkter Werbeaussagen gegenüber dem Laienpublikum unterbinden soll.¹¹² Nach § 219a StGB ist Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft nicht deshalb pönalisiert, weil die wirtschaftliche Übervorteilung schutzbedürftiger Privater in Rede steht,¹¹³ sondern weil sie im Hinblick auf den hohen Wert des ungeborenen Lebens *an sich* missbilligenswert ist. Die Einbußen an spezifischer Regelungswirkung, die mit dem Entfall des § 219a StGB verbunden wären, werden durch den Verweis auf die Sanktionsnormen der §§ 14, 15 HWG lediglich kaschiert.

Bedenklich ist ferner der Verweis auf Regelungen im ärztlichen Berufsrecht (§ 27 Abs. 3 MBO-Ä).¹¹⁴ Das *BVerfG* hat sehr frühzeitig deutlich gemacht, dass im Rahmen der an sich zulässigen Autonomiegewährung für die (Ärzte-)Kammern der Grundsatz bestehen bleibt, dass dem Verzicht des Gesetzgebers auf die Wahrnehmung seiner Rechtsetzungsbefugnis Grenzen gesetzt sind. Das gilt namentlich, wenn nicht nur das Recht zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung übertragener Aufgaben und der Erlass erforderlicher Organisationsnormen, sondern der Grundrechtsbereich in erheblichem Maße betroffen ist.¹¹⁵ Gerade hier und insbesondere im Hinblick auf die Würde jedes menschlichen Lebens kommt dem *staatlichen* Gesetzgeber eine gesteigerte Schutzverantwortung zu, die sich in spezifischer Gesetzgebung niederschlagen muss und der er sich nicht mit dem Verweis auf allgemeine Strafrechts- oder Wettbewerbsnormen entziehen kann.¹¹⁶ Indem letztere wertungsoffene Rechtsbegriffe (vgl. § 3 Abs. 1 UWG: „unlautere“ Geschäftspraktiken) enthalten, hängt ihre Wirksamkeit entscheidend davon ab, wie das i.w.S. „gesellschaftliche“ Klima in Fragen von Legitimität und Legalität des Schwangerschaftsabbruchs geprägt ist.¹¹⁷

Gerade die vom *BVerfG* angemahnte bewusstseinsstabilisierende Wirkung des § 219a StGB und der Konnex zu den anderen Vorschriften des Schwangerschaftsabbruchsrechts (§ 218 ff. StGB) werden durch den Entwurf vollkommen vernachlässigt.¹¹⁸ Der Entfall von Strafvorschriften erweckt unvermeidlich den Eindruck, ein bestimmtes Verhalten sei, da nicht weiter strafrechtlich sanktioniert,

¹⁰² Vgl. *Fechner*, DRiZ 2022, 114; Bündnis für sexuelle Selbstbestimmung, Stellungnahme S. 1; AWO Bundesverband, Stellungnahme, S. 3 (mühsames Suchen von Informationen „unter der Hand“); Berufsverband der Frauenärzte, Stellungnahme, S. 2; Diakonie Deutschland, Stellungnahme, S. 1.

¹⁰³ Explizit R-Entwurf, S. 8.

¹⁰⁴ So aber wohl AWO Bundesverband, Stellungnahme, S. 3.

¹⁰⁵ Vgl. etwa BVerfGE 98, 265 (322 f.). Dies spiegelt sich auch in den ärztlichen Berufsordnungen wider Vgl. § 1 Abs. 1, 2 BO-Ä NRW.

¹⁰⁶ Vgl. *Winkelmeier-Becker*, DRiZ 2022, 115; *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (499); CDL, Stellungnahme, S. 2. I.d.S. ist auch die Regelung der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche im Gesetz über die Werbung auf dem *Gebiete des Heilwesens* konzeptionell fragwürdig. Ebenso BT-Drs. 1017, S. 5.

¹⁰⁷ Ebenso CDL, Stellungnahme, S. 2; Bundesverband Lebensrecht, Stellungnahme, S. 3; BT-Drs. 20/1017, S. 2.

¹⁰⁸ Vgl. *LG Gießen*, Urt. v. 12.10.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, juris Rn. 22 f.

¹⁰⁹ A.A. *Merkel*, in: NK-StGB, § 219a Rn. 3a.

¹¹⁰ *OLG Oldenburg*, Urt. v. 1.9.2005 – 1 U 51/05, juris Rn. 42.

¹¹¹ Vgl. *BVerfG*, GRUR 2007, 720 (721 f.).

¹¹² *BGH*, Urt. v. 18.11.2021 – I ZR 214/18, juris Rn. 29.

¹¹³ Vgl. *BVerfG*, GRUR 2007, 720 (721 f.).

¹¹⁴ So etwa *Fechner*, DRiZ, 2022, 114.

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 33, 125 (158). In der Stellungnahme der Bundesärztekammer, S. 2 ff., wird deutlich hervorgehoben, dass die gegenwärtigen Regelungen im ärztlichen Berufsrecht für ein *anspruchsvolles* Schutzkonzept (z.B. ein Verbot unsachlicher Werbung) *nicht* ausreichend sind; darauf abzielenden Passagen des Referentenentwurfs seien „missverständlich“, S. 2, 3. Die Passagen im Referentenentwurf zum Regelungspotenzial des ärztlichen Berufsrechts wurden unverändert in den R-Entwurf übernommen. Vgl. zu den Problemen einer „berufsrechtlichen Lösung“ auch BT-Drs. 20/1017, S. 5.

¹¹⁶ Ebenso BT-Drs. 20/1017, S. 5. Zu den allgemeinen Strafrechtsnormen siehe die Ausführungen in Fn. 91.

¹¹⁷ Vgl. *BGH*, WRP 2018, 431 (432).

¹¹⁸ Vgl. *Wörner*, Stellungnahme, S. 2; *Gärditz*, ZfL 1/2018, 218 (21 f.). Krit. insoweit auch BT-Drs. 20/1017, S. 2.

nummehr (moralisch) unbedenklich. In welcher Form die Rechtsordnung den Schwangerschaftsabbruch missbilligt (nicht: „stigmatisiert“¹¹⁹), wenn doch die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche „rechtssicher“ gestaltet ist, ist für den unbefangenen Bürger kaum nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, wenn die Werbung für Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände von Schwangerschaftsabbrüchen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HWG-E) auf eine Stufe mit der „Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden beim Menschen“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b HWG-E, Beispiel: Werbung für Hüftoperationen) und „auf operative plastisch-chirurgische Eingriffe zur Veränderung des menschlichen Körpers ohne medizinische Notwendigkeit“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HWG-E, sog. Schönheitsoperationen) angesiedelt ist.¹²⁰ Nur, wenn das Bewusstsein von dem Recht des Ungeborenen auf Leben aufrechterhalten wird,¹²¹ kann die unter den Bedingungen der Beratungsregelung von der Frau zu tragende Verantwortung an diesem Recht ausgerichtet und prinzipiell geeignet sein, das Leben des ungeborenen Kindes zu schützen.¹²² I.d.S. wirkt die Beratungspflicht auch deshalb, weil sie von § 219a StGB flankiert und gestützt wird. Die Vorschrift ist daher ein wichtiger, integraler Bestandteil des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzkonzepts.¹²³

Abschließend weckt die Stoßrichtung der geplanten Änderungen in HWG Zweifel, ob – wie im Entwurf behauptet¹²⁴ – der strafrechtliche Schutz des ungeborenen Lebens in jetziger Form unverändert fortbestehen soll. Auch an anderen Stellen entsteht der Eindruck, § 219a StGB diene nur als symbolisches Angriffsziel, um in Wahrheit das Gesamtkonzept des §§ 218 ff. StGB in Frage zu stellen.¹²⁵

So taucht der vom Entwurf demonstrativ in Stellung gebrachte Begriff der „Selbstbestimmung“¹²⁶ in der Entscheidung des BVerfG aus 1993 nur fünf Mal, und zwar an entlegener Stelle,¹²⁷ auf. Wie der Selbstbestimmungsbegriff im Entwurf gebraucht wird, ist er deutlich vom Verantwortungskonzept des BVerfG abzugrenzen, das die Frau nicht als ungebundenes Gegenüber des Nasciturus begreift,¹²⁸ sondern die Entscheidung der Schwangeren aus der die Grundrechtssituation prägende „Zweiheit in Einheit“¹²⁹ hervorgehen lässt. Augenfällig ist ferner der Widerspruch zwischen dem Anliegen, Schwangerschaftsabbrüche nicht als „alltägliche Maßnahme“¹³⁰ erscheinen zu lassen und der Verbindung, die zwischen der Streichung des § 219a StGB und dem Konzept der sog. reproduktiven Rechte¹³¹ hergestellt wird:

„Die Änderung dient außerdem der Verwirklichung von Ziel 3 (...), hier insbesondere von Unterziel 3.7 („Bis 2030 den allgemeinen Zugang zu sexual- und reproduktionsmedizinischer Versorgung, einschließlich Familienplanung, Information und Aufklärung, und die Einbeziehung der reproduktiven Gesundheit in nationale Strategien und Programme gewährleisten“).“¹³²

Anders als die §§ 218 ff. StGB ist das Konzept der reproduktiven Rechte auf den Abbau von Hürden zu Schwangerschaftsabbrüchen angelegt.¹³³ Die Rücknahme der Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruch wird als eine Voraussetzung für eine „geschlechtergerechte Gesellschaft“ verstanden.¹³⁴ Wie bereits der Begriff „sexual- und reproduktionsmedizinisch“ suggeriert, wird dazu eine umfassende Gleichsetzung dieser Leistungen mit dem herkömmlichen medizinischen Leistungsspektrums bezweckt, der Schwangerschaftsabbruch selbst soll „durchgängig normalisiert“¹³⁵ werden.

¹¹⁹ So AWO Bundesverband, Stellungnahme, S. 4 f.

¹²⁰ Vgl. auch BT-Drs. 20/1017, S. 4.

¹²¹ Vgl. auch BT-Drs. 20/1017, S. 2, 4. Inkonsequent ist es allerdings, wenn der Entwurf der Unionsfraktion nunmehr Ärzte auch über das Wie von Schwangerschaftsabbrüchen informieren lassen möchte.

¹²² BVerfGE 88, 203 (320).

¹²³ Vgl. Bundesverband Lebensrecht, Stellungnahme, S. 1; donum vitae, Stellungnahme, S. 2 ff.; BT-Drs. 20/1017, S. 4. Anders Bündnis für sexuelle Selbstbestimmung, Stellungnahme, S. 2.

¹²⁴ So dezidiert Fechner, DRiZ 2022, 114.

¹²⁵ Vgl. Gropp/Wörner, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 2.

¹²⁶ Vgl. R-Entwurf, S. 1, 3, 8, 10 f. Die normative Relevanz der Selbstbestimmung und Autonomie der Frau als Argument gegen die Beibehaltung des § 219a StGB ist im R-Entwurf gegenüber dem Referentenentwurf sogar noch aufgewertet worden. So ist etwa die Aussage auf S. 7 des Referentenentwurfs: „Die Strafdrohung in § 219a StGB erscheint auch nicht mehr erforderlich, um die betroffenen Frauen vor einem möglichen Druck zu schützen, die Schwangerschaft abzubrechen“, nach „auch“ um den Einschub: „vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Entwicklung und der mit Hilfs- und Unterstützungsangeboten einhergehenden Stärkung der Autonomie der Frauen“ erweitert worden. I.d.S. siehe auch die weiteren Erweiterungen bzw. Ergänzungen im R-Entwurf gegenüber dem Referentenentwurf auf S. 1 und 11.

¹²⁷ BVerfGE 88, 203 (214, 242 [Stellungnahme der Bay. Staatsregierung], 344 [Abweichende Meinung der Richter Mahrenholz und Sommer], 348 [ebd.], 351 [ebd.]).

¹²⁸ Vgl. Humanistische Union, Stellungnahme, S. 2.

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 88, 203 (252 f., 276).

¹³⁰ R-Entwurf, S. 9.

¹³¹ Vgl. Evangelische Allianz Deutschland, Stellungnahme, S. 2.

¹³² R-Entwurf, S. 12. Vgl. zum Konzept der sog. reproduktiven Rechte insgesamt auf S. 1 ff., 8, 10 ff. des R-Entwurfs.

¹³³ Vgl. Bündnis für sexuelle Selbstbestimmung, Stellungnahme, S. 3; Bundesverband Frauenberatungsstellen, Stellungnahme, S. 3 f.; Für Doctors for Choice Germany, Stellungnahme, S. 1, stellen die §§ 218 ff. StGB „eine Verletzung der Menschenrechte und eine Form geschlechtsspezifischer Gewalt“ dar.

¹³⁴ AWO Bundesverband, Stellungnahme, S. 6.

¹³⁵ Humanistische Union, Stellungnahme, S. 3. I.S.e. nachholenden Normalisierung lässt sich auch die – im Referentenentwurf noch nicht enthaltene – geplante Generalkassation der Strafurteile zu § 219a StGB verstehen (vgl. R-Entwurf, S. 10). Während im R-Entwurf davon gesprochen wird, der rückwirkende Eingriff in Gerichtsentscheidungen bedürfe einer „besonderen Rechtfertigung“ (vgl. BVerfG, BeckRS 2006, 22732) beschränkt sich die Begründung hierzu auf eine halbe (!) Seite. Unerwähnt bleibt ferner, dass sämtliche Verurteilungen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ergangen sind. Ausführungen, worin materiell-rechtlich die Unerträglichkeit von Urteilen liegen soll, die auf Grundlage einer grundgesetzkonformen, insbesondere normenklaren Strafvorschrift ergangen sind, erfolgen nicht. Stattdessen wird lediglich auf einen besonders „belastenden Strafmakel“ bei Personen verwiesen, die betroffenen Frauen „bestmögliche Hilfsstellung geben wollten“. Sehr krit. daher zu Recht auch BT-Drs. 20/1017, S. 5: „Unser Rechtsstaat nimmt irreparablen Schaden, wenn auf diese Weise per Gesetzesbeschluss rechtskräftige Urteile aufgehoben werden.“ Zur Grundrechtskonformität des § 219a StGB siehe ferner *LG Bayreuth*, Urt. v. 11.1.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04, juris Rn. 14; *OLG Hamm*, Beschl. v. 21.10.2021 – III-4 RVs 102/21, juris Rn. 5 ff.; *KG Berlin*, Beschl. v. 19.11.2019 – (3) 121 Ss 143/19 (80 und 81/19), juris Rn. 32 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, 52. Ed. (1.2.2022), § 219a Rn. 4 f.; *Satzger*, ZfL 1/2018, 22 (23 f.: „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und strafrechtsdogmatisch jedenfalls nicht inkonsequent“).

Wie dieser Ansatz mit dem verfassungsrechtlich gebotenen, im Entwurf regelmäßig zitierten Schutzkonzept in Einklang zu bringen ist, wäre seitens der Entwurfsverfasser darzulegen gewesen: Wird nicht dort, wo der Schwangerschaftsabbruch als Voraussetzung eines „gesunden“, „selbstbestimmten“ Lebens erklärt wird, der Nasciturus weniger als Mensch denn als *Hindernis* begriffen? Wie ist das mit der grundlegenden Einsicht zu vereinbaren, jeden Mensch niemals bloß als Mittel zum Zweck zu gebrauchen?¹³⁶ Wo und in welcher Form wird die Achtung der Würde des ungeborenen Kindes (Art. 1 Abs. 1 GG) und sein Recht auf Leben – beides „Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“¹³⁷ – konzeptionell verortet?¹³⁸

Ausweislich der Entwurfsbegründung soll die Aufhebung des § 219a StGB die Rechtslage vereinfachen.¹³⁹ Indes droht der Regierungsentwurf in dem Maße, in dem er das Spannungsverhältnis zwischen den Überlegungen zur reproduktiven Gesundheit und dem klassischen Schutzkonzept nur aufwirft, aber nicht auflöst, *selbst* diejenigen Eigenschaften eines Formelkompromisses anzunehmen,¹⁴⁰ für die § 219a StGB stets vehement kritisiert worden ist.

V. Fazit

Der vorliegende Beitrag zielte darauf, Funktion und Relevanz des § 219a StGB zu verdeutlichen.

Den Ausgangspunkt bildeten die Aussagen des *BVerfG* zum Stellenwert des ungeborenen Lebens. Grundrechtstheoretisch an Würde und Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) teilhaftig, muss der Staat weitreichende Anstrengungen zum Schutz des Nasciturus unternehmen. Er hat umfangreiche Verhaltensanforderungen zu formulieren und darf diese, soweit erforderlich, strafrechtlich flankieren.

§ 219a StGB setzt die verfassungsrechtlichen Anforderungen in spezifischer Weise um. Indem er das Werben für Schwangerschaftsabbrüche untersagt, trägt er zur Stabilisierung und Förderung des Stellenwerts vorgeburtlichen Lebens bei. Er stellt das Beratungsgespräch als vorgesehenen Ort umfassender Aufklärung heraus. Die Beratung ist der Ort, an dem sich die Schwangere nicht nur über die Möglichkeiten einer Abtreibung, sondern *zuvörderst* über Perspektiven für ein Leben mit dem Kind oder

eine Freigabe zur Adoption informieren soll.¹⁴¹ § 219a StGB dient damit mittelbar dem Schutz des Nasciturus.

Die Schutzwirkung anderer rechtliche Regelungen bleibt deutlich hinter derjenigen des § 219a StGB zurück. Diese hängen entweder vor der generalpräventiven Wirkung des § 219a StGB ab oder setzen, wie die im Regierungsentwurf geplanten Änderungen im HWG, bereits voraus, dass es sich bei der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche um einen jedenfalls grundsätzlich unproblematischen Vorgang handelt. Auch deshalb, weil sie dies zu unterbinden sucht, fungiert die Vorschrift des § 219a StGB als ein essentieller Bestandteil des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzkonzepts.

Werden vom Regierungsentwurf insbesondere die Rechtsunsicherheit und das Informationsdefizit betroffener Frauen als Argumente zur Streichung des § 219a StGB angeführt, so greifen diese nicht durch. Der Tatbestand des § 219a StGB erlaubt in verständlicher Weise Rückschlüsse über Normgehalt und Rechtsfolge; sämtliche erforderliche Informationen stehen den Betroffenen ohne Weiteres zur Verfügung.

Ob überdies die von dem Entwurf aufgebrachten Vorstellungen reproduktiver Rechte mit dem bisherigen Schutzkonzept kompatibel sind, ist eine offene Frage. Nicht deutlich wird insbesondere die konzeptionelle Verankerung der Würde und des Lebensrechts des Nasciturus.

Dem Gesetzgeber ist daher insgesamt zu empfehlen, die Aufhebung des § 219a StGB nochmals zu überdenken. In seiner bisherigen Form würde der Regierungsentwurf weder dem Schutzauftrag des Staates für das ungeborene Leben gerecht, noch trüge er zu einer Befriedigung gesellschaftlicher Fundamentalkonflikte bei, für die § 219a StGB symbolhaft steht.

Auch angesichts des vielfach zu konstatierenden gesellschaftlichen Wandels¹⁴² hat der Gesetzgeber darauf hinzuwirken, dass wirksamer Lebensschutz vom allgemeinen Rechtsbewußtsein getragen wird. Hierzu scheint § 219a StGB ebenso erforderlich wie eine in politischer Ernsthaftigkeit geführte Debatte,¹⁴³ die eine erneute Verständigung über den Sinn der bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in den Fokus rückt.

¹³⁶ Vgl. *Kant*, in: *ders.*, *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 8. Aufl. (2014), S. 61.

¹³⁷ *BVerfGE* 88, 203 (257). Es handelt sich bei § 219a StGB mithin nicht um „moralisierendes Strafrecht“ (vgl. zum Begriff *Schiemann*, *ZRP* 2022, 61 [62]).

¹³⁸ Sehr krit. daher *BT-Drs.* 20/1017, S. 1, wo davon gesprochen wird, dass das ungeborene Kind in der Debatte „ausgeblendet“ werde.

¹³⁹ Vgl. *R-Entwurf*, S. 11. *Krit. etwa BT-Drs.* 20/1017, S. 6.

¹⁴⁰ Siehe z.B. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 32: Ein solcher Kompromiss „enthält nur ein äußerliches, sprachliches Nebeneinander sachlich unvereinbarer Inhalte.“

¹⁴¹ Vgl. *BT-Drs.* 20/1017, S. 4.

¹⁴² Vgl. etwa *R-Entwurf*, S. 9.

¹⁴³ Vgl. *BT-Drs.* 20/1017, S. 1.

Catcalling – Umfrage zur Strafwürdigkeit von verbaler sexueller Belästigung

von *Miriam Gemmel*
und *Johanna Immig**

Abstract

Im Mittelpunkt des folgenden Beitrags steht die Analyse und Erörterung der von den Verfasserinnen durchgeführten Umfrage zur Strafwürdigkeit von verbaler sexueller Belästigung. Explizit wurde die öffentliche Wahrnehmung sowie Ansichten bezüglich der rechtlichen Ahndung von sog. Catcalling erfragt. Den Ergebnissen zufolge kann es sich hierbei um strafwürdiges Unrecht handeln. Da dieses nach jetziger Rechtslage nicht vollumfänglich erfasst wird, werden schließlich mögliche Wege der Ahndung vorgestellt und bewertet.

The following article focuses on the analysis and discussion of a survey conducted by the authors on the punishability of verbal sexual harassment. Explicitly, the public perception as well as views regarding the legal punishment of so-called catcalling were surveyed. According to the results, this may be an injustice worthy of punishment. Since this is not fully covered by the current legal framework, possible avenues of punishment are presented and evaluated.

I. Einführung

„Geile Titten!“ - Darf man das sagen? Wie sind Ausrufe wie „Bock zu vögeln“, „Schöne Beine“ oder das bloße Hinterherpfeifen sowohl gesellschaftlich als auch rechtlich einzuordnen? „Nicht jeder Mann macht es, aber jede Frau kennt es.“ – Das meint *Antonia Quell*, die Initiatorin der Petition „Es ist 2020, Catcalling sollte strafbar sein“.¹ Ihre Initiative verzeichnet 69.444 Unterstützende und hat hierzulande den Diskurs zur möglichen Bestrafung von verbaler sexueller Belästigung angeregt. Nach jetziger Rechtslage hat diese meist keine Konsequenzen. Vor diesem Hintergrund war Ziel der Umfrage, Daten zu gewinnen, die Aufschluss über die Strafwürdigkeit von verbaler sexueller Belästigung in der Öffentlichkeit geben. Eine

hohe Repräsentativität ist Voraussetzung dafür, dass von einer Stichprobe auf die Gesamtheit geschlossen werden kann. Durch die Adressierung sämtlicher Altersgruppen und den Aufruf zur Teilnahme unabhängig von eigenen Erfahrungen mit Catcalling wurde versucht, eine möglichst heterogene Teilnehmergruppe zu erreichen. Die Umfrage wurde nach der Veröffentlichung durch die Pressestelle der Universität Trier von den Radiosendern DasDing und City Radio Trier sowie von diversen (Online-) Magazinen beworben.² Trotzdem ist nicht von einer vollständig repräsentativen Studie auszugehen.³

Im Zeitraum zwischen April und Juni 2021 nahmen 2868 Personen an der Online-Umfrage teil. Hiervon identifizierten sich 72 % als weiblich, 27 % als männlich und 1 % als divers. Das Alter der Teilnehmenden lag im Durchschnitt bei 29 Jahren. Die Umfrage wurde mit Hilfe der Plattform EFS Survey entwickelt und mit IBM SPSS Statistics ausgewertet.⁴

II. Der Begriff des Catcallings

Der Begriff „Catcalling“ war 84,4 % der Teilnehmenden bekannt. Catcalling stammt aus dem englischsprachigen Raum und beschreibt hinterherrufen, -pfeifen, -hupen oder gestikulieren durch Fremde im öffentlichen Raum. Hierbei handelt es sich zumeist um Äußerungen, die sich auf das Aussehen, insbesondere den Körper des Gegenübers, beziehen oder auf den Vollzug sexueller Handlungen gerichtet sind.⁵

Die Bezeichnung „Catcalling“ ist streitig. So wird kritisiert, dass es sich hierbei um einen Euphemismus handle, welcher zur Bagatellisierung des Verhaltens führe und den Diskurs behindere.⁶ Wörtlich übersetzt bedeutet Catcalling „Katzenruf“, womit das Verhalten verharmlost

* *Miriam Gemmel* ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht bei *Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi* sowie am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht bei *Prof. Dr. Scarlett Jansen* an der Universität Trier; *Johanna Immig* ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht einschl. europäischer und internationaler Bezüge bei *Prof. Dr. Till Zimmermann* an der Universität Trier.

¹ *Quell*, Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein., online abrufbar unter: <https://www.openpetition.de/petition/online/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

² Weiterhin konnten Teilnehmende am Ende der Bearbeitung eine von fünf gemeinnützigen Organisationen auswählen, an die pro Stimme 50 Cent gespendet werden.

³ Vgl. Bildungsabschlüsse: Kein Abschluss 0,5 %, Hauptschulabschluss 0,7 %, Mittlere Reife 4,0 %, Fachgebundene Hochschulreife 3,7 %, Lehre 7,0 %, Fachhochschulabschluss (Bachelor, Master, Diplom etc.) 39,7 %, Allgemeine Hochschulreife 44,4 %.

⁴ Zur grafischen Aufbereitung der Studienergebnisse: <https://catcalling.com/> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁵ Vgl. Deutscher Juristinnenbund e.V., Policy Paper: „Catcalling“ – Rechtliche Regulierung verbaler sexueller Belästigung und anderer nicht körperlicher Formen von aufgedrängter Sexualität, 14.4.2021, online abrufbar unter: https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st21-09_policy_paper_catcalling.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2022); *Werner*, in: *Weber*, Rechtswörterbuch, Catcalling, 27. Edition (2021).

⁶ *Quell/Dietrich*, Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein. Verbale sexuelle Belästigung: Problematik, Einordnung und Lösungsansatz, S. 3, https://www.openpetition.de/pdf/blog/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein_positionspapier-zum-thema-catcalling_1606501477.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2022); *Gräber/Horten*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, 2021, S. 205.

als ein „zu sich Rufen“ dargestellt werde und Adressat*innen verniedlicht würden.⁷ Einen alternativen, interessen-gerechten Begriff zu finden, gestaltet sich dennoch als Herausforderung.⁸ Die Umschreibung „verbale sexuelle Belästigung“ impliziert, dass es sich um ein strafwürdiges Verhalten handelt, da die sexuelle Belästigung begrifflich bereits als Straftatbestand normiert ist.⁹ Um die rechtliche Einordnung nicht vorwegzunehmen, erschien es im Rahmen der Umfrage sinnvoll, mit „Catcalling“ einen Begriff zu verwenden, der geläufig¹⁰ und prägnant ist. Unter Berücksichtigung der Studienergebnisse wird, außerhalb deren Auswertung, im Folgenden auf den Begriff der „verbalen sexuellen Belästigung“¹¹ abgestellt.

III. Auswertung der Umfrage

1. Wer ist inwiefern von VSB betroffen?

Um herauszufinden, wer inwiefern von VSB betroffen ist, erfolgte zunächst eine Differenzierung innerhalb der Teilnehmenden nach ihren Erfahrungen. Je nachdem, ob sie angaben, von Catcalling betroffen zu sein,¹² bereits jemanden gecatcalled zu haben,¹³ oder noch keine entsprechenden Erfahrungen gemacht zu haben, wurden sie zu spezifischen Fragen geführt.¹⁴ Im Durchschnitt waren die 2204 Betroffenen (76,8 %) 15,47 Jahre alt, als sie das erste Mal gecatcalled wurden. Die Auswertung der Studie bestätigt die Annahme, dass überwiegend Frauen Adressatinnen sind.¹⁵ 95 % der Teilnehmerinnen gaben an, bereits einschlägige Erfahrungen gemacht zu haben. Anders als die mediale Debatte vermuten lässt, sind Männer ebenfalls mit 28,9 % betroffen.¹⁶ Insgesamt gaben lediglich 201 Personen an, schon mal jemanden gecatcalled zu haben.¹⁷

2. Ausgelöste Emotionen

Adressat*innen sollten weiterhin angeben, welche Gefühle sie nach einem Catcall erlebt haben. Teilnehmende ohne entsprechende Erfahrungen sollten einschätzen, wie sich Adressat*innen nach einem Catcall fühlen. Personen, die angaben, selbst schon gecatcalled zu haben, sollten ankreuzen, welche Gefühle sie glauben bei ihrem Gegenüber ausgelöst zu haben.¹⁸ Betroffene waren von diesem Verhalten vor allem genervt, angewidert, wütend und fühlten sich beschämt. Darüber hinaus decken sich die Antworten

derer, die noch nie gecatcalled wurden, weitestgehend mit den tatsächlich erlebten Gefühlen der Betroffenen. Ein Bewusstsein für die negativen Auswirkungen von VSB besteht somit nicht nur bei den Adressat*innen.

Abweichungen in der Einschätzung zeigen sich lediglich bei den 201 Personen, die angaben, bereits gecatcalled zu haben. Diese gingen davon aus, dass sich ihr Gegenüber am ehesten belustigt, attraktiv oder geschmeichelt fühlte. Davon, dass sich die gecatcallte Person bedroht gefühlt haben könnte, gingen insgesamt knapp 20 % (trifft eher zu: 12,9 %; trifft zu: 7 %) aus.

3. Reaktionen der Betroffenen

Ein Indiz dafür, dass VSB die Betroffenen beschäftigt, gar psychisch belastet, sind die aktiven Bewältigungsstrategien (=„active coping strategies“¹⁹). So gaben rund 48 % an, dass sie mit Freunden oder Familienmitgliedern darüber sprachen. Knapp 30 % haben verbal auf den Catcall reagiert. Gleichzeitig gaben 87 % der Betroffenen an, dass sie das Verhalten meist ignorierten. Die Studie des Bundesfamilienministeriums zu Sexismus im Alltag weist darauf hin, dass das Ignorieren beziehungsweise Verharmlosen von Übergriffen Schutzmechanismen sein können.²⁰ In Interviews meinten Frauen, dass sie regelmäßig darauf verzichteten, aktiv auf Kommentare zu reagieren, da sie von den Übergriffen überrascht seien, sich körperlich unterlegen oder ohnmächtig fühlten und sie sich bei aktiver Reaktion einer Intensivierung der Situation ausgesetzt sähen.²¹ Die Studie zu Catcalling zeigt, dass VSB Langzeitfolgen haben kann. Von den Betroffenen gaben 42 % an, dass sie wegen Catcalling Angst vor (sexuellen) Übergriffen haben, 45 % „bewaffnen“ sich zum Schutz, wenn sie alleine unterwegs sind, beispielsweise mit Pfefferspray oder Schlüsseln zwischen den Fingern eingeklemmt, 48 % telefonieren auf dem Heimweg und 46 % fühlen sich in ihrer Freiheit eingeschränkt. Lediglich 20 % gaben an, dass Catcalling keine Auswirkungen auf sie und ihr Leben hat.

4. Wunsch nach Maßnahmen

Am Ende der Studie stand ein allgemeiner Teil, in dem alle Teilnehmenden zur gesellschaftlichen Relevanz und

⁷ Berghöfer, „Catcalling“ ist kein Kompliment, nd Journalismus von links, online abrufbar unter: <https://www.nd-aktuell.de/artikel/1142781.catcalling-catcalling-ist-kein-kompliment.html> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁸ Bspw. erfasst die im englischsprachigen Raum geläufige Bezeichnung „Street Harassment“ (dt. Straßenbelästigung) eine Vielzahl von belästigenden Verhaltensweisen im öffentlichen Raum, zu denen unter anderem auch das Catcalling zählt (ebenso bspw.: exhibitionistische Handlungen).

⁹ § 184i StGB.

¹⁰ U.a. Sachstand / Dt. Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7 - 3000 - 115/20, 2.11.2020.

¹¹ Im Folgenden: Verbale sexuelle Belästigung (VSB).

¹² 76,8 % = 2204 von 2868 Personen (1958 weibliche, 227 männliche, 19 diverse); Durchschnittsalter: 29 Jahre.

¹³ 7 % = 201 von 2868 Personen (65 weibliche, 132 männliche, 4 diverse); Durchschnittsalter: 33 Jahre.

¹⁴ Fragen an Adressat*innen: Alter beim ersten Catcall; ausgelöste Gefühle; Reaktionen; Langzeitfolgen; Fragen an Akteur*innen und nicht Betroffene: Einschätzung der durch Catcalling vermutlich ausgelösten Gefühle.

¹⁵ Lehmann/Goede, Catcalling – Ausmaß und Folgen der verbalen sexuellen Belästigung, online abrufbar unter: <https://kfn.de/wp-content/uploads/2021/11/Vortrag%20Catcalling.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

¹⁶ Die Studie des Bundesfamilienministeriums ergab ebenfalls eine Betroffenheit von ca. 30% der männlichen Teilnehmer: Wippermann, Sexismus im Alltag. Wahrnehmungen und Haltungen der deutschen Bevölkerung. Sozialwissenschaftliche bevölkerungsrepräsentative Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2019, S. 37, online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/f8b55ee9dae35a2e638acb530f89dfe0/sexismus-im-alltag-pilotstudie-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

¹⁷ Vgl. Fn. 12.

¹⁸ Zur Auswahl standen: geschmeichelt, erregt, bedroht, genervt, angewidert, bekräftigt, neutral, belustigt, attraktiv, beschämt, wütend.

¹⁹ Saunders/Scaturro/Guarino/Kelly, Current Psychology 2017, 324 (329).

²⁰ Vgl. Wippermann (Fn. 16), S. 23.

²¹ A.a.O.

Strafwürdigkeit von Catcalling befragt wurden. Hier waren 78,1 % der Meinung, dass Catcalling ein gesellschaftliches Problem darstellt, das laut 90 % einer Regulierung durch den Staat bedarf. Wie diese aussehen soll, wird unterschiedlich bewertet. Für eine Normierung als Ordnungswidrigkeit waren knapp 60 % aller Befragten.²² Für eine strafrechtliche Ahndung sprachen sich 42 % aus, während eine Mehrheit von 80 % Catcalling zumindest gegenüber Minderjährigen für strafwürdig erachtet.

5. Strafwürdigkeit konkreter Catcalls

Kritiker*innen der Petition von *Quell* wenden ein, es handele sich bei Catcalling um (nett gemeinte, wenn auch ungeschickte) Annäherungsversuche.²³ Die Bestrafung schränke das Flirten und damit die Meinungsfreiheit ein.²⁴ Nach der Studie des Familienministeriums finden 73 % der Bevölkerung, dass Sexismus gerade keine Art von Flirten ist.²⁵ Durch eine solche Annahme werde ein enormer Übergangsbereich geschaffen, in dem sexistische Übergriffe im Rahmen des Flirtens sogar als notwendig erachtet werden müssten.²⁶ Die damit verbundene Unterstellung, Betroffene würden reine Respekt- und Distanzlosigkeiten in diesem Übergangsbereich nicht als solche erkennen, spricht den Opfern verbaler sexueller Übergriffe nicht nur die Fähigkeit ab, das, was ihnen widerfahren ist, richtig einzuschätzen.²⁷ Im selben Atemzug wird der Anspruch erhoben, selbst eine Abgrenzung zu strafwürdigem Verhalten vornehmen zu können.

a) Belästigender Charakter

Um die Grenze zu sozialadäquatem Verhalten faktenbasiert zu ziehen, sollten die Befragten verschiedene Aussagen und Verhaltensweisen als belästigend bzw. nicht belästigend einstufen. Unter den Aussagen waren körper- und kleidungsbezogene Kommentare, sexuelle Angebote (gegen Zahlung), anzügliche Komplimente und Beleidigungen ohne sexuellen Bezug. Die zu beurteilenden Verhaltensweisen waren Hinterherhupen und -pfeifen. Klare Mehrheiten bildeten sich bei Aussagen mit eindeutigem Sexualbezug. „Bock zu vögeln“ empfanden 97,7 %, „Na willst du dir etwas dazu verdienen?“ 97,2 %, „Geile Titten“ 96,9 %, „Na, du geile Maus?“ 96,5 % und „Geile Sau“ 93,6 % als belästigend. Dahinter bleibt die Anzahl derer, die Aussagen ohne Sexualbezug (wie „Arschloch“ mit 75,7 %) belästigend finden, zurück. Auch die nonverbalen Verhaltensweisen wurden mehrheitlich als belästigend eingestuft (Hinterherpfeifen: 76,4 %, -hupen: 81,2 %). Bemerkenswert ist, dass mehr Personen die nicht eindeutig sexualbezogene Aussage „Schöne Beine“ (69,2 %) belästigend finden, als die Beleidigung „Idiot“

(67,9 %). Keine Mehrheiten erhielten die Aussagen „Kann ich deine Nummer haben?“ mit 47,8 %, „Wie heißt du?“ mit 35 % und „Schönes Kleid“ mit 24,6 %. Aus der Tatsache, dass Frauen „Wie heißt du?“ und „Kann ich deine Nummer haben?“ im Vergleich zu Männern öfter belästigend finden, ließe sich schließen, dass bei ihnen die mitschwingende Erwartungshaltung einer Antwort Unbehagen auslöst. Neben der Überforderung damit adäquat zu antworten, könnte hierdurch die Furcht vor einer länger anhaltenden Situation ausgelöst werden.²⁸

b) Anzeigewürdigkeit

Im nächsten Schritt sollten Teilnehmende angeben, welche dieser Szenarien sie anzeigen würden, angenommen die Polizei würde eine strafrechtliche Verfolgung einleiten. Die Anzahl derjenigen, welche die Aussage zur Anzeige bringen würden, verhält sich proportional zur Einschätzung über deren belästigenden Charakter, ist jedoch in allen Fällen deutlich geringer. Beispielhaft würde die von 35 % als belästigend empfundene Frage „Wie heißt du?“ nur von 1,6 % angezeigt werden.

Gleichzeitig zeigt sich, dass belästigend nicht zwangsläufig strafwürdig ist. Besonders auffällig ist, dass als belästigend wahrgenommene Aussagen ohne Sexualbezug wie „Arschloch“ (mit 29,8 %) oder „Idiot“ (mit 16 %) von weniger als einem Drittel angezeigt werden würden. Hingegen würden Aussagen mit Sexualbezug wie „Na willst du dir etwas dazu verdienen?“ von 64,9 %, „Bock zu vögeln“ von 61,1 %, „Geile Titten“ von 58,3 % und „Na, du geile Maus?“ von 49,9 % angezeigt werden. Insbesondere weibliche Teilnehmerinnen würden Aussagen mit Sexualbezug öfter anzeigen, als solche ohne. Ein möglicher Grund hierfür könnte neben der individuellen Betroffenheit der Opfer, die ebenso zu Tage tretende diskriminierende und sexistische Haltung der Täter*innen sein. Zudem könnte die Häufigkeit von VSB gegenüber Frauen bei ihnen ein erhöhtes Handlungsbedürfnis auslösen.

c) Strafwürdigkeit

Es wäre sicherlich unvermeidbar, dass es zu Grenzfällen kommt, deren Strafwürdigkeit nicht eindeutig vorliegt. Ein solcher Grenzfall bildet „Schöne Beine“. Anhand der Diskrepanz zwischen der Bewertung von „Schöne Beine“ (69,2 %) und „Schönes Kleid“ (24,6 %) zeigt sich, dass für die Einstufung als belästigend nicht erforderlich ist, dass die Aussage explizit auf sexuelle Handlungen gerichtet ist oder sich einer derben Ausdrucksweise bedient wird. Es genügt, dass die Körper der Adressat*innen kommentiert und sie somit objektiviert werden. Obwohl

²² Dieser Beitrag befasst sich lediglich mit einer potentiellen strafrechtlichen Ahndung, zur Ahndung als Ordnungswidrigkeit vgl. *Pörner*, NStZ 2021, 336 (339).

²³ Vgl. Debatte zu Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein., online abrufbar unter: <https://www.openpetition.de/petition/argumente/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein/304574> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

²⁴ Vgl. *Jasiurova*, Catcalling – (k)eine romantische Ehrverletzung?, online abrufbar unter: <https://derjurist-derblog.de/2021/02/14/catcalling-keine-romantische-ehrerletzung/> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

²⁵ Vgl. *Wippermann*, (Fn. 16), S. 28.

²⁶ A.a.O.

²⁷ Vgl. Debatte zu es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein., online abrufbar unter: <https://www.openpetition.de/petition/argumente/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein/304577> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022); <https://www.openpetition.de/petition/argumente/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein/305775> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

²⁸ So gaben 48 Personen innerhalb der freien Angaben an, dass sie der Situation (26 durch Rennen) schnellstmöglich entflohen, 38 Personen zeigten als Reaktion den Mittelfinger und 20 Personen reagierten durch Lachen.

„Schöne Beine“ mehrheitlich als belästigend eingestuft wurde, würden nur 8,8 % diese Aussage zur Anzeige bringen, was insgesamt gegen die Einstufung als strafwürdig spricht.

Aus dem Vergleich mit der Aussage „Geile Titten“ (belästigend: 96,9 %; anzeigen: 58,3 %) ließe sich darauf schließen, dass neben der reinen Objektifizierung eine zusätzliche Sexualisierung erforderlich ist, um die Grenze zur Strafwürdigkeit zu überschreiten. Um diese These weiter zu beleuchten wäre die Einschätzung der Teilnehmenden beispielsweise bezüglich der Aussage „Schöne Brüste“ interessant. Fernab eventueller Grenzfälle zeigt die Auswertung der Umfrage, dass derbere Catcalls mit eindeutigem Sexualbezug nicht nur mehrheitlich als belästigend empfunden, sondern auch angezeigt werden würden. Mithin ist bei Aussagen, die das Opfer eindeutig auf sexuelle Art objektifizieren, die Grenze zur Strafwürdigkeit überschritten.

IV. Blick ins Ausland

In Portugal,²⁹ Belgien³⁰ und Frankreich³¹ wird VSB bereits geahndet. Portugal war das erste Land in der Europäischen Union, das die Istanbul-Konvention³² von 2014 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt ratifizierte.³³ Im Zuge dessen wurde VSB 2015 gesetzlich unter Strafe gestellt und kann mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden.³⁴

Entscheidender Impuls für das gesetzgeberische Tätigwerden in Frankreich wurde im Juni 2018 die Aufnahme einer Überwachungskamera eines Cafés. Diese zeigt, wie ein Mann an der 22-jährigen *Marie Laguerre* zunächst vorbeiging, wobei er, laut *Laguerre*, anzügliche Geräusche machte. Als sie sich mit den Worten „Ta gueule!“³⁵ wehrte, warf der Mann einen Aschenbecher nach ihr und schlug ihr ins Gesicht.³⁶ Bereits im Mai 2018 wurde von *Marlène Schiappa*, der damaligen Staatssekretärin für die Gleichstellung der Geschlechter,³⁷ eine Gesetzesreform zur Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Unterdrückung und sexueller Gewalt auf den Weg gebracht. Im Zuge dessen wurde kurz nach dem Fall *Laguerre* der Tatbestand des „outrage sexiste“ eingeführt.³⁸ Dieser stellt eine Ordnungswidrigkeit nach französischem Recht dar.

Voraussetzung ist, dass Handelnde durch sexuelle oder sexistische Äußerungen oder Verhaltensweisen mit erniedrigendem bzw. demütigendem Charakter betroffene Personen in ihrer Würde verletzen, oder dadurch eine für die betroffenen Personen einschüchternde, feindselige oder beleidigende Situation schaffen. Wird der Grundtatbestand erfüllt, so kann eine Geldstrafe von bis zu 750 € verhängt werden. Zusätzlich enthält die Norm einen Katalog qualifizierter Handlungen, die zu der Verhängung eines Bußgeldes von bis zu 1.500 € führen können, deren Höchstmaß auf 3.000 € angehoben werden kann, wenn innerhalb eines Jahres ein weiterer Verstoß gegen die Vorschrift erfolgt. Schließlich besteht die Möglichkeit, Handelnde etwa zu gemeinnütziger Arbeit oder einer Teilnahme an einem Kurs zur Sensibilisierung für Sexismus oder geschlechtsspezifische Gewalt zu verpflichten. Rechtsfolgenverschärfende Umstände beziehen sich entweder auf Handelnde (Ausnutzen einer durch ihre Aufgaben übertragenen Autorität oder Handeln mehrerer), Betroffene (Minderjährigkeit, Schutzbedürftigkeit, Abhängigkeit oder sexuelle Orientierung), oder den Ort des Geschehens (öffentliche Verkehrsmittel oder Orte, die Zugang zu diesen gewähren).

Währenddessen fanden in den Niederlanden hauptsächlich lokale Bestrebungen statt. Sowohl in Amsterdam als auch Rotterdam wurde VSB in deren Gemeindeordnung untersagt.³⁹ So ist es nach Artikel 2:1a der Allgemeinen Gemeindeordnung von Rotterdam verboten, in der Öffentlichkeit andere Personen durch beleidigende Sprache, Gesten, Geräusche oder andere Verhaltensweisen zu belästigen. 2018 wurde in Rotterdam erstmals ein Niederländer auf dieser Grundlage zu einer Geldstrafe von 200 € verurteilt.⁴⁰ Ihm wurde vorgeworfen, Frauen auf der Straße durch anzügliche Kommentare und Gesten belästigt zu haben. Allerdings wurde dieses Urteil aufgehoben und Artikel 2:1a der Allgemeinen Gemeindeordnung von Rotterdam wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs und Art. 10 Abs. 2 EMRK für unverbindlich erklärt. Die Befugnisse des kommunalen Gesetzgebers seien auf Maßnahmen beschränkt, die die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung sichern, sodass der Stadt für die Einführung einer Norm, die vordergründig dem Individualrechtsschutz

²⁹ Artigo 170.º Código Penal Português.

³⁰ Loi tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination., Belgian Official Journal, 22.5.2014.

³¹ Article 621-1 – Code pénal, Création LOI n°2018-703 du 3 août 2018 – art. 15.

³² Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, online abrufbar unter: https://www.unwomen.de/fileadmin/user_upload/schwerpunkthemen/internationale_konventionen/pdf/Europaratskonvention%20zur%20Beseitigung%20von%20Gewalt%20gegen%20Frauen%20und%20h%20E4uslic....pdf (zuletzt abgerufen am 22.12.2021).

³³ *Watson Peláez*, Portugal bans the verbal harassment of women, online abrufbar unter: <https://www.equaltimes.org/portugal-bans-the-verbal> (zuletzt abgerufen am 22.12.2021); Deutschland ratifizierte die Istanbul-Konvention am 12.10.2017, online abrufbar unter: <https://www.coe.int/de/web/impact-convention-human-rights/council-of-europe-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence/#/Germany> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

³⁴ *Watson Peláez*, a.a.O.

³⁵ Dt. „Halt die Klappe!“.

³⁶ Online abrufbar unter: <https://www.arte.tv/de/videos/087579-002-A/domino-effekt-vom-post-zur-story/> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

³⁷ Online abrufbar unter: <https://www.gouvernement.fr/ministre/marlene-schiappa> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

³⁸ Online abrufbar unter: <https://www.gouvernement.fr/action/loi-renfort-l-action-contre-les-violences-sexuelles-et-sexistes> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

³⁹ Article 2.2a Verordening van de gemeenteraad van de gemeente Amsterdam houdende regels omtrent gemeentelijke regelgeving op het gebied van openbare orde en veiligheid (Algemene Plaatselijke Verordening 2008); Artikel 2:1a Algemene plaatselijke verordening Rotterdam 2012.

⁴⁰ Online abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien-document?id=ECLI:NL:GHDHA:2019:3293&showbutton=true&keyword=verbale+seksuele+intimidatie+> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

dient, die Zuständigkeit fehle. Die Allgemeine Gemeindeordnung dürfe diese Form der Belästigung wegen des damit einhergehenden Eingriffs in die Meinungsfreiheit nicht unter Strafe stellen. Weiterhin müssten die Tatbestandsvoraussetzung der Belästigung konkretisiert werden, um diesen Eingriff zu rechtfertigen. Derzeit wird ein entsprechender Gesetzesentwurf zur Änderung des Strafbuchbuches vom Repräsentantenhaus geprüft.⁴¹

V. Rechtspolitische Einordnung

Für eine potenzielle Ahndung genügt eine weitreichende Betroffenheit der Bevölkerung zweifelsohne nicht. Vielmehr muss die konkrete Rechtsgutverletzung so schwer wiegen, dass es strafrechtlicher Sanktionen bedarf. Im Folgenden soll der derzeitige strafrechtliche Schutz von möglicherweise betroffenen Rechtsgütern erörtert werden. Im Anschluss werden Ansätze zur Sanktionierung von VSB diskutiert.

1. Strafbarkeit als Sexualdelikt

a) Aktuelle Rechtslage

Mit den im Sexualstrafrecht geringsten Anforderungen könnte der § 184i Abs. 1 StGB einschlägig sein. Dieser soll insbesondere belästigende Verhaltensweisen im öffentlichen Raum, wie sexuell motivierte Berührungen durch Fremde, erfassen.⁴² Für eine solche sexuelle Belästigung ist allerdings immer eine körperliche Berührung des Opfers erforderlich.⁴³ Aus der bisherigen Rechtsprechung ergibt sich zudem, dass eine Strafbarkeit nach § 176a Abs. 1 Nr. 3 StGB gegenüber Minderjährigen durch Einwirken mittels pornographischer Reden mangels „psychische[r] Einflussnahme tiefergehender Art“ regelmäßig nicht gegeben ist.⁴⁴

b) Lösungsvorschlag

Denkbar wäre die Einführung eines neuen Tatbestands im Sexualstrafrecht. Wie bei dem strafbaren Versenden ungefragter „Dick-Pics“ (§ 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB) wird bei VSB den Akteur*innen fremde Sexualität aufgedrängt, ohne dass sie die Möglichkeit haben, sich dieser rechtzeitig zu entziehen. Durch die Kommentierung des Äußeren oder die teilweise ausgedrückte Aufforderung zur Vornahme sexueller Handlungen wird die sexualisierte Objektifizierung des Gegenübers bewirkt. Diese wird ebenfalls im Rahmen des „Upskirtings“ (§ 184k StGB) bestraft.

c) Bewertung

Gegen die Einführung eines neuen Tatbestandes im Sexualstrafrecht wird meist das Ultima-Ratio-Prinzip angeführt.⁴⁵ Unstreitig müssen Auswirkungen durch eine mögliche Stigmatisierung als Sexualstraftäter*in bzw. Opfer einer Sexualstraftat auf das soziale Leben und berufliche Chancen Berücksichtigung finden. Ebenso ist die grundsätzliche Zurückhaltung bezüglich Erweiterungen im Strafrecht berechtigt, gleichwohl wird durch die ständige Ablehnung des Ausbaus des Sexualstrafrechts zum Schutze der sexuellen Selbstbestimmung von Frauen⁴⁶ die ursprünglich dem StGB innewohnende Geschlechterungerechtigkeit perpetuiert.⁴⁷ Schließlich wurde mit diesem Argument bereits die Einführung der Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe kritisiert.⁴⁸ Das Einwenden des Ultima-Ratio-Prinzips überzeugt daher jedenfalls mangels vorangestelltem Diskurs über die möglichen Rechtsverletzungen und deren Intensität nicht.

2. Strafbarkeit als Ehrdelikt

a) Aktuelle Rechtslage

Der Tatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB) könnte VSB erfassen. Eine Ehrverletzung liegt dann vor, wenn der Täter seine eigene Miss- oder Nichtachtung gegenüber dem Opfer zum Ausdruck bringt, indem er diesem zu Unrecht Mängel nachsagt, die bei tatsächlichem Vorliegen eine Minderung des Geltungswertes des Opfers bedeuten würden.⁴⁹ Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung führt allein die einseitige, anlasslose sexuelle Kontaktaufnahme und die damit einhergehende Sexualisierung einer fremden Person nicht zu einer Verletzung deren Geltungswerts.⁵⁰ Erst 2017 genügte es dem BGH beispielhaft nicht, dass ein 65-jähriger Mann ein 11-jähriges Mädchen dazu aufforderte ihm zu folgen, da er „an ihre Muschi fassen wolle“ und gegenüber einer 75- und einer 63-Jährigen „Ich will Dich ficken“ und „Ich will Deine Muschi lecken“ äußerte.⁵¹ Mit der Einstufung des Opfers als Objekt der sexuellen Begierde drücke der Täter trotz der damit zusammenhängenden Verletzung des Schamgefühls jedenfalls nicht grundsätzlich aus, dass der Person ein deren Ehre mindernder Mangel anhafte.⁵² Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hob der BGH die Verurteilung wegen dreifacher Beleidigung auf. Zur Erfüllung des Tatbestandes der Beleidigung müssten somit zusätzlich zu dem Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung weitere besondere Umstände hinzutreten, welche die Herabwürdigung des Opfers zu begründen vermögen.⁵³

⁴¹ Online abrufbar unter: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34904-3.html>; Initiatiefvoorstel-Asscher en Van Toorenburg Strafbaar stellen van seksuele intimidatie (34.904) - Eerste Kamer der Staten-Generaal (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁴² Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage (2019), § 184i Rn. 8.

⁴³ BT-Drs. 18/9097, S. 30; § 184i Abs. 1 StGB.

⁴⁴ Vgl. Rspr. zur a.F.: BGH, NStZ 2018, 603; NStZ 1991, 485.

⁴⁵ Vgl. <https://www.openpetition.de/petition/argumente/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein/304956> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁴⁶ Und weiblich gelesenen Personen (nach äußeren Erscheinungsmerkmalen und Verhaltensweisen dem weiblichen Geschlecht zugehörig).

⁴⁷ Deutscher Juristinnenbund e.V. (Gather/Valentiner), Podcast Justitias Töchter, Folge 2: Upskirting, Minute 25:30, online abrufbar unter: <https://www.djb.de/projekte/podcast-justitias-toechter/detail/folge-2-upskirting> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁴⁸ Bspw. Schönemann, GA 1996, 307 (310).

⁴⁹ BGH, NStZ 2018, 603 (604).

⁵⁰ BGH, NStZ-RR 2006, 338 (339); WD 7 - 3000 - 115/20, 2.11.2020, S. 5.

⁵¹ BGH, NStZ 2018, 603.

⁵² A.a.O., S. 604.

⁵³ BGH, NStZ 1992, 33 (34).

Derartige zusätzliche Umstände werden vom *BGH* angenommen, wenn durch das sexuelle Angebot zum Ausdruck gebracht werde, dass das der betroffenen Person angetragene Verhalten als verwerflich oder ehrenrührig bewertet wird.⁵⁴ Der *BGH* bejahte auf dieser Grundlage die Ehrverletzung in dem Falle, dass für die Vornahme sexueller Handlungen Geld geboten wurde, ohne dass Anhaltspunkte zur Annahme des (entgeltlichen) Angebots vorlagen.⁵⁵ Die Unterstellung der Prostitution bezichtige das Gegenüber der „Käuflichkeit“, in welcher sich die Missachtung der persönlichen Ehre widerspiegele.⁵⁶

Weiterhin wird in der Rechtsprechung zum Teil eine Ehrverletzung bei sexuell motivierten Aussagen bejaht, wenn der Täter hierbei einer Person unterstellt, sie sei jederzeit und für jede*n als Lustobjekt verfügbar,⁵⁷ also „steige mit nahezu jedermann ins Bett“.⁵⁸ So nahm das *OLG Karlsruhe* bei der versuchten Berührung der Geschlechtsteile eine Beleidigung an.⁵⁹ Der *Strafsenat* äußerte sich hier auch allgemein zu VSB auf offener Straße und stellte fest, dass diesem Verhalten, von welchem in erster Linie Frauen betroffen sind, „eine nach außen zu Tage tretende Herabwürdigung der Geschlechtsehre innewohn[en]“⁶⁰ könne, die das Vorliegen einer Beleidigung begründe.⁶¹ Die Herabwürdigung sah der *Strafsenat* in der Tatsache, dass der Täter, als er versuchte, das Opfer an ihrem Geschlechtsteil zu berühren, die Frau als fremdes Zufallsoffer als eine Person behandelt habe, die er öffentlich bloßstellen dürfe.⁶² Untermauert habe er dies mit dem Satz „Macht doch nichts“. Das Urteil des *OLG Karlsruhe* bleibt, insbesondere mit Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung des *BGH*, eine Ausnahme.

b) Lösungsvorschlag

In Bezug auf die sich der gesellschaftlichen Wertung anpassenden richterlichen Konkretisierung des Ehrbegriffes⁶³ scheint die zukünftige Ahndung als Beleidigung eine praktikable Lösung zu sein.

aa) Degradierung zum Sexualobjekt als „Mangel“

Obgleich das Urteil des *OLG Karlsruhe* der Tatsache Rechnung trägt, dass VSB im öffentlichen Raum eine Degradierung und Herabwürdigung darstellt, bleibt die Begründung einer Beleidigung durch das Nachsagen eines angeblichen Mangels im Hinblick auf die Menschenwürde äußerst fragwürdig. So wie es keine mangelhaften Menschen gibt, gibt es auch keine Umstände oder Eigenschaften, die einer Person unterstellt werden können und sie bei tatsächlichem Vorliegen zu einem mangelhaften Menschen machen würden. Die Auffassung, dass eine Beleidigung bei (verbaler) sexueller Belästigung vorläge,

wenn der Täter das Opfer wie eine Person behandle, „mit der man so etwas [...] machen kann“⁶⁴, überzeugt nicht. Anknüpfend an dieses Narrativ der Rechtsprechung stellt sich die Frage, mit wem man „sowas machen kann“. Die Antwort hierauf kann nur sein, dass es sich um eine Person handeln müsse, die „leicht zu haben“ sei oder „mit jedermann ins Bett steige“.⁶⁵ Daraus folgt: (Frauen-) Körper dürfen ungewollt sexualisiert werden, doch wenn Frauen selbst über ihre Sexualität bestimmen, wird ihnen dies zur Last gelegt. Diese Wertung mag die Ansicht eines Teils der Bevölkerung widerspiegeln, widerspricht jedoch der Einstellung einer Generation junger Menschen, die in autonom ausgelebter Sexualität keinen „Mangel“ sieht. Ausdrücke wie „Flittchen“ oder „Schlampe“ bleiben weiterhin Beleidigungen. Allerdings nicht wegen des angeblich unterstellten Mangels, sondern aufgrund der eindeutigen Missachtung der Adressat*innen.

Indem der *BGH* eine Ehrverletzung erst durch das Anbieten einer Bezahlung für sexuelle Handlungen annimmt, drückt er nicht nur aus, dass Sexarbeiter*innen aufgrund ihres Berufs ein deren Ehre mindernder Mangel anhafte, sondern verfehlt auch den Schwerpunkt des Handlungsunrechts. 97,2% der Teilnehmenden empfinden die Aussage „Na, willst du dir etwas dazu verdienen?“ als belästigend. Hieraus ließe sich vermeintlich schließen, dass gerade die Annahme der Käuflichkeit den Betroffenen zusetzt. Die Tatsache, dass auch 97,7% aller Befragten „Bock zu vögeln“ als belästigend einstufen, zeigt hingegen, dass der Kern des Problems die ungewollte Sexualisierung, fernab der Unterstellung von Prostitution, ist. Gleiches gilt beim sogenannten „Fat-Shaming“. Aussagen wie: „Willst du mir einen runterholen, ich stehe auf Fette?“ oder „Geile, fette Schenkel, da will ich rein!“⁶⁶ sind nicht allein deswegen beleidigend, weil Adressat*innen als „fett“ kategorisiert werden. Die Ehrverletzung liegt auch hier nicht ausschließlich auf der Einstufung als stark übergewichtig, sondern auf der Degradierung zum Sexualobjekt aufgrund spezifischer Merkmale eines Körpers. Folglich könnte die vielen Catcalls innewohnende, ungewollte und anlasslose Sexualisierung einer fremden Person als ein solcher Ausdruck der Missachtung angesehen werden und das Vorliegen der Ehrverletzung begründen.

bb) Verbale sexuelle Belästigung als Sexualbeleidigung

Die Fallgruppe der Sexualbeleidigung erscheint begrifflich dazu geeignet, allerdings aus historischer Sicht nicht als tauglich zur Erfassung von VSB. Es handelt sich hierbei um ein Relikt der Rechtsprechung, das mit der Reformierung des Sexualstrafrechts seine Existenzberechtigung

⁵⁴ A.a.O.; *BGH*, NStZ-RR 2006, 338 (339); ebenfalls: *OLG Hamm*, NStZ-RR 2008, 108 (109).

⁵⁵ *BGH*, NStZ 1992, 33 (34); so auch *OLG Oldenburg*, BeckRS 2011, 925.

⁵⁶ Vgl. *BGH*, NStZ 2001, 29 zur Berücksichtigung der Tätigkeit des Opfers als Sexarbeiterin bei der Strafzumessung zu Gunsten des Täters.

⁵⁷ *OLG Hamm*, NStZ-RR 2008, 108 (109).

⁵⁸ *Pörner*, NStZ 2021, 336 (338).

⁵⁹ *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, 1263 (1264), das *OLG* verneinte (im Gegensatz zum *AG*) das Vorliegen einer tätlichen Beleidigung, bejahte jedoch den Grundtatbestand des § 185 StGB.

⁶⁰ A.a.O.

⁶¹ A.a.O.

⁶² A.a.O.

⁶³ Zur Unterstellung der Homosexualität als Beleidigung RGSt 41, 277 (284); zur Ehrverletzung durch Bezeichnung als Jude *OLG Celle*, NStZ-RR 2004, 107 und *BayObLG*, JR 2003, 33 m. Anm. *Zaczyk*.

⁶⁴ *BGH*, NStZ 1992, 33 (34); NStZ 1987, 21 f.; NStZ 1988, 69; *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, 1263 (1264).

⁶⁵ Vgl. *Pörner*, NStZ 2021, 336 (338 f.).

⁶⁶ Siehe *Quell/Dietrich* (Fn. 5), S. 2; Deutscher Juristinnenbund e.V. (Fn. 4), S.5.

gung verloren hat. Die Sexualbeleidigung sollte das Bedürfnis nach einer Bestrafung körperlicher sexualbezogener Handlungen unter der damals geltenden Erheblichkeitsschwelle stillen.⁶⁷ Sexuelle Belästigungen nach den §§ 174 ff. StGB a.F. erforderten einen vom Täter auf das Opfer ausgeübten Zwang zur Vornahme sexueller Handlungen, während der rein tatsächliche sexuelle Übergriff nicht bestraft wurde. Alltägliche sexuelle Gewalt wie ungewollte Berührungen oder Küsse konnten somit nur durch Rückgriff auf die Ehrdelikte geahndet werden. Zweck war gerade nicht die Pönalisierung rein verbaler sexueller Belästigungen. Die Reform des Sexualstrafrechts im Jahre 2016 setzte hier an und führte den Auffangtatbestand des § 184i StGB ein, mit Hilfe dessen dieses Bedürfnis zu befriedigen gilt.⁶⁸

Darüber, dass die Ehrdelikte keine Lückenbüsser für das Sexualstrafrecht sein sollen, besteht Einigkeit. Die Angst davor, den Beleidigungstatbestand abermals als „kleines Sexualdelikt“⁶⁹ zu missbrauchen, darf jedoch nicht dazu führen, dass eine Strafbarkeit nach § 185 StGB kategorisch abgelehnt wird, bevor sich intensiv mit einer eventuellen Ehrverletzung auseinandergesetzt wird. Im Zuge dieser Diskussion muss hervorgehoben werden, dass es bei einer Bestrafung von VSB im Wege der Beleidigung gerade nicht darum ginge, die Hürden des Sexualstrafrechts durch ein Ausweichen auf § 185 StGB zu umgehen, sondern tatsächliche Ehrverletzungen zu ahnden. VSB stellt immerhin die Schnittstelle zwischen Beleidigung und sexualbezogener Belästigung dar.

c) Bewertung

Gegen eine Bestrafung von VSB als Beleidigung wird eingewandt, dass zwangsläufig auf die Geschlechtsehre des Opfers abgestellt werden müsse.⁷⁰ Diese sei ein „patriarchales Konstrukt“, welches auf Sittlichkeitsvorstellungen beruhe und den Opferschutz behindere. Denn „(w)er eine andere Person sexuell belästig[e], ‘beschmutz[e]’ nicht ihre ‘Geschlechtsehre’, sondern verletzt[e] ihre Integrität, ihr Persönlichkeitsrecht und ihre sexuelle Autonomie.“⁷¹ Dass nach der Umfrage VSB, insbesondere gegenüber Minderjährigen, als strafwürdig erachtet wird,⁷² spricht ebenfalls gegen die Ahndung als Beleidigungsdelikt. Es liegt fern, dass das höhere Bedürfnis nach Bestrafung auf das Verlangen nach stärkerem Schutz der Ehre zurückzuführen ist. Vielmehr lässt sich hieraus folgern, dass die

Ausschlussfunktion der sexuellen Selbstbestimmung Minderjähriger stärker geschützt werden soll.

3. Einführung eines speziellen Straftatbestandes

Um einerseits Catcalling als rein verbales Verhalten zu bestrafen und andererseits der Tatsache Rechnung zu tragen, dass hierdurch die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigt wird, ließe sich ein Straftatbestand in einem neuen Abschnitt zwischen Ehr- und Sexualdelikten einführen. Dieser könnte wie in Frankreich einen Katalog sexuell motivierter Verhaltensweisen⁷³ enthalten und wäre so, im Gegensatz zum Beleidigungstatbestand, nicht dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt.⁷⁴ Sollte es sich im Einzelfall um einen missglückten Flirt handeln, so ist bei Ausgestaltung als Vorsatzdelikt und überzeugender Geltendmachung davon auszugehen, dass das Verhalten straflos bleibt. Im Rahmen der Diskussion über die Einführung eines neuen Straftatbestandes muss der grundsätzliche Vorrang milderer Mittel wie Aufklärung und Prävention berücksichtigt werden. Da insbesondere Frauen ungleich stärker betroffen sind, erscheint es jedoch diskriminierend, Betroffenen den strafrechtlichen Schutz zu verwehren.⁷⁵ Der Einwand des Ultima-Ratio-Prinzips überzeugt vor dem Hintergrund, dass „jede geringfügige Beleidigung“ sanktionsfähig ist, nicht.⁷⁶ Wenn bereits der Angriff auf die Intelligenz des Beleidigungsopfers mit der Bezeichnung „Idiot“⁷⁷ für eine Ehrverletzung genügt, muss dies erst recht für eine die sexuelle Selbstbestimmung missachtende und erniedrigende Äußerung wie beispielsweise „Ich bums dich bis nach Hause“⁷⁸ gelten.⁷⁹

VI. Fazit

Die Ergebnisse der Umfrage zu verbaler sexueller Belästigung zeigen neben einer hohen Betroffenheit ein starkes Bedürfnis nach staatlichem Handeln. Enthält ein Catcall eine sexualisierende Objektifizierung, so wird dies von den Betroffenen als strafwürdiges Unrecht wahrgenommen. Die derzeitige Rechtslage trägt diesem Bedürfnis jedoch nicht Rechnung. So ist es im Rahmen der Ehrdelikte erforderlich, dass der Täter dem Opfer einen Mangel nachsagt, was bei Catcalling regelmäßig nicht der Fall ist. Die Abkehr von der Sexualbeleidigung als Auffangtatbestand für niedrigschwellige sexuelle Übergriffe führte zu dem Anspruch, eine klare Grenze zwischen Sexual- und Ehrdelikten durch das Erfordernis der Körperlichkeit zu

⁶⁷ Vgl. Sick, JZ 1991, 330.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 2 f.

⁶⁹ Vgl. Arzt, JuS 1982, 717 (725 f.); Eisele/Schnittenhelm, in: Schönlke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 14; BGH, NJW 1986, 2442; BGH, NSZ 1989, 528.

⁷⁰ Lembke, APuZ 8/2014, 35 (40).

⁷¹ A.a.O.

⁷² 80 % der Teilnehmenden.

⁷³ Article 621-1 – Code pénal, Création LOI n°2018-703 du 3 août 2018 – art. 15.

⁷⁴ Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, Vorb. zu § 185 Rn. 67; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), Vorb. zu § 185 Rn. 3; Schubarth, JuS 1981, 726 (728); Findeisen/Hoepner/Zünkler, ZRP 1991, 245 (246); Ritze, JZ 1980, 91 (92); a.A. Zaczyk, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 185 Rn. 2.

⁷⁵ So auch Quell in: Bredow, „Sexuelle Belästigung geht nicht erst bei Körperkontakt los“, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/catcalling-petition-fordert-verbale-sexuelle-belaestigung-unter-straefe-zu-stellen-a-862bebe2-b22f-4a3b-9996-8c335dd23a76> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁷⁶ Zum Schutz vor (nonverbaler) sexueller Belästigung Schaefer/Wolf, ZRP 2001, 27 (28).

⁷⁷ Welche (nur) von 67,9 % der Teilnehmer*innen als belästigend empfunden wurde.

⁷⁸ Catcalls of Trier, Instagram Post vom 28.9.2021, online abrufbar unter: https://www.instagram.com/p/CUW9Rm_Mp6Q/ (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁷⁹ Jasiurova, (Fn. 25); Beispielhaft für die sonst niedrige Schwelle des Beleidigungstatbestands: OLG Koblenz, NJW 1955, 602, wonach der Lehrer den Vater beleidigt, wenn er das Kind in Gegenwart des Vaters schlägt; Jahn/Schmitt-Leonardy, JuS 2020, 605 (608), wonach bei einer Ohrfeige gegenüber einem Erwachsenen das Element der Demütigung und Herabsetzung im Vordergrund stehen kann.

ziehen. Eine Ahndung im Sexualstrafrecht scheidet folglich daran, dass es sich um rein verbales Verhalten handelt. Dadurch wird der Charakter der verbalen sexuellen Belästigung als Schnittstelle zwischen Sexual- und Ehrdelikten verkannt. Aufgrund der gesellschaftlichen Einord-

nung von verbaler sexueller Belästigung als strafwürdiges Unrecht ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber diese Strafbarkeitslücke beispielsweise mit der Einführung eines speziellen Tatbestandes zwischen Ehr- und Sexualdelikten schließen wird.

Praktiziertes Coronaleugnen als Problem der Überzeugungstäterschaft?

von Sebastian Prosche*

Abstract

Das Phänomen der sog. Überzeugungstäterschaft ist ein altes Problem, das in Zeiten Corona-spezifischer Freiheitsbeschränkungen neu an Bedeutung gewinnt: Eine erhebliche Zahl von Verstößen wird durch Täter¹ begangen, die dies aus politischer oder moralischer Überzeugung tun. Aus diesem Grunde ist es lohnenswert, die vertretenen Lösungen zur Überzeugungstäterschaft darzustellen und anhand aktueller Beispiele herauszustellen, welche Lösung die überzeugendste ist.

The phenomenon of the so-called “Überzeugungstäterschaft” is an old problem that is gaining new significance in times of Corona-specific freedom restrictions: A considerable number of offences are committed by offenders who do so out of political or moral conviction. For this reason, it is worthwhile to present the solutions advocated on “Überzeugungstäterschaft” and to highlight, using current examples, which solution is the most convincing.

I. Einleitung

Die Frage der strafrechtlichen Behandlung von Tätern, die ihre Taten aus Überzeugung begehen (sog. Überzeugungstäterschaft), wurde zunächst von Radbruch² gestellt und ist seit jeher umstritten.³ Sie hat in den vergangenen Monaten angesichts der Verstöße gegen Corona-spezifische Rechtsnormen erneute Bedeutung gewonnen.⁴ Im vorliegenden Beitrag wird der Frage nachgegangen, wie die Rechtsfigur der Überzeugungstäterschaft strafrechtlich hinsichtlich solcher Verstöße zu behandeln ist. Unterschieden wurde zwischen Tätern, die entweder die Existenz des Corona-Virus oder dessen Gefährlichkeit in Abrede stellen oder zwar die Gefährlichkeit des Virus anerkennen, aber den Regierungen die Berechtigung absprechen, Maßnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung des Corona-Virus zu erlassen.⁵

II. Begriff der Überzeugungstäterschaft

Radbruch sah vor, dass der Täter aufgrund dessen „achtswerter Beweggründe“⁶ durch Einführung einer speziellen Strafart privilegiert werden sollte: Da (politische) Mehrheitsmeinungen zu Minderheitsmeinungen werden könnten (und vice versa), stehe dem Staat keinerlei Wertung der Motive zu.⁷ Hinsichtlich des Überzeugungstäters sei der einzig sinnvoll anwendbare Strafzweck der Schutz der Gesellschaft vor dem Täter (Charakter der Freiheitsstrafe als „Sicherungsverwahrung“⁸), nicht aber der der (Spezial- oder General-)Prävention, der Besserung des Täters oder der Vergeltung.⁹

Die Einführung der Einheitsfreiheitsstrafe 1969 ebnete jegliche Unterscheidung verschiedener Formen der Kriminalstrafe ein.¹⁰ Auch darüber hinaus fehlt es bis heute an einer gesetzlichen Verankerung der Überzeugungstäterschaft im StGB. Der Überzeugungstäter ist also de lege lata dem „gewöhnlichen“ Straftäter gleichgestellt.

Von Radbruch nicht vorgenommen, setzte sich im Schrifttum die Unterscheidung zwischen Überzeugungs- und Gewissenstäter weitgehend durch. Beide Rechtsfiguren hängen eng zusammen, wobei Überzeugungstäterschaft meistens als Oberbegriff fungiert.¹¹ Ausschlaggebend für die Abgrenzung ist die innere Einstellung des Täters: Während der Gewissenstäter einem Gewissenskonflikt unterliegt und sich zu seiner Handlung verpflichtet fühlt, gilt dies nicht für den Überzeugungstäter i.e.S.¹² Dieser ist von der Richtigkeit seiner Entscheidung motiviert, fühlt sich aber nicht zu seiner Tat verpflichtet.¹³ Erforderlich für die Gewissenstäterschaft ist eine Lage, in der der Täter eine Gewissensentscheidung getroffen hat und sich bei Nichtbefolgung ernsthafter Gewissensnot ausgesetzt sähe.¹⁴

* Der Autor legte die Erste Juristische Prüfung im Juli 2021 in Leipzig ab und ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei.

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird nur die männliche Form verwendet; selbstverständlich sind alle Geschlechter angesprochen.

² Radbruch, ZStW 1924, 30 (34).

³ Greffinius, Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot, 1975, S. 71 ff.; Kahlo, in: Kleszczewski/Müller/Neuhaus, Kants Lehre vom richtigen Recht: Aufklärung der Menschheitsfragen der gegenwärtigen Jurisprudenz?, 2005, S. 101 (104); Köhler, Strafrecht AT, 1. Aufl. (1997), S. 428; Rudolphi, in: FS Welzel, 1974, S. 605 (663).

⁴ OLG Hamm, BeckRS 2021, 1231; AG Dortmund, COVuR 2020, 896; AG Berlin-Tiergarten, BeckRS 2021, 36251; Caliskan, BZ v. 8.12.2020, online abrufbar unter: <https://www.berliner-zeitung.de/gesundheit-oekologie/warum-manche-menschen-sich-nicht-an-corona-regeln-halten-li.121146?pid=true> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022); Nachtwey/Schäfer/Frei, Politische Soziologie der Corona-Proteste, online abrufbar unter: <https://osf.io/preprints/socarxiv/zyp3f/> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022), S. 14 ff., 54 f.

⁵ Nachtwey/Schäfer/Frei, S. 20 ff.

⁶ Lang-Hinrichsen, JZ 1966, 153 (156).

⁷ Radbruch, ZStW 1924, 30 (37); Sproß, Die Unrechts- und Straf begründung bei dem Überzeugungs- und Gewissenstäter, 1992, S. 10 f.

⁸ „Sicherungsverwahrung“ ist hier nicht i.S.d. § 66 StGB zu verstehen.

⁹ Radbruch, ZStW 1924, 30 (37); Sproß, S. 10 f.

¹⁰ BGBl. I 1969, S. 645 (657).

¹¹ Roxin, GA 2011, 1 (4); Ebert, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung. Zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata, 1975, S. 60 f., 74; Hirsch, Strafrecht und Überzeugungstäter, 1996, S. 8 f.; Greffinius, S. 61 ff. Die Abgrenzung wird nach unterschiedlichsten Schattierungen vorgenommen; vgl. zum Meinungsstand nur Bopp, Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 1974, S. 25 ff.

¹² Ebert, S. 74.

¹³ Greffinius, S. 19 ff., 35 ff.; Hirsch, S. 27; Joecks/Kuhlanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 17 Rn. 21; Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 17 Rn. 42 ff.

¹⁴ Roxin, GA 2011, 1 (3). Die Voraussetzungen an eine Gewissenstat sind erheblich strenger als an eine Überzeugungstat.

III. Überzeugungstäterschaft im Strafrecht

Die strafrechtliche Würdigung der Rechtsfigur der Überzeugungstäterschaft wird an zwei Fallbeispielen auf dem Gebiet des allgemeinen Strafrechts¹⁵ vor dem Hintergrund von Rechtfertigungs- (1.) und Entschuldigungsgründen (2.), aber auch der Berücksichtigung in der Strafzumessung (3.), illustriert.

Als (plakatives) Fallbeispiel 1 dient ein Anschlag¹⁶ auf ein Impfzentrum: Am 15.09.2021 wurde ein solcher in Sachsen verhindert.¹⁷ Es wird davon ausgegangen, dass *A* die Existenz des Corona-Virus leugnet und eine Veränderung der DNA durch Impfungen infolge einer staatlichen „Verschwörung“ befürchtet. Vor diesen will *A* die Bevölkerung durch den Anschlag bewahren, weshalb ihn ein Gewissenskonflikt plagt (Gewissenstäter), womit der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG eröffnet ist.¹⁸

Als Fallbeispiel 2 werden die „Querdenker“-Demonstrationen herangezogen. Auf Demonstrationen, die durch die Versammlungsbehörden nicht untersagt wurden, kam es zu Straftaten, z.B. wurde am 29.8.2020 von 450 Personen versucht, das Berliner Reichstagsgebäude zu stürmen.¹⁹ Es wird von Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte durch *B* nach § 113 Abs. 1 StGB ausgegangen.²⁰ Dies tut *B* aus politischer Überzeugung (Überzeugungstäter i.e.S.).

1. Rechtfertigungsgründe

a) Rechtfertigender Notstand, § 34 S. 1 StGB

Ob für den Überzeugungstäter i.e.S., der – wie im Fallbeispiel 2 –, lediglich eine abweichende Wertung vornimmt und daher die Freiheitsbeschränkungen ablehnt, der Schutzbereich des Art. 4 GG eröffnet ist, ist umstritten.²¹ Hier soll der Überzeugungstäter i.e.S. in die Diskussion einer Privilegierung aufgenommen werden, allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 GG.

Voraussetzung für eine Rechtfertigung nach § 34 S. 1 StGB ist, dass dieser die Gewissensfreiheit aus Art. 4 GG zugänglich ist, d.h. dass sie geschütztes Rechtsgut sein kann. Mangels Nennung in § 34 S. 1 StGB kommt sie als „anderes Rechtsgut“ in Betracht. Art. 4 GG umfasst das Recht, hinsichtlich der Corona-Freiheitsbeschränkungen eine Gewissensentscheidung zu treffen und dieser entsprechend zu handeln.²² Bei Nichtvornahme der nach Vorstellung des *A* in Fallbeispiel 1 gebotenen Handlung könnte *A* sein Wertesystem nicht aufrechterhalten.

Dennoch steht zu befürchten, dass bei Anerkennung eines irgendwie von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsguts eine Ausweitung des Instituts des rechtfertigenden Notstands zu einem allgemeinen Rechtfertigungsgrund zu befürchten wäre.²³ Es würde kaum ein legitimes Interesse geben, welches nach dieser Auslegung nicht notstandsfähig wäre.²⁴ Daran ändert auch die Anerkennung des Art. 6 Abs. 1 EMRK als notstandsfähiges Rechtsgut nichts: Die EMRK hatte der Strafgesetzgeber nicht vor Augen. Nicht zuletzt kann Art. 4 GG entweder im Wege einer rechtfertigenden Pflichtenkollision oder durch Behandlung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund Rechnung getragen werden. Die Gewissensfreiheit des Art. 4 GG stellt kein notstandsfähiges Rechtsgut dar.²⁵

Überdies fiele eine Abwägung in Fallbeispiel 1 zwischen der Gewissensfreiheit des Täters sowie der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens der Opfer zulasten der Gewissensfreiheit aus, sodass das geschützte Interesse das beeinträchtigte nicht deutlich überwiegt. Eine Rechtfertigung des Gewissenstäters i.R.d. rechtfertigenden Notstands nach § 34 S. 1 StGB ist abzulehnen.

b) Widerstandsrecht, Art. 20 Abs. 4 GG

Eine Vielzahl der Verstöße, die aufgrund der Ablehnung des politischen Systems erfolgen, wird durch Täter begangen, die sich auf das Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG berufen.²⁶

¹⁵ Mit dem Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 23.5.2020 wurden Verstöße, bei denen keine Ansteckung eines anderen Menschen nachweisbar sind, zur Ordnungswidrigkeit herabgestuft; *Rau*, StV 2020, 722. Eine Ansteckung dürfte in der Praxis kaum nachweisbar sein. Es stellen sich ähnliche Vorsatz- und Kausalitätsprobleme wie bei einer HIV-Infektion; BGHSt 36, 1; 36, 262 (267); *BayObLG*, NJW 1990, 131; *Frisch*, JuS 1990, 362; *Neumann/Saliger*, in: NK-StGB, § 212 Rn. 17; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), § 212 Rn. 54 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 223 Rn. 7-7c. Mangels Versuchsstrafbarkeit des § 74 IfSG bleibt lediglich eine Ordnungswidrigkeit.

¹⁶ In Betracht kommt insbesondere eine Strafbarkeit nach §§ 211 ff., §§ 223 ff. StGB; eventuell auch nach § 308 StGB.

¹⁷ Online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/panorama/brande-versuchter-brandanschlag-auf-impfzentrum-in-sachsen-dpa-urn-newsml-dpa-com-20090101-210915-99-223320> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

¹⁸ Vgl. nur *Böse*, ZStW 2001, 40; *Ebert*, S. 46 f. Vom *BVerfG* wird Art. 4 Abs. 1, 2 GG als einheitliches Grundrecht aufgefasst; *BVerfGE* 24, 236. Die genaue Abgrenzung ist in einem strafrechtswissenschaftlichen Beitrag entbehrlich, sodass zukünftig von Art. 4 GG gesprochen wird.

¹⁹ Online abrufbar unter: https://www.rbb24.de/politik/thema/2020-co-ronavirus/beitraege_neu/2020/08/berlin-reaktionen-reichsflaggen-bsperrungen-durchbrochen-reichs.html (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

²⁰ Die Diensthandlung liegt in der „Verteidigung“ des Reichstags, deren Rechtmäßigkeit (§ 113 Abs. 3 S. 1 StGB) unterstellt wird.

²¹ *Ebert*, S. 76 f. argumentiert, auch Überzeugungstätern i.e.S. könne die Gewissenhaftigkeit ihrer Entscheidung kaum abzuspüren sein; ähnlich *Heinitz*, ZStW 1966, 615 (630 f.); a.A. *Roxin*, GA 2011, 1 (3); *Rudolphi*, FS Welzel, S. 605 ff.; *Grefenius*, S. 71. Selbst *Ebert*, S. 46, 59 gibt zu, dass nur für denjenigen Täter Art. 4 GG in Betracht kommt, der vor einem Gewissenskonflikt steht. Der Streit ist infolge der Tatsache, dass die Abgrenzung zwischen Überzeugungs- und Gewissenstätern umstritten ist, uferlos.

²² *Roxin*, GA 2011, 1 (4).

²³ *Roxin*, GA 2011, 1 (4 ff.); *Neumann*, NK-StGB, § 34 Rn. 24; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, § 34 Rn. 66.

²⁴ *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 24.

²⁵ Anderer Auffassung ist *Böse*, ZStW 2001, 40 (47 f.).

²⁶ Online abrufbar unter: <https://www.br.de/nachrichten/wissen/faktenfuchs-wie-der-corona-widerstand-desinformation-nutzt,RyIw3hJ> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022); <https://m.facebook.com/105009501463231/videos/1065114830976672/> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022). Einige Protagonisten berufen sich auf die friedliche Revolution 1989; <https://zeitgeschichte-online.de/geschichtskultur/friedliche-revolution-20> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

Die notwendige Beseitigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung kann in Corona-spezifischen Fällen nur von Staatsorganen („Staatsstreich von oben“) ausgehen. Für ein solches Unterfangen²⁷ bestehen im Allgemeinen, aber auch in den Fallbeispielen 1 und 2 keinerlei Anhaltspunkte. Zwar sind einzelne Grundrechtsverletzungen durch Rechtssätze denkbar, nicht aber ein systematisches Aussetzen von Grundrechten oder anderer Bestandteile der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Gewaltvoller Widerstand gegen demokratisch legitimierte Entscheidungen ist nicht von Art. 20 Abs. 4 GG erfasst.²⁸ Zudem besteht wirksamer Rechtsschutz gegen Corona-spezifische Rechtssätze, was einem „Staatsstreich von oben“ entgegensteht.²⁹ Dies ergibt sich bereits daraus, dass Verwaltungsgerichte mehrfach Corona-spezifische Verordnungen aufgehoben haben.³⁰ Letzteres zeigt, dass durchaus „andere Abhilfe“ i.S.d. Art. 20 Abs. 4 GG möglich wäre und die Grenzen des Widerstandsrechts ebenfalls nicht eingehalten wären.

Ein Verbotsirrtum kommt mangels Unvermeidbarkeit i.S.d. § 17 S. 2 StGB nicht in Betracht. Der zivile Ungehorsam³¹ („kleines Widerstandsrecht“) ist hingegen nur gerechtfertigt, wenn ein – hier nicht vorliegender – Rechtfertigungsgrund vorliegt³² und stellt keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund dar.

c) Art. 4 GG als eigenständiger Rechtfertigungsgrund

Würde man den Täter i.R.d. Anerkennung von Art. 4 GG als eigenständigem Rechtfertigungsgrund davon freistellen, sich an (verfassungskonforme) Gesetze zu halten, so würden die Wertungen des Gesetzgebers unterlaufen. Dies wird davon unterstrichen, dass die Gewissensfreiheit schrankenlos gewährleistet würde, würde man dem Einzelnen das Recht zugestehen, seiner – gerichtlich kaum nachprüfbaren³³ – inneren Gewissensentscheidung und -verpflichtungen den Vorrang einzuräumen.³⁴ Die staatliche Rechtsordnung liefe leer.³⁵ Die Gewissensfreiheit findet ihre Grenze jedenfalls im einfachen Strafrecht.³⁶

Zudem bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, gesetzliche Ausnahmen bei Gewissenskonflikten zu etablieren.

Dies ist z.B. in § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG oder im KDVG geschehen.³⁷ Corona-spezifische Ausnahmen existieren nicht.

Auch ein Gedankenexperiment *Roxins* zeigt, dass Art. 4 GG nicht generell einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund darstellen kann: Falls man einen Schwerkranken auf dessen Bitten aus Gewissensgründen tötet und dem stellte sich eine Person entgegen, weil sie den Schwerkranken aus Gewissensgründen nicht sterben lassen kann, so wären sowohl Tötung als auch deren Verhinderung gerechtfertigt.³⁸ Durchschlagend ist zudem noch folgende Überlegung: Wenn der Angriff auf das Impfzentrum durch Art. 4 GG gerechtfertigt wäre, könnten die angegriffenen Menschen mangels rechtswidrigen Angriffs keine Notwehr nach § 32 StGB üben, sondern handelten maximal aufgrund eines Erlaubnistatbestandsirrtums schuldlos. An einer fahrlässigen Tatbegehung dürfte es zwar i.d.R. fehlen; jedoch muss auch gegen einen im Gewissenskonflikt handelnden Täter Notwehr gestattet sein. Allein diese Überlegung schließt die Anwendung von Art. 4 GG als eigenständigen Rechtfertigungsgrund³⁹ auf Begehungsdelikte wie in Fallbeispiel 1 aus.

Zudem wären Grenzziehungen zwischen Bestrafung entgegenstehender Überzeugung des Täters und Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens trotz entgegenstehender Gewissensentscheidung kaum möglich.⁴⁰ Gewissenskonflikten kann anderweitig, etwa durch die Berücksichtigung in der Strafzumessung oder in der -verfolgung Rechnung getragen werden. Auch bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale⁴¹ kann die Gewissensfreiheit berücksichtigt werden, sodass es im Ergebnis der Anwendung von Art. 4 GG als eigenständigem Rechtfertigungsgrund nicht bedarf.

d) Rechtfertigende Pflichtenkollision

Zwar hat das *BVerfG*⁴² im „Gesundbeter-Fall“ die Rechtfertigung aufgrund einer Pflichtenkollision des Täters bei

²⁷ Insbesondere bedürfte es mehr als nur „einzelner“ Verfassungswidrigkeiten, nämlich eines Staates, der sich durch Nichtachtung von Recht und Gesetz auszeichnet, BVerfGE 5, 85 (378).

²⁸ *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, vor § 32 ff. Rn. 180.

²⁹ BVerfGE 5, 85 (377); *BayVGH*, Beschl. v. 7.5.2020 – 20 NE 20.955, juris.

³⁰ Nur beispielhaft *BVerfG*, NJW 2020, 1426; *OVG Lüneburg*, NdSVBl 2021, 21; *VGH Mannheim*, VBIBW 2021, 42; *KommJur* 2021, 106.

³¹ Ziviler Ungehorsam sind bewusste Normverletzungen als Form politischer Auseinandersetzung, *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn. 41a.

³² BVerfGE 73, 206 (250); NJW 1993, 2432; *Lenckner*, JuS 1988, 349; *Hirsch*, S. 31.

³³ *OLG Stuttgart*, NJW 1963, 776.

³⁴ *Roxin*, in: FS Maihofer, 1988, S. 389 (405); *Ebert*, S. 46.

³⁵ Zum gleichen Ergebnis mit anderer Begründung kommt *Gallas*, ZStW 1964, 1 (24), der das Überwiegenskriterium des § 34 S. 1 StGB als grundsätzlich ausreichend ansieht, um beliebige Gewissensentscheidungen als Rechtfertigungsgrund auszuschließen, aber i.R.d. Abwägung der körperlichen Unversehrtheit den Vorrang einräumt.

³⁶ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, 93. EL (2020), Art. 4 Rn. 85; *Greffinius*, S. 79 ff.

³⁷ *Böse*, ZStW 2001, 40 (62 f.).

³⁸ *Roxin*, GA 2011, 1 (7).

³⁹ So in BVerfGE 32, 98 für Unterlassungsdelikte angenommen, vgl. Fn. 42.

⁴⁰ *Hirsch*, S. 26; *Heinrich*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2019), Rn. 530; *Jung*, JZ 2012, 926 (927 f.); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 50. Aufl. (2020), § 13 Rn. 710.

⁴¹ *Böse*, ZStW 2001, 40 (42). Ein Beispiel wäre die Zumutbarkeit i.R.d. § 323c Abs. 1 StGB.

⁴² BVerfGE 32, 98. Ein Zeuge Jehovas hatte die Ablehnung einer Bluttransfusion durch seine sterbende Ehefrau „gefördert“, anstatt seinen „Einfluss als Ehemann“ auf sie zur Rettung einzusetzen. Die Verurteilung wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 330c Abs 1 StGB a.F. hat das *BVerfG* infolge einer rechtfertigenden Pflichtenkollision aufgehoben. Das *BVerfG* bemühte insbesondere das Argument, dass sich der Täter nicht aus mangelnder Rechtsgesinnung gegen die staatliche Rechtsordnung auflehnte.

einem Unterlassungsdelikt infolge einer Gewissensentscheidung⁴³ grundsätzlich für möglich gehalten.⁴⁴ Jedoch liegt einerseits in den Fallbeispielen jeweils ein Begehungsdelikt vor; andererseits kann die Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht nur im Rahmen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB gerechtfertigt sein⁴⁵, was sich schon aus dem Vorrang der strafbewehrten Unterlassungspflicht ergibt.⁴⁶ Zudem kollidieren in den Fallbeispielen keine gleichwertigen Pflichten⁴⁷, da die Gewissensüberzeugung des Täters in Corona-spezifischen Konstellationen nicht der Rechtsordnung entsprungen ist.

Weiterhin gilt es zu bedenken, dass die Gewissensfreiheit ihre Grenzen spätestens findet, wenn strafrechtlich geschützte Individualrechtsgüter – wie in den Fallbeispielen 1 und 2 – anderer betroffen sind⁴⁸; für Bedrängnissituationen hat der Strafgesetzgeber Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe abschließend in den §§ 32 ff. StGB geregelt.

2. Entschuldigungsgründe

a) Verbotsirrtum, § 17 StGB

Es ist gerade Charakteristikum des Gewissens- bzw. Überzeugungstäters – so auch in den Fallbeispielen⁴⁹, dass dieser die rechtliche Wertung (etwa infolge einer vertieften Auseinandersetzung mit den Corona-Maßnahmen und „Informationen“ anderer Sympathisanten⁵⁰) kennt, sich aber aufgrund einer abweichenden Gewissensentscheidung bzw. aus politischen, religiösen oder moralischen Motiven, die er für höherrangig hält, nicht an diese gebunden fühlt.⁵¹ Die Motive, aus denen er sich der Rechtsordnung entgegensetzt, sind außergesetzlich und als solche unbeachtlich.⁵² Auch eine eigenwillige Verfassungsinterpretation schützt den Täter nicht.⁵³ Die Unterstützung der rechtlichen Wertung ist für das Unrechtsbewusstsein des

Täters nicht notwendig; es kommt nur auf die Kenntnis der Wertung an⁵⁴, sodass auch § 17 StGB den Tätern in den Fallbeispielen keine Straffreiheit verschafft.

b) Entschuldigender Notstand, § 35 StGB (analog)

In Betracht kommt nur eine analoge Anwendung des § 35 StGB. Gegen die Ausweitung auf die Gewissensfreiheit als „persönlichkeitsnahes Recht“⁵⁵ streitet, dass § 35 StGB lediglich „körpernahe“ Rechtsgüter⁵⁶ – zu denen die Gewissensfreiheit nicht zählt – für notstandsfähig erklärt. Weiterhin hat der Gesetzgeber in § 35 StGB (bzw. in § 40 StGB a.F.) nach vorausgehender Debatte und der Kodifizierung eines schon vorher durch die Rechtsprechung angewandten Entschuldigungsgrundes⁵⁷ seinen Willen durch Verankerung einiger weniger, fundamentaler Rechtsgüter abschließend zum Ausdruck gebracht (*numerus clausus* der notstandsfähigen Rechtsgüter).⁵⁸ Es soll insbesondere kein allgemeiner Strafflosigkeitsgrund der persönlichen Unzumutbarkeit etabliert werden.⁵⁹ Eine planwidrige Regelungslücke besteht demnach nicht.

Auch liegt keine vergleichbare Interessenlage vor: Strafflosigkeitsgrund des § 35 StGB ist, dass der Täter sich infolge der Kollision gleichwertiger Interessen in einer außergewöhnlichen psychischen Zwangslage befindet, sodass ihm normgemäßes Verhalten nicht mehr zumutbar ist.⁶⁰ Dies ist weder in den Fallbeispielen noch im Allgemeinen ersichtlich. Motive wie die von religiös motivierten Tätern (Rettung des „ewigen Lebens“⁶¹) werden von der staatlichen Rechtsordnung nicht als schützenswert anerkannt.⁶² Zudem steht zu befürchten, dass bei einer analogen Anwendung des § 35 StGB auf Art. 4 GG auch eine Erweiterung auf andere Rechtsgüter im Raum steht.⁶³

c) Art. 4 GG als eigenständiger Entschuldigungsgrund

Einerseits ist die Gewissensentscheidung und der resultierende -konflikt des Täters durch den Staat zu respektieren,

⁴³ Nicht verschwiegen werden soll, dass dies harter Kritik begegnete: Dem *BVerfG* wird entgegengehalten, dass auch die Verteidigung der Rechtsordnung Zweck der Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs ist. Bemängelt wird, dass das *BVerfG* über die bisherige Privilegierung des Überzeugungs- und Gewissenstäters *de lege lata* hinausgehe und dass die Glaubensfreiheit des Täters nach Auffassung des *BVerfG* auch durch Rechte anderer nicht beschränkt werde. Dies weiche die engen Voraussetzungen des Absehens von Strafe nach § 60 StGB auf; *Ebert*, S. 23 f.

⁴⁴ Anders entschied das *BVerfG* bei Kriegsdienstverweigerern: *BVerfGE* 19, 135; 23, 127; 23, 191. Wiederum anders aber *BVerfGE* 94, 82 zur Schulpflicht.

⁴⁵ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151; *Küper*, JuS 2016, 1070 (1074 f.); *Rönnau*, JuS 2013, 113; *Otto*, Jura 2005, 470 (474); *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 34 Rn. 15; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 75.

⁴⁶ *Lackner/Kühl*, StGB, § 34 Rn. 15.

⁴⁷ *Böse*, ZStW 2001, 40 (46).

⁴⁸ *AG Kitzingen*, BeckRS 2021, 8708.

⁴⁹ Dies zeigt sich bereits durch *Bs* Teilnahme an den Demonstrationen – er protestiert gerade gegen die Maßnahmen. Auch „Coronaleugner“ wie *A* ist i.d.R. bekannt, dass die Zerstörung eines Impfzentrums und die mögliche Tötung oder Verletzung von Menschen verboten ist.

⁵⁰ Online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/freiheitsboten-flyer-101.html> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022).

⁵¹ *BGHSt* 2, 194 (208); 4, 1; *Ebert*, S. 54; *Lackner/Kühl*, StGB, § 17 Rn. 2; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 17 Rn. 7.

⁵² Der Täter ist insb. zu einer „Gewissensanspannung“ hinsichtlich der Rechtmäßigkeit seines Handelns verpflichtet; *BGHSt* 4, 1.

⁵³ *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 17 Rn. 40.

⁵⁴ *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 17 Rn. 12.

⁵⁵ *Timpe*, JuS 1984, 859 (863); *Müssig*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, § 35 Rn. 16; *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 35 Rn. 13.

⁵⁶ Es ist gerade *Telos* des § 35 StGB, dass aufgrund der „Bedrängnissituation“ (des eigenen Körpers oder gar Lebens) ausnahmsweise die Verletzung von Rechtsgütern anderer entschuldigt ist, *Müssig*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, § 35 Rn. 16.

⁵⁷ *RGSt* 61, 242.

⁵⁸ *OLG Frankfurt*, StV 1989, 107. Vgl. zum Willen des historischen Gesetzgebers *BT-Drs. IV/650*, S. 161 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, § 35 Rn. 3.

⁵⁹ *Timpe*, JuS 1984, 859 (863); *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 35 Rn. 4; *Müssig*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, § 35 Rn. 16.

⁶⁰ *Roxin*, GA 2011, 1 (18); *Wessels/Beulke/Satzger*, § 9 Rn. 445, § 13 Rn. 683.

⁶¹ *Peters*, JZ 1966, 457.

⁶² *Ebert*, S. 64.

⁶³ *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 35 Rn. 13.

woraus vereinzelt Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund⁶⁴ abgeleitet wird.⁶⁵ Andererseits ist zu betonen, dass die Grenzen der Gewissensfreiheit jedenfalls dann erreicht sind, wenn das Grundgesetz selbst sie zieht⁶⁶ (etwa durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) oder der Strafgesetzgeber dem geschützten Rechtsgut einen hohen Rang einräumt. Insoweit hat der Täter diese gesetzgeberische Wertung zu akzeptieren. Ihm bleibt die Wahl, seinen Gewissenskonflikt zu überwinden⁶⁷ und das jeweilige Rechtsgut nicht zu verletzen oder aber die Kriminalstrafe zu akzeptieren. Sozialethischer Schuldvorwurf ist gerade, dass der Täter nicht zu einer Überprüfung seiner Gewissensentscheidung bereit war.⁶⁸

Falls sich eine Kriminalstrafe wie in BVerfGE 32, 98 als unangemessen herausstellen sollte⁶⁹ – was in den Fallbeispielen nicht ersichtlich ist, kann durch die §§ 153 ff. StPO⁷⁰ der Gewissensfreiheit des Täters aus Art. 4 GG Rechnung getragen werden, sodass das verfassungsrechtlich geschützte⁷¹ Schuldprinzip geachtet ist. Es ist anzuerkennen, dass bei Verbrechen eine Einstellung nach §§ 153 ff. StPO nicht möglich ist.⁷² Dies ist aufgrund des erhöhten Unrechtsgehalts eines Verbrechens auch nicht geboten; dem Täter ist umso mehr aufzugeben, seinen Gewissenskonflikt zugunsten der Rechtsordnung aufzulösen. Daher ist ein prinzipieller Entschuldigungsgrund für Gewissens- sowie Überzeugungstäter abzulehnen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, abgesehen von §§ 17, 35 StGB de lege lata keinen materiell-rechtlichen Entschuldigungsgrund zu verankern, ist zu respektieren. Dem könnte nur de lege ferenda entgegengewirkt werden.

d) Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens

Ein allgemeiner Schuldausschlussgrund, der aus der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens resultiert, ist jedenfalls für vorsätzliche Begehungsdelikte abzulehnen. Problematiken der Zumutbarkeit kann durch Auslegung oder durch gesetzlich geregelte Strafaufhebungsgründe (z.B. § 258 Abs. 6 StGB) begegnet werden.⁷³ Wie bei

§ 35 StGB besteht die Gefahr der Umgehung der gesetzlichen Wertungen – hier würde gar ein gesetzlich nicht geregelter Entschuldigungsgrund angewendet. Von Extremkonstellationen abgesehen, mutet das Gesetz es dem Einzelnen zu, der eigenen Gewissensüberzeugung zu misstrauen und sich den allgemein gültigen Normen zu beugen.⁷⁴ Ansonsten liefe der Rechtsgüterschutz zulasten der Allgemeinheit leer.⁷⁵ Auch in den Fallbeispielen ist eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Corona-spezifischen Rechtssätzen (auch nach §§ 47 Abs. 6, 80 Abs. 5 VwGO) möglich; bei einem terroristischen Anschlag kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Täter das Unterlassen des Anschlags nicht zumutbar gewesen wäre.

3. Strafzumessung

Auf der Ebene der Strafzumessung kommt die Verhängung einer besonderen Strafart⁷⁶, eine Privilegierung in der Strafzumessung⁷⁷ oder Vorzüge im Strafvollzug⁷⁸ in Betracht.

Nach der hier vertretenen Auffassung wird einer prinzipiellen Strafmilderung jedenfalls für Taten wie im Fallbeispiel 1 entgegengetreten. Zwar wird in der Rechtsprechung ein „Wohlwollensgebot“ für Gewissenstäter (i.d.R. den Kriegsdienst verweigernde Zeugen Jehovas) statuiert.⁷⁹ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass bei Taten von islamistischen, rechts- oder linksextremistischen Terroristen, keine Strafmilderungen, sondern aufgrund des menschenverachtenden Charakters der Taten⁸⁰ eher -schärfungen angezeigt sind.⁸¹ Zu berücksichtigen ist, ob die jeweiligen Überzeugungen bzw. Gewissensentscheidungen noch nachvollziehbar sind.⁸² Gegen eine obligatorische Strafmilderung bei „achtenswerten Beweggründen“ spricht die Unbestimmtheit dieses Begriffs und die daraus resultierende Notwendigkeit der tatgerichtlichen Bewertung.⁸³ Gegen ein Wohlwollensgebot ist bei einer Gewissensentscheidung nichts einzuwenden; jedenfalls in Fallbeispiel 1 ist davon aber eine Ausnahme zu machen.

⁶⁴ Ebert, JuS 1976, 319 (321); Neumann, in: NK-StGB, § 17 Rn. 46.
⁶⁵ Dem strafrechtlichen Schuldurteil steht nach Ebert, S. 66 f. das verfassungsgerichtliche Gebot der Toleranz der Gewissensentscheidung gegenüber; die Schuld sei jedenfalls gemindert. Er beschränkt dies auf Täter, die sich nach ernsthafter Prüfung zu ihrer Tat genötigt sahen. Ähnlich argumentiert Greffenus, S. 82 f.
⁶⁶ Ebert, S. 68.
⁶⁷ Dem Täter ist eine ernsthafte „Gewissensanspannung“ zuzumuten, BGHSt 4, 1.
⁶⁸ Ebert, S. 55.
⁶⁹ Ähnlich argumentiert Roxin, GA 2011, 1 (11), der sich für ein Absehen von Strafe einsetzt, wenn Grundrechte anderer höchstens peripher berührt werden. Nach hiesiger Auffassung wiegt die Schuld zwar weniger schwer, jedoch soll die Normverletzung durch den Schuldpruch sanktioniert werden – insbesondere würden durch Roxins Vorschlag die engen Voraussetzungen des § 60 StGB aufgebrochen –, sodass dem auf Rechtsfolgenebene angemessen begegnet werden kann. Der Staat kann sein Sanktionsrecht mit Nachsicht ausüben und §§ 153 ff. StPO zur Anwendung bringen.
⁷⁰ Dies ist seit dem 24.8.2018 noch in der Revisionsinstanz möglich; in BGH, wistra 2019, 292 kam dies erstmals zur Anwendung.
⁷¹ BVerfGE 9, 167 (169); 20, 323 (331); BGHSt 2, 194 (200); 10, 59; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 13 ff. Rn. 103 f.
⁷² Beukelmann, in: Beck-StPO, 39. Edition (2021), § 153 Rn. 23; Peters, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 1. Aufl. (2016), § 153 Rn. 8.

⁷³ RGSt, 66, 397 (399); Lackner/Kühl, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 30; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 124; Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), vor §§ 32 ff. Rn. 51.
⁷⁴ Heinitz, ZStW 1966, 615 (631 f.).
⁷⁵ Schlehofer, in: MüKo-StGB, Bd. 1, vor §§ 32 ff. Rn. 335 f.
⁷⁶ Noll, ZStW 1966, 638 (657 ff.); Radbruch, ZStW 1924, 30 (35 f.); Peters, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960, S. 305. Diese Lösung ist spätestens durch die Einführung der Einheitsfreiheitsstrafe überholt.
⁷⁷ BGHSt 8, 162 (165); Gallas, in: FS Mezger, 1954, S. 311 (319 f.); Baumann et al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1966, S. 108 f.
⁷⁸ Peters, in: FS Mayer, 1966, 257 (280). Auf Besonderheiten einzelner Inhaftierter ist jedoch ohnehin individuell einzugehen.
⁷⁹ BVerfGE 23, 127 (134); BayObLGSt 1980, 15 (16); OLG Düsseldorf, StV 1996, 377; Böse, ZStW 2001, 40 (67).
⁸⁰ Dies ist insbesondere durch die Tötung von Menschen als Zeichen politischen oder religiösen Protests begründet.
⁸¹ Maier, in: MK-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), § 46 Rn. 209.
⁸² Zum Beispiel wurde eine geminderte Schuld bei Sitzblockierern, die sich als Atomwaffengegner verstehen und für eine friedliche Welt eintreten, angenommen, BayObLGSt 1992, 15.
⁸³ Ebert, S. 78.

Überdies ist in den Fallbeispielen strafscharfend zu berücksichtigen, dass die täterliche Motivation egozentrischen Motiven und damit keinen „achtenswerten“ Beweggründen entspringt.⁸⁴ Soweit diese der Ablehnung der verfassungsmäßigen Ordnung, inklusive des verfehlten Berufens auf das Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG, entspringen, so ist (vorbehaltlich eventueller Irrtümer) nicht überzeugend, dass sich dies strafmildernd auswirken sollte.

Näherliegend ist es, alle Faktoren inklusive eines – bei Corona-Straftaten abseits von Extremkonstellationen wie in Fallbeispiel 1 schwerlich vorstellbaren – Gewissenskonflikts oder der Überzeugung des Täters in eine Gesamtschau einfließen zu lassen⁸⁵ und strafmildernde und -scharfende Faktoren – so auch die Motive des Täters⁸⁶ – zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen. Dies entspricht ohnehin der üblichen Vorgehensweise bei der Strafzumessung⁸⁷; eine generelle Strafschärfung oder -milderung ist nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund der Vielzahl der möglichen Schattierungen der jeweiligen Überzeugungen und der aus ihnen entspringenden Taten nicht geboten.

IV. Fazit

Mangels besonderer Strafart⁸⁸ bleiben de lege lata Lösungen über die *Strafvoraussetzungen* bzw. über die Schuld als Zumessungsfaktor der Strafe. Aus der Sicht des Verfassers sind Rechtfertigungs- sowie Entschuldigungslösungen jedenfalls in ihrer Totalität abzulehnen; lediglich

in Ausnahmekonstellationen verfangen diese. Ebenfalls scheidet Rechtsfolgenlösungen aus, sofern sie eine spezielle Strafart oder eine Privilegierung im Strafvollzug vorschlagen. Überzeugender ist die Berücksichtigung der Motive des Täters in der Strafzumessung. Dem Schuldgrundsatz kann durch Berücksichtigung der Beweggründe des Täters Rechnung getragen werden – auch dadurch, dass in geeigneten Fällen nach § 60 StGB von Strafe abgesehen wird. Nach der hier vertretenen Ansicht wird ein grundsätzliches „Wohllollensgebot“⁸⁹ bei Gewissenskonflikten vorgeschlagen, das durch *Eberts* Kontraindikationen eingegrenzt wird: unkritische Prüfung der eigenen Überzeugung durch den Täter, politisch motivierte Terrorakte sowie eine verwerfliche Tatbegehung.⁹⁰

Für Verstöße mit Corona-Bezug kommt eine Milderung kaum in Betracht. Bei der vertretenen Strafzumessungslösung handelt es sich lediglich um die Anwendung der dem Strafrecht zugrunde liegenden Prinzipien – insbesondere des Schuldprinzips –; eine Privilegierung i.e.S. liegt damit schon gar nicht vor. Eine weitere („echte“) Privilegierung kann nur de lege ferenda erfolgen und ist nicht geboten.

Letztlich bleibt mit Spannung abzuwarten, ob die Gerichte und Verwaltungsbehörden auf straf- sowie ordnungswidrigkeitenrechtlicher Ebene Corona-Verstößen eher wohlwollend oder mit Härte entgegenzutreten werden. Diese Rechtsprechung bzw. Behördenpraxis wird in den folgenden Monaten und Jahren den Gegenstand weiterer rechtswissenschaftlicher Betrachtungen bilden.

⁸⁴ Online abrufbar unter: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1948550620934692> (zuletzt abgerufen am 10.3.2022), SPP 2020, 1111 (1112 f.); *Peters*, S. 305.

⁸⁵ Zu beachten ist das Verbot der Doppelbestrafung nach § 46 Abs. 3 StGB.

⁸⁶ *Ebert*, S. 81 ff. schlägt drei Kontraindikationen für eine Strafmilderung vor: Dem Täter ist eine kritische Prüfung der eigenen Überzeugung abzuverlangen, politisch motivierte Terrorakte sind ebenso wie eine besonders verwerfliche Tatbegehung auszuschließen. Diese Begrenzungen der Strafmilderung erscheinen nachvollziehbar.

⁸⁷ *Maier*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, § 46 Rn. 196 ff.

⁸⁸ Die Abschaffung der Einheitsfreiheitsstrafe ist nicht absehbar.

⁸⁹ BVerfGE 23, 127 (134).

⁹⁰ Vgl. Fn. 86. *Roxins* Begrenzung auf Fälle, in denen Grundrechte anderer maximal peripher betroffen sind (vgl. Fn. 69) bedarf es nicht, da es sich um einen Schuldspruch handelt und der Täter lediglich auf Strafzumessungsebene „privilegiert“ wird.

„Corona-Spaziergänge“ – versammlungsrechtliche Verbote in Gestalt der Allgemeinverfügung?

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel und
Ref. iur. Raphael Schorlemer*

Abstract

Im Zusammenhang mit den sog. „Corona-Spaziergängen“ sind verschiedene (versammlungs-)rechtliche Fragestellungen aufgeworfen, von denen zwei ausgewählte im Folgenden behandelt werden sollen. Da viele dieser Demonstrationen zuletzt nicht (mehr) angemeldet wurden, sind die Behörden vor allem im Süden Deutschlands dazu übergegangen, sie präventiv mittels einer Allgemeinverfügung zu verbieten. Dies gibt Anlass, die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens unter dem Blickwinkel der verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre zu beleuchten. Ferner soll, da seitens der Veranstalter und Teilnehmer*innen häufig behauptet wird, es handele sich bei den Protestmärschen nur um „Spaziergänge“, erörtert werden, ob sie als Versammlungen einzuordnen sind und ob ein entgegenstehender Wille der Veranstalter dieser rechtlichen Einordnung im Wege stehen kann.

In connection with the so-called “corona walks”, various questions relating to (assembly) law have been raised; two selected ones will be dealt with below. Since many of these demonstrations were not (or no longer) registered recently, the authorities, especially in southern Germany, have started to ban them preventively by means of a general decree. This provides an opportunity to examine the legality of such an approach from the perspective of the administrative law theory of forms of action. Furthermore, since the organizers and participants often claim that the protest marches are only “walks”, it should be discussed whether they should be classified as an assembly, and whether the organizers deviating legal classification can stand in the way.

I. Einleitung

In den zurückliegenden Monaten fanden in vielen deutschen Gemeinden vermehrt sog. „Corona-Spaziergänge“ und vergleichbare Protestaktionen statt, mit denen Kritik an den staatlichen Pandemie-Bekämpfungsmaßnahmen, häufig auch vehemente Ablehnung zum Ausdruck gebracht werden sollten.¹ Veranstalter und Teilnehmer*innen bestritten vielfach die Versammlungseigenschaft² dieser Veranstaltungen und behaupteten, es handele sich lediglich um gemeinsame, harmlose „Spaziergänge“.³ Oftmals kam es zu Verstößen gegen vorab erteilte behördliche Auflagen wie Anordnungen zum Abstandhalten und zum Tragen medizinischer Schutzmasken.⁴ Auch Gewalttätigkeiten gegenüber der Polizei und Vertretern der Presse blieben nicht aus.⁵ In jüngerer Zeit gaben sich die Initiatoren zur Vermeidung versammlungsrechtlicher Maßnahmen oftmals nicht als solche zu erkennen. Demgemäß blieben viele „Corona-Spaziergänge“ unangemeldet⁶ und die Benennung von Leitern und Ordnern aus. Dies erschwerte den betroffenen Kommunen und ihren Behörden die Erfüllung ihrer Gefahrenabwehraufgaben bei Versammlungen in erheblicher Weise. Ohne (greifbaren) Veranstalter und ohne vorherige Anmeldung ist es weitaus schwieriger, unter Umständen sogar unmöglich, Vorkehrungen wie das Vorhalten einer ausreichenden Zahl an Einsatzkräften zu treffen und gegebenenfalls notwendige beschränkende Verfügungen (z.B. hinsichtlich der Teilnehmerzahl, der Streckenführung oder einer stationären Durchführung der geplanten Veranstaltung) zu erlassen. Erfahren die Behörden erst dann von den „Spaziergängen“, wenn diese im Begriff sind, sich zu formieren oder bereits im Gange sind, sehen sie sich gezwungen, ad

* Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Leiter des Fachgebietes III.4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei, Münster. Raphael Schorlemer ist Rechtsreferendar am OLG Köln.

¹ Erhardt, Wann Kommunen gegen Corona-Spaziergänge vorgehen dürfen, KOMMUNAL, 12.1.2022, online abrufbar unter: <https://kommunal.de/corona-spaziergaenge-kommunen> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

² Spaziergänge, Demos, Aktionen: Die Corona-Proteste in Hamburg, Spiegel, 17.1.2022, online abrufbar unter: <https://youtu.be/PtVBIBVRYWA> ab Min. 3:13 (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

³ Magoley, Versammlungsrecht: Corona-Demos als „Spaziergänge“ getarnt, WDR, 5.1.2022, online abrufbar unter: <https://www1.wdr.de/nachrichten/landespolitik/spaziergaenge-versammlungsrecht-100.html> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); Spaziergänge, Demos, Aktionen: Die Corona-Proteste in Hamburg, Spiegel, 17.1.2022, online abrufbar unter: <https://youtu.be/PtVBIBVRYWA> ab Min. 1:51, 3:13 (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

⁴ Proteste gegen Pandemiemaßnahmen: „Die nutzen Corona für ihre Zwecke“, Spiegel, 26.1.2022, online abrufbar unter <https://youtu.be/Vwbt3maFPOk> ab Min. 6:49 (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

⁵ Burmeister, Corona-Leugner: Wie gefährlich werden die „Spaziergänge“ noch?, Hamburger MoPo, 5.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.mopo.de/news/politik-wirtschaft/wie-gefaehrlich-werden-die-spaziergaenge-noch> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); Magoley, Versammlungsrecht: Corona-Demos als „Spaziergänge“ getarnt“, WDR, 5.1.2022, online abrufbar unter: <https://www1.wdr.de/nachrichten/landespolitik/spaziergaenge-versammlungsrecht-100.html> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); Querdenker-„Spaziergänge“: Gilt hier das Versammlungsrecht? Berliner MoPo, 5.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.morgenpost.de/vermischtes/article234238881/corona-querdenker-spaziergaenge-versammlung-recht-polizei.html> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); Proteste gegen Corona-Politik: Neun Polizisten verletzt, NDR, 11.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/Proteste-gegen-Corona-Politik-Neun-Polizisten-verletzt,coronademo372.html> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

⁶ Wolski/Wolf, Gilt für „Corona-Spaziergänge“ das Versammlungsrecht?, BR, 22.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/gilt-fuer-corona-spaziergaenge-das-versammlungsrecht> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

hoc eine größere Anzahl von Einsatzkräften zu mobilisieren, was gerade in den späten Abendstunden zum Problem werden kann. Fehlt es an Versammlungsleitern und Ordnern, kann dies die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Teilnehmerschaft, deren Zahl in die Tausende gehen kann,⁷ erheblich beeinträchtigen.

Zur Bewältigung dieser Problematik hat man in den Ländern bisweilen auf allgemeinere Regelungsinstrumente wie Rechtsverordnungen zurückgegriffen.⁸ So wurde in Nordrhein-Westfalen die CoronaSchVO zu Beginn des Jahres dahingehend geändert, dass nur noch immunisierten oder getesteten Personen die Teilnahme an einer Versammlung im öffentlichen Raum gestattet ist, wenn diese im Freien stattfindet und mehr als 750 Teilnehmer hat (§ 4 Abs. 1 Nr. 1a CoronaSchVO NRW i.d.F. v. 11.1.2022). Demgegenüber sind einige Kommunen – vor allem im Süden der Republik – dazu übergegangen, solche Versammlungen präventiv mittels Allgemeinverfügung zu untersagen.⁹ Die Bandbreite der im Zusammenhang mit den Corona-Protesten vorkommenden Verbotsverfügungen ist groß. Manche erstrecken sich auf das gesamte Stadt-¹⁰ oder Kreisgebiet¹¹, andere beschränken sich auf bestimmte Areale.¹² Teilweise haben die Verbote ausschließlich nicht angemeldete Versammlungen zum Gegenstand,¹³ andere erfassen auch solche, die nicht behördlich bestätigt wurden.¹⁴ In zeitlicher Hinsicht bewegt sich die Geltungsdauer in einer Spannweite von einzelnen¹⁵ bis zu wenigen Tagen¹⁶ oder Wochen.¹⁷ Das Vorgehen mittels Allgemeinverfügung ist mit Blick auf die herausragende Bedeutung der Versammlungsfreiheit¹⁸ problematisch. Dementsprechend war die Rechtmäßigkeit solcher Verbotsverfügungen zuletzt Gegenstand zahlreicher (eile)gerichtlicher Auseinandersetzungen.¹⁹ Das *BVerfG* hat die Frage, ob eine Allgemeinverfügung verfassungsrechtlich zulässiges Mittel sein kann, um Versammlungen von prinzipiell unbestimmter Zahl präventiv zu verbieten, in einer

jüngst getroffenen Eilentscheidung²⁰ zwar aufgeworfen, ihre Beantwortung jedoch dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Dieser Befund soll zum Anlass genommen werden, aus dem komplexen Themenkreis der „Corona-Spaziergänge“ zwei ausgewählte Einzelfragen zu erörtern:

1. Liegt eine Versammlung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG auch dann vor, wenn diese Einordnung dem erklärten Willen des Veranstalters widerspricht (II.)?

2. Dürfen öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel mittels Allgemeinverfügung verboten werden (III.)?

II. Versammlungseigenschaft wider Willen?

Eine Versammlung ist nach dem verfassungsrechtlichen Versammlungsbegriff des *BVerfG*²¹ definiert als örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. Bei den „Corona-Spaziergängen“ handelt es sich – jedenfalls sofern kein absolut atypischer Fall vorliegt – um Versammlungen nach diesen Kriterien. Auch wenn keine Transparente oder andere Gegenstände mitgeführt werden und sich die Teilnehmer*innen schweigend bewegen, kommunizieren sie durch die bloße Teilnahme ihre Unterstützung des „Protestes“ als Veranstalteranliegen, das ihnen regelmäßig auch bekannt ist. Auch nonverbale Kommunikationsformen werden vom Versammlungsbegriff eingeschlossen.

Handelt es sich bei „Corona-Spaziergängen“ aber auch dann um eine Versammlung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 GG bzw. der Versammlungsgesetze, wenn diese Einordnung dem erklärten Willen der Veranstalter widerspricht? Die Versammlungsfreiheit vermittelt dem Grundrechtsträger das

⁷ Fürstenau, Corona-Protest: Von der Demo zum „Spaziergang“, DW, 4.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.dw.com/de/corona-protest-von-der-demo-zum-spaziergang/a-60328527> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); Grun/Bönte/Ballweg, Tausende protestieren in Bayern gegen Corona-Maßnahmen, BR, 9.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.br.de/nachrichten/bayern/tausende-in-bayern-demonstrieren-gegen-corona-massnahmen> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

⁸ Arzt, Versammlungsfreiheit unter Druck, VerfBlog, 12.1.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); Kaufmann/Sehl, „Corona-Spaziergänge“ kann man verbieten – oder nicht?, LTO, 10.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-spaziergaenge-versammlungsrecht-grundgesetz-allgemeinverfuegung-vg-duesseldorf-vg-neustadt-querdenker> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

⁹ Erhardt, Wann Kommunen gegen Corona-Spaziergänge vorgehen dürfen, KOMMUNAL, 12.1.2022, online abrufbar unter: <https://kommunal.de/corona-spaziergaenge-kommunen> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

¹⁰ Karlsruhe, AllgVfG v. 19.12.2021; Reutlingen, AllgVfG v. 3.1.2022; Koblenz, AllgVfG v. 13.1.2022, 2.2.2022; München, AllgVfG v. 30.12.2021, 21.1.2022.

¹¹ Südliche Weinstraße, AllgVfG v. 27.12.2021; Bad Kissingen, AllgVfG v. 29.12.2021.

¹² Stuttgart, AllgVfG v. 30.9.2021, 7.10.2021, 30.12.2021, 28.1.2022; Cottbus, AllgVfG v. 26.1.2022.

¹³ München, AllgVfG v. 30.12.2021, 21.1.2022; Freiburg i.B., AllgVfG v. 7.1.2022.

¹⁴ Stuttgart, AllgVfG v. 30.12.2021, 28.1.2022; Cottbus, AllgVfG v. 26.1.2022.

¹⁵ Stuttgart, AllgVfG v. 30.9.2021, 7.10.2021.

¹⁶ München, AllgVfG v. 30.12.2021.

¹⁷ Stuttgart, AllgVfG v. 30.12.2021, 28.1.2022; Reutlingen, AllgVfG v. 3.1.2022; Koblenz, AllgVfG v. 13.1.2022, 2.2.2022; Cottbus, AllgVfG v. 26.1.2022.

¹⁸ *BVerfG*, NVwZ 2021, 141 (142).

¹⁹ In chronologischer Reihenfolge: *VG Karlsruhe*, Beschl. v. 21.12.2021 – 3 K 4579/21, BeckRS 2021, 41288; *OVG Koblenz*, Beschl. v. 3.1.2022 – 7 B 10005/22; *OVG*, BeckRS 2022, 15; *VG Neustadt a.d.W.*, Beschl. v. 3.1.2022 – 5 L 1276/21; *NW*, BeckRS 2022, 2; *VG Stuttgart*, Beschl. v. 12.1.2022 – 1 K 80/22, BeckRS 2022, 168; *VG Koblenz*, Beschl. v. 14.1.2022 – 3 L 38/22.KO, BeckRS 2022, 367; *VG Karlsruhe*, Beschl. v. 17.1.2022 – 14 K 119/22, BeckRS 2022, 216; *VG München*, Beschl. v. 19.1.2022 – M 33 S 22.216, BeckRS 2022, 388; *VGH München*, Beschl. v. 19.1.2022 – 10 CS 22.162, BeckRS 2022, 921; *VG München*, Beschl. v. 20.1.2022 – M 33 S 22.192, BeckRS 2022, 394; *VG Freiburg*, Beschl. v. 24.1.2022 – 4 K 142/22, BeckRS 2022, 436; Beschl. v. 24.1.2022 – 4 K 158/22, BeckRS 2022, 459; Beschl. v. 24.1.2022 – 4 K 163/22, BeckRS 2022, 478; *VG München*, Beschl. v. 26.1.2022 – M 33 S 22.360, BeckRS 2022, 765; *VG Freiburg*, Beschl. v. 27.1.2022 – 8 K 165/22, BeckRS 2022, 752; *VG Karlsruhe*, Beschl. v. 27.1.2022 – 4 K 185/22, BeckRS 2022, 720; *VG Stuttgart*, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 K 371/22, BeckRS 2022, 747; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 4.2.2022 – 10 S 236/22, BeckRS 2022, 1441; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 10.2.2022 – OVG 1 S 16/22, BeckRS 2022, 1725.

²⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 31.1.2022 – 1 BvR 208/22, BeckRS 2022, 808 Rn. 7.

²¹ *BVerfG*, BVerfGE 104, 92 (104).

Recht, selbst darüber zu entscheiden, ob er eine Versammlung veranstalten möchte oder nicht. Darüber hinaus hat der Veranstalter das Recht, über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Versammlung zu entscheiden (sog. Selbstbestimmungsrecht),²² ferner auch über ihre „Rahmenbedingungen“, sofern diese einen hinreichenden Versammlungsbezug aufweisen (z. B. Aufstellen von Informationsständen, Verpflegungsstellen etc.).

Ein weitergehendes Recht, bei (objektivem) Vorliegen der Versammlungseigenschaft (abweichend) über deren rechtliche Einordnung bestimmen zu können, erkennt das *BVerfG* dagegen nicht an.²³ Ist nach der Begriffsbestimmung eine Versammlung gegeben, kommt es nicht darauf an, wie die Beteiligten – sei es der Veranstalter, seien es die Teilnehmer*innen – ihr Verhalten selbst bewerten. Die abschließende Einordnung und Entscheidung über den Versammlungscharakter steht nicht ihnen, sondern den dazu berufenen Gerichten zu.²⁴ Dies ist sachgerecht, da dem Veranstalter schon jegliches schutzwürdige Interesse daran fehlt, über die Folgen, die die Rechtsordnung an das Vorliegen einer Versammlung knüpft, nach freiem Willen disponieren zu können.

Wie problematisch die Anerkennung eines solchen „Gestaltungsrechts“ des Veranstalters oder gar der Teilnehmer*innen wäre (bei denen zudem die Ermittlung ihrer Sichtweise tatsächlich kaum zu bewältigen und die Frage von hinreichenden „Einschätzungsquoten“ problematisch ist), kann anhand einer Gegenüberstellung der unterschiedlichen Sanktionsregime verdeutlicht werden. So schreibt § 14 VersG vor, dass derjenige, der die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel zu veranstalten, diesen Umstand spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe gegenüber der zuständigen Behörde anzuzeigen hat. Wer die Versammlung unter Verstoß gegen diese Pflicht durchführt, macht sich nach § 26 Nr. 2 VersG strafbar. Demgegenüber unterfallen stehende und sich fortbewegende Gruppen von Menschen mit gemeinsamer Zielsetzung, sollte die Zusammenkunft im öffentlichen Raum stattfinden, zunächst nur dem Straßen- und Wegerecht der Länder sowie der Straßenverkehrsordnung. Ihr Verhalten stellt entweder einen zulassungs- und anmeldefreien Gemeingebrauch (so etwa der Spaziergang auf den dafür vorgesehenen Gehwegen) oder eine in der Regel erlaubnis- und nicht selten gebührenpflichtige Sondernutzung (z.B. beim Aufstellen von Gegenständen wie Lautsprechern oder beim Aufbau einer Bühne) dar. Wird die erforderliche Sondernutzungserlaubnis nicht eingeholt, ist dies grundsätzlich nur als Ordnungswidrigkeit zu ahnden (s. z.B. § 59 Abs. 1 Nr. 1 StrWG NRW). Selbst eine nach § 25 Abs. 1 S. 1, 2 StVO verbotene Nutzung der Fahrbahn ist – wenn damit kein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315b StGB) und keine Nötigung (§ 240 StGB) in Sinne der „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ einhergehen – gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 24 lit. a StVO lediglich eine Ordnungswidrigkeit. Stünde die Versammlungseigenschaft zur Disposition des Veranstalters,

bestünde ein erheblicher Anreiz, das Anmeldeerfordernis auszuhebeln und so die eigene Strafbarkeit zu unterlaufen. Nicht anders verhält es sich mit anderen versammlungsspezifischen Strafvorschriften wie § 27 Abs. 1 (Mitführen gefährlicher Gegenstände), § 27 Abs. 2 Nr. 2 (Vermummung) und § 28 (Uniformierung) VersG. Diese verlören im Falle der Anerkennung einer Dispositionsbefugnis des Veranstalters jegliche Bedeutung. Außerdem wäre zu klären, wie, gegenüber wem und bis wann dieser sein Gestaltungsrecht auszuüben hätte und ob er an die einmal getroffene Entscheidung gebunden wäre. Dessen Anerkennung wäre daher auch mit einem nicht hinnehmbaren Maß an Rechtsunsicherheit verbunden.

Auch ein Vergleich mit anderen Grundrechten wie etwa der Kunstfreiheit lässt keine andere Beurteilung zu. Derjenige, der kundtut, er wolle sein Werk nicht als Kunst verstanden und behandelt wissen, „verzichtet“ damit allenfalls auf den besonderen Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG. Seine Entscheidung – jene Wirkung einmal unterstellt – geht indes nicht mit einer Beeinträchtigung von Interessen der Allgemeinheit einher. Soweit durch sie die Rechtsposition eines Dritten, der Rechte an dem Werk innehat, dergestalt geschwächt werden würde, dass jenem eine erfolgreiche Berufung auf die Kunstfreiheit verwehrt bliebe, lässt sich daraus nichts für die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts des Veranstalters einer Versammlung ableiten. Darüber hinaus ist schon nicht ausgemacht, dass der entgegenstehende Wille des Werkschaffenden der Einordnung als Kunstwerk zwingend im Wege steht.²⁵ Vielmehr wird gemeinhin angenommen, dessen Willen komme nur eine indizielle Bedeutung zu.²⁶

Mithin steht dem Veranstalter nur das Recht zu, über das „Ob“ des Abhaltens der Versammlung zu bestimmen, nicht aber über die Versammlungseigenschaft und damit die „Aktivierung“ des Grundrechtsschutzes aus Art. 8 Abs. 1 GG sowie des einfachgesetzlichen Versammlungsrechtsregimes. Dementsprechend kann bei einem objektiven Vorliegen dieser Eigenschaft nach den Kriterien der Rechtsprechung auch nicht von einem „aufgedrängten Grundrechtsschutz“ gesprochen werden – die Einordnung als Versammlung generiert nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten und „Verpflichtbarkeiten“ des Veranstalters und der Teilnehmer*innen. Geht man davon aus, dass der Veranstalter auf sein Grundrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG verzichten kann, muss der Grundrechtsschutz dieser Vorschrift für die Teilnehmer*innen von einer solchen Entscheidung gleichwohl unberührt bleiben; dies gälte etwa auch bei einer Verwirkung der Versammlungsfreiheit nach Art. 18 Abs. 1 GG. Seinen versammlungsrechtlichen Pflichten kann der Veranstalter sich damit nicht entziehen. Selbst wenn dieser und (alle) Teilnehmer*innen trotz des Vorliegens der Versammlungsvoraussetzungen eine Veranstaltung nicht als Versammlung qualifizieren, handelt es sich rechtlich um eine solche. Sie büßt diese Eigenschaft nur und erst dann ein, wenn der Veranstalter ihre Konzeption so umstellt, dass die Voraussetzungen nicht

²² BVerfGE 69, 315 (343).

²³ BVerfG, NJW 2001, 2459 (2461).

²⁴ BVerfG, NJW 2001, 2459 (2461).

²⁵ Vgl. BVerfG, NJW 1966, 2374 (2377).

²⁶ Bethge, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 5 Rn. 184; Kempen, in: BeckOK-GG, 49. Ed., Art. 5 Rn. 164; Wendt, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. (2021), Art. 5 Rn. 142 f.; Kobar, JuS 2006, 593 (594).

(mehr) erfüllt sind. Die Rechtsordnung knüpft an die Eröffnung verschiedener grundrechtlicher Schutzbereiche Rechtsfolgen, die für den Grundrechtsträger nicht einseitig disponibel sind. Der Versuch einer „Deaktivierung“ der Abwehrfunktion eines Grundrechts durch Erklärung gegenüber dem Hoheitsträger entbindet den Inhaber des Grundrechts nicht von den Pflichten, die sich aus dessen faktischer Wahrnehmung ergeben.

III. Versammlungsverbot per Allgemeinverfügung?

Ob Versammlungen unter freiem Himmel auch mittels Allgemeinverfügung verboten werden dürfen oder ob es stets einer auf den Einzelfall abgestimmten Anordnung bedarf, ist nicht erst seit der Corona-Pandemie und nicht nur in diesem Kontext von Bedeutung. Solche „generellen“ Verbotsverfügungen gab es schon zuvor, z.B. im Zusammenhang mit Protesten gegen Castor-Transporte in den 2000ern²⁷ und anlässlich des G 20-Gipfels im Jahr 2017 in Hamburg²⁸. In Rechtsprechung²⁹ und Literatur³⁰ wird dieses Vorgehen mehrheitlich – in der Regel ohne nähere Begründung – für rechtlich zulässig erachtet. Nur vereinzelt stößt es auf Kritik.³¹ Das *BVerfG* hat diese Verfahrensweise in der Vergangenheit nicht beanstandet³² und erstmals in seiner Eilentscheidung vom 31. Januar 2022³³ infrage gestellt. Eine systematische Aufbereitung der Problematik erscheint also als lohnend.

1. Allgemeinverfügung

§ 35 S. 2 der LVwVfG knüpft inhaltlich an S. 1 an und definiert die Allgemeinverfügung – in der hier relevanten ersten Variante³⁴ – als Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet; im Kontext eines Versammlungsverbots also an alle potenziellen Veranstalter und Teilnehmer*innen, die sich aus einem bestimmten Anlass zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Bereich versammeln wollen.³⁵ Der Erlass einer Allgemeinverfügung bietet sich insbesondere an, wenn ein bestimmter

Verantwortlicher nicht feststellbar ist.³⁶

2. Handlungsformverbot

Der Nutzung dieses Mittels könnte allerdings ein öffentlich-rechtliches Handlungsformverbot grundsätzlich entgegenstehen. Solche Verbote untersagen es der Verwaltung, bestimmte Lebenssachverhalte in einer bestimmten Form (z.B. durch öffentlich-rechtlichen Vertrag) zu regeln. Sie sind teilweise ausdrücklich (so z.B. in § 2 Abs. 2 BBesG), teilweise implizit, in Form von sog. Handlungsformgeboten (z.B. § 10 Abs. 2 S. 1 BBG, § 1 Abs. 3 S. 2 BauGB oder § 16 S. 1 StAG), im Gesetz verankert. Dort, wo eine unmissverständliche Untersagung fehlt, kann sich ein Verbot im Wege der bereichsspezifischen Auslegung ermitteln lassen oder aus der Unvereinbarkeit der Handlungsform mit höherrangigem Recht (z.B. dem Grundgesetz) ergeben.³⁷

a) Handlungsformverbot aus dem Versammlungsgesetz

Ein ausdrückliches Verbot, Versammlungen unter freiem Himmel mittels Allgemeinverfügung zu verbieten, sieht das Versammlungsgesetz des Bundes (auf das sich die Betrachtungen hier konzentrieren sollen) nicht vor.³⁸ Möglicherweise lässt sich ein solches indes im Wege der Auslegung ermitteln. Dabei soll die Annahme zugrunde gelegt werden, bei einem Handlungsformverbot handele es sich um eine begründungsbedürftige Ausnahme, was mit Rücksicht auf den im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz der behördlichen Wahlfreiheit hinsichtlich der Handlungsform auch gerechtfertigt erscheint.

Der Wortlaut des § 15 Abs. 1 VersG stützt die Annahme eines Handlungsformverbots nicht ausdrücklich, schließt ein solches aber auch nicht aus. Dort heißt es, die „zuständige Behörde kann die Versammlung [...] verbieten, ...“. *Wie* dieses Verbot auszusprechen ist, darüber schweigt sich die Norm aus. Die Verwendung des Singulars („Versammlung“) statt des Plurals und des bestimmten Artikels

²⁷ S. z.B. *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 6.11.2004 – 11 ME 322/04, BeckRS 2004, 25483.

²⁸ *OVG Hamburg*, Beschl. v. 3.7.2017 – 4 Bs 142/17, juris Rn. 19 ff.

²⁹ *BVerwG*, Beschl. v. 8.6.2017 – 6 B 62.16, BeckRS 2017, 114628 Rn. 18; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 6.11.2004 – 11 ME 322/04, BeckRS 2004, 25483; *OVG Greifswald*, NordÖR 2007, 290 (291); *VGH Mannheim*, Urt. v. 6.11.2013 – 1 S 1640/12, BeckRS 2013, 58560 (nur bei polizeilichem Notstand); *OVG Hamburg*, Beschl. v. 3.7.2017 – 4 Bs 142/17, juris Rn. 19 ff.; *VG Lüneburg*, Beschl. v. 3.11.2004 – 3 B 66/04, BeckRS 2004, 25385 Rn. 22 (nur bei polizeilichem Notstand); *VG Karlsruhe*, Beschl. v. 14.2.2011 – 3 K 388/11, BeckRS 2011, 47230 (ausdrücklich nicht nur bei polizeilichem Notstand); i.Ü. s. Fn. 18.

³⁰ *Barczak*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersR, 2. Aufl. (2020), § 15 VersG Rn. 367 f.; *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, 18. Aufl. (2019), § 15 Rn. 2.

³¹ *Kießling*, in: Lisken/Denninger, PolR-HdB, 7. Aufl. (2021), I Rn. 157 auf „absolute“ Versammlungsverbote bezogen; *Arzt*, Versammlungsfreiheit unter Druck, VerfBlog, 12.01.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck/> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); *Gutmann/Kohlmeier*, Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog, 8.4.2020, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-corona-konform> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022); *Kingreen*, What ever it Takes? Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona“ VerfBlog, 20.3.2020, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

³² *BVerfGE* 69, 315; NJW 2007, 2167 (2169).

³³ *BVerfG*, Beschl. v. 31.1.2022 – 1 BvR 208/22, BeckRS 2022, 808 Rn. 7.

³⁴ Vgl. *OVG Greifswald*, NordÖR 2007, 290 (291); *Barczak*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersR, 2. Aufl. (2020), § 15 VersG Rn. 367.

³⁵ *VGH Mannheim*, Urt. v. 6.11.2013 – 1 S 1640/12, BeckRS 2013, 58560; *OVG Hamburg*, Beschl. v. 3.7.2017 – 4 Bs 142/17, juris Rn. 22.

³⁶ *BVerwG*, Beschl. v. 8.6.2017 – 6 B 62.16, BeckRS 2017, 114628 Rn. 18.

³⁷ Vgl. *Brüning/Bosesky*, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. (2019), § 54 VwVfG Rn. 159 zum Verbot, bestimmte Sachverhalte zum Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zu machen.

³⁸ Gleiches gilt für die Versammlungsgesetze derjenigen Bundesländer, die bisher von ihrer Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Versammlungsrechts Gebrauch gemacht haben.

„die“ gebietet die Annahme eines Handlungsformverbots jedenfalls nicht. Es erscheint zwar naheliegend, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm den Erlass einer einzelfallbezogenen Verfügung vor Augen hatte. Allerdings entspricht die Verwendung der Singularform regelungstechnisch dem üblichen gesetzgeberischen Vorgehen. Überdies fehlen – betrachtet man das Problem allein unter sprachlichen Gesichtspunkten – jegliche Anhaltspunkte dafür, dass gerade dieser Fassung eine bewusste, handlungsformbezogene Eingrenzungsfunktion innewohnen soll. Insofern wird die Wortlautgrenze auch nicht überschritten, wenn man die Norm als Rechtsgrundlage für ein Verbot einer unbestimmten Vielzahl von – zum Teil noch nicht einmal geplanten – Versammlungen heranzieht. Soweit in § 15 Abs. 2 VersG von „eine(r) Versammlung“ die Rede ist, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, hiermit sei eine Beschränkung auf die Einzelverfügung verbunden. Bei dem Wort „eine“ könnte es sich zwar um das entsprechende Zahlwort handeln; es liegt aber näher, darin den unbestimmten Artikel zu sehen.

Dass sich das Anmeldeerfordernis des § 14 VersG erkennbar auf die einzelne Versammlung bezieht, vermag die Annahme eines Handlungsformverbots nicht zu stützen. Denn die ordnungsgemäße Anmeldung versetzt die zuständige Behörde erst in die Lage, Vorkehrungen zur Ermöglichung und zum Schutz der jeweiligen Versammlung zu treffen und deren reibungslosen Ablauf zu gewährleisten.³⁹ Der Bezug auf eine und jede einzelne Versammlung liegt in der Natur der Anmeldepflicht, welche andernfalls jeglichen Sinn verlöre.

Weiteren Aufschluss kann eine Gegenüberstellung mit § 5 VersG geben, der Verbotsermächtigung bezüglich öffentlicher Versammlungen in geschlossenen Räumen. Dort heißt es, die „Abhaltung einer Versammlung kann nur im Einzelfall [...] verboten werden, ...“. Auch im Übrigen ist die Vorschrift auf die einzelne Versammlung zugeschnitten, indem ihre Verbotstatbestände allesamt an einen feststehenden bzw. konkret erwartbaren Personenkreis anknüpfen. Im Umkehrschluss – so ließe sich argumentieren – müsse es den Behörden bei § 15 Abs. 1 VersG gestattet sein, ein Verbot auch über den Einzelfall, also den *einen Fall* hinaus auszusprechen. Dies ist – von förmlichen und materiellen Gesetzen abgesehen – nur noch in Form einer Allgemeinverfügung denkbar. Es stellt sich die Frage, welchen Sinn dieses Tatbestandsmerkmal in § 5 VersG haben sollte, wenn nicht die Konstituierung eines Handlungsformverbots. Allerdings verlangt der Begriff „Einzelfall“ nicht zwingend eine konkret-individuelle Regelung im Sinne eines Einzelverwaltungsakts nach § 35 S. 1 LVwVfG. Ein solcher liegt – zumindest nach heutigem Verständnis – bereits dann vor, wenn allein der Regelungsgegenstand konkret ist.⁴⁰ Im Übrigen könnte es sich

bei der Wendung „im Einzelfall“ auch um eine rein deklaratorische Hervorhebung handeln.

Ob sich aus der Entstehungs- und Änderungshistorie des Versammlungsgesetzes Erhellendes ergeben kann, erscheint vor dem Hintergrund fraglich, dass die Handlungsformproblematik im Kontext des Versammlungsverbots erst in jüngerer Zeit thematisiert wurde. Die ursprüngliche Fassung des VersG vom 24. Juli 1953⁴¹ beruhte im Wesentlichen auf der Regierungsvorlage vom 26. Juni 1950.⁴² § 5 des VersG 1953 und damit auch die Wendung, „Die Abhaltung einer Versammlung kann nur im Einzelfall [...] verboten werden, ...“, geht allerdings auf den Vorschlag des Ausschusses zum Schutz der Verfassung (5. Ausschuss) vom 19. Oktober 1951 zurück.⁴³ Der Wortlaut des § 15 Abs. 1 VersG 1953, „Die zuständige Behörde kann die Versammlung [...] verbieten ...“, entsprach dagegen insoweit bereits der Regierungsvorlage, die seitens des 5. Ausschusses im Übrigen nur sprachlich angepasst wurde.⁴⁴ Mangels Vorlagebegründung kann der Wille des historischen Gesetzgebers nur anhand der Plenarprotokolle ermittelt werden.⁴⁵ Hinweise darauf, welche Intention mit der Wendung „nur im Einzelfall“ verbunden war und warum man bei § 15 Abs. 1 VersG auf diese verzichtet hat, enthalten diese nicht. Auch sonst lassen sie nicht erkennen, dass sich die am Entstehungsprozess des Gesetzes Beteiligten mit der Frage der Handlungsform überhaupt beschäftigt haben. Soweit es seitens des Berichterstatters des 5. Ausschusses hieß, ein Verbot nach § 15 VersG 1953 könne auch unter dem Gesichtspunkt des polizeilichen Notstands⁴⁶ oder aus veterinärpolizeilichen Gründen (z.B. bei Tierseuchen) erfolgen,⁴⁷ könnte dies zwar darauf hindeuten, dass dem historischen Gesetzgeber hierbei Sachverhalte vorschwebten, bei denen ein konkret-generelles Versammlungsverbot erforderlich sein könnte. Letztlich bleibt dies jedoch spekulativ. Die Änderungsgeschichte, die das Versammlungsgesetz seitdem durchlaufen hat,⁴⁸ lässt ebenfalls keine Schlüsse für die Handlungsformproblematik zu. Die Anpassung des § 15 Abs. 1 VersG durch das Änderungsgesetz vom 25. September 1978⁴⁹ war laut Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses⁵⁰ keine solche inhaltlicher Art. Es sollte lediglich klargestellt werden, dass für die Gefahrenprognose der Erlasszeitpunkt maßgeblich ist⁵¹. Durch Auslegung des Versammlungsgesetzes lässt sich ein Handlungsformverbot nach alledem nicht begründen.

b) Handlungsformverbot aus dem Grundgesetz

Es könnte aber unmittelbar aus dem Grundgesetz herzuweisen sein. Dabei sind die spezifischen Anforderungen an die Gefahrenprognose, die sich aus der Bedeutung der Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG ergeben, so-

³⁹ *Lembke*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersR, 2. Aufl. (2020), § 14 VersG Rn. 8.

⁴⁰ Vgl. *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. (2018), § 35 Rn. 206 ff. zum BVwVfG.

⁴¹ BGBl. I 684.

⁴² BT-Drs. 1/1102.

⁴³ BT-Drs. 1/2759, § 3 a.

⁴⁴ BT-Drs. 1/2759, § 15.

⁴⁵ Die Ausschussprotokolle, sollten sie (noch) existieren, liegen den Verf. nicht vor.

⁴⁶ *Becker*, BT-Prot. 1/220, 9735.

⁴⁷ *Becker*, BT-Prot. 1/220, 9736.

⁴⁸ Im Einzelnen: *Breitbach*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersR, 2. Aufl. (2020), Geschichtliche Grundlegung, Kap. 9 Rn. 9 ff.

⁴⁹ BGBl. I 1789.

⁵⁰ BT-Drs. 8/1845, S. 10 f.

⁵¹ A.a.O.

wie die allgemeinen Beschränkungen für Grundrechtseingriffe wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) in den Blick zu nehmen.

aa) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gefahrenprognose

Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet allen Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung und ohne Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Versammlungen unter freiem Himmel unterliegen dem Einschränkungsvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG. Bei einem Verbot in Form einer Allgemeinverfügung handelt es sich – wenn man § 15 VersG als Ermächtigungsgrundlage heranzieht – um eine Beschränkung „aufgrund eines Gesetzes“. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* dürfen Versammlungsverbote nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen.⁵² Ein wichtiges Gemeinschaftsgut stellt die öffentliche Sicherheit dar, die den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen umfasst.⁵³

Im Hinblick auf die versammlungsrechtliche Gefahrenprognose gelten aufgrund der besonderen Bedeutung der Verfassungsnorm strenge Anforderungen.⁵⁴ Das in § 15 Abs. 1 VersG enthaltene Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Gefährdung erfordert eine konkrete Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden rechtlich geschützten Interessen führt.⁵⁵ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Gefährdungslage ist der des Erlasses (§ 15 Abs. 1 VersG).⁵⁶ Die Wahrscheinlichkeitsprognose muss dabei auf konkreten und nachvollziehbaren Tatsachen gründen.⁵⁷ Bloße Verdachtsmomente und Vermutungen taugen als Prognosebasis nicht.⁵⁸ Vorkommnisse bei vorausgegangenen Versammlungen können, soweit aufgrund von Thema, Ort, Zeit sowie des Beteiligtenkreises Ähnlichkeiten bestehen, als Indizien herangezogen werden.⁵⁹ Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Gefahrenlage trägt die Behörde.⁶⁰ Einen Beurteilungsspielraum hat sie nicht.⁶¹

Diese Grundsätze gelten nicht nur für Versammlungsverbote, die mittels Einzelanordnung erlassen werden sollen, sondern gleichermaßen für solche in Form der Allgemeinverfügung.⁶² Erfasst letztere (auch) Versammlungen, die bei Erlass noch nicht einmal geplant sind, muss sich die

Gefahrenprognose auch auf diese erstrecken. Dass dabei das Risiko von Fehleinschätzungen steigt, liegt auf der Hand. Dies kann aber allenfalls gegen die Zweckmäßigkeit dieses Vorgehens sprechen, nicht aber gegen die rechtliche Zulässigkeit der Allgemeinverfügung als Verbotsmittels an sich.

Dass die Verwaltung den solchermaßen konturierten verfassungsrechtlichen Anforderungen durchaus gerecht werden kann, soll hier exemplarisch an der von der Stadt München erlassenen Allgemeinverfügung vom 21. Januar 2022 verdeutlicht werden. Diese untersagte am 24. und am 26. Januar 2022 im gesamten Stadtgebiet München jeweils ganztägig alle Versammlungen und Aufzüge im Zusammenhang mit Protesten gegen Corona-Maßnahmen, sofern die Anzeige- und Mitteilungspflicht nach Art. 13 BayVersG nicht eingehalten wurde.⁶³ Das intern zuständige Kreisverwaltungsreferat stützte diese Maßnahme auf konkrete und nachprüfbar Erkenntnisse, die sie in der Zeit zwischen dem 1. Dezember 2021 und dem 19. Januar 2022 zu den „Corona-Spaziergängen“ und anderen, thematisch ähnlich gelagerten Protestveranstaltungen sowie der Teilnehmerschaft gewonnen hatte.⁶⁴ Laut Begründung kam es ausgehend von den Teilnehmern wiederholt zu Schäden an gewichtigen Individualrechtsgütern in Form von Straftaten wie Beleidigungen und Körperverletzungen gegenüber Polizisten, teils auch gegenüber Passanten. Daneben wurden infektionsschutzrechtliche Auflagen wie Masken- und Abstandsgebote durch große Teile der Teilnehmerschaft nicht eingehalten. Später war man vor allem darum bemüht, missliebige Beschränkungen durch die Nicht-Anzeige der Versammlungen zu umgehen. Insbesondere letzteres kann ausreichen, um eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu begründen.⁶⁵ Weil im Internet, insbesondere über den Internet-Messenger-Dienst „Telegram“, zur Teilnahme aufgerufen wurde und sich die Proteste an den jeweiligen Wochentagen bereits etabliert hatten, war für den 24. und den 26. Januar 2022 davon auszugehen, dass im Münchener Stadtgebiet wieder Versammlungen unter Verstoß gegen die Anmeldepflicht stattfinden würden. Ferner war aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass es dort abermals zu den erwarteten Verletzungen elementarer Rechtsgüter kommen werde. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Gefahrenprognose schließen damit die Handlungsform der Allgemeinverfügung nicht per se aus.

bb) Verhältnismäßigkeit

Im Vergleich mit einer Einzelverfügung kann aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einem Handlungsformverbot führen. Dieser ist gewahrt, wenn mit der Maß-

⁵² BVerfGE 69, 315 (354).

⁵³ BVerfGE 69, 315 (352).

⁵⁴ BVerfGE 69, 315 (354).

⁵⁵ BVerfGE, NVwZ 1998, 834 (835); NVwZ 2008, 671 (672).

⁵⁶ BVerfGE, Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, BeckRS 2010, 49725 Rn. 16.

⁵⁷ BVerfGE 69, 315 (354 f.); Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, BeckRS 2010, 49725 Rn. 16.

⁵⁸ BVerfGE 69, 315 (354).

⁵⁹ Vgl. BVerfGE, Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, BeckRS 2010, 49725 Rn. 16; NJW 2010, 141 (143 Rn. 13).

⁶⁰ BVerfGE, NJW 2010, 141 (142 Rn. 13); Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, BeckRS 2010, 49725 Rn. 18.

⁶¹ OVG Münster, Beschl. v. 23.11.2010 – 5 A 2288/09, juris Rn. 8.

⁶² Der bereits zitierte „Brokdorf-Beschluss“ hatte eine solche zum Gegenstand – Erhöhte Anforderungen an die Prognose stellt VG Karlsruhe, Beschl. v. 17.1.2022 – 14 K 119/22; dazu Ullrich, NVwZ 2022, 271 f.

⁶³ München, AllgVfg v. 21.1.2022, S. 1.

⁶⁴ München, AllgVfg v. 21.1.2022, S. 3-10.

⁶⁵ VGH Mannheim, Beschl. v. 4.2.2022 – 10 S 236/22, BeckRS 2022, 1441 Rn. 11.

nahme ein legitimer Zweck verfolgt wird und das eingesetzte Mittel zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁶⁶ Die Zwecke, die die Versammlungsbehörde mit dem Erlass der Allgemeinverfügung verfolgt, unterscheiden sich allerdings regelmäßig nicht von denen, die mit einem Einzelverbot angestrebt werden. Diejenige der Stadt München diene z.B. dazu, durch eine Verringerung des Infektionsrisikos Leib und Leben zu schützen sowie eine Überlastung des Münchener Gesundheitssystems zu verhindern,⁶⁷ aber auch nicht infektionsschutzbezogene erhebliche Gefährdungen abzuwenden, und damit einem legitimen Zweck.

Das eingesetzte Mittel muss überdies geeignet sein, den erstrebten Vorteil zu erreichen, wobei es genügt, wenn dieser zumindest gefördert wird.⁶⁸ Bezogen auf das Münchener Verbot reicht also dessen Eignung, möglichen Ansteckungen vorzubeugen und dadurch die Ausbreitung des Coronavirus zu verlangsamen sowie die Hospitalisierungsrate nicht ansteigen zu lassen. Auch insoweit ergeben sich in der Regel keine Unterschiede zur Einzelverfügung.

Erforderlichkeit ist gegeben, wenn kein mildereres, gleich wirksames Mittel zur Wahl steht, um den bezweckten Vorteil zu erreichen.⁶⁹ Dabei lassen sich die beiden folgenden Konstellationen unterscheiden: 1. Durch die Allgemeinverfügung werden Versammlungen verboten, von deren Planung die Behörde im Erlasszeitpunkt sicher weiß. In diesem Fall stellt der Erlass von Einzelverfügungen jedenfalls dann kein gleich geeignetes Mittel dar, wenn die Veranstalter unbekannt und auch mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln nicht zu ermitteln sind. 2. Die Verfügung erstreckt sich (auch) auf solche Versammlungen, die bei Erlass noch nicht geplant sind und/oder von deren Planung die Versammlungsbehörde konkret nichts weiß, obwohl sie mit der erforderlichen Sicherheit davon ausgeht (und ausgehen darf), dass entsprechende Versammlungen im Verbotszeitraum stattfinden werden. Bei diesen Fallgestaltungen scheidet der Erlass von Einzelverfügungen von vornherein aus, so dass die Behörde keine Wahl zwischen verschiedenen Mitteln hat. Soweit man in einem bloßen Abwarten ein mildereres Mittel sehen wollte, wäre dies jedenfalls nicht in gleicher Weise geeignet.

Schließlich dürfen die angestrebten Vorteile nicht außer Verhältnis zu den bewirkten Nachteilen stehen.⁷⁰ Dazu müssen – auch unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren⁷¹ – die einfachgesetzlichen Unterschiede zwischen Einzel- und Allgemeinverfügung und die daraus möglicherweise resultierenden Nachteile für die Betroffenen im behördlichen und gerichtlichen Verfahren untersucht und gegen die bezweckten Vorteile abgewogen werden.

Die Allgemeinverfügung ist ein Sonderfall des Verwaltungsakts,⁷² so dass grundsätzlich alle für diesen geltenden Vorschriften Anwendung finden.⁷³ Abweichungen ergeben sich insbesondere in Bezug auf Anhörung und Bekanntgabe.⁷⁴ Nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen ist den Beteiligten vor Erlass eines sie belastenden Verwaltungsakts Gelegenheit zu geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern (s. z.B. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG, § 28 Abs. 1 VwVfG BW bzw. NRW). Dieses Anhörungsrecht besteht grundsätzlich auch vor Ausspruch eines Versammlungsverbots⁷⁵ und wird nicht nur einfachgesetzlich gewährt, sondern als Element eines rechtsstaatlichen und fairen Verfahrens angesehen.⁷⁶ Von der Anhörung kann im Einzelfall abgesehen werden, insbesondere bei Gefahr im Verzug oder wenn die Behörde eine Allgemeinverfügung erlassen will (z.B. § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 1 VwVfG BW bzw. NRW). Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar: So kann es sein, dass es bei Erlass des Verbots (noch) niemanden gibt, der im Verbotszeitraum eine Versammlung veranstalten will. Ferner kann es (daneben) bereits Veranstaltungswillige geben oder solche Personen, die ihre Absicht, eine Versammlung durchzuführen, bereits gegenüber der Behörde kundgetan haben. Zumindest für die beiden letztgenannten Gruppen stellt sich das Vorgehen mittels Allgemeinverfügung als Verschlechterung ihrer verfahrensrechtlichen Position dar. Allerdings besteht die Anhörungspflicht auch bei der Einzelverbotsverfügung regelmäßig nur, wenn die Behörde rechtzeitig vor Durchführung der Versammlung von der Person des Veranstalters und dessen Absicht Kenntnis erlangt, sei es aufgrund einer vorherigen Anmeldung oder in sonstiger Weise (z.B. durch polizeiliche Ermittlungen oder Hinweise Dritter). Bleibt der Veranstalter bewusst im Verborgenen oder meldet er die Versammlung gezielt nicht an, muss er sich den Verlust der Anhörungsmöglichkeit selbst zurechnen lassen. Die unterbliebene Anhörung stellt dann keinen Verfahrensfehler seitens der Behörde dar. Hat die Allgemeinverfügung solche Versammlungen zum Gegenstand, bei denen der Verlust der vorherigen Anhörungsmöglichkeit auf ein Verhalten des Veranstalters zurückzuführen ist, kann diesem Aspekt aber gerade kein Gewicht zukommen. Dies zeigt deutlich, dass die Probleme nicht an der Handlungsform an sich haften. Sie ergeben sich vielmehr aus dem konkreten Verhalten der Veranstalter selbst. Das Erfordernis einer vorherigen Anhörung kann auch nicht zum unverzichtbaren rechtsstaatlichen Mindeststandard des Verwaltungsverfahrens gezählt werden. Denn selbst wenn ihr Unterbleiben den Behörden anzulasten ist, kann sie bis zur letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt und der Mangel damit geheilt werden (z.B. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG NRW). Die abstrakte Schlechterstellung durch die einfachgesetzlich vorgesehene Möglichkeit, von einer Anhörung abzuse-

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 109, 279 (335 ff.); 120, 274 (318 f.).

⁶⁷ München, AllgVfG v. 21.1.2022, 22.

⁶⁸ Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Bd. 2, Art. 20 Rn. 314.

⁶⁹ Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Bd. 2, Art. 20 Rn. 314.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 50, 217 (227).

⁷¹ BVerfGE 69, 315 (355).

⁷² Windoffer, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. (2019), § 35 Rn. 127.

⁷³ Windoffer, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. (2019), § 35 Rn. 129.

⁷⁴ Windoffer, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. (2019), § 35 Rn. 129.

⁷⁵ Barczak, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersR, 2. Aufl. (2020), § 15 VersG Rn. 343.

⁷⁶ Engel/Pfau, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. (2019), VwVfG § 28 Rn. 17 f. unter Berufung auf BVerfGE 101, 397 (405).

hen, kann ein Handlungsformverbot unter dem Gesichtspunkt eines rechtsstaatlichen und fairen Verwaltungsverfahrens daher nicht begründen und auch im Rahmen der gebotenen Abwägung nicht den Ausschlag geben.

Ein weiterer Nachteil kann in der im Verhältnis zum Einzelverwaltungsakt weiterreichenden Möglichkeit der öffentlichen Bekanntgabe liegen, wie sie die Verwaltungsverfahrensgesetze vorsehen (z.B. Art. 41 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 3, 4 BayVwVfG oder § 41 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 3, 4 VwVfG NRW bzw. BW). Eine Allgemeinverfügung darf nach diesen Bestimmungen öffentlich bekannt gegeben werden (z.B. im Amtsblatt der Gemeinde), wenn eine individuelle Bekanntmachung an die Beteiligten untunlich ist, also aufgrund der Natur des fraglichen Verwaltungsakts nicht möglich oder mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, etwa weil nicht mit Sicherheit feststellbar ist, wer betroffen ist.⁷⁷ Letzteres wird z.B. dann angenommen, wenn im Internet Aufforderungen zu Protesten kursieren, die nicht mit entsprechenden Anmeldungen einhergehen.⁷⁸ Für (potenzielle) Veranstalter ist dieses Vorgehen insofern nachteilig, als die Gefahr unterbleibender tatsächlicher Kenntnisnahme ungleich größer ist als bei der individuellen Bekanntgabe, und damit das Risiko steigt, zum Beschuldigten in einem Strafverfahren zu werden (z.B. wegen Verstoßes gegen § 23 oder § 26 Nr. 1 Alt. 1 VersG). Allerdings darf derjenige, der seine Versammlung zeitnah anmeldet, berechtigterweise davon ausgehen, dass die Behörde ihn unverzüglich auf eine bestehende Verbotsverfügung hinweisen wird. Umgekehrt ist derjenige, der eine Versammlung plant, sich aber nicht anhand öffentlich zugänglicher Quellen informiert oder schon nicht die Absicht hegt, diese anzumelden, weniger schutzwürdig.

Anders könnte es sich in Bezug auf das Gebot effektiven Grundrechtsschutzes verhalten. Eine öffentliche Bekanntgabe ist verfassungsrechtlich nämlich nur dann zulässig, wenn die Möglichkeit wirksamen Rechtsschutzes durch sie nicht unzumutbar erschwert wird.⁷⁹ Im Hinblick auf die Art des Rechtsschutzes ergeben sich jedoch keine Unterschiede zur Einzelverbotsverfügung. Das in Form der Allgemeinverfügung öffentlich bekannt gegebene Versammlungsverbot kann – wie das Einzelverbot – vor Erledigung mit der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) angegriffen werden. Danach besteht die Möglichkeit, analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO Fortsetzungsfeststellungsklage zu erheben. Gegen bevorstehende Verbotsverfügungen kann gegebenenfalls eine Sicherungsanordnung (§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO) erwirkt werden. Im Falle eines bereits erlassenen, qua Gesetz (z.B. nach Art. 25 BayVersG) oder von der Versammlungsbehörde für sofort vollziehbar erklärten Verbots steht den (potenziell) betroffenen Veranstaltern der Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO) zur Verfügung.

Hinsichtlich (Antrags- und) Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO (analog) ergeben sich zumindest keine relevanten Abweichungen. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* genügt es, wenn sich aus dem Tatsachenvortrag des Klägers (bzw. Antragsstellers) die Möglichkeit der Rechtsverletzung ergibt (sog. „Möglichkeitstheorie“), was nur dann nicht der Fall ist, wenn die behauptete Rechtsposition offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise bestehen oder ihm zustehen kann.⁸⁰ Unter diesen Umständen wird das angerufene Verwaltungsgericht die erforderliche Befugnis regelmäßig nur dann verneinen, wenn ernsthafte Zweifel an der Absicht, eine Versammlung zu veranstalten, oder an der Veranstaltereigenschaft verbleiben. Zwar ist es für den Regelungsadressaten und Empfänger einer Einzelverbotsverfügung einfacher, eine potenzielle Verletzung seiner Rechte aus Art. 8 Abs. 1 GG nachzuweisen, z.B. indem er den konkreten Verbotsbescheid vorlegt. Dieser Unterschied – der im Übrigen nicht den Umfang der Darlegungslast betrifft, sondern nur den Nachweis erleichtert – ist allerdings nicht von solchem Gewicht, dass er verfassungsrechtlich ein Handlungsformverbot fordern bzw. als Ausnahme rechtfertigen würde.

Einzig bei der einmonatigen Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO können sich relevante Unterschiede ergeben. Diese beginnt bei der Einzelverfügung mit der individuellen Bekanntgabe zu laufen. Im Falle der öffentlichen Bekanntgabe gilt die Allgemeinverfügung zwei Wochen nach ortsüblicher Bekanntmachung als bekannt gegeben (s. Art. 41 Abs. 4 S. 3, 4 BayVwVfG, § 41 Abs. 4 S. 3, 4 VwVfG BW bzw. NRW). Die Behörde kann einen anderen Tag bestimmen, sogar einen früheren – mit Ausnahme des Erlassstages. Allerdings hängen „Ob“ und Ausmaß der Beeinträchtigungen hier von dem konkreten Vorgehen der Behörde ab. Dieses kann, muss aber nicht nachteilig für die Betroffenen sein. Bleibt es bei den zwei Wochen oder bestimmt die Behörde gar einen späteren Zeitpunkt, steht dem Veranstalter, der sich frühzeitig über das Bestehen eines Verbots informiert, gegebenenfalls sogar mehr Zeit zur Verfügung, um dieses gerichtlich anzugreifen. Überdies ergehen Versammlungsverbote mittels Allgemeinverfügung in der Praxis so zeitnah zum (Ende des) Verbotszeitraum(s), dass Veranstalter ohnehin gezwungen sind, gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. In diesen Fällen ist es zumutbar, gleichzeitig das Hauptsacheverfahren einzuleiten, so dass es auf den Zeitpunkt des Fristablaufs regelmäßig nicht ankommt. Eine unzumutbare Erschwerung, effektiven Rechtsschutz zu erlangen, liegt damit nicht vor.

Nach alledem bestehen auch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine durchgreifenden Bedenken gegen ein Vorgehen mittels Allgemeinverfügung, die zu einem verfassungsrechtlich begründbaren Handlungsformverbot führen würden.

⁷⁷ *OVG Münster*, Beschl. v. 19.1.2010 – 13 A 841/09, BeckRS 2010, 46385; *VGH Mannheim*, Urt. v. 6.11.2013 – 1 S 1640/12, BeckRS 2013, 58560.

⁷⁸ *VGH Mannheim*, Urt. v. 6.11.2013 – 1 S 1640/12, BeckRS 2013, 58560.

⁷⁹ Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2000, 185 (186).

⁸⁰ Vgl. *BVerwG*, NVwZ 1997, 994 (995).

cc) Wesensgehaltsgarantie

Wegen der in Art. 8 Abs. 1 GG verankerten Anmeldefreiheit könnten sich pauschale Verbote unangemeldeter bzw. behördlich nicht bestätigter Versammlungen unter dem Blickwinkel der Wesensgehaltsgarantie als problematisch erweisen.⁸¹ Nähme man an, hierdurch würde ein versteckter Erlaubnisvorbehalt konstituiert, könnte man von einer den Wesensgehalt beeinträchtigenden Umkehr von Grundsatz und Ausnahme sprechen. Diese Annahme wäre allerdings nur gerechtfertigt, wenn der Verbotszeitraum besonders lang wäre oder die Verwaltung die Untersagung mittels Allgemeinverfügung über einen längeren Zeitraum praktizieren und die Verbotszeiträume im Sinne einer Verbotskette quasi nahtlos ineinander übergehen würden. Die Versammlungsbehörde kann den Verbotszeitraum aber z.B. auf wenige Stunden oder Tage begrenzen; eine zeitliche Untergrenze gibt es grundsätzlich nicht. Dies zeigt einmal mehr, dass die (verfassungs-)rechtliche Zulässigkeit des Vorgehens nichts mit der Handlungsform zu tun hat, sondern von Gegenstand und Reichweite der Allgemeinverfügung bzw. der Häufigkeit ihres Gebrauchs abhängt. So ist es auch bei Einzelverfügungen. Durch die Handlungsform allein wird der Wesensgehalt der Versammlungsfreiheit mithin nicht angetastet.

3. Ergebnis

Ein grundsätzliches Verbot, Versammlungen mittels Allgemeinverfügung zu untersagen, lässt sich weder dem einfachen Recht noch der Verfassung entnehmen. Selbstverständlich muss die einzelne Anordnung den dargestellten rechtlichen Vorgaben entsprechen; ein allgemeines Handlungsformverbot besteht aber nicht.

IV. Zusammenfassung

Die rechtliche Einordnung einer Veranstaltung, etwa der „Corona-Spaziergänge“, als Versammlung ist von einem möglicherweise entgegenstehenden Willen des Veranstalters unabhängig. Dessen (grundsätzlich weitreichendes) Selbstbestimmungsrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG verleiht ihm nicht die Rechtsmacht, die Versammlungseigenschaft einseitig aufzuheben. Gründe, insbesondere schutzwürdige Interessen, die für die Anerkennung eines solchen „Gestaltungsrechts“ sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Vielmehr muss das mit dem Vorliegen der Versammlungseigenschaft „aktivierte“ Versammlungsrecht, insbesondere mit Blick auf die versammlungsspezifischen Strafvorschriften, der Disposition des Veranstalters entzogen bleiben, damit es faktisch nicht bedeutungslos wird; auch muss der Grundrechtsschutz für die Teilnehmer*innen erhalten bleiben.

Die zuständige Versammlungsbehörde darf Versammlungen nicht nur im Wege individueller Einzelanordnungen, sondern auch mittels Allgemeinverfügung verbieten. Ein dieses Vorgehen versperrendes Handlungsformverbot ist im Versammlungsgesetz (des Bundes) nicht ausdrücklich normiert; es ist auch nicht im Wege der Auslegung zu gewinnen. Aus dem Grundgesetz lässt sich ein solches Verbot ebenfalls nicht herleiten. Die spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gefahrenprognose können von der Versammlungsbehörde auch bei generellen Verboten erfüllt werden. Ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Wesensgehaltsgarantie gewahrt werden, hängt nicht von der Handlungsform, sondern von dem konkreten Vorgehen der Behörde ab.

⁸¹ Vgl. *Arzt*, Versammlungsfreiheit unter Druck, *VerfBlog*, 12.1.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck> (zuletzt abgerufen am 24.3.2022).

Drohungen und Tötungsaufrufe über Instant-Messaging-Dienste – Eine materiell-rechtliche Bestandsaufnahme

von Stefan Kim*

Abstract

Der folgende Beitrag behandelt die strafrechtliche Bewertung von Aufrufen zur Gewalt und Tötung von Personen des öffentlichen Lebens in sozialen Netzwerken und Instant-Messaging-Diensten am Beispiel der App Telegram. Der Beitrag untersucht im ersten Teil, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Normen sich Nutzer dieses Dienstes strafbar machen können, wenn sie andere zur Tötung eines Menschen aufrufen oder eine solche Tötung selbst androhen. Darüber hinaus wird im zweiten Teil beleuchtet, welche Pflichten die Betreiber solcher Dienste treffen. Insbesondere geht es darum, ob das NetzDG auf ihre Tätigkeit anwendbar ist, und ob diese Dienste, insbesondere Telegram, als kriminelle Handelsplattformen zu qualifizieren sind, wenn in Chatgruppen die Tötung von Menschen geplant wird. Schließlich steht im Fokus, inwiefern sich die Betreiber entsprechender Netzwerke und Dienste durch aktives Tun oder Unterlassen strafbar machen können.

The following article deals with the criminal law assessment of calls for violence and the killing of public figures in social networks and instant messaging services, using the example of the app Telegram. In the first part, the article examines under which conditions and according to which criminal provisions users of this service can be liable to prosecution if they call on others to kill a person or threaten such a killing themselves. In addition, the second part surveys the legal obligations of the operators of such services. The main Question is whether the NetzDG is applicable to their activities and whether these services, in particular Telegram, qualify as criminal trading platforms if the killing of people is planned in their chat groups. Finally, the article focuses on the extent to which the operators of these sort of networks and services can make themselves liable to prosecution through action or criminal omission.

I. Einleitung

Im Zuge der Corona-Pandemie und der damit verbundenen Einschränkungen von Grundrechten ist es zu einer zunehmenden Spaltung in der Bevölkerung Deutschlands gekommen.

Wo anfangs noch Demonstrationen veranstaltet wurden, um die Ablehnung der beschlossenen Schutzmaßnahmen zu bekunden, wird nun in sozialen Medien zur Hinrichtung von Politikern aufgerufen.¹ Betroffen sind vor allem Politiker, denen die Hauptverantwortung für die erlassenen Maßnahmen zugeschrieben wird, aber auch Ärzte, die den Kurs der Regierung unterstützen.²

Besonders hervorzuheben und in die öffentliche Wahrnehmung gerückt ist dabei der Instant-Messaging-Dienst Telegram. Diese App ermöglicht ihren Nutzern den Austausch von Sprach- und Textnachrichten, Bildern und Videos, entweder in direkter Form oder durch öffentliche und private Chatgruppen, die bis zu 200.000 Teilnehmer umfassen können. Öffentlichen Chatgruppen kann über eine Suchfunktion leicht beigetreten werden. Dagegen muss bei privaten Chatgruppen der Nutzer von einem berechtigten Teilnehmer eingeladen werden. Daneben ist zwischen den eigentlichen Chatgruppen und sog. Kanälen zu unterscheiden. Bei Kanälen haben die Mitglieder nicht die Berechtigung eigene Nachrichten zu verfassen, sondern abonnieren lediglich die Nachrichten des Betreibers. Teilweise besteht nach dem Belieben des Betreibers die Möglichkeit, bestimmte geteilte Inhalte zu kommentieren.³ Die Kommunikation findet also überwiegend auf einseitige Weise, d.h. in eine Richtung statt, aber die Anzahl der Teilnehmer ist unbeschränkt.⁴ Zwar werden Gewaltandrohungen auch auf sozialen Plattformen wie Facebook oder Twitter gepostet. Allerdings bietet Telegram im Vergleich zu diesen Netzwerken einen wesentlich höheren Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung, weil Telegram sich bisher weigert mit den deutschen Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren.⁵ Das führt dazu, dass die Nutzerdaten nicht herausverlangt werden können, um Tatverdächtige zu ermitteln. Es stellt sich aber zunächst die Frage, inwiefern das deutsche Strafrecht überhaupt eine effektive Antwort auf solche Tötungsaufrufe in Telegram hat. Für die Frage nach der materiell-strafrechtlichen Verantwortung für entsprechende Inhalte ist zunächst zwischen den verschiedenen Beteiligten zu unterscheiden.

Dies sind zum einen die Nutzer der App (fortan als „Nutzer“ bezeichnet). Sie können in direkten Chats mit anderen Nutzern Nachrichten austauschen, aber auch eigene

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser an der Universität Passau.

¹ Online abrufbar unter: <https://www.rnd.de/politik/telegram-hunderte-toetungsaufrufe-in-chats-dokumentiert-GJWHRWIB6UTO656LRZJTCR3VGA.html> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

² Online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/investigativ/funk/todesdrohungen-telegram-101.html> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

³ Beispielhaft hierfür ist der Corona-Infokanal des Bundesministeriums für Gesundheit.

⁴ Online abrufbar unter: <https://telegram.org/faq> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁵ Online abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/politik/ausland/staatsanwalt-ueber-umstrittenen-messengerdienst-aus-unserer-sicht-spricht-sehr-viel-dagegen-telegram-abzuschalten/28052446.html> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

Chatgruppen und Kanäle gründen. Über diese haben die Gründer umfassende Befugnisse. So können sie einzelne Nachrichten für alle Mitglieder, aber auch die gesamte Gruppe löschen und Mitglieder aus der Gruppe entfernen. Durch die Erteilung von Administratorrechten kann u.a. die Befugnis, Nachrichten zu löschen und Mitglieder zu sperren, auf weitere Teilnehmer übertragen werden.⁶

II. Strafbarkeit der Nutzer

Für das Verhalten der Nutzer kommt eine Vielzahl an Straftatbeständen in Betracht. Gerade Aufrufe zur Tötung von Menschen in großen Chatgruppen stellen die Strafverfolgungsbehörden materiell-rechtlich gesehen vor Schwierigkeiten, wohingegen die an eine individualisierte Person oder an einen kleinen Personenkreis gerichtete Aufforderung zur Tötung eine Anstiftung nach § 26 StGB bzw. eine versuchte Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB zu einem Tötungsdelikt darstellen kann. Die Ausführungen werden sich deshalb hinsichtlich der Strafbarkeit der Nutzer darauf konzentrieren, inwiefern Tötungsaufrufe in größeren, öffentlichen sowie privaten Chatgruppen strafrechtlich gehandhabt werden kann.

1. Bedrohung, § 241 Abs. 2 StGB

Zu Problematisieren ist die Verwirklichung der Bedrohung (§ 241 Abs. 2 StGB) wenn der Täter die Tötung einer Person in einem Gruppenchat ankündigt. Die Ankündigung einer Tötung stellt eine Drohung mit der Begehung eines Verbrechens (§ 12 Abs. 1 StGB) dar, wenn sie objektiv den Eindruck der Ernstlichkeit erweckt.⁷ Dies kann zweifelhaft sein, wenn die Ankündigung unkonkret bleibt, d.h. der Täter die Begehung der rechtswidrigen Tat nicht eindeutig und entschlossen äußert.⁸ Darüber hinaus muss die Drohung den Bedrohten (zumindest über Dritte) auch erreichen.⁹ Diese Voraussetzung dürfte in den meisten Konstellationen nicht vorliegen. Ankündigungen in Direktnachrichten sowie in privaten oder öffentlichen Chatgruppen werden nur in seltenen Fällen dem Adressaten tatsächlich zur Kenntnis gelangen, wenn dieser nicht selbst Teil einer solchen Gruppe ist. In Betracht kommt dann lediglich ein strafrechtlich relevanter Versuch (§§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 StGB). Der Anwendungsbereich des § 241 Abs. 2 StGB ist deshalb in der Praxis erheblich eingeschränkt.

2. Öffentliche Aufforderung zu Straftaten, § 111 StGB

Keine Drohung, aber eine Aufforderung zur Begehung von Straftaten nach § 111 Abs. 1, 2 StGB wird begangen, wenn öffentlich zur Tötung aufgerufen wird. Die Norm selbst hat bis vor kurzem kaum eine Rolle in der justiziel-

len Praxis gespielt, jedoch gewinnt sie durch die zunehmende Verlagerung der Kommunikation in den digitalen Bereich an Bedeutung.¹⁰ Ein Auffordern geht als Äußerung über das bloße Befürworten hinaus und muss objektiv geeignet sein, den Eindruck der Ernstlichkeit zu erwecken.¹¹ Ob dies bei Diskussionen im Internet der Fall ist, lässt sich nicht ohne weiteres sondern immer nur bezogen auf den jeweiligen Einzelfall entscheiden. Mit Blick auf die Corona-Pandemie in Deutschland haben die Schutzmaßnahmen zu einer teilweise hoch emotionalisierten Debatte geführt. Wenn in einer Chatgruppe ggf. neue Maßnahmen diskutiert werden, erscheint es nicht fernliegend, die Ernstlichkeit einer in diesem Kontext getätigten Äußerung in Frage zu stellen.¹² Darüber hinaus muss die Aufforderung auch hinreichend bestimmt hinsichtlich der Tat selbst sein.¹³ Die Aufforderung zur „Bestrafung“ etwa eines Gesundheitsministers wäre noch zu unkonkret.¹⁴

Würde man das Vorliegen einer hinreichend bestimmten und objektiv ernsthaften Aufforderung jedoch bejahen, müsste diese öffentlich, in einer Versammlung oder durch das Verbreiten von Inhalten diffundiert werden. Dieses Kriterium dient zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Norm von demjenigen der Anstiftung und der versuchten Anstiftung.¹⁵

Bei einer Aufforderung zur Tötung in einer Chatgruppe muss diese gegenüber einem unbestimmten Kreis von Personen geäußert werden.¹⁶ Eine solche Unbestimmtheit kann man in größeren, öffentlich zugänglichen Chatgruppen mit hunderten oder tausenden Teilnehmern annehmen, bei denen keine Kontrolle darüber besteht, wie viele Personen die Aufforderung zu Kenntnis nehmen. Zu verneinen wäre dies in kleineren privaten Chatgruppen, die nur auf Einladung betreten werden können. Allerdings könnte in diesem Fall eine versuchte Anstiftung angenommen werden, wenn der Äußernde sich mit seiner Forderung sich an bestimmte Personen richtet.¹⁷

Bei einer Chatgruppe liegt auch keine Versammlung vor, da diese als räumliche Vereinigung¹⁸ verstanden wird und dieser „Raum“ bislang nur im physischen Kontext verstanden wird.¹⁹

Hinsichtlich der Aufforderung durch das Verbreiten von Inhalten stellen sich mehrere Fragen. § 11 Abs. 3 StGB definiert den Begriff der Inhalte nicht näher, legt aber fest, dass diese in Verkörperungen wie Bildträgern oder Datenspeichern enthalten sein können, aber auch unabhängig von einer Speicherung durch Informations- und Kommunikationstechnik übertragen werden. Text- und Sprachnachrichten, die in Chats hochgeladen werden, werden auf

⁶ Siehe hierzu: <https://telegram.org/faq> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁷ Rengier, § 27 Rn. 2.

⁸ „Sie werden keine ruhige Stunde [...] haben“ reicht nicht aus, um eine Bedrohung anzunehmen, vgl. *BGH*, NJW 1962, 1830 (1830).

⁹ *BGH*, NSiZ-RR 2013, 375 (377); *Valerius*, in: BeckOK-StGB, (Stand: 1.2.2022), § 241 Rn. 2.

¹⁰ *Bosch*, MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 111 Rn. 4.

¹¹ *BGH*, NJW 1984, 1631 (1631).

¹² So auch: *Ostendorff/Frahm/Doege*, NSiZ 2021, 529 (532).

¹³ *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 111 Rn. 7 m.w.N.

¹⁴ *Fischer*, StGB, § 111 Rn. 8.

¹⁵ BT-Drs. IV/650, S. 464; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 111 Rn. 1.

¹⁶ *Hambel*, ZJS 2019, 10 (11).

¹⁷ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 111 Rn. 1.

¹⁸ *Fahl*, in: SSW-StGB, 4. Aufl. (2019), § 111 Rn. 4.

¹⁹ Vgl. auch *BGH*, NJW 2005, 689 (691).

Cloud-Servern des Betreibers gespeichert.²⁰ Die Server mit denen Telegram betrieben wird und auf denen die Textnachrichten gespeichert werden, sind Datenspeicher i.S.d. Norm. Dafür spricht auch die gesetzgeberische Intention, bei der Neufassung des § 11 Abs. 3 StGB die Übertragung durch Instant-Messaging-Dienste zu erfassen.²¹

Schwerer zu beurteilen ist die Frage, ob auch eine Verbreitung vorliegt. Nach einem Teil der früheren Rechtsprechung beinhaltet das Verbreiten eine Übertragung des Trägers selbst.²² Dies soll nun nicht mehr der Fall sein.²³ Allerdings soll die Verbreitung gegenüber einem „nicht individualisierten größeren Personenkreis“ erfolgen müssen, damit die Handlung als abstrakt gefährlich eingestuft werden kann.²⁴ Bei öffentlichen Gruppen ist dies anzunehmen, während bei privaten Gruppen ein Verbreiten regelmäßig zu verneinen sein wird.

Es bleibt festzuhalten, dass § 111 StGB Tötungsaufrufe in öffentlichen Gruppenchats zu bestrafen vermag, aber die gleichen Aufrufe in privaten (geschlossenen) Gruppen aufgrund der Bestimmbarkeit des Adressatenkreises aus dem Anwendungsbereich der Norm fallen. Zwar könnte man argumentieren, dass das Rechtsgut des Gemeinschaftsfriedens auch nicht gestört wird, wenn die Aufforderung im „geschlossenen Kreis“ stattfindet. Allerdings können sich auch in privaten Gruppen tausende Teilnehmer aufhalten. Die faktische Bestimmbarkeit der Empfänger nimmt nach der hier vertretenen Ansicht einem hinreichend bestimmten und objektiv ernsthaften Tötungsaufruf nicht die abstrakte Gefährlichkeit, denn Breitenwirkung ist bei einem derart großen Empfängerkreis trotz der Bestimmbarkeit durchaus vergleichbar mit der Äußerung gegenüber einem unbestimmten Personenkreis.

3. Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten, § 126 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1, 2 StGB

Möglicherweise kann § 126 StGB hier praxisingerechtere Ergebnisse erzielen. Nach § 126 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 und 2 StGB macht sich derjenige strafbar, der auf eine Weise, die geeignet ist den öffentlichen Frieden zu stören, einen Mord oder Totschlag androht. Ein Nutzer, der in einer Chatgruppe die Tötung eines Politikers oder eines Virologen konkret in Aussicht stellt, erfüllt die geforderte Tat handlung. Gleichwohl muss sich die Art der Androhung zusätzlich eignen, den öffentlichen Frieden zu stören.²⁵

Nach herrschender Ansicht ist die Handlung in diesem Sinne geeignet, wenn sie die Sorge begründet, dass das

Vertrauen der Bevölkerung in den Friedenszustand erschüttert werden könnte, oder wenn durch die Handlung ein „psychisches Klima“ geschaffen wird, in dem weitere mögliche Täter zur Begehung gleicher Taten aufgehetzt werden könnten.²⁶ Eine tatsächliche Gefährdung von Personen ist dagegen nicht erforderlich.²⁷ Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens ist definitorisch schwer eingrenzbar und muss deshalb eng ausgelegt werden.²⁸ Anders als bei § 111 StGB kommt es nicht auf die Öffentlichkeit der Handlung selbst an.²⁹ Es genügt, wenn zu erwarten ist, dass die angekündigte Drohung einer „breiten Öffentlichkeit“ bekannt wird.³⁰ Wieder muss zwischen öffentlichen und privaten Gruppen differenziert werden. Wenn ein Nutzer die Tötung einer Person des öffentlichen Lebens in einem öffentlichen Chat ankündigt, kann diese Androhung von einer unüberschaubaren Vielzahl von Personen wahrgenommen werden. Die Drohungen, die man derzeit auf Telegram beobachten kann, können sich aber durchaus zur Erschütterung des Vertrauens in den Friedenszustand eignen, wenn man die Drohungen vor dem Hintergrund der derzeitigen sozialen Spannungen aufgrund der Pandemie kontextualisiert. Durch die Aussagen wird der Diskurs herabgewertet, Hemmungen und Tabus werden abgebaut.³¹ Wenn man bedenkt, dass es bereits in der jüngeren Vergangenheit zu einem Mord an einem Politiker³² gekommen ist, scheint die breitenwirksame Ankündigung derartiger Drohungen zur Vertrauenserschütterung durchaus relevant. Darüber hinaus wird durch die häufige Verwendung solcher Drohungen politische Gewalt normalisiert. Daher lässt sich zurzeit auch von der Schaffung eines sog. „psychischen Klimas“ sprechen, das Personen zur Begehung von Tötungsdelikten gegen Personen des öffentlichen Lebens anreizen könnte. Androhungen von Mord oder Totschlag in öffentlichen Gruppen sind deshalb nach der hier vertretenen Ansicht trotz enger Auslegung der Norm geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören.

Bei Androhungen in privaten Chats kommt es dagegen, in Übereinstimmung mit der Auffassung der Rechtsprechung, darauf an, ob damit zu rechnen ist, dass die Drohung über den privaten Kreis hinaus an die Öffentlichkeit gelangt.³³ Hier muss stets von Fall zu Fall entschieden werden.

Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich des § 126 Abs. 1 Nr. 3 StGB damit etwas weiter als derjenige der § 241 StGB und § 111 StGB. Zwar können über § 126 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch Drohungen strafrechtlich verfolgt werden, die in kleineren und größeren privaten Chatgruppen geäußert werden. Andererseits birgt diese Norm aufgrund

²⁰ Online abrufbar unter: <https://telegram.org/faq> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

²¹ BT-Drs. 19/19859, S. 2.

²² OLG Frankfurt a.M., NStZ 1999, 356 (358).

²³ BT-Drs. 19/19859, S. 2.

²⁴ Bosch, MüKo-StGB, § 111 Rn. 23.

²⁵ Eine tatsächliche Störung des Friedens ist nicht notwendig, BGH, NJW 1987, 1898 (1898).

²⁶ BGH, NStZ 2010, 570 (570); NStZ-RR 2011, 273 (274); Fischer, StGB, § 126 Rn. 9.

²⁷ Esser, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. (2021), Kap. 8 Rn. 32.

²⁸ Esser, in: Esser/Tsambikakis, Pandemiestrafrecht, 2020, § 4 Rn. 34 m.w.N.

²⁹ BGH, NStZ-RR 2011, 273 (274).

³⁰ BGH, NStZ-RR 2011, 273 (274); OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2019, 38712 Rn. 15.

³¹ Online abrufbar unter: <https://www.rmd.de/politik/morddrohungen-bei-telegram-soziologe-sieht-messenger-als-enthemmungsmaschine-M4VH3VXINH62BDLLHEJGQREZ34.html> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

³² Online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/thema/walter-luebecke> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

³³ BGH, NStZ 2010, 570 (570); krit. Nagler, StV 2020, 178 (178).

der ungenauen sprachlichen Formulierung ihrer Merkmale nicht zu unterschätzende Rechtsunsicherheiten.³⁴ Auch sie schafft daher für die Praxis keine befriedigende Lösung.

4. Belohnung und Billigung von Straftaten, § 140 StGB

Schließlich lohnt ein kurzer Blick auf § 140 StGB. Diese Norm richtet sich inhaltlich nicht gegen Drohungen selbst, sondern bestraft die Belohnung und Billigung bestimmter, von einer anderen Person begangener Straftaten. Reaktionen in verschiedenen Telegram-Gruppen³⁵ auf die Tötung von zwei Polizistenbeamten im rheinland-pfälzischen Kusel im Februar 2022 haben die Frage aufkommen lassen, wann Häme oder Schadenfreude über den Tod eines Menschen den Tatbestand des § 140 Nr. 2 StGB erfüllt. Die Tötung, die sich nach derzeitigem Stand der Ermittlungen als Mord (§ 211 StGB) darstellt, ist eine taugliche Vortat nach § 140 StGB i.V.m. § 126 Abs. 1 Nr. 3 StGB, auch wenn sie als solche noch nicht gerichtlich festgestellt und abgeurteilt worden ist.³⁶ Eine Billigung ist das nachträgliche Gutheißen einer solchen Tat bzw. der Ausdruck der inneren Übereinstimmung mit der Tat.³⁷ Bei der Auslegung entsprechender Äußerungen des Täters muss auch die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG beachtet werden.³⁸ So liegt in der Regel keine strafbare Billigung vor, wenn die Äußerung sich als Ergebnis einer vertieften Auseinandersetzung mit den Geschehnissen darstellt,³⁹ oder die Äußerung objektiv mehrdeutig ist, sodass eine andere Interpretation der Aussage möglich ist.⁴⁰ Wenn jemand die Tat in einem Chat als „Absolut korrekt“ bezeichnet oder den Täter beglückwünscht, heißt er die Tat gut. Abgesehen von der Möglichkeit, dass diese Äußerung Teil einer längeren Diskussion sein könnte, tritt bei der pauschalen Billigung einer Straftat, die nur als Gutheißen verstanden werden kann, die Meinungsfreiheit zurück. Bzgl. der Eignung zur Friedensstörung und des Adressatenkreises gilt das bereits zu § 111 StGB und § 126 StGB Gesagte. § 140 Nr. 2 StGB ist einer Anwendung auf Äußerungen in öffentlichen Chats zugänglicher als einer solchen auf private Chats. Bei Letzteren scheidet eine Strafbarkeit zwangsläufig am Fehlen einer öffentlichen Billigung. Es liegt auch hier keine Versammlung vor. Bzgl. der Verbreitung von Inhalten gelten die Ausführungen in § 111 StGB entsprechend.

III. Pflichten und Strafbarkeit der Betreiber

Bei sozialen Medien ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Nutzer der Dienste nur ein Teilaspekt. Zu thematisieren ist auch, welche Anforderungen an das Verhalten der Betreiber dieser Dienste gestellt werden. Außerstrafrechtliche Löscho- und Meldepflichten gehen stets strafrechtlicher Ahndung vor („ultima ratio“ des Strafrechts). Derartige Pflichten sind auf strafrechtlicher Ebene

im Rahmen einer Strafbarkeit durch Beihilfe relevant. Wenn kein aktives Tun vorliegt ist im Rahmen des Unterlassens eine Garantenstellung erforderlich. Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) sieht eine Vielzahl von Pflichten für soziale Netzwerke vor. Ob dieses Gesetz im Fall von Telegram aber überhaupt anwendbar ist, und sich eine Garantenstellung daraus herleiten lässt, ist fraglich

1. Pflichten der Betreiber nach dem NetzDG

Nach § 1 Abs. 1 NetzDG gelten die Vorschriften für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen. Die nach § 1 Abs. 1 NetzDG erforderliche Einstufung der Plattform als Telemedium⁴¹ liegt bei Telegram nur teilweise vor. Zwar handelt es sich bei dieser App um einen elektronischen Kommunikations- und Informationsdienst i.S.v. § 1 Abs. 1 des Telemediengesetzes (TMG), da Telegram den Austausch von Nachrichten und Inhalten ermöglicht. Jedoch sieht die Norm Ausnahmen vor. Es handelt sich bei Telegram zwar nicht um Telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 63 TKG, da die Inhaltsleistung nicht während der Telekommunikation erbracht wird.⁴² Es fehlt auch an einem Verbreiten von Angeboten in Bewegtbild und Ton entlang eines Sendepfades, weshalb Rundfunk nach § 2 Abs. 1 S. 1 des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) ausscheidet. Mehrere Funktionen der Telegram App, nämlich Direktchats, Gruppenchats und private Kanäle fallen aber letztendlich aus dem Anwendungsbereich der des NetzDG heraus, weil es sich um einen interpersonellen Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 61 lit. b TKG handelt, der nicht unter den Begriff der Telemedien fällt. Die Richtlinie, auf der die Neufassung des TKG beruht, definiert interpersonelle Kommunikationsdienste gem. Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation als in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die einen interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über elektronische Kommunikationsnetze zwischen einer endlichen Zahl von Personen ermöglichen. Dabei werden die Empfänger von den Personen bestimmt, die die Kommunikation veranlassen oder daran beteiligt sind. Telegram ermöglicht den Austausch von Nachrichten und Inhalten nach Belieben des Senders. Es steht den Nutzern frei, welchen Gruppen sie beitreten und welche Kanäle sie abonnieren. Durch die Begrenzung von Chatgruppen auf maximal 200.000 Mitglieder ist die Zahl der Teilnehmer begrenzt. Allerdings gilt dies nicht für Kanäle, da es dort keine Beschränkung für die Anzahl der Abonnenten gibt.⁴³ Öffentliche wie private Chatgruppen auf Telegram fallen also unter den Begriff des interpersonellen Kommunikationsdienstes und stellen gem. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG i.V.m. § 3 Nr. 61 lit. b) TKG keine Telemedien dar, wie

³⁴ Esser (Fn. 28).

³⁵ Online abrufbar unter: https://www.saarbruecker-zeitung.de/saarland/telegram-nutzer-feiern-doppelmord-an-saarlaendischen-polizisten-in-kusel_aid-65844603 (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

³⁶ Die Tat muss aber versucht oder vollendet worden sein, vgl. Hohmann, MüKo-StGB, § 140 Rn. 7.

³⁷ BGHSt, 22, 282 (286).

³⁸ LG Hamburg, NStZ 2020, 737 (737).

³⁹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.5.2017 – 2 Rv 9 Ss 177/17.

⁴⁰ OLG Hamm, BeckRS 2019, 33542 Rn. 12.

⁴¹ Liesching, in: Erbs/Kohlhaas-NetzDG, 238. EL (2021), § 1 Rn. 2.

⁴² Martini, BeckOK-TMG, § 1 Rn. 14.

⁴³ Online abrufbar unter: <https://telegram.org/faq#f-was-ist-der-unterschied-zwischen-gruppen-und-kanalen> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

von § 1 Abs. 1 NetzDG vorausgesetzt.

Bei öffentlichen Kanälen werden Informationen elektronisch vermittelt. Dies geschieht zwar überwiegend einseitig, ist aber insoweit unerheblich, weil der Begriff nach der gesetzgeberischen Intention als weit gefasster Oberbegriff zu verstehen ist.⁴⁴ Öffentliche Kanäle in Telegram sind deshalb Telemedien.

Für die Anwendbarkeit des NetzDG müsste die Telegram FZ LLC sodann ein Diensteanbieter i.S.d. des § 1 Abs. 1 NetzDG sein. Dies ist der Fall, wenn bei ihr die elektronische Informationsbereitstellung im Vordergrund steht.⁴⁵ Die App bietet lediglich Räume, um den Informationsaustausch zwischen den Nutzern bereitzustellen. Telegram selbst beteiligt sich nicht am Informationsaustausch. Die Bereitstellung der eingespeisten Informationen steht im Vordergrund, so dass die Telegram FZ LLC als Diensteanbieter zu qualifizieren ist. Die Kanäle dienen dazu, mit den Abonnenten Inhalte zu teilen. Eine Plattform i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG liegt vor. Fraglich ist, ob die Ausnahme nach § 1 Abs. 1 S. 2 Var. 1 NetzDG greift. Danach handelt es sich bei Plattformen die zur Individualkommunikation bestimmt sind nicht um soziale Netzwerke, so dass das Gesetz auf sie keine Anwendung findet. Bei Chatgruppen könnte dies noch angenommen werden, allerdings findet bei den öffentlichen Kanälen keine individuelle Kommunikation statt. Durch ein Abonnement können Inhalte des Kanalbetreibers empfangen werden, ohne dass der Abonnent darauf antworten kann. Darüber hinaus weiß auf der anderen Seite der Betreiber eines öffentlichen Kanals nicht, welche Personen die geteilten Inhalte zur Kenntnis nehmen. Deshalb handelt es sich jedenfalls bei öffentlichen Kanälen nicht um eine individuelle Form der Kommunikation. Die Ausnahme in § 1 Abs. 2 NetzDG greift daher nicht. Auch eine Gewinnerzielungsabsicht lässt sich bejahen. Zwar ist die Nutzung nicht entgeltlich, jedoch hat die App seit letztem Jahr damit begonnen, in einigen größeren Kanälen Werbung zu schalten, um den Betrieb der App zu finanzieren.⁴⁶

Öffentliche Kanäle von Telegram sind also im Ergebnis als soziale Netzwerke nach § 1 Abs. 1 NetzDG anzusehen und unterfallen deshalb grundsätzlich dem Anwendungsbereich des NetzDG. Laut einer Umfrage von Statista nutzten im Juli 2019 bereits 7,8 Millionen Deutsche Telegram.⁴⁷ Diese Zahl hat seitdem, auch aufgrund der Corona-Pandemie, immer weiter zugenommen.⁴⁸ Da die in § 1 Abs. 2 NetzDG festgelegte Untergrenze von 2 Millionen Nutzern überschritten ist, greift auch die Ausnahmeregelung nicht.

Die Betreiber treffen in Bezug auf die öffentlichen Kanäle aber dennoch Pflichten. Zentral sind hierfür die §§ 3 und 3a NetzDG. Nach § 3 NetzDG muss der Anbieter eines sozialen Netzwerks ein Verfahren bereitstellen, in dem Beschwerden über rechtswidrige Inhalte geteilt werden können. Der Begriff der rechtswidrigen Inhalte wird in § 1 Abs. 3 NetzDG definiert und verweist auf zahlreiche Tatbestände aus dem StGB, darunter auch §§ 111, 126 und 140 StGB. Der Aufruf und die Androhung von Mord oder Totschlag sind damit rechtswidrige Inhalte i.S.d. NetzDG.

Wird eine Beschwerde über einen solchen Inhalt übermittelt, muss der Betreiber unverzüglich prüfen, ob der Inhalt tatsächlich gegen die Rechtslage verstößt und diesen dann innerhalb bestimmter Fristen löschen. Durch die Delegation der Prüfungspflicht auf den Betreiber können rechtswidrige Inhalte zwar schneller entfernt werden, allerdings ist im Hinblick auf Normen wie § 140 StGB zu befürchten, dass die Betreiber unter öffentlichem Druck im Zweifel gegen die Meinungsfreiheit entscheiden werden und ein Overblocking stattfindet.⁴⁹ Grundsätzlich sollen rechtswidrige Inhalte innerhalb von 7 Tagen gelöscht oder gesperrt und der Inhalt für einen bestimmten Zeitraum zu Beweis Zwecken gesichert werden. Darüber hinaus ist der Betreiber nach § 3a NetzDG verpflichtet ein Verfahren einzurichten, um dem Bundeskriminalamt Inhalte zu übermitteln, die gemeldet, von ihm als rechtswidrig eingestuft wurden und mindestens einen der in § 3a Abs. 2 Nr. 3 NetzDG genannten Tatbestände erfüllt. Darunter befinden sich die §§ 241, 126 und 140 StGB. Flankiert werden diese Pflichten von mehreren Bußgeldtatbeständen in § 4 Abs. 1 NetzDG, die u.a. Versäumnisse bezüglich der Verfahren in den §§ 3, 3a NetzDG sanktionieren. In der Praxis scheint die Abläufe derzeit nicht überall zu funktionieren, da laut Angaben des Betreibers keine Übermittlungen an das BKA zur Strafverfolgung stattfinden.⁵⁰ Da Telegram FZ LLC seinen Sitz in Dubai hat, ist es auch bis vor kurzem nicht gelungen, das Unternehmen zur Einhaltung der Vorschriften des NetzDG zu bewegen. Mittlerweile hat das Unternehmen angekündigt, zukünftig mit den deutschen Behörden zusammenarbeiten zu wollen.⁵¹ Es bleibt abzuwarten, ob dies zu einer Veränderung der derzeitigen Lage auf Telegram führen wird.

2. Beihilfe, § 27 StGB

Nähme man das Vorliegen einer Haupttat nach §§ 111, 126, 140 StGB an, stellt sich die Frage, ob eine Hilfeleistung in Form eines aktiven Tuns oder eines Unterlassens auf Seiten der Betreiber vorliegt.

⁴⁴ BT-Drs. 16/3078, S. 13.

⁴⁵ BT-Drs. 18/12356, S. 18.

⁴⁶ Online abrufbar unter: <https://www.pcwelt.de/news/Telegram-fuehrt-Werbung-ein-was-das-fuer-Nutzer-bedeutet-11124369.html> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁴⁷ Online abrufbar unter: <https://www.messengerpeople.com/de/weltweite-nutzer-statistik-fuer-whatsapp-wechat-und-andere-messenger/> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁴⁸ Online abrufbar unter: <https://de.statista.com/infografik/26390/umfrage-zur-nutzung-des-telegram-messengers-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁴⁹ Laut einer Studie der HTWK ist dies bereits zu beobachten, abrufbar unter: https://fim.htwk-leipzig.de/no_cache/fakultaet/details-allgemeine-nachrichten/artikel/3880/ (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁵⁰ „Bis zum heutigen Tag haben wir 0 Byte Nutzerdaten an Dritte weitergegeben“, abrufbar unter: <https://telegram.org/faq> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁵¹ Online abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/innere-sicherheit-umstrittener-messengerdienst-telegram-will-mit-deutschen-behoerden-kooperieren/28037814.html> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

Als Beihilfe durch aktives Tun könnte man schon das „Betreiben“ der App betrachten. Dadurch dass die jeweiligen Mitarbeiter die Server warten, wird es den Nutzern ermöglicht, Straftaten zu begehen. Dabei stellt sich auch die Frage, ob das deutsche Strafrecht überhaupt Anwendung finden kann. Das Entwicklungsteam der App hat seinen Standort in Dubai.⁵² Das deutsche Strafrecht gilt nach § 3 StGB für alle Taten die im Inland begangen werden. Daher stellt sich die Frage, wo eine Teilnahme durch die Betreiber begangen werden könnte. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 StGB ist die Teilnahme sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen wurde, als auch dort wo die Beihilfehandlung vorgenommen wurde oder vorgenommen hätte werden müssen. Wenn ein Nutzer in Deutschland einen strafbaren Tötungsaufruf oder eine Drohung äußert, ist die Tat nach § 9 Abs. 1 StGB im Inland begangen und damit auch die Beihilfe gem. § 9 Abs. 2 S. 1 StGB.⁵³ Das Verhalten der Mitarbeiter gehört zu ihrer berufstypischen Pflicht und führt zum Streit über die Bewertung neutraler Handlungen.⁵⁴ Die ausführliche Behandlung dieses Problems würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Nach der Ansicht des Verfassers würde es sich in diesem Fall noch um eine sozialadäquate Handlung handeln. Unabhängig davon wie man die Einzelfragen entscheidet, ist im subjektiven Tatbestand zu beachten, dass die Privilegierung aus § 10 Abs. 1 TMG entfällt,⁵⁵ da es sich nur bei den öffentlichen Kanälen um Telemedien i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG handelt. Falls die Taten nicht in diesen Kanälen begangen werden, reicht bedingter Vorsatz aus.

Ein strafrechtlich relevantes Unterlassen (§ 27 StGB) könnte man annehmen, wenn die Mitarbeiter es unterlassen, einen gemeldeten Beitrag zu prüfen bzw. zu löschen. Es stellt sich dann die Frage, woraus sich die nach § 13 StGB erforderliche Garantenstellung der Mitarbeiter ergibt.⁵⁶ Zu beachten ist, dass das NetzDG und das TMG aus den oben besprochenen Gründen wiederum nur dann Anwendung finden, wenn Taten der Nutzer in öffentlichen Kanälen begangen werden. Bezüglich dieser könnte man an eine Garantenstellung aus § 3 Abs. 2 Nr. 1-3 NetzDG denken, da dem Betreiber die Pflicht auferlegt wird, rechtswidrige Inhalte unverzüglich zu löschen oder zu sperren. Gegen eine strafrechtliche Verurteilung des Verhaltens spricht aber die Bußgeldvorschrift in § 4 Abs. 1 Nr. 3 NetzDG, die eine Sanktion vorsieht, für den Fall, dass der Betreiber die Löschung versäumt. Bestünde eine Garantenstellung, könnte man auf §§ 30 und 130 OWiG zurückgreifen, um eine Sanktion zu verhängen, ohne diese Norm bemühen zu müssen.⁵⁷ Die Systematik der Norm spricht deshalb gegen eine Garantenstellung aus dem Gesetz.

3. Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet, § 127 StGB

Nennenswert ist schließlich noch das Betreiben krimineller Handelsplattformen (§ 127 StGB). Die Norm richtet sich primär gegen den Handel mit illegalen Waren und Dienstleistungen,⁵⁸ aber denkbar sind neben allgemeinen Aufrufen auch konkrete Tötungsabsichten,⁵⁹ die, wenn zumindest versucht, in den Katalog des § 127 Abs. 1 Nr. 1 StGB („Verbrechen“) fallen. Auch hier stellt sich die Frage, ob das deutsche Strafrecht anwendbar ist, da die Server im Ausland betrieben werden. Gem. § 5 Nr. 5a lit. b StGB gilt das deutsche Strafrecht nur, wenn die Handelsplattform den Zweck verfolgt, rechtswidrige Taten in Deutschland zu ermöglichen oder zu fördern, und der Täter Deutscher ist oder seine Lebensgrundlage im Inland hat. Mangels Informationen über die Staatsangehörigkeit und die persönlichen Verhältnisse des Entwicklerteams kann bzgl. dieser Voraussetzung keine Aussage getroffen werden. Ob die Handelsplattform es bezweckt, rechtswidrige Taten im Inland zu ermöglichen oder zu fördern, kann nicht beantwortet werden ohne zuerst festzustellen, dass die App überhaupt den Zweck verfolgt derartige Taten zu ermöglichen und zu fördern. Daher soll der Vollständigkeit halber zunächst die Norm auf ihre restliche Anwendbarkeit hin geprüft werden, um sodann am Ende der Prüfung auf die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zurückzukommen.

Eine Handelsplattform ist „jede virtuelle Infrastruktur im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets, die Gelegenheit bietet, Menschen, Waren, Dienstleistungen oder Inhalte anzubieten oder auszutauschen“ (§ 127 Abs. 2 StGB). Fraglich ist zunächst, ob Telegram Teil des Internets nach dieser Definition ist, da es nicht browserbasiert ist. Nach der Begründung des Gesetzgebers müssen die Plattformen i.S.v. § 127 StGB nicht unbedingt browserbasiert sein, es sind auch administrierte Chatgruppen umfasst.⁶⁰ Telegram ist mit der Möglichkeit, Gruppen und Kanäle zu gründen, in denen man dann eigene Inhalte teilen und auf fremde Inhalte zugreifen kann, eine virtuelle Infrastruktur.

Ein Betreiben, kann das ursprüngliche Bereitstellen der Plattform sein, aber auch die aktive Pflege der Plattform durch administrative Tätigkeit, um die Plattform technisch in Stand zu halten.⁶¹ Die Telegram-App wird derzeit von den Mitarbeitern der Telegram FZ LLC zumindest technisch betreut. Die Plattform wird in diesem Sinne also betrieben.

⁵² Online abrufbar unter: <https://telegram.org/faq/de> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁵³ Probleme bei der Beihilfe ergeben sich, wenn Gefährdungsdelikte wie §§ 111, 126 StGB auch im Ausland begangen würden, vgl. Esser, in: Hornung/Müller-Terpitz, Kap. 8 Rn. 11 ff.

⁵⁴ Ein Überblick über den Meinungsstand findet sich bei Joecks/Scheinfeld, MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 27 Rn. 54 ff; Die Bereitstellung einer Plattform wird noch nicht als strafwürdig eingestuft, LG Karlsruhe, StV 2019, 400 (401).

⁵⁵ Wie von der Norm verlangt, speichert Telegram Chats auf Cloud-Servern, abrufbar unter: <https://telegram.org/faq> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁵⁶ Zur Garantenstellung bei Teilnehmern: Krüger, ZIS 2011, 1 (2).

⁵⁷ Eckell/Rottmeier, NSZ 2021, 1 (6).

⁵⁸ Kulhanek, BeckOK-StGB, § 127 Rn. 1 ff.

⁵⁹ Online abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-leugner-sachsen-kretschmer-mordplaene-telegram-100.html> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁶⁰ BT-Drs. 19/28175, S. 15.

⁶¹ Kulhanek, BeckOK-StGB, § 127 Rn. 20 ff.

Schließlich müsste sich auch der Zweck der Plattform auf die Ermöglichung oder Förderung von Taten nach § 127 Abs. 1 Nr. 2 StGB richten. Telegram könnte die Intention verfolgen, die Begehung von Straftaten nach § 127 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. §§ 211 StGB oder 212 StGB zu fördern. Dies kann jede Handlung sein, die die Herbeiführung des späteren Erfolgs objektiv begünstigt.⁶² Durch das Betreiben der App stellt der Betreiber zwar einen Raum zur Verfügung, in dem die Beteiligten ihre Tötungsabsichten besprechen und optimieren können, so dass ein möglicher späterer Erfolg objektiv gefördert wird. Diese Förderung müsste aber auch der Zweck der App (Plattform) sein. Ob dies der Fall ist, muss anhand objektiver Indizien ermittelt werden.⁶³ Telegram selbst ist über die herkömmlichen App-Stores erreichbar und nicht im Darknet verortet. Dagegen spricht auch, dass die App in ihrem Aufbau nicht zwangsläufig die Begehung krimineller Aktivitäten vorsieht. Zwar wird es dem Nutzer erleichtert anonym zu bleiben, da kein Klarname, sondern lediglich die Telefonnummer zur Registrierung angegeben werden muss. Allerdings ist die anonyme Nutzung nicht zwingend und auch die Verschlüsselung ist teilweise schwächer als bei anderen vergleichbaren Instant-Messaging-Diensten.⁶⁴ Ferner sollen Plattformen, die ein rechtmäßiges Geschäftsmodell verfolgen, nach der gesetzgeberischen Intention gar nicht erst in den Anwendungsbereich des Tatbestandes fallen.⁶⁵ Der Betreiber von Telegram erzielt dadurch, dass Nutzer in der App Morde planen, keinen Gewinn. Der Gewinn wird durch das Schalten von Werbung in großen öffentlichen Kanälen erzielt. In Anbetracht aller Argumente kann demnach nicht davon ausgegangen werden, dass Telegram den Zweck hat, die Begehung von Straftaten zu ermöglichen oder zu fördern. § 127

Abs. 1 S. 1 StGB ist aus diesem Grund nicht anwendbar. Infolgedessen kann auch nicht die Rede davon sein, dass die App die Ermöglichung solcher Taten im Inland zum Zweck hat. Mangels Einschlägigkeit des § 5 Nr. 5a lit. b StGB ist das deutsche Strafrecht schon gar nicht anwendbar.

IV. Fazit

Im Hinblick auf die Nutzer von sozialen Netzwerken und Instant-Messaging-Diensten ergibt sich ein gespaltenes Bild. Zwar ist die strafrechtliche Verfolgung von Tötungsaufforderungen und Drohungen in öffentlichen Chats und Kanälen ohne größere Probleme möglich (§§ 126, 111 StGB).

Bei privaten Chats fällt der Nachweis der konturenlosen Voraussetzungen einzelner Tatbestandsmerkmale, wie etwa der Eignung zur Friedensstörung (§ 126 Abs. 1 StGB) wesentlich schwerer. Man könnte anführen, dass eine Strafbarkeit für Äußerungen in solchen Gruppen nicht erforderlich ist, da es aufgrund der Überschaubarkeit des Personenkreises nicht zu einer Friedensstörung kommt. Andererseits erscheint die Unterscheidung von strafbaren Tötungsaufforderungen und solchen, die nicht strafbar sind, in Chats mit tausenden Mitgliedern anhand ihrer Zugänglichkeit willkürlich.

Die Betreiber der App machen sich nach der hier vertretenen Ansicht durch das Betreiben der Plattform und die Unterlassung der Löschung von rechtswidrigen Inhalten nicht der Beihilfe zu Haupttaten ihrer Nutzer strafbar. Es liegt im Regelfall auch nicht der Betrieb einer kriminellen Handelsplattform i.S.v. § 127 StGB vor.

⁶² Kulhanek, BeckOK-StGB, § 127 Rn. 33.

⁶³ Eine Auflistung findet sich bei: Kulhanek, BeckOK-StGB § 127 Rn. 37; s. auch BT-Drs. 19/28175, S. 15.

⁶⁴ Online abrufbar unter: <https://www.heise.de/tipps-tricks/Wie-sicher-ist-Telegram-5048425.html#rechts> (zuletzt abgerufen am 21.3.2022).

⁶⁵ BT-Drs. 19/28175, S. 15.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB und das Verbot der Verschleifung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale

BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20

Leitsatz:

Zu Inhalt und Reichweite des Verbots einer Verschleifung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale (Art. 103 Abs. 2 GG).

[...]

Gründe:

A.

- ¹ Die Vorlage des *AG Villingen-Schwenningen* hat die Frage zum Gegenstand, ob § 315d Abs. 1 Nr. 3 des Strafgesetzbuches (StGB) in der Fassung des 56. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30.9.2017 (BGBl I S. 3532) mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

I.

- ² 1. § 315d StGB hat folgenden Wortlaut:

§ 315d Verbotene Kraftfahrzeugrennen

(1) Wer im Straßenverkehr

[...]

3. sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

[...]

- ³ 2. Anlass für die Einführung der Norm war die zunehmende Anzahl illegaler Kraftfahrzeugrennen, bei denen Unbeteiligte getötet oder schwer verletzt wurden (vgl. BR-Drs. 362/16, S. 3). Die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten entfalteten nach Einschätzung von Polizei und Unfallforschern kaum durchgreifende Abschreckungswirkung (vgl. BR-Drs. 362/16, S. 3; Wortprotokoll der 157. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll-Nr. 18/157, S. 15).

- ⁴ a) Die Länder Nordrhein-Westfalen und Hessen brachten deshalb am 30.6.2016 einen Gesetzesantrag in den Bundesrat ein, der die Strafbarkeit der Veranstaltung von und der Teilnahme an nicht genehmigten Kraftfahrzeugrennen nach § 315d StGB bereits im Vorfeld konkreter Rechtsgefährdungen zum Gegenstand hatte.

Ferner sollte der bestehende § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB um den Buchstaben h ergänzt werden, welcher die Teilnahme an einem nicht genehmigten Kraftfahrzeugrennen beinhaltete, um zusätzlich die Fälle, in denen eine konkrete Lebens-, Leibes- oder erhebliche Sachgefahr eintritt, vollständig zu erfassen (vgl. BR-Drs. 362/16, S. 3).

- ⁵ b) Am 23.9.2016 beschloss der Bundesrat, eine gegenüber dem Ausgangsentwurf um ein konkretes Gefährdungsdelikt in Absatz 2 ergänzte Fassung des § 315d StGB beim Bundestag einzubringen (vgl. BR-Drs. 362/16, S.9); die im ursprünglichen Antrag vorgesehene Ergänzung des Katalogs des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB um den Buchstaben h sollte entfallen.

- ⁶ c) Am 31.5.2017 stellte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen einen Antrag auf Änderung des § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB. Sie wollte die tatbestandliche Einschränkung „an unübersichtlichen Stellen, an Straßenkreuzungen, Straßeneinmündungen oder Bahnübergängen“ streichen, um generell im Straßenverkehr grob verkehrswidriges und rücksichtsloses zu schnelles Fahren und die dadurch eintretende Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert zu erfassen (vgl. BT-Drs. 18/12558, S. 2).

- ⁷ d) Die Strafbarkeit des sogenannten Einzelrennens als abstraktes Gefährdungsdelikt wurde erstmals mit dem Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD vom 16.6.2017 in die Diskussion eingebracht. Dem im Antragsentwurf vorgeschlagenen § 315d Abs. 1 StGB sollte eine Nummer 3 mit folgendem Wortlaut hinzugefügt werden (BT-Ausschussdr. Nr. 18(6)360):

[Wer im Straßenverkehr]

(...)

als Kraftfahrzeugführer die zulässige Höchstgeschwindigkeit erheblich, grob verkehrswidrig und rücksichtslos überschreitet, um eine besonders hohe Geschwindigkeit zu erreichen

(...)

[wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.]

- ⁸ e) Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz führte eine Sachverständigenanhörung durch, in deren Verlauf Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des in dem Än-

derungsantrag der Koalitionsfraktionen enthaltenen subjektiven Tatbestandsmerkmals „um eine besonders hohe Geschwindigkeit zu erreichen“ geäußert wurden (vgl. Protokoll-Nr. 18/157, S. 37 f. [Gutachten Franke]).

⁹ Er empfahl daher eine geänderte Fassung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, die durch den Bundestag im Zuge des 56. Strafrechtsänderungsgesetzes am 29.6.2017 angenommen wurde (vgl. Plenarprotokoll 18/243, S. 24909). Die Vorschrift trat am 13.10.2017 in Kraft.

¹⁰ f) Zur Begründung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in der verabschiedeten – und hier zur Überprüfung gestellten – Fassung führte der Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz aus (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.):

„Die Regelung des § 315d Absatz 1 Nummer 3 StGB erfasst diejenigen Fälle, in denen nur ein einziges Fahrzeug objektiv und subjektiv ein Kraftfahrzeugrennen nachstellt. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Das Führen des Kraftfahrzeugs muss mit nicht angepasster Geschwindigkeit erfolgen. Damit ist ein zu schnelles Fahren gemeint, das Geschwindigkeitsbegrenzungen verletzt oder der konkreten Verkehrssituation zuwiderläuft. Die Geschwindigkeit ist insbesondere den Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnissen anzupassen. Die Formulierungen grob verkehrswidrig und rücksichtslos orientieren sich an § 315c Absatz 1 Nummer 2 StGB und der dazu entwickelten Rechtsprechung. Subjektiv ist das Anliegen erforderlich, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Diese Formulierung bringt möglichst viele relevante Komponenten auf einen Nenner, wie die fahrzeugspezifische Höchstgeschwindigkeit und Beschleunigung – wobei diese im Einzelfall nicht immer erreicht sein muss –, subjektives Geschwindigkeitsempfinden, Verkehrslage, Witterungsbedingungen und anderes. Diese Tatbestandsvoraussetzung soll insbesondere dem Erfordernis des Renncharakters – auch im Fall des § 315d Absatz 1 Nummer 3 StGB – gerecht werden. Bloße Geschwindigkeitsüberschreitungen sollen hingegen nicht von der Strafbarkeit umfasst werden, auch wenn sie erheblich sind.“

II.

¹¹ Dem Angeschuldigten des Ausgangsverfahrens wird unter anderem eine Straftat nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Last gelegt.

[...]

¹³ Nach Zustellung der Anklageschrift beantragte der Verteidiger des Angeschuldigten, das Hauptverfahren wegen des Vorwurfs des verbotenen Kraftfahrzeugrennens nicht zu eröffnen, da der in der Anklageschrift beschriebene Sachverhalt den Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfülle. Das Fluchtfahrzeug sei bauartbedingt in der Lage, sehr viel höhere Geschwindigkeiten zu fahren als die vorgeworfenen 80 bis 100 km/h. Somit hätte der Angeschuldigte ohne Weiteres schneller fahren können, als er es getan habe.

¹⁴ 2. Das AG hat am 16.1.2020 beschlossen, das Verfahren

auszusetzen und dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG die Frage zur Entscheidung vorzulegen, ob die Vorschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB verfassungsgemäß ist.

[...]

¹⁸ b) Weiter hat das AG ausgeführt, dass § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB gegen den in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgrundsatz verstoße.

¹⁹ aa) Nach der Rechtsprechung des BVerfG sei für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der vorgelegten Vorschrift ein strenger Maßstab anzulegen. Bei Verwirklichung der Qualifikation des § 315d Abs. 5 StGB drohe eine Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren. Zudem richte sich die Vorschrift nicht nur an eine mit Spezialwissen ausgestattete Gruppe, sondern als Allgemeindelikt an jedermann, der am Straßenverkehr teilnehme. Für einen strengen Prüfungsmaßstab spreche ferner, dass einfache und rechtlich unzweideutige Regelungsalternativen bestanden hätten. Im Gesetzgebungsverfahren habe es den Vorschlag gegeben, § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB dahingehend zu modifizieren, dass die konkreten ortsbezogenen Beschränkungen der Vorschrift gestrichen und somit eine grob verkehrswidrige und rücksichtslose Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit in allen Bereichen des Straßenverkehrs erfasst werde (BT-Drs. 18/12558, S. 2, vgl. oben Rn. 6). Darüber hinaus sei in Anlehnung an das schweizerische Recht diskutiert worden, einen Katalog konkreter Geschwindigkeitsüberschreitungen aufzustellen, die unter Strafe gestellt würden.

²⁰ bb) Die verfassungswidrige Unbestimmtheit der Vorschrift sei nicht durch eine gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung ausgeschlossen. Jedenfalls für das Tatbestandsmerkmal „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ bestehe eine solche nicht.

²¹ cc) Nach Maßgabe eines strengen Prüfungsmaßstabs scheitere § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB bereits an der Einhaltung des Normenklarheitsgebots, da aus der Vorschrift nicht für jedermann zu entnehmen sei, welches Verhalten unter Strafe gestellt werde. Es bleibe unklar, unter welchen Voraussetzungen eine Geschwindigkeitsübertretung die Schwelle von der Ordnungswidrigkeit zur Straftat überschreite. Eine Ausräumung der verbleibenden Unklarheiten über den Anwendungsbereich durch eine Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB sei nicht möglich. Während die Merkmale „mit nicht angepasster Geschwindigkeit“ sowie „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“ noch hinreichend bestimmt seien, sei das Merkmal „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ verfassungswidrig unbestimmt. Es könne nicht im Wege der Auslegung präzisiert werden; vielmehr drohe ein Verschleifen mit den anderen drei Tatbestandsmerkmalen. Die in Literatur und Rechtsprechung dargelegten Ansichten ließen sich entweder nicht mit den anerkannten Auslegungsmethoden gewinnen oder konfligierten mit dem Verschleifungsverbot.

- ²² (1) Nach dem Wortlaut sei eindeutig, dass das Tatbestandsmerkmal eine Absicht im Sinne des *dolus directus* ersten Grades verlange. Im Übrigen werfe der Wortlaut des Tatbestands jedoch mehr Fragen als Antworten auf. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB stelle ausdrücklich auf die „höchstmögliche“ Geschwindigkeit ab. „Höchstmöglich“ heiße nach dem Duden „so hoch wie möglich“, eine Superlativform von „hoch“, die das absolute Maximum zum Ausdruck bringe. Dementsprechend sei es mit dem Wortlaut nicht vereinbar, das Tatbestandsmerkmal als „möglichst hoch“ zu verstehen. „Möglichst“ bedeute nach dem Duden „so viel, so sehr wie möglich, wie sich ermöglichen lässt“ oder „so, in dem Grade (...) wie [nur] möglich, wie es sich ermöglichen lässt“. Es sei seinerseits der Superlativ von „möglich“ und werde im allgemeinen Sprachgebrauch als Relativierung verwendet. „Höchstmöglich“ formuliere demgegenüber keine Relativierung oder Einschränkung, sondern bezeichne ein Radikal. Dieser Befund werde durch die Gesetzgebungsgeschichte bestätigt. Der erste Entwurf der Vorschrift habe dahin gelaute, dass eine „besonders hohe“ Geschwindigkeit angestrebt werden müsse, die durch eine „höchstmögliche“ Geschwindigkeit ersetzt worden sei, sodass statt einer relativen eine absolute Größe erforderlich sei.
- ²³ Damit sei allerdings noch keine Aussage darüber getroffen, welches „höchstmöglich“ gemeint sei. „Höchstmöglich“ beziehe sich vorliegend auf die Geschwindigkeit. Diese Wortkombination erfasse sowohl die situative als auch die absolute (technisch-physikalische) höchstmögliche Geschwindigkeit. Der Wortlaut deute dabei auf die erste Variante hin. Denn tatbestandlich solle es sich nicht um „die“, sondern um „eine“ höchstmögliche Geschwindigkeit handeln. Diese Formulierung wirke auf den ersten Blick paradox, da es nicht mehrere Maxima geben könne. Wenn es sich bei dieser Formulierung nicht nur um ein gesetzgeberisches Redaktionsversehen handle, könne sie allein damit erklärt werden, dass der Gesetzgeber die höchstmögliche Geschwindigkeit zum jeweiligen Zeitpunkt habe erfassen wollen. Damit existierten mehrere höchstmögliche Geschwindigkeiten, abhängig von Zeit, Ort, Fahrbedingungen, Verkehr oder Einschätzung des Fahrers. Da Geschwindigkeit ein Quotient aus Weg und Zeit sei, gebe es konsequenterweise für jeden Ort/Zeitpunkt eine andere höchstmögliche Geschwindigkeit. Dies werfe allerdings das gravierende Problem auf, auf welche dieser beliebig vielen Geschwindigkeiten sich der Tatvorsatz beziehen müsse. Der Normwortlaut könne dahingehend gedeutet werden, dass es dem Gesetzgeber ausreiche, dass der Täter nur eine von diesen beliebig vielen höchstmöglichen Geschwindigkeiten erreichen wolle. Dies überspanne jedoch aus Sicht des Gerichts den Normwortlaut gravierend.
- ²⁴ Eine solch weite Auslegung der Vorschrift ermögliche es dem Richter, auf einen beliebigen Zeitpunkt abzustellen, obschon dem Delikt ein Dauerakt zugrunde liege. Diese Vorgehensweise wäre eine verfassungswidrige Korrektur der gesetzgeberischen Fehlleistung. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, deutlich zu machen, zu welchem Zeitpunkt die objektiven und subjektiven Merkmale eines Tatbestands erfüllt sein müssten, um eine Strafbarkeit anzunehmen. Es finde sich umgekehrt im Normwortlaut kein Anhaltspunkt dafür, dass sich der Vorsatz auf alle höchstmöglichen Geschwindigkeiten beziehen müsse. Hiergegen spreche, dass „höchstmögliche Geschwindigkeit“ im Singular verwendet werde.
- ²⁵ Außerdem finde diejenige Auffassung keinerlei Anhalt im Wortlaut der Norm, wonach die Fahrt einen Renncharakter haben müsse. Das vorliegende subjektive Tatbestandsmerkmal beziehe sich nach seinem Wortlaut allein auf die höchstmögliche Fahrgeschwindigkeit. Rennen charakterisierten sich zwar auch, aber nicht nur durch eine hohe Geschwindigkeit. Vielmehr trete hier ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Beteiligten mit eigenständigen Risiken und Dynamiken hinzu, wobei im Einzelfall das Erreichen der Maximalgeschwindigkeit nicht erforderlich sei. Über die Geschwindigkeit hinausgehende Renncharakteristika fänden im Wortlaut der Norm keine Anknüpfung. Soweit also die Gerichte im Rahmen ihrer Subsumtion unter das vorliegende Tatbestandsmerkmal aggressives Fahrverhalten über die Geschwindigkeit hinaus berücksichtigten, überschritten sie die Wortlautgrenze und korrigierten im Widerspruch zum Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG eine gesetzgeberische Fehlleistung. Es wäre dem Gesetzgeber schließlich jederzeit möglich gewesen, das vorliegende Tatbestandsmerkmal durch das Tatbestandsmerkmal „um ein Rennen nachzustellen“ oder durch „wobei die Fahrt mit Renncharakter erfolgen muss“ zu ersetzen.
- ²⁶ (2) Zwar streite die Systematik der Norm gegen diesen einen Renncharakter nicht erfordernden Wortlautbefund. Die Überschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB „Verbotene Kraftfahrzeugrennen“ deute darauf hin, dass der Gesetzgeber diesen Tatbestand im Zusammenhang mit Kraftfahrzeugrennen sehe. Entwertet werde dieser Bezug aber durch die Tatsache, dass Kraftfahrzeugrennen nach Vorstellung des Gesetzgebers gerade voraussetzten, dass zwei oder mehr Beteiligte hieran teilnahmen. Das vom Gesetzgeber erstrebte Merkmal des „Nachstellens eines Kraftfahrzeugrennens“ finde gerade keinen Anhaltspunkt im Wortlaut und sei seinerseits nicht in der Lage, das Paradox aufzulösen: Etwas alleine nachzustellen, das mindestens zwei Beteiligte voraussetze, sei nicht möglich.
- ²⁷ Zudem sei nach der Systematik der Norm nicht ersichtlich, in welchem Verhältnis die Tatbestandsmerkmale „grob verkehrswidrig“, „nicht angepasste Geschwindigkeit“, „rücksichtslos“ und „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ zueinander stünden.
- ²⁸ Wenn man die höchstmögliche Geschwindigkeit im Sinne der Norm so bestimme, wie es die Literatur und die Mehrzahl der Gerichte vorschlugen, entstünden automatisch Überschneidungen mit dem Tatbestandsmerkmal der nicht angepassten Geschwindigkeit, die zu einer Verschleifung der Tatbestandsmerkmale führten. Beide Tatbestandsmerkmale sollten sich anhand der situativen Gegebenheiten und subjektiven Fähigkeiten des Fahrers bestimmen. Zudem sei nicht ersichtlich, welche andere Grenze die höchstmögliche Geschwindigkeit bestimmen

solle, wenn bereits die angepasste Geschwindigkeit gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 der Straßenverkehrs-Ordnung (StVO) von derjenigen Grenze abhängig gemacht werde, ab der der Fahrer sein Fahrzeug nicht mehr beherrschen könne. Eine über das „Nicht-Beherrschen“ hinaus gesteigerte Fahrunsicherheit existiere nicht.

²⁹ Dieses Problem werde durch das Tatbestandsmerkmal „grob verkehrswidrig“ in seiner Interpretation als eklatanter Verstoß noch verschärft. Wie eine grobe Überschreitung der Geschwindigkeit, ab der die Kontrolle über das Fahrzeug verlustig gehe, von der noch höheren höchstmöglichen Geschwindigkeit abgegrenzt werden solle, sei schlicht unklar. Es sei in keiner Weise ersichtlich, wie eine trennscharfe, abstrakte, also für jedermann nachvollziehbare Abgrenzung zwischen nur objektiv tatbestandlich zu schnellem Fahren und auch subjektiv tatbestandlichem Handeln gezogen werden solle.

³⁰ Bezüglich des Tatbestandsmerkmals „rücksichtslos“ fehle es genauso an jedweder Abgrenzbarkeit. Es sei abstrakt kein Fall ersichtlich, in dem das Anstreben einer situativ höchstmöglichen Geschwindigkeit nicht zugleich rücksichtslos sei. Damit verlöre das Tatbestandsmerkmal seinen eigenständigen Inhalt. Dies dürfe aber aufgrund des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Verschleifungsverbots nicht Ergebnis der Auslegung sein.

³¹ (3) Die Gesetzgebungsgeschichte bestätige im Gegensatz zur Normsystematik im Grundsatz die Auffassung der Mehrheit der Gerichte zur Auslegung des Begriffs der „höchstmöglichen Geschwindigkeit“. Der Gesetzgeber habe das Tatbestandsmerkmal gerade situativ-ortsbezogen verstanden wissen wollen. Die technisch-physikalischen Grenzen eines Fahrzeugs könnten wegen der Eigenarten des Fahrens nur im Windkanal oder in vergleichbaren geschützten Umfeldern erreicht werden. Dementsprechend sei im Straßenverkehr die technische Grenze eines Fahrzeugs nie erreichbar.

³² Unklar bleibe demgegenüber, in welchem Verhältnis diese situativ-ortsbezogene Geschwindigkeitsbeschreibung zur Erwartung des Gesetzgebers stehen solle. Die Gesetzesbegründung lasse offen, was mit dem objektiven und subjektiven Nachstellen eines Kraftfahrzeugrennens gemeint sei. Aus der Debatte im Rechtsausschuss werde jedoch ersichtlich, dass der Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen unterschiedlich strafwürdigen Rasern erstrebt habe. Zu unterscheiden sei zwischen einem Raser, der aus nachvollziehbaren Motiven, und einem, der aus nicht näher nachvollziehbaren eigensüchtigen Motiven handle. Diese Differenzierung stehe mit dem Nachstellen eines Kraftfahrzeugrennens nur sehr mittelbar in Beziehung und finde erst recht keinen Anhaltspunkt im Wortlaut oder in der Normsystematik.

³³ (4) Schließlich trage eine Auslegung nach dem Normzweck nicht dazu bei, die Konturen des Tatbestands in noch verfassungsgemäßer Weise zu konkretisieren. Es sei schon nicht nachvollziehbar, welche Zielsetzung der Tatbestand genau verfolge. Der Wille des Gesetzgebers be-

finde sich insoweit in einem Spagat zwischen dem erklärten Willen, zwar rennähnliches Fahren – nicht zuletzt, um einen Auffangtatbestand bei Nichterweislichkeit einer Rennabrede zu schaffen –, aber zugleich nicht jede Geschwindigkeitsüberschreitung unter Strafe zu stellen (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5).

Warum dementsprechend trotzdem nur eine Anknüpfung an die gefahrene und beabsichtigte Geschwindigkeit erfolge, sei völlig unerklärlich. Der Tatbestand sei dahingehend überschießend, dass dem Verkehrsteilnehmer unterstellt werde, er könne zu jedem Zeitpunkt die maximal mögliche Geschwindigkeit kognitiv erfassen, berechnen und sich und sein Verhalten danach ausrichten. Es könne vom einzelnen Fahrer nicht erwartet werden, dass er in Sekundenbruchteilen alle Faktoren, die zur Berechnung der Grenzggeschwindigkeit erforderlich seien, erfasse und diese Grenzggeschwindigkeit nachvollziehe. Zugleich öffne eine solche Definition der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, nicht widerleglichen Einlassungen Tür und Tor, was an der Geeignetheit der Vorschrift im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zweifeln lasse. Es sei ein Leichtes für einen Angeklagten, schlicht zu behaupten, er habe diesen oder jenen äußerlichen Faktor, der relevant für die Bestimmung der Grenzggeschwindigkeit sei, nicht erfasst, er sei mit der Einschätzung der maximal möglichen Geschwindigkeit überfordert gewesen oder habe sich schlicht verschätzt.

Damit verfehle der Tatbestand in seiner allein denkbaren, wenn auch noch immer nicht hinreichend bestimmten Auslegungsvariante grob seinen Normzweck. Eben dies könne nicht Ergebnis einer Auslegung sein. Dass dieses unbefriedigende Auslegungsergebnis durch im Wortlaut nicht widerspiegelte Faktoren oder aber die Umwertung extrinsischer Motive „repariert“ werden solle, sei abzulehnen, denn dies wäre eine Verletzung der Grenzen zulässiger richterlicher Auslegung im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG.

³⁴ Angesichts dessen sei der Tatbestand selbst unter Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden nicht präzisierbar. Insbesondere sei das Verhältnis zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen nicht klärbar, der Zeitpunkt, auf den sich der Tatvorsatz beziehen solle, nicht zu extrahieren und das Widerstreiten verschiedener Normzwecke im Rahmen des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht aufzulösen. Die einzige im Ansatz präzisierende Auslegungsvariante des Tatbestands verfehle den Normzweck grob und sei dementsprechend ungeeignet im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

³⁵ dd) Zur Verletzung des Normenklarheitsgebots trete eine Verletzung des in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommenden Aspekts der Gewaltenteilung hinzu. Der Gesetzgeber habe bewusst die Aufgabe auf die Gerichte übertragen, den Tatbestand zu bestimmen, da § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB möglichst weit und unbestimmt gefasst werden sollte, um Strafverfolgungsbehörden und Gerichten einen möglichst großen Spielraum zu geben.

³⁶ c) In seinen ergänzenden Beschlüssen vom 17.2.2020 und

vom 28.7.2020 hat das AG in Auseinandersetzung mit der nach seinem Vorlagebeschluss ergangenen oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung ausgeführt, dass es weiterhin von der Verfassungswidrigkeit des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB überzeugt sei.

Insbesondere ist das AG der Gesetzesauslegung durch das KG (vgl. KG, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris; ferner Rn. 79 ff.) kritisch entgegengetreten. Die einschränkende Auslegung des KG, dass ein gravierender Verstoß vorliegen müsse, dem zugleich der Charakter eines nachgestellten Kraftfahrzeugrennens anhafte, beachte den Wortlaut des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht. Zudem verschärfe die Auslegung des KG die Problematik der Verschleifung, da es Argumente für oder gegen das Vorliegen des überschießenden subjektiven Merkmals allein aus der gefahrenen Geschwindigkeit herleite, die wiederum Teil des objektiven Tatbestandsmerkmals der nicht angepassten Geschwindigkeit sei, dem nach allgemeinen Lehren immer zugleich ein korrespondierendes subjektives Tatbestandsmerkmal gegenüberstehe.

[...]

III.

- ⁶⁶ In Rechtsprechung und Schrifttum besteht über die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB keine Einigkeit.
- ⁶⁷ 1. a) Nach der Rechtsprechung des KG ist für das Tatbestandsmerkmal der Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit entscheidend, ob das Fahrzeug noch sicher beherrscht werden könne (vgl. KG, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris Rn. 20; sich dem anschließend: OLG Zweibrücken, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 OLG 2 Ss 34/20, juris Rn. 8). Die zulässige Höchstgeschwindigkeit stelle lediglich ein Indiz für die Beherrschbarkeit dar. Gemeint sei entsprechend § 3 Abs. 1 StVO ein gegen Geschwindigkeitsbegrenzungen verstoßendes oder der konkreten Verkehrssituation zuwiderlaufendes Fahren, wobei die Geschwindigkeit insbesondere den Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnissen anzupassen sei. Darüber hinaus richte sich die angepasste Geschwindigkeit nach der Leistungsfähigkeit des Fahrzeugführers sowie dem technischen Zustand des Fahrzeugs.
- ⁶⁸ Im Schrifttum werden demgegenüber an der Bestimmtheit dieses Tatbestandsmerkmals Zweifel geäußert, da es für den Fahrer häufig aufgrund der vielen einzubeziehenden Faktoren zur Bestimmung der nicht angepassten Geschwindigkeit nicht sicher einzuschätzen sei, ob er sich noch in dem zulässigen Rahmen bewege (vgl. Stam, StV 2018, S. 464 [467 f.]). Umstritten ist ferner, ob ein Verstoß gegen die zulässigen Höchstgeschwindigkeiten des § 3 Abs. 3 StVO automatisch zu einer nicht angepassten Geschwindigkeit führe (vgl. dafür Stam, StV 2018, 464 [467]; Zieschang, NZV 2020, 489 [490]) oder ob ein solcher nur indizielle Bedeutung habe (vgl. für Letzteres Kutsche, NZV 2017, 414 [417]; Kulhanek, in: Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. [2018], § 315d Rn. 35; Krumm, DAR 2018, 710 [711]; Jansen, NZV 2019, 285 [286]; Zopfs, DAR 2020, 9 [11]).
- ⁶⁹ b) Zur Definition der groben Verkehrswidrigkeit und der Rücksichtslosigkeit nehmen das KG und das OLG Köln unter Verweis auf die Gesetzesbegründung Bezug auf die Judikatur zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB (vgl. KG, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris Rn. 24 ff.; OLG Köln, Urt. v. 5.5.2020 – III – 1 RVs 45/20, NStZ-RR 2020, 224 f. [226]). Ferner müssten die Tatbestandsmerkmale der groben Verkehrswidrigkeit und der Rücksichtslosigkeit kumulativ vorliegen, sodass es nicht ausreichend sei, wenn der Angeklagte einzelne Verkehrsverstöße jeweils nur grob verkehrswidrig und andere rücksichtslos begehe (vgl. KG, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris Rn. 26 f.).
- ⁷⁰ Das Schrifttum wirft darüber hinaus die Frage auf, ob es angesichts des Wortlauts des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB eines zusätzlichen Regelverstoßes bedürfe (vgl. Dahlke/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2017, 306 [307]; Kutsche, NZV 2017, 414 [417]; Kulhanek, in: BeckOK-StGB [Stand: 05/2021], § 315d Rn. 39). Anders als in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB, welcher die Tatbestandsmerkmale der groben Verkehrswidrigkeit und Rücksichtslosigkeit auf die in der Vorschrift genannten Verhaltensweisen beziehe, verbinde § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB die Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit und die Tatbestandsmerkmale der groben Verkehrswidrigkeit und Rücksichtslosigkeit mit einem „und“. Die Gesetzgebungsmaterialien sprächen, da sie allein einen Verweis auf § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB und die dazu ergangene Rechtsprechung enthielten, jedoch gegen eine Auslegung, die einen weiteren Verkehrsverstoß als Bezugspunkt erfordere, sodass sich die Merkmale der groben Verkehrswidrigkeit und Rücksichtslosigkeit auf die Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit beziehen müssten (vgl. Kutsche, NZV 2017, 414 [417]; Ruß, SvR 2018, 286 [288]; Preuß, NZV 2018, 537 [539]; Zopfs, DAR 2020, 9 [11]; König, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2021], § 315d Rn. 25).
- ⁷¹ c) Über die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ besteht in Rechtsprechung und Schrifttum ebenfalls Streit.
- ⁷² aa) Das KG hält dieses Tatbestandsmerkmal bei einschränkender Auslegung der Vorschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB für bestimmt genug (vgl. KG, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris Rn. 9 ff.; sich anschließend OLG Köln, Urt. v. 5.5.2020 – III – 1 RVs 45/20, NStZ-RR 2020, 224 [225]; OLG Celle, Beschl. v. 28.4.2021 – 3 Ss 25/21, juris Rn. 1). Der Anwendungsbereich des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB werde durch seine Struktur, die gesetzgeberischen Motive und die zu dieser Vorschrift bereits ergangene Rechtsprechung in ausreichender, vorhersehbarer Weise begrenzt. Tatbestandsrelevant seien nur solche Handlungen, die objektiv und subjektiv aus der Menge der bußgeldbelegten Geschwindigkeitsverstöße herausragten. Um dem Renncharakter auf Tatbestandsebene Ausdruck zu verleihen, setze

die Regelung voraus, dass der Täter in der Absicht handele, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (vgl. *KG*, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris Rn. 17 f.), was *dolus directus* ersten Grades erfordere und auf die relativ höchstmöglich erzielbare Geschwindigkeit abstelle, die sich aus der Zusammenschau der fahrzeugspezifischen Beschleunigung beziehungsweise der Höchstgeschwindigkeit, des subjektiven Geschwindigkeitsempfindens, der Verkehrslage und der Witterungsbedingungen ergebe (vgl. ebenso: *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 4.7.2019 – 4 Rv 28 Ss 103/19, juris Rn. 10; *OLG Köln*, Urt. v. 5.5.2020 – III – 1 RVs 45/20, NStZ-RR 2020, 224 [226]; *BayObLG*, Beschl. v. 22.7.2020 – 207 StRR 245/20, BeckRS 2020, 17421 Rn. 31; *OLG Celle*, Beschl. v. 28.4.2021 – 3 Ss 25/1, juris Rn. 1; a.A. zuvor *LG Stade*, Beschl. v. 4.7.2018 – 132 Qs 88/18, juris Rn. 12). Nicht maßgeblich sei dagegen, ob der Täter die Leistungsfähigkeit seines Fahrzeugs vollständig ausreize (vgl. *KG*, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris Rn. 33).

⁷³ Die Fälle der Polizeiflucht ordnen einige Oberlandesgerichte ebenfalls unter das Tatbestandsmerkmal der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, ein (vgl. *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 4.7.2019 – 4 Rv 28 Ss 103/19, juris Rn. 12 ff.; *OLG Köln*, Urt. v. 5.5.2020 – III – 1 RVs 45/20, NStZ-RR 2020, 224 [226]; *OLG Celle*, Beschl. v. 28.4.2021 – 3 Ss 25/21, juris Rn. 1). Diese Absicht müsse nicht Haupt- oder alleiniger Beweggrund sein (vgl. *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 4.7.2019 – 4 Rv 28 Ss 103/19, juris Rn. 12). Die Polizeiflucht sei von einem spezifischen Renncharakter geprägt, in dem sich die typischen Risiken eines Kraftfahrzeugrennens – wie die Außerachtlassung von Fahr- und Verkehrssicherheit und der Kontrollverlust über das Fahrzeug – wiederfänden, auch wenn das Ziel des Wettbewerbs nicht im bloßen Sieg, sondern der gelungenen Flucht liege (vgl. *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 4.7.2019 – 4 Rv 28 Ss 103/19, juris Rn. 15; *OLG Köln*, Urt. v. 5.5.2020 – III – 1 RVs 45/20, NStZ-RR 2020, 224 [226]).

⁷⁴ bb) Im Schrifttum werden hingegen teilweise Bedenken geäußert, ob § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, dem Bestimmtheitsgebot genüge (vgl. *Krenberger*, NZV 2018, 483; *Ruhs*, SVR 2018, 286 [290]; *Pegel*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. [2019], § 315d Rn. 26; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. [2020], § 315d Rn. 16 ff. und ebenso 69. Aufl. [2022]; *Jahn*, JuS 2020, 277 [279 f.]; *Schulz-Merkel*, NZV 2020, 397 [399]; *Zieschang*, NZV 2020, 489 [491]; *König*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2021], § 315d Rn. 23, 30 f.; *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 5. Aufl. [2021], § 315d Rn. 15).

⁷⁵ Umstritten ist auch, ob die Fahrt mit dem Kraftfahrzeug Renncharakter haben müsse (vgl. *Schefer/Schülting*, HRRS 2019, 458 [460 f.]; *Krenberger*, NZV 2019, 317; *Schulz-Merkel*, NZV 2020, 397 [399]; a.A. *Jansen*, NZV 2019, 285 [287]; *Zieschang*, NZV 2020, S. 489 [491]). Einzelne Stimmen im Schrifttum stellen auf das Tatmotiv

ab (vgl. *Schulz-Merkel*, NZV 2020, 397 [399]), andere auf den Renncharakter als ein ausfüllendes Merkmal der Absicht, welches vorliege, wenn das objektive Verhalten und die subjektiven Elemente des Wissens und Wollens des einzelnen Fahrers dem typischen Verhalten beziehungsweise den typischen Wissens- und Wollenselementen eines Fahrers bei einem Rennen glichen (vgl. *Schefer/Schülting*, HRRS 2019, 458 [461]). Wieder andere sehen es als erforderlich an, dass alle Merkmale eines Rennens mit Ausnahme der Rennabrede vorlägen (vgl. *König*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2021], § 315d Rn. 29).

⁷⁶ 2. Der *BGH* hält in seinem Beschl. v. 17.2.2021 (4 StR 25/20, NJW 2021, 1173), der nach dem amtsgerichtlichen Vorlagebeschluss ergangen ist, § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB für mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar. Die Norm könne mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden in einer dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht werdenden Weise ausgelegt werden. Im Rahmen seiner Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB stellt der *BGH* auch Maßstäbe zur Bestimmung des Absichtserfordernisses auf (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1174 ff.]), die er in darauffolgenden Entscheidungen ergänzt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 142/20, DAR 2021, 395; Beschl. v. 13.4.2021 – 4 StR 109/20, NStZ 2021, 189; Beschl. v. 29.4.2021 – 4 StR 165/20, juris; Urt. v. 24.6.2021 – 4 StR 79/20, juris).

⁷⁷ a) Mit dem Erfordernis der nicht angepassten Geschwindigkeit habe sich der Gesetzgeber begrifflich an die straßenverkehrsrechtliche Regelung in § 3 Abs. 1 StVO angelehnt, ohne indes gesetzestechnisch auf diese Norm zu verweisen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1174]). Das Merkmal der unangepassten Geschwindigkeit sei daher ähnlich wie die Begriffe der Vorfahrt und des Überholens in § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a und b StGB maßgeblich durch Auslegung des Regelungsgehalts der Strafnorm zu bestimmen. Ausgehend von der Wortbedeutung meine unangepasste Geschwindigkeit jede der konkreten Verkehrssituation nach den straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften nicht mehr entsprechende Geschwindigkeit. Tatbestandlich erfasst würden danach im Einklang mit den Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5) nicht nur Verstöße gegen die Gebote des § 3 Abs. 1 StVO, sondern auch Überschreitungen der in § 3 Abs. 3 StVO geregelten allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten.

⁷⁸ Hinsichtlich der einschränkenden Tatbestandsmerkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“ sei auf die zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB ergangene Judikatur zurückzugreifen, da der Ausschussbericht (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5) an die Umschreibung strafbaren Verhaltens in dieser Vorschrift anknüpfe (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1174]). Ungeachtet der durch die Verwendung des Verbindungswortes „und“ von § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB abweichenden Formulierung der Vorschrift bezögen sich die Merkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“ – wie bei der Strafnorm des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB – auf die objek-

tive Tathandlung, mithin auf das Fahren mit nicht angepasster Geschwindigkeit.

Dafür sprächen der Wortlaut und der im Ausschussbericht ausdrücklich enthaltene Hinweis auf die Strafnorm des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB. Für die Tatbestandsverwirklichung erforderlich sei daher, dass sich gerade die Fortbewegung des Täters mit nicht angepasster Geschwindigkeit als grob verkehrswidrig und rücksichtslos darstelle. Die grobe Verkehrswidrigkeit könne sich dabei aus der besonderen Massivität des Geschwindigkeitsverstößes oder aus begleitenden anderweitigen Verkehrsverstößen ergeben, die in einem inneren Zusammenhang mit der nicht angepassten Geschwindigkeit stünden. Rücksichtsloses Verhalten sieht der *BGH* in einem Handeln aus eigensüchtigen Motiven unter bewusster Hinwegsetzung über die berechtigten Belange anderer Verkehrsteilnehmer (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175]).

⁷⁹ b) aa) Zum Absichtsmerkmal führt der *BGH* aus, dass neben den Merkmalen der groben Verkehrswidrigkeit und der Rücksichtslosigkeit gerade diesem nach den im Ausschussbericht verlautbarten Intentionen des Gesetzgebers die Aufgabe zukomme, den für das Nachstellen eines Rennens mit einem Fahrzeug kennzeichnenden Renncharakter tatbestandlich umzusetzen und das nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbare Verhalten von den alltäglich vorkommenden, auch erheblichen Geschwindigkeitsverletzungen abzugrenzen. Wie die verschiedenen in den Gesetzesmaterialien aufgeführten Parameter zur Bestimmung der höchstmöglichen Geschwindigkeit erkennen ließen, müsse die nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbarkeitsbegründende Absicht darauf gerichtet sein, die nach den Vorstellungen des Täters unter den konkreten situativen Gegebenheiten – wie Motorisierung, Verkehrslage, Streckenverlauf, Witterungs- und Sichtverhältnisse – maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175]). In seinem Ur. v. 24.6.2021 betont der *BGH*, dass es für das Absichtserfordernis nicht ausreiche, wenn es dem Täter auf das Erreichen einer „möglichst hohen“ Geschwindigkeit ankomme, die je nach den Vorstellungen und sonstigen Zielen des Täters unterhalb der nach den konkreten Gegebenheiten maximal erreichbaren Geschwindigkeit liegen könne (vgl. *BGH*, Ur. v. 24.6.2021 – 4 StR 79/20, juris Rn. 10).

⁸⁰ bb) Da der Gesetzgeber mit dem Absichtserfordernis dem für das Nachstellen eines Rennens kennzeichnenden Renncharakter habe Ausdruck verleihen wollen, sei für das Absichtsmerkmal weiterhin zu verlangen, dass sich die Zielsetzung des Täters nach seiner Vorstellung auf eine unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten nicht ganz unerhebliche Wegstrecke beziehe (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175]; kritisch dazu: *Zieschang*, JR 2021, 278 [284 f.]; *Stam*, NStZ 2021, 540 [544]). Während die abstrakte Gefährlichkeit für das Rechtsgut der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs bei Rennen mit mehreren Kraftfahrzeugen im Sinne des § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB maßgeblich aus dem Wettbewerb unter den Teilnehmern resultiere, ergebe sie

sich in den Fällen des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB aus dem unbedingten Willen des Täters, sein Fahrzeug bis zur relativen Grenzgeschwindigkeit zu beschleunigen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175]). Nicht ausreichend sei es, wenn die vom Angeklagten bewirkte maximale Beschleunigung darauf gerichtet sei, ein bestimmtes, nur wenig entferntes Verkehrsziel zu erreichen wie etwa das Passieren einer nahen Ampel vor dem Ende der Gelbphase – oder einen konkreten räumlich eng umgrenzten Verkehrsvorgang durchführen zu können wie etwa eine kurze Maximalbeschleunigung bei einem Überholvorgang –, um die Fahrt danach mit angepasster Geschwindigkeit fortzusetzen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 142/20, DAR 2021, 395 [396]).

⁸¹ cc) Ferner ist der *BGH* der Ansicht, dass die Absicht nicht Endziel oder Hauptbeweggrund sein müsse (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175]; kritisch dazu: *Hoven*, NJW 2021, 1173 [1176]; *Hecker*, JuS 2021, S. 700 (702); *Obermann*, NZV 2021, S. 344 [346 f.]; *Krenberger*, NZV 2021, 318 [319]). Es genüge, dass der Täter das Erreichen der situativen Grenzgeschwindigkeit als aus seiner Sicht notwendiges Zwischenziel anstrebe, um ein weiteres Handlungsziel zu erreichen. Dieses Verständnis stehe im Einklang mit dem Wortlaut der Norm, der für eine einschränkende Auslegung des Absichtserfordernisses keinen Anhalt biete, und entspreche der herkömmlichen Interpretation der Vorsatzform des *dolus directus* ersten Grades.

⁸² Da die erforderliche Abgrenzung des als Nachstellen eines Kraftfahrzeugrennens tatbestandlich erfassten Verhaltens von alltäglichen, wenn auch erheblichen Geschwindigkeitsverstößen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers insbesondere durch das in die Strafvorschrift aufgenommene Absichtserfordernis gewährleistet werde, ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm keine Rechtfertigung für eine einschränkende Auslegung des subjektiven Tatbestandsmerkmals. Daraus folge, dass Polizeifluchtfälle von der Strafvorschrift erfasst würden, sofern festgestellt werden könne, dass es dem Täter darauf angekommen sei, als notwendiges Zwischenziel für eine erfolgreiche Flucht über eine nicht ganz unerhebliche Wegstrecke die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175]; *BGH*, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 142/20, DAR 2021, 395 [396]). Es werde jedoch dabei zu beachten sein, dass aus der Fluchtsituation nicht ohne Weiteres auf die Absicht geschlossen werden könne, die gefahrene Geschwindigkeit bis zur Grenze der situativ möglichen Höchstgeschwindigkeit zu steigern (vgl. auch *BGH*, Ur. v. 24.6.2021 – 4 StR 79/20, juris Rn. 11).

B.

⁸³ Die Vorlage ist zulässig.

[...]

C.

- ⁸⁷ § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ist mit dem Grundgesetz vereinbar, insbesondere genügt der Tatbestand den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG. Auch der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) stehen ihm nicht entgegen.
- I.
- ⁸⁸ 1. Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Bedeutung dieser Verfassungsnorm erschöpft sich nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Art. 103 Abs. 2 GG enthält für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot (a) sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (b).
- ⁸⁹ Durch diese Garantien soll einerseits sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insofern enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen (vgl. BVerfGE 126, 170 [194]; 143, 38 [53 Rn. 36]; 153, 310 [339 Rn. 72]). Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit zählt; es ist eine ihm vorbehaltenen grundlegende Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt (vgl. BVerfGE 126, 170 [194]; 143, 38 [53 Rn. 36]; 153, 310 [339 f. Rn. 72]). Andererseits geht es um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Art. 103 Abs. 2 GG hat insofern auch eine freiheitsgewährleistende Funktion (vgl. BVerfGE 126, 170 [194 f.]; 143, 38 [53 Rn. 37]; 153, 310 [340 Rn. 73]).
- ⁹⁰ a) Für den Gesetzgeber enthält Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Funktion als Bestimmtheitsgebot die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 126, 170 [195]).
- ⁹¹ aa) Die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen (vgl. BVerfGE 101, 1 [34]; 126, 170 [195]; 150, 1 [96 ff. Rn. 190 ff.]) und Rechtsvorschriften so genau fassen muss, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Grundsatz der Normenklarheit; vgl. BVerfGE 93, 213 [238]; 126, 170 [195]), gelten für den grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt. Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht (vgl. BVerfGE 92, 1 [12]; 126, 170 [95]; 153, 310 [340 Rn. 74]).
- ⁹² bb) Allerdings muss der Gesetzgeber auch im Strafrecht in der Lage bleiben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden (vgl. BVerfGE 126, 170 [195]; 143, 38 [54 Rn. 40]; 153, 310 [341 Rn. 76]). Müsste er jeden Straftatbestand stets bis ins Letzte ausführen, anstatt sich auf die wesentlichen Bestimmungen über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe zu beschränken, bestünde die Gefahr, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten (vgl. BVerfGE 126, 170 [195]; 143, 38 [54 f. Rn. 40]; 153, 310 [341 Rn. 76]).
- ⁹³ Wegen der gebotenen Allgemeinheit und der damit zwangsläufig verbundenen Abstraktheit von Strafnormen ist es unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Das Bestimmtheitsgebot bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen wäre, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit unmittelbar in ihrer Bedeutung für jedermann erschließbaren deskriptiven Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben. Es schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln im Strafrecht nicht von vornherein aus (vgl. BVerfGE 92, 1 [12]; 126, 170 [196]; 143, 38 [55 Rn. 41]; 153, 310 [341 Rn. 77]). Der Gesetzgeber kann Tatbestände auch so ausgestalten, dass zu ihrer Auslegung auf außerstrafrechtliche Vorschriften zurückgegriffen werden muss (vgl. BVerfGE 126, 170 [196]).
- ⁹⁴ cc) Welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben muss, lässt sich nicht allgemein festlegen (vgl. BVerfGE 126, 170 [196]; 143, 38 [55 Rn. 41]; 153, 310 [341 Rn. 77]). Deshalb ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 Abs. 2 GG im Einzelfall nachgekommen ist. Zu prüfen sind die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führten (vgl. BVerfGE 28, 175 [183]), wobei der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präziser bestimmen muss, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist (vgl. BVerfGE 75, 329 [342]; 126, 170 [196]; 153, 310 [341 Rn. 75]). Auch der Kreis der Normadressaten kann von Bedeutung sein (vgl. BVerfGE 126, 170 [196]; 153, 310 [342 Rn. 77; 352 Rn. 97]).
- ⁹⁵ dd) Soweit es nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* in Grenzfällen ausnahmsweise genügt, wenn lediglich das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist,

trägt dies der Unvermeidbarkeit von Randunschärfen Rechnung (vgl. BVerfGE 126, 170 [196] unter Verweis auf BVerfGE 92, 1 [12]). Gegen die Verwendung unbestimmter, konkretisierungsbedürftiger Begriffe oder von Generalklauseln bestehen jedenfalls dann keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 126, 170 [196 f.]; 143, 38 [55 Rn. 41]; 153, 310 [341 Rn. 77]). Allein die Tatsache, dass ein Gesetz bei extensiver, den möglichen Wortlaut ausschöpfender Auslegung auch Fälle erfassen würde, die der parlamentarische Gesetzgeber nicht bestraft wissen wollte, macht das Gesetz nicht verfassungswidrig, wenn und soweit eine restriktive, präzisierende Auslegung möglich ist (vgl. BVerfGE 87, 399 [411]; 126, 170 [196 f.]).

⁹⁶ b) Für die Strafgerichte konkretisiert der Satz „nulla poena sine lege“ den Grundsatz der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG. Sie dürfen nicht korrigierend in die Entscheidung des Gesetzgebers über die Strafbarkeit eingreifen (aa). Sie sind allerdings gehalten, weit gefassten Tatbeständen innerhalb der Wortlautgrenze durch eine präzisierende Auslegung Konturen zu geben (bb). Dabei dürfen sie Tatbestandsmerkmale, die der Gesetzgeber zur Eingrenzung der Strafbarkeit vorgesehen hat, nicht in einer diese Eingrenzung aufhebenden Weise verschleifend auslegen (cc).

⁹⁷ aa) Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen (vgl. BVerfGE 92, 1 [19]; 126, 170 [197]). Allein der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er für ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade das Mittel des Strafrechts einsetzen will. Die Gerichte dürfen in die Entscheidung des Gesetzgebers nicht korrigierend eingreifen und müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, zum Freispruch gelangen (vgl. BVerfGE 64, 389 [393]; 92, 1 [197]; 126, 170 [197]). Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist dann Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will (vgl. BVerfGE 126, 170 [197]). Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist (vgl. BVerfGE 92, 1 [12]; 126, 170 [197]; stRspr). Für die Bestimmung des möglichen Wortsinns können auch geset-

zessystematische und teleologische Erwägungen von Bedeutung sein (vgl. BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer des Zweiten Senats v. 16.6.2011 – 2 BvR 542/09, Rn. 57 m.w.N.). In Betracht kommt daher auch, dass bei methodengerechter Auslegung ein Verhalten nicht strafbewehrt ist, obwohl es vom Wortlaut des Strafgesetzes erfasst sein könnte. In einem solchen Fall darf ein nach dem Willen des Gesetzgebers strafloses Verhalten nicht durch eine Entscheidung der Gerichte strafbar werden (vgl. BVerfGE 87, 209 [224]). Vielmehr haben die Gerichte den Willen des Gesetzgebers zu respektieren und erforderlichenfalls durch restriktive Auslegung eines weiter gefassten Wortlauts der Norm sicherzustellen (vgl. BVerfGE 87, 399 [411]; 126, 170 [198]).

⁹⁸ bb) Aus der Zielsetzung des Art. 103 Abs. 2 GG sind für die Gerichte Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente zu entnehmen. Sie dürfen nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen (vgl. BVerfGE 92, 1 [19]; 126, 170 [198]). Andererseits ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präziserungsgebot; vgl. BVerfGE 126, 170 [198]). Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat. Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur die bloße Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 45, 363 [371 f.]; 126, 170 [199]), trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken.

⁹⁹ cc) Den Strafgerichten ist es dabei nicht verwehrt, den Wortlaut einer Strafbestimmung weit auszulegen. Gerade wenn der Normzweck eindeutig und offensichtlich ist, kann eine daran orientierte weite Auslegung des Wortsinns geboten sein, denn unter dieser Voraussetzung kann der Normadressat das strafrechtlich Verbotene seines Handelns vorhersehen. Dies zu gewährleisten, ist Sinn des Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 57, 250 [262]). Allerdings sind die Strafgerichte verpflichtet, die einzelnen Tatbestandsmerkmale, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht so zu definieren, dass die vom Gesetzgeber dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen – auch zum Schutz des Normadressaten – innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen; vgl. BVerfGE 87, 209 [229]; 92, 1 [16 f.]; 126, 170 [198]; 130, 1 [43 f.]).

¹⁰⁰ 2. Eine Pflicht auch des Strafgesetzgebers, Tatbestandsmerkmale so zu formulieren, dass keines in einem anderen aufgeht, enthält Art. 103 Abs. 2 GG hingegen nicht. Angesichts seines aus dem Demokratieprinzip folgenden Einschätzungs- und Ermessensspielraums kann es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, ihm zur Klarstellung wichtige, wenn auch ineinander aufgehende und damit im Ergebnis „verschleifende“ Tatbestandsmerkmale ausdrücklich in den Gesetzestext aufzunehmen (vgl. *Kuhlen*, in: FS Neumann, 2017, S. 943 [950]). Folgerichtig verstößt eine verschleifende Auslegung derartiger Tatbestandsmerkmale durch die Gerichte nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn der Gesetzgeber ihnen eine tatbestandsbegrenzende Funktion nicht beigemessen hat. Dies ist anhand einer inhaltlichen Analyse des betreffenden Straftatbestandes zu bestimmen (vgl. *Krell*, ZStW 2014, 902 [906]; *Kuhlen*, in: FS Neumann, 2017, 943 [949, 951]; *Saliger*, in: FS Fischer, 2018, S. 523 [529]; *Danneker/Schuhr*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2020], § 1 Rn. 215).

¹⁰¹ Das aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleitete Verschleifungsverbot betrifft mithin allein die Ebene der Rechtsanwendung. Dementsprechend hat das BVerfGE in seiner bisherigen Rechtsprechung das Verschleifungsverbot nur auf dieser Ebene herangezogen (vgl. BVerfGE 87, 209 [229 f.]; 92, 1 [16 ff.]; 126, 170 [198]; 130, 1 [44]). Auf der Ebene der Rechtssetzung kann das Verschleifungsverbot sein Ziel, zu verhindern, dass die vom Gesetzgeber durch die im Tatbestand verwendeten Begriffe bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit aufgrund einer weiten Auslegung durch die Gerichte konterkariert wird, nicht erreichen. Um die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots zu erfüllen, genügt es, dass der Gesetzgeber die Strafnormen so fasst, dass sich für den Normadressaten nach allgemeinen Maßstäben Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände erkennen und durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. oben Rn. 90 ff.).

¹⁰² 3. Die dargelegten Maßstäbe gelten auch unter Berücksichtigung des als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte (vgl. BVerfGE 111, 307 [317 f.]; 148, 296 [354 Rn. 132, 379 f. Rn. 173 f.]; 149, 293 [328 Rn. 86]; 153, 182 ([296 Rn. 302]) heranzuziehenden Klarheits- und Bestimmtheitsgebots von Art. 7 EMRK. Dieses geht über den Gewährleistungsgehalt von Art. 103 Abs. 2 GG nicht hinaus.

¹⁰³ Art. 7 EMRK sichert die Zugänglichkeit und Voraussehbarkeit der Strafbarkeit für den Normadressaten und enthält ein Analogieverbot (vgl. *EGMR*, *Baskaya u. Okuoglu v. Turkey*, Urte. v. 8.7.1999, Nr. 23536/94 und 24408/94, § 36; *Witt v. Germany*, Urte. v. 8.1.2007, Nr. 18397/03, § 1; *Kononov v. Latvia*, Urte. v. 17.5.2010, Nr. 36376/04, § 185). Danach muss der Einzelne dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmung – gegebenenfalls mit Hilfe ihrer Auslegung durch die Gerichte – entnehmen können, durch welche Handlungen oder Unterlassungen er sich strafbar macht (vgl. *EGMR*, *Witt v. Germany*, Urte. v. 8.1.2007, Nr. 18397/03, § 1; *J. v. Germany*, Urte. v. 12.7.2007, Nr. 74613/01, § 100). Diesbezüglich kommt es ebenso

wie bei Art. 103 Abs. 2 GG auf die Wortlautgrenze der Vorschrift aus Sicht des Adressaten an (vgl. *EGMR*, *Cantoni v. France*, Urte. v. 1.11.1996, Nr. 17862/91, § 35; *Kafkaris v. Cyprus*, Urte. v. 12.2.2008, Nr. 21906/04, § 140; *Del Río Prada v. Spain*, Urte. v. 21.10.2013, Nr. 42750/09, § 79). Auslegungsunsicherheiten sind im Wege der Präzisierung der Straftatbestände durch die Gerichte zu beseitigen (vgl. *EGMR*, *Witt v. Germany*, Urte. v. 8.1.2007, Nr. 18397/03, § 1; *Kafkaris v. Cyprus*, Urte. v. 12.2.2008, Nr. 21906/04, § 141). Zudem ist eine schrittweise Klärung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung zulässig, vorausgesetzt, die Entwicklung ist im Ergebnis mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend vorhersehbar (vgl. *EGMR*, *Witt v. Germany*, Urte. v. 8.1.2007, Nr. 18397/03, § 1; *S.W. v. The United Kingdom*, Urte. v. 22.11.1995, Nr. 20166/92, § 36; *Streletz, Kessler und Krenz v. Germany*, Urte. v. 22.3.2001, Nr. 34044/96, 35532/97, 44801/98; §§ 50, 82; *Kononov v. Latvia*, Urte. v. 7.5.2010, Nr. 36376/04, § 185).

II.

¹⁰⁴ Nach diesen Maßstäben ist § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren (1.). Auch der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG) (2.) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) (3.) stehen der Verfassungsmäßigkeit des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht entgegen.

¹⁰⁵ 1. Die Vorschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ist zunächst an den aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Verpflichtungen des Gesetzgebers zu messen (a), während die von den Gerichten einzuhaltenden Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG nur insofern Bedeutung erlangen, als sich aus ihnen ergibt, was die Rechtsprechung in Ergänzung zum Gesetzgeber leisten kann und darf (b). Eine Verletzung des Verschleifungsverbots ist bei methodengerechter Auslegung vorliegend ausgeschlossen (c).

¹⁰⁶ a) § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB lässt die erfassten Rechtsgüter der Sicherheit des Straßenverkehrs, des Lebens, der körperlichen Integrität und des Eigentums ebenso deutlich werden wie die besonderen Gefahren, vor denen der Gesetzgeber sie schützen will.

¹⁰⁷ aa) Die Tatbestandsmerkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“, welche im Straßenverkehrsstrafrecht bereits bestehende Begriffe aufnehmen, sind durch die Judikatur hinreichend präzisiert. Die ausdrückliche Bezugnahme der Gesetzesbegründung auf § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5) und die hierzu bestehende gefestigte Rechtsprechung geben eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung dieser Normelemente. Die höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB fordert für eine grobe Verkehrswidrigkeit einen besonders schweren und gefährlichen Verstoß gegen die Verkehrsvorschriften und die Verkehrssicherheit (vgl. BGHSt 5, 392 (395); *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 22.12.1999 – 2b Ss 87/99 – 46/99 I, juris Rn. 20; *KG*, Beschl. v. 25.5.2007 – [3] 1 Ss 103/07 [46/07], juris Rn. 6). Insbesondere die hierzu von der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen, welche von

einem eklatanten Geschwindigkeitsverstoß bis zu anderen qualifizierten Verletzungen der in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB aufgezählten Verkehrsvorschriften reichen (vgl. auch die Auflistung der Kasuistik bei *König*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2021], § 315c Rn. 135 f.), gewährleisten die Vorhersehbarkeit der Erfüllung dieses Tatbestandselements für den Normadressaten. Eine ebenso gefestigte Rechtsprechung besteht zu dem Tatbestandsmerkmal der Rücksichtslosigkeit (vgl. die Auflistung der Kasuistik bei *König*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2021], § 315c Rn. 142), das der *BGH* in den Fällen als erfüllt ansieht, in denen der Angeklagte sich aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen lässt (vgl. BGHSt 5, 392 [395]; *BGH*, Urt. v. 10.4.1959 – 4 StR 15/59, VRS 17, 43 [46]; Urt. v. 6.7.1962 – 4 StR 516/61, NJW 1962, 2165 [2165 f.]).

¹⁰⁸ bb) Für das Tatbestandsmerkmal des Fortbewegens mit nicht angepasster Geschwindigkeit kann dem Wortlaut des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB der Bezugspunkt zur Bestimmung der nicht angepassten Geschwindigkeit zwar nicht unmittelbar entnommen werden. Dieser ergibt sich aber aus dem Regelungsgehalt der Vorschrift. Da sich der Täter im Straßenverkehr fortbewegen muss, liegt es nahe, dass die Geschwindigkeit dessen Erfordernissen anzupassen ist. Ferner sind der Gesetzesbegründung Anhaltspunkte zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals zu entnehmen. Indem sie verlangt, die Geschwindigkeit „insbesondere den Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnissen anzupassen“, stellt sie einen Bezug zum Wortlaut der Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 2 StVO und deren Auslegung her (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5). Ferner gibt die Gesetzesbegründung für die Frage, ob bereits eine Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit eine unangepasste Geschwindigkeit darstellt oder eine solche lediglich indiziert (vgl. oben Rn. 67 f.), einen Anhaltspunkt. Sie führt aus, dass „ein zu schnelles Fahren gemeint sei, das Geschwindigkeitsbegrenzungen verletzt oder der konkreten Verkehrssituation zuwiderläuft“ (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5).

¹⁰⁹ cc) Auch hinsichtlich des Bezugspunkts der Tatbestandsmerkmale der groben Verkehrswidrigkeit und Rücksichtslosigkeit bestehen hinreichende Anknüpfungspunkte für eine methodengerechte Auslegung. Der Wortlaut des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB könnte zwar auch einen über das Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit hinausgehenden weiteren Verkehrsverstoß als Voraussetzung erfordern (vgl. oben Rn. 70). Rückschlüsse darauf, ob gerade ein grob verkehrswidriges und rücksichtsloses Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit gemeint ist, lassen sich aber daraus ziehen, dass die Vorschrift kein weiteres Verhalten nennt, welches durch die Tatbestandsmerkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“ qualifiziert werden könnte. Zudem kann der ausdrückliche Verweis in den Gesetzesmaterialien auf § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5) – der ebenfalls als Bezugspunkt einen in der Norm aufgeführten Verkehrsverstoß voraussetzt – zur Auslegung herangezogen werden.

¹¹⁰ dd) Der vom Gesetzgeber neu eingeführte Begriff der „höchstmöglichen Geschwindigkeit“ kann im Rahmen seines Wortsinns ebenfalls methodengerecht ausgelegt werden, auch wenn das Tatbestandsmerkmal „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ nicht an eine über längere Zeit gefestigte Rechtsprechung oder an bereits aus anderen Vorschriften bekannte Begrifflichkeiten anknüpft.

¹¹¹ (1) Der Wortlaut lässt hinsichtlich des Adjektivs „höchstmöglich“ wenig Auslegungsspielraum. Dem Duden zufolge bedeutet „höchstmöglich“ „so hoch wie möglich“ (vgl. Dt. Universalwörterbuch, 9. Aufl. [2019]), S. 892, zum Begriff „höchstmöglich“), sodass es sich nach dem Wortsinn um eine Geschwindigkeit handelt, welche so hoch wie „nur“ möglich und nicht lediglich „möglichst hoch“ ist (vgl. *BGH*, Urt. v. 24.6.2021 – 4 StR 79/20, juris Rn. 10 und oben Rn. 79; in die Richtung einer „möglichst hohen Geschwindigkeit“ argumentierend aber *Fischer*, StGB, 69. Aufl. [2022], § 315d Rn. 17; *Pegel*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. [2019], § 315d Rn. 26). Dafür spricht auch die Gesetzgebungsgeschichte, da ein Gesetzesantrag zuvor auf eine besonders hohe Geschwindigkeit“ abstellte (vgl. oben Rn. 7). Aus der Verwendung des unbestimmten Artikels „eine“ ist zudem nicht deshalb auf eine Unbestimmtheit der „höchstmöglichen Geschwindigkeit“ zu schließen, weil damit gemeint sein könnte, dass unterschiedliche Höchstgeschwindigkeiten zu unterschiedlichen Zeitpunkten vorliegen können (so indes der Vorlagebeschl., vgl. oben Rn. 23 f.). Nach der allgemeinen Strafrechtsdogmatik kommt es auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Tathandlung an. Zu diesem Zeitpunkt muss die Vorstellung des Täters auf eine höchstmögliche Geschwindigkeit gerichtet gewesen sein.

¹¹² Der Wortlaut ist zwar dahingehend offen, dass er nicht benennt, nach welchen Parametern sich die höchstmögliche Geschwindigkeit bemisst. Als solche kommen zum einen die Leistungsfähigkeit des Kraftfahrzeugs, zum anderen zusätzlich etwa die Verkehrssituation und die Fähigkeiten des Fahrers in Betracht. Welche dieser Kriterien gemeint sind, lässt sich aber ohne Weiteres mit den Mitteln herkömmlicher Gesetzesauslegung bestimmen. Dafür können die Gesetzesmaterialien herangezogen werden, welche ausdrücklich auf die Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnisse verweisen (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.). Als Anknüpfungspunkt für eine Auslegung kommt zudem ein Vergleich mit dem in derselben Norm geregelten Mehrpersonenrennen in Betracht, bei dem die absolute höchstmögliche Geschwindigkeit gerade nicht erreicht sein muss. Für ein solches Rennen genügt es, dass einer der Rennbeteiligten schneller als die anderen ist (vgl. *BGH*, Urt. v. 11.11.2021 – 4 StR 511/20, juris Rn. 17; *Pegel*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. [2019], § 315d Rn. 8).

¹¹³ Der Bestimmtheit des Merkmals „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ steht nicht entgegen, dass die Berechnung einer konkreten Geschwindigkeit die kognitiven Fähigkeiten des Täters übersteigen könnte (so aber der Vorlagebeschl., vgl. oben Rn. 33), da es einer sol-

chen Berechnung von vornherein nicht bedarf. Deskriptive Tatbestandsmerkmale setzen subjektiv voraus, dass der Täter ihren „natürlichen“ Sinngehalt erfasst (vgl. *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, [Stand: 05/2021], § 15 Rn. 12). Auch steht eine spätere Schwierigkeit des Nachweises einer entsprechenden Vorstellung des Täters der Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals nicht entgegen.

¹¹⁴ (2) Eine Unbestimmtheit des Absichtserfordernisses ergibt sich auch nicht daraus, dass der Wortlaut des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB neben der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, Raum für weitere Handlungsmotive des Täters lässt (vgl. oben Rn. 73). Die Formulierung des Absichtsmerkmals lässt eine Auslegung zu, nach der es nicht darauf ankommt, ob sich der Täter allein mit der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, fortbewegt oder noch weitergehende Beweggründe – wie beispielsweise die Flucht vor der Polizei oder den Wunsch nach öffentlicher Anerkennung durch späteres Einstellen eines Videos ins Internet – verfolgt. Der Gesetzgeber hat eine weitergehende Motivation des Täters nicht ausgeschlossen und nicht etwa das Wort „allein“ oder „nur“ der höchstmöglichen Geschwindigkeit vorangestellt. Umgekehrt bestehen Anhaltspunkte für eine solche Auslegung. Die Motivation eines Täters ist im Strafrecht ohnehin von der Frage des Vorsatzes zu trennen (vgl. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], § 15 Rn. 66; ebenso *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175] und oben Rn. 81). Auch bei anderen Straftatbeständen des Strafgesetzbuches mit überschießender Innentendenz (vgl. etwa § 252, § 263 Abs. 1, § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a StGB) – bei denen die Formulierung des Absichtsmerkmals derjenigen des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB entspricht – genügt es, wenn das Absichtserfordernis nach Vorstellung des Täters notwendiges tatbestandliches Zwischenziel zur Verwirklichung weitergehender Motive bildet (vgl. *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, [Stand: 05/2021], § 15 Rn. 19.3; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], § 15 Rn. 66; so für den § 315d StGB argumentierend: *Czimek*, ZJS 2020, 337 [338]; siehe auch zur Beuteerhaltungsabsicht aus § 252 StGB: *BGH*, Beschl. v. 12.7.2005 – 4 StR 170/05, NStZ-RR 2005, 340 [341]; zur Absicht der Erlangung eines Vermögensvorteils aus § 263 StGB: *BGH*, Urt. v. 15.10.1991 – 4 StR 420/91, juris Rn. 36; zur Absicht der Herbeiführung eines Unglücksfalls § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB: *BGH*, Beschl. v. 22.2.2001 – 4 StR 25/01, NStZ-RR 2001, 298).

¹¹⁵ b) Soweit das Absichtsmerkmal mit Blick auf die Abgrenzung zu noch straffreiem, allerdings womöglich nicht umfassend normkonformem oder rücksichtsvollem Verhalten im Straßenverkehr verbleibende Randunschärfen enthält, ist es einer Präzisierung durch die Rechtsprechung innerhalb des Wortsinns zugänglich (vgl. BVerfGE 115 48, 48 [56 f.]; 92, 1 [12]; 126, 170 [196]; 143, 38 [55 Rn. 40 f.]; 153, 310 [341 Rn. 76 f.]). Die vom *BGH* vorgenommene Interpretation des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ist eine mögliche und methodengerechte Auslegung. Sie ist mit dem Wortlaut des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB vereinbar und belässt der Vorschrift einen vernünftigen, dem erkennbaren Gesetzeszweck nicht zuwiderlaufenden

Sinn.

¹¹⁶ Wenn der *BGH* davon ausgeht, dass sich die Zielsetzung des Täters nach seinen Vorstellungen auf eine unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten nicht ganz unerhebliche Wegstrecke beziehen müsse und sich nicht nur in der Bewältigung eines räumlich eng umgrenzten Verkehrsvorgangs erschöpfen dürfe (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175]; Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 142/20, DAR 2021, 395 [396 Rn. 24]; Urt. v. 24.6.2021 – 4 StR 79/20, juris Rn. 11 und oben Rn. 80), hält er sich im Rahmen der Wortlautgrenze des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB und stellt methodengerecht auf die objektive Gefahrenlage ab. Er nimmt Verhaltensweisen im Straßenverkehr von der Strafbarkeit aus, die nach den Vorstellungen des Täters zwar auf das Erreichen einer höchstmöglichen Geschwindigkeit zielen, sich aber subjektiv nur auf eine unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten unerhebliche Wegstrecke beziehen und damit im Grad der abstrakten Gefahr nicht mit einem Kraftfahrzeugrennen vergleichbar sind. Diese Auslegung steht im Einklang mit gesetzessystematischen und teleologischen Erwägungen. Danach kann für die Vergleichbarkeit des Tatbestandes des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB mit einer Teilnahme an einem Kraftfahrzeugrennen nach § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB auf dessen abstrakte Gefahrenlage abgestellt werden (vgl. so auch *KG*, Beschl. v. 20.12.2019 – [3] 161 Ss 134/19 [75/19], juris Rn. 17, dazu oben Rn. 72). Dem Gesetzgeber kam es zunächst darauf an, die einem Mehrpersonenrennen immanente abstrakte Gefahr für die Verkehrssicherheit zu sanktionieren. Letztlich sah er aber auch ein Fahren mit nicht angepasster Geschwindigkeit, welches grob verkehrswidrig und rücksichtslos erfolgt, als ebenso gefährlich an, vorausgesetzt, diesem liegt die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, zugrunde (vgl. oben Rn. 3 ff.). Nach der Gesetzesbegründung, der zufolge gerade das subjektive Tatbestandsmerkmal der Absicht zur Vergleichbarkeit der Gefahrenlage führen soll (vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 6), liegt es nahe, dass sich das Absichtsmerkmal auf eine Situation beziehen soll, welche den Grad der Gefährlichkeit eines Kraftfahrzeugrennens widerspiegelt. Für eine solche Auslegung spricht zudem die einheitliche Strafandrohung.

¹¹⁷ Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung insoweit vorgenommene einschränkende Auslegung von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ist ihrerseits klar konturiert. Durch die Bildung einzelner, vom Tatbestand ausgenommener Fallgruppen – der Ausrichtung der Absicht auf das Erreichen eines nur wenig entfernten Verkehrsziels (wie das Passieren einer nahen Ampel vor dem Ende der Gelbphase) oder auf die Durchführung eines konkreten, räumlich eng umgrenzten Verkehrsvorgangs (wie etwa die Maximalbeschleunigung bei einem Überholvorgang) – lässt sie den von ihr intendierten Sinn und Zweck der Einschränkung für die Normadressaten voraussehbar erkennen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 142/20, DAR 2021, 395 [396 Rn. 24]).

¹¹⁸ c) Diese Interpretation des Straftatbestands des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB hat eine Verschleifung von Tatbe-

standsmerkmalen, die der Gesetzgeber eingrenzend verstanden hat, nicht zur Folge. Insbesondere berücksichtigt sie, dass das Absichtserfordernis nicht in der Definition der übrigen Tatbestandsmerkmale aufgehen darf. Dies ist für die beiden objektiven Tatbestandsmerkmale der nicht angepassten Geschwindigkeit und der groben Verkehrswidrigkeit bereits deshalb nicht der Fall, weil das Absichtserfordernis überschießend über die für diese beiden objektiven Tatbestandsmerkmale geforderte Vorsatzform des *dolus eventualis* hinausgeht. Das übersieht das vorliegende Gericht, welches sich letztlich auf eine eigene (verschleifende) Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB beschränkt, die es sodann am Verbot einer solchen Verschleifung misst.

- ¹¹⁹ aa) Das Tatbestandsmerkmal der nicht angepassten Geschwindigkeit sowie das Absichtserfordernis, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, sind einer Auslegung zugänglich, die ihre Verschleifung ausschließt. Dies zeigt die höchstrichterliche Rechtsprechung, nach welcher eine unangepasste Geschwindigkeit bereits bei jeder der konkreten Verkehrssituation nach den straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften nicht mehr entsprechenden Geschwindigkeit und bei jeder Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit vorliegt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1174 Rn. 13]; vgl. oben Rn. 77). Hingegen ist die höchstmögliche Geschwindigkeit – welche objektiv nicht erreicht sein muss – in der Vorstellung des Täters die maximal unter den konkreten situativen Gegebenheiten mögliche Geschwindigkeit, die sich – ebenfalls in der Vorstellung des Täters – auf eine unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten nicht ganz unerhebliche Wegstrecke beziehen muss (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175 Rn. 15] und oben Rn. 80). Demnach orientiert sich die nicht angepasste Geschwindigkeit – die objektiv vorliegen muss – an der bestehenden Verkehrssituation unter Berücksichtigung der straßenverkehrsrechtlichen Regeln, während sich die höchstmögliche Geschwindigkeit allein aus den Vorstellungen des Täters von seinen konkreten Möglichkeiten, ohne Bezug zu dem rechtlich Erlaubten, ergibt.
- ¹²⁰ bb) Da die grobe Verkehrswidrigkeit eine besondere Massivität des Geschwindigkeitsverstößes oder begleitende anderweitige Verkehrsverstöße erfordert, die in einem inneren Zusammenhang mit der nicht angepassten Geschwindigkeit stehen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1174 f. Rn. 14] und oben Rn. 78), grenzt sie sich von der erstrebten höchstmöglichen Geschwindigkeit bereits deshalb ab, weil ein besonders massiver Geschwindigkeitsverstoß keine maximal mögliche Geschwindigkeit erfordert.
- ¹²¹ cc) Die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, geht nach Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch nicht in dem Tatbestandsmerkmal der Rücksichtslosigkeit auf. Danach liegt Rücksichtslosigkeit vor, wenn der Täter aus eigensüchtigen Motiven unter bewusster Hinwegsetzung über die berechtigten Belange anderer Verkehrsteilnehmer handelt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175 Rn. 19] und oben Rn. 78). Hingegen ist die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, nach der Rechtsprechung des *BGH* von der ihr zugrundeliegenden Motivation zu trennen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20, NJW 2021, 1173 [1175 Rn. 16 f.]; oben Rn. 81, 114).
- ¹²² dd) Dass dieselbe tatsächliche Feststellung Beweisbedeutung für unterschiedliche Tatbestandsmerkmale des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB haben kann, führt ebenfalls nicht zu einer unzulässigen Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen (vgl. *Kuhlen*, JR 2011, 246 [253]; *Krell*, ZStW 2014, S. 902 [910]; *Salinger*, in: FS Fischer, 2018, S. 523 [527]).
- ¹²³ 2. Der Gesetzgeber hat den Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB hinreichend konkretisiert und so dem aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgenden Bestimmtheitsgebot (vgl. BVerfGE 126, 170 [194]) Genüge getan.
- ¹²⁴ 3. Der Eingriff der Vorschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist verhältnismäßig.
- [...]
- ¹²⁷ Diesen Anforderungen wird § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB gerecht. Er fördert die legitimen Gemeinwohlzwecke der Sicherheit des Straßenverkehrs sowie des Schutzes des Lebens, der körperlichen Integrität und des Eigentums. Die Regelung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB stellt als Strafnorm grundsätzlich ein geeignetes Instrument des Rechtsgüterschutzes dar, weil das strafbewehrte Verbot gefährlicher Handlungsweisen im Straßenverkehr den erstrebten Rechtsgüterschutz zumindest fördern kann. Sie ist auch erforderlich, um das legitime Schutzanliegen des Gesetzgebers zu erreichen. Weniger eingriffsintensive Maßnahmen mit gleichem Wirkungsgrad, wie Regelungen im Ordnungswidrigkeitenrecht, die vor der Gesetzesinitiative bereits bei Mehrpersonenrennen nicht zu ausreichender Abschreckung geführt hatten (vgl. oben Rn. 3), sind – auch vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Ermessensspielraums (vgl. BVerfGE 90, 145 [172 f.]; 120, 224 [240]; 153, 182 [268 Rn. 224]) – nicht ersichtlich. Die von der Vorschrift ausgehende Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit ist zudem angemessen. Die Belange des Gemeinschaftsschutzes überwiegen hier die Auswirkungen der Strafnorm des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB auf die allgemeine Handlungsfreiheit. Der hohe verfassungsrechtliche Rang des Rechtsguts Leben, welches die Vorschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB auch über das Rechtsgut der Sicherheit des Straßenverkehrs schützen will, legitimiert auch die Strafbarkeit einer abstrakten Gefahr (vgl. dazu m.w.N. BVerfGE 153, 182 [284 ff. Rn. 270 ff.]). Dahinter muss das Interesse, sich unter Verletzung der Straßenverkehrsordnung sowie der Missachtung von Rücksichtnahmepflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern mit höchstmöglicher Geschwindigkeit fortbewegen zu wollen, zurücktreten.

Möglichkeit der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation bei Anwendung von physischem oder psychischem Druck durch Verdeckte Ermittler

BGH, Urt. v. 16.12.2021 – 1 StR 197/21

Leitsätze der Redaktion:

1. Eine Straftat kann auf einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation beruhen, wenn der Täter aufgrund des Einwirkens des Verdeckten Ermittlers eine Tat mit erheblich höherem Unrechtsgehalt begeht („Aufstiftung“).

2. Dabei kommt es auf das Ausmaß des ausgeübten physischen oder psychischen Drucks des Verdeckten Ermittlers und auf den Umfang der Verwicklung in Betäubungsmittelgeschäfte durch den Täter an.

Gründe:

¹ Das LG hat den Angeklagten H. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in sieben Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und in fünf Fällen in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Gegen den nicht revidierenden Mitangeklagten I. hat es wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt. Den Angeklagten Hö. hat das LG wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt; im Übrigen hat es diesen Angeklagten freigesprochen. [...]

² Die mit einem Verfahrenshindernis begründete und im Übrigen auf die Rüge einer Verletzung formellen sowie materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten H. hat – unter Erstreckung auf den nicht revidierenden Mitangeklagten I. – den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel ebenso wie das des Angeklagten Hö., der ebenfalls ein Verfahrenshindernis geltend macht und die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, unbegründet.

A.

³ Das LG hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

I.

⁴ Fälle II. 1. bis 6. der Urteilsgründe

⁵ Der Angeklagte H. handelte im Zeitraum Oktober und November 2019 mit Kokain (Wirkstoffgehalt jeweils mindestens 35 Prozent Kokainhydrochlorid) und Cannabisprodukten (Wirkstoffgehalt jeweils mindestens 7,5 Prozent THC), wobei er jeweils eine Hälfte der eingekauften Betäubungsmittel weiterveräußerte und die andere Hälfte für seinen Eigenkonsum verwendete. Durch den Verkauf der Betäubungsmittel wollte sich der Angeklagte eine dauerhafte Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen.

[...]

II.

⁷ Fälle II. 7. bis 11. der Urteilsgründe

⁸ Zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt vor dem 4.3.2020 kamen der Angeklagte H. und der nicht revidierende Mitangeklagte I. überein, künftig unter arbeitsteiliger Begehungsweise aus der Flüchtlingsunterkunft, in der sie lebten, heraus mit Marihuana und Kokain Handel zu treiben und den hieraus erzielten Gewinn unter sich aufzuteilen (Angeklagter H. etwa 2/3, Mitangeklagter I. mindestens 1/3 des Ertrags), um sich eine fortlaufende Einnahmequelle von erheblichem Umfang zu schaffen.

⁹ 1. Auf der Grundlage dieser Übereinkunft veräußerten der Angeklagte H. und der Mitangeklagte I. in den Fällen II. 7. bis 11. der Urteilsgründe Betäubungsmittel an einen Verdeckten Ermittler, der in der Flüchtlingsunterkunft am 4.3.2020 zunächst zehn Gramm Marihuana zu einem Preis von 90 € erwarb (Tat II. 7. der Urteilsgründe) und sich erkundigte, ob der Angeklagte und der Mitangeklagte auch größere Mengen an Betäubungsmitteln veräußern würden.

Dies bejahte der Angeklagte H. dahin, dass auch 100 Gramm Marihuana oder mehr möglich seien. Zudem bot H. dem Verdeckten Ermittler Kokain zum Grammpreis von 100 € beziehungsweise ab einer Menge von fünf Gramm zum Grammpreis von 80 € an und überließ ihm seine Mobilfunknummer.

¹⁰ 2. Am 18.3.2020 begab sich der Verdeckte Ermittler erneut in die Flüchtlingsunterkunft, wo ihn der Mitangeklagte I. darauf ansprach, „wie viel er dieses Mal haben wolle“ (UA S. 8). Die auf Erwerb von 100 Gramm Marihuana gerichtete Äußerung des Verdeckten Ermittlers „100“ verstand I. zunächst dahin miss, dass eine Betäubungsmittelmenge für einen Preis von 100 € gewünscht sei. Trotz nachfolgend getroffener Einigung auf eine Menge von 100 Gramm Marihuana übergab H. nur 89,75 Gramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von 14,315

Gramm THC an den Verdeckten Ermittler, weil nicht mehr Marihuana vorrätig war. Zudem erwarb der Verdeckte Ermittler 0,315 Gramm Kokaingemisch (Wirkstoffmenge 0,063 Gramm Kokainhydrochlorid) von den Angeklagten (Tat II. 8. der Urteilsgründe).

¹¹ 3. Am frühen Nachmittag des 29.4.2020 rief der Verdeckte Ermittler den Angeklagten H. an. Dieser sagte ihm auf seine Frage, dass er „genügend“ Betäubungsmittel – Marihuana und Kokain – vorrätig habe. In der Unterkunft teilte der Mitangeklagte I. dem Verdeckten Ermittler, der 100 Gramm Marihuana und fünf Gramm Kokain kaufen wollte, sodann mit, dass nur etwa 50 bis 60 Gramm Marihuana vorrätig seien beziehungsweise er mit Rücksicht auf andere Kunden nur eine solche Menge an ihn verkaufen wolle. Der Verdeckte Ermittler fragte I. erneut, ob er auch größere Mengen – etwa drei Kilogramm Marihuana beziehungsweise 50 bis 100 Gramm Kokain verkaufe. I., der sich unbeeindruckt zeigte, bejahte dies, erklärte aber, das noch mit seinem „Kollegen“ abklären zu müssen. Der Verdeckte Ermittler erwarb 47,65 Gramm (Wirkstoffmenge mindestens 7,6 Gramm THC) von den beiden Angeklagten, wobei H. darauf hinwies, dass sie für den Abend noch eine „größere Lieferung“ Marihuana und Kokain erwarteten. Auch H. sprach der Verdeckte Ermittler bei dieser Gelegenheit noch einmal auf eine „größere Menge“ an, worauf dieser entgegnete, dies mit seinem Lieferanten abzuklären (Fall II. 9. der Urteilsgründe).

¹² 4. Noch am selben Nachmittag rief H. den Verdeckten Ermittler an und teilte ihm mit, dass die erwartete Lieferung eingetroffen sei und er sein „Zeug“ abholen könne. In der Unterkunft traf der Verdeckte Ermittler H. und I. sowie eine weitere unbekannte Person mit mindestens einer 150-Gramm-Tüte und einer 200-Gramm-Tüte Marihuana an, als diese das Betäubungsmittel in Plomben verpackten. Er erwarb 85,4 Gramm Marihuana (Wirkstoffmenge 13,621 Gramm THC) von den Angeklagten und fragte erneut, was mit der „größeren Menge“ sei. Der Angeklagte H. erwiderte, dass er drei Kilogramm Marihuana und 50 bis 100 Gramm Kokain liefern könne, er den Preis aber noch nicht nennen könne, diesen jedoch in Kürze in Erfahrung bringen werde (Tat II. 10. der Urteilsgründe).

¹³ 5. In der Folge "kam es zu mehreren Telefonaten" zwischen dem Verdeckten Ermittler und dem Angeklagten H. betreffend das vom Verdeckten Ermittler erwünschte „größere Geschäft“, in deren Rahmen sich beide auf eine Lieferung von drei Kilogramm Marihuana für 18.000 € und 100 Gramm Kokain zu einem Preis von 6.800 € verständigten und einen Termin für die Übergabe auf den 12.5.2020 vereinbarten. Zur Beschaffung der zugesagten Mengen an Betäubungsmitteln, für die der Angeklagte H. zunächst keine Lieferanten finden konnte, wandte sich H. schlussendlich an den Angeklagten Hö., der die Lieferung des Marihuanas durch die gesondert Verfolgten B. und N. sowie des Kokains durch unbekannte Dritte organisierte. Bei der Übergabe der Betäubungsmittel (2.800,5 Gramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 385,3488 Gramm THC) am 12.5.2020, an der sich auch der Mitangeklagte I. durch Abwiegen der Betäubungsmittel

teil beteiligte, griffen Einsatzkräfte – noch vor der Anlieferung des Kokains – zu (Tat II. 11. der Urteilsgründe).

B.

¹⁴ Revisionen

I.

¹⁵ Revision des Angeklagten H.

¹⁶ 1. Die Verurteilung des Angeklagten H. im Fall II. 11. der Urteilsgründe hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

¹⁷ a) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Tatgeschehen insoweit von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation geprägt ist und dem diesbezüglichen Verfahren daher wegen Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK ein – von Amts wegen zu beachtendes – Verfahrenshindernis entgegensteht. Einer zulässigen Verfahrensrüge bedarf es für die Geltendmachung eines solchen Verfahrenshindernisses – anders als für die Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots – nicht (vgl. *BGH*, Urt. v. 4.7.2018 – 5 StR 650/17, Rn. 28; vgl. zur früheren, durch die Rspr. des *EGMR* und die Entscheidung des *zweiten Strafsenats* v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 überholte Rspr. *BGH*, Urt. v. 21.10.2014 – 1 StR 78/14, Rn. 8; Beschl. v. 19.7.2000 – 3 StR 245/00, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 3 Rn. 5 f. und v. 11.5.2010 – 4 StR 117/10 Rn. 3).

¹⁸ aa) Nach der Rspr. des *BGH* ist das Gebot des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK durch eine polizeiliche Tatprovokation verletzt, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch einen Amtsträger oder eine von diesem geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. *BGH*, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 13 Rn. 17 und v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24; Beschl. v. 19.1.2016 – 4 StR 252/15 Rn. 3 und v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f.).

¹⁹ (a) Ein in diesem Sinne tatprovokierendes Verhalten ist anzunehmen, wenn ein Verdeckter Ermittler oder eine polizeiliche Vertrauensperson mit dem Ziel, eine Tatbereitschaft zu wecken oder die Tatplanung zu intensivieren, über das bloße „Mitmachen“ hinaus mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt (*BGH*, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24 und v. 30.5.2001 – 1 StR 116/01 Rn. 15 m.w.N.). Auch bei bereits bestehendem Anfangsverdacht kann die Rechtsstaatswidrigkeit einer Tatprovokation dadurch begründet sein, dass die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist (vgl. *BGH*, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 13 Rn. 17; v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24 und v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 8 Rn. 34 m.w.N.; Beschl.

v. 19.1.2016 – 4 StR 252/15 Rn. 3 und v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f. m.w.N.). Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, aber auch Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen (BGH, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 13 Rn. 17; v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24 und v. 23.5.1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345 [346 f.]).

- ²⁰ (b) Nach der Rspr. des *EGMR* verletzt eine polizeiliche Provokation Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn sich die Ermittlungsperson nicht auf eine „weitgehend passive“ Strafvermittlung beschränkt hat (*EGMR*, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 112 und v. 23.10.2014 – 54648/09 Rn. 48). Dabei ist zu prüfen, ob es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Täter an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder tatgeneigt war (vgl. *EGMR*, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 115 und v. 23.10.2014 – 54648/09 Rn. 48 ff.; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 13 Rn. 18 und v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 27 m.w.N.). Für die Frage, ob eine Person tatgeneigt war, ist – im Anschluss an den *Gerichtshof* – im Einzelfall u.a. die erwiesene Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen von Betäubungsmitteln, dessen Fähigkeit, solche kurzfristig zu beschaffen, sowie seine Gewinnbeteiligung bedeutsam (vgl. *EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 Rn. 49 ff. m.w.N. und v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 115; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 13 Rn. 18).
- ²¹ Bei der Differenzierung zwischen einer rechtmäßigen Infiltrierung durch eine Ermittlungsperson und der (konventionswidrigen) Provokation einer Straftat ist weiterhin maßgeblich, ob auf den Angeklagten Druck ausgeübt wurde, die Straftat zu begehen. Dabei ist unter anderem darauf abzustellen, ob die Ermittlungsperson von sich aus Kontakt zu dem Täter aufgenommen, ihr Angebot trotz anfänglicher Ablehnung erneuert oder den Täter mit den Marktwert übersteigenden Preisen geködert hat (vgl. *EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 Rn. 52 m.w.N. und v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 116; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 13 Rn. 18).
- ²² (c) Eine Straftat kann auch dann auf einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation beruhen, wenn sich der Täter aufgrund der Einwirkung des Verdeckten Ermittlers auf die ihm angesonnene Intensivierung der Tatplanung einlässt oder hierdurch seine Bereitschaft wecken lässt, eine Tat mit einem erheblich höheren Unrechtsgehalt zu begehen („Aufstiftung“; vgl. *BGH*, Beschl. v. 28.2.2018 – 4 StR 640/17; Urt. v. 30.5.2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44 (51) und v. 30.5.2001 – 1 StR 116/01 Rn. 17 f.). In einem solchen Fall kommt es darauf an, ob der Täter auf die ihm angesonnene Intensivierung der Tatplanung ohne Weiteres eingeht, beziehungsweise sich gezeigt, die Tat mit dem höheren Unrechtsgehalt zu begehen oder an ihr mitzuwirken (*BGH*, Urt. v. 30.5.2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44 [51]). Eine derartige – auf eine Tat mit erheblich höherem Unrechtsgehalt – gerichtete Tatgeneigtheit ist durch das Tatgericht gesondert festzustellen. Geht die qualitative Steigerung der Verstrickung des Täters mit einer Einwirkung durch die Ermittlungsperson einher, die von einiger Erheblichkeit ist, so liegt ein Fall der unzulässigen Tatprovokation vor. In diesem Falle kann ein Konventionsverstoß angenommen werden, dem entsprechend Rechnung zu tragen ist (vgl. *BGH*, Urt. v. 30.5.2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44 [51]).
- ²³ bb) Nach den vorgenannten Maßstäben kann hier eine den Grundsatz des fairen Verfahrens und das Rechtsstaatsprinzip verletzende Tatprovokation in Bezug auf den Angeklagten H. nicht ausgeschlossen werden. Die bisherigen Feststellungen lassen nicht die Beurteilung zu, ob sich die den Polizeibehörden zuzurechnende Einflussnahme auf das Tatgeschehen im Rahmen des rechtlich Zulässigen hielt.
- ²⁴ Der nicht wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz vorbestrafte Angeklagte H. handelte bis zum ersten Verkaufsvorgang an den Verdeckten Ermittler zwar mit Cannabisprodukten und auch mit Kokain, dies aber nur in Mengen, die den Grenzwert der nicht geringen Menge nicht überstiegen. Er war damit zwar bereits (auf unterer Ebene des Vertriebsgeschehens) in den Betäubungsmittelhandel verstrickt, weshalb insoweit auch ein greifbarer Anfangsverdacht weiterer Tatneigung bestand, dies aber bis zum Eingreifen des Verdeckten Ermittlers nur bezüglich überschaubarer Betäubungsmittelmengen im zweistelligen (Verkauf/Handeltreiben einerseits und Besitz zwecks Eigenkonsums andererseits) und niedrigen dreistelligen (Einkauf für Handeltreiben und Eigenkonsum) Grammbereich.
- ²⁵ (a) Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte auch hinsichtlich deutlich oberhalb der geltenden Grenzwerte für nicht geringe Mengen, insbesondere um einen „Quantensprung“ (vgl. hierzu *BGH*, Urt. v. 30.5.2001 – 1 StR 42/01 BGHSt 47, 44 (51) und v. 30.5.2001 – 1 StR 116/01 Rn. 17 f.) über den bisher gehandelten Mengen liegender und damit qualitativ gänzlich anders einzuordnender Geschäfte tatgeneigt gewesen sein könnte, als der Verdeckte Ermittler ihn anlässlich des ersten verfahrensgegenständlichen Betäubungsmittelgeschäfts darauf ansprach, ob er auch „größere“ Mengen verkaufen könne, ergeben sich aus dem landgerichtlichen Urteil nicht.
- ²⁶ Insbesondere die Reaktion des Angeklagten auf die erste Anfrage des Verdeckten Ermittlers, dass er auch „100 Gramm Marihuana oder mehr“ (UA S. 8) sowie Kokain von mehr als fünf Gramm verkaufen könne, gibt keinen Hinweis darauf, dass der Angeklagte H. bereits zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich einer ganz erheblich über dem Grenzwert der nicht geringen Menge liegenden Lieferung von mehreren Kilogramm Cannabis und erheblichen Mengen an Kokain tatgeneigt gewesen sein könnte. Der Angeklagte H. kam nach der ersten Anfrage des Verdeckten Ermittlers auch nicht etwa selbst auf das vom Ermittler

bekundete Erwerbsinteresse größeren Umfangs zurück; vielmehr war es der Verdeckte Ermittler, der den Angeklagten nachfolgend wiederholt auf die Möglichkeit der Abwicklung eines größeren Betäubungsmittelgeschäfts in der Größenordnung von drei Kilogramm Marihuana und 50 bis 100 Gramm Kokain ansprach. Auf diese weiteren Nachfragen ließ der Angeklagte zwar jeweils ein gewisses Interesse an der Abwicklung eines solchen Geschäfts erkennen; er gab aber gleichzeitig zu verstehen, dass er über die Beschaffungsmöglichkeiten und die bei derartigen Liefermengen üblichen Preise nicht informiert war. Tatsächlich gelang es dem Angeklagten nach den getroffenen Feststellungen auch nicht, die vom Verdeckten Ermittler abgefragte Liefermenge von seinem bisherigen Lieferantenkreis zu beschaffen, weshalb er schließlich an den Angeklagten Hö. herantrat, der schlussendlich den Einkauf der abgefragten Menge organisierte.

²⁷ (b) Im Übrigen teilt das landgerichtliche Urteil nur mit, dass der Angeklagte und der Verdeckte Ermittler nach dem 29.4.2020 mehrmals telefonierte und sich auf die vom Verdeckten Ermittler erwünschte Lieferung einigten. Wer die Telefonate jeweils initiierte und was genau deren Gegenstand und Inhalt war, lässt sich den Urteilsgründen indes nicht entnehmen. Der Senat vermag danach auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht zu beurteilen, ob die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers auf den Angeklagten H. noch in unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten angemessenem Verhältnis zu dem sich auf Betäubungsmittelgeschäfte von deutlich geringerem Umfang beziehenden Anfangsverdacht stand oder ob diese Einwirkung „erheblich“ im Sinne der Rechtsprechung des *BGH* war. Insbesondere ist dem Senat eine Beurteilung nicht möglich, ob die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers auf den Angeklagten in einer Gesamtbetrachtung als „Druck“ im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung des *EGMR* und des *BGH* zu bewerten ist und ob sich das Verhalten des Verdeckten Ermittlers trotz dessen festgestellter – wiederholter – Nachfragen nach einem „größeren“ Geschäft in der Gesamtschau noch als „weitgehend passive Ermittlungstätigkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des *EGMR* und des *BGH* darstellt.

²⁸ (c) Eine Einwirkung von einigem Gewicht liegt in Ansehung des wiederholten Nachfragens des Verdeckten Ermittlers wegen einer größeren Lieferung im Kilogramm-bereich, aber auch deshalb jedenfalls nicht fern, weil der Verdeckte Ermittler nach der vom *LG* zugrunde gelegten Einlassung des Angeklagten H. „immer“ auf die gemeinsame Herkunft aus dem afghanischen/pakistanischen Raum hingewiesen und „irgendwas von zusammenhalten“ erzählt hatte (UA S. 15). Hinzu kommt, dass der Verdeckte Ermittler den Angeklagten nach dessen vom *LG* als glaubhaft gewerteter Einlassung darauf hingewiesen hatte, dass er „Probleme mit früheren Lieferanten“ habe (UA S. 15), was sich – eine belastbare Beurteilung ist dem Senat wegen der nur rudimentären Darstellung im Urteil auch insoweit nicht möglich – als zusätzlicher Druck auf den Angeklagten ausgewirkt haben könnte.

²⁹ cc) Ob von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auszugehen ist, die zu einem Verfahrenshindernis führt,

hat das Revisionsgericht zwar grundsätzlich selbst aufgrund der getroffenen oder von ihm noch zu treffenden ergänzenden Feststellungen und des Akteninhalts zu entscheiden (vgl. *BGH*, Urt. v. 4.7.2018 – 5 StR 650/17 Rn. 28). Auch eine Einsichtnahme des Senats in die Verfahrensakten, insbesondere in die Vermerke des Verdeckten Ermittlers, würde aber eine Beurteilung, ob sich das Verhalten des Verdeckten Ermittlers in den zulässigen, vom *EGMR*, dem *BVerfG* und dem *BGH* gezogenen rechtsstaatlichen Grenzen halten würde, nicht erlauben; vielmehr bedarf es hierfür weiterer in einem tatgerichtlichen Beweisverfahren zu gewinnender Feststellungen sowie einer Würdigung der vom Tatgericht erhobenen Beweise. In einem solchen Fall ist es dem Revisionsgericht nicht verwehrt, die Sache zur Nachholung fehlender Feststellungen an das Tatgericht zurückzuverweisen (*BGH*, Urt. v. 4.7.2018 – 5 StR 650/17 Rn. 28 m.w.N.).

³⁰ b) Das neue Tatgericht wird ausgehend von den zum Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation entwickelten Maßstäben Feststellungen zu treffen haben, die eine belastbare Beurteilung ermöglichen, in welchem Umfang eine Verstrickung des Angeklagten H. und des Mitangeklagten I. in den Betäubungsmittelhandel bestand, wie weit deren Tatgeneigtheit vor der Einflussnahme des Verdeckten Ermittlers ging und wo diese ihre Grenzen fand. Weiter wird es sich damit auseinanderzusetzen haben, ob sich das Verhalten des Verdeckten Ermittlers als „weitgehend passive“ Ermittlungstätigkeit im Sinne der genannten Rechtsprechung darstellt. Dabei wird es auch in den Blick zu nehmen haben, ob das stimulierende Verhalten des Verdeckten Ermittlers nach einer vorzunehmenden Gesamtschau eine solche Erheblichkeit erreicht, dass sich dieses im Verhältnis zu dem den Ermittlungseinsatz etwa rechtfertigenden Anfangsverdacht einer bestehenden Tatgeneigtheit als „unvertretbar übergewichtig“ darstellt. Hierfür sind nicht nur konkrete Feststellungen zu Grundlage und Ausmaß des gegen den jeweiligen Angeklagten bestehenden Anfangsverdachts sowie dazu zu treffen, in welchem genauen Umfang dieser gegebenenfalls – ohne staatliche Einflussnahme – bereits eigene Aktivitäten im Bereich des Betäubungsmittelhandels entfaltet hatte, sondern auch zu Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme des Verdeckten Ermittlers. Insoweit wird es insbesondere darauf Bedacht zu nehmen haben, ob die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers – unter Berücksichtigung der von diesem entwickelten Initiativen zur Abwicklung eines größeren Betäubungsmittelgeschäfts, dessen Anspielung auf den gemeinsamen Migrationshintergrund und den Hinweis, dass er Probleme mit früheren Lieferanten habe – als „Druck“ im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung zu bewerten sein könnte. All diese vorbezeichneten Umstände bilden die Grundlage für eine durch das neue Tatgericht vorzunehmende Gesamtbewertung, ob wegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis anzunehmen ist.

³¹ c) Sollte das Verhalten des Verdeckten Ermittlers als rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu werten sein, stünde dem Verfahren insoweit ein Verfahrenshindernis entgegen, so dass das Verfahren hinsichtlich der Tat II. 11. der

Urteilsgründe gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO einzustellen wäre; für eine Berücksichtigung dieses Umstands über ein Beweisverwertungsverbot (vgl. *BGH*, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 49 ff.) oder im Rahmen der Strafzumessung wäre kein Raum (vgl. *EGMR*, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 123 f. und v. 23.10.2014 – 54648/09 Rn. 68; *BGH*, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 36 ff.).

³² d) Die Aufhebung des Urteils im Schuld- und Strafausspruch im Fall II. 11. der Urteilsgründe zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich. Die getroffenen Feststellungen sind von dem zur Aufhebung führenden Rechtsfehler nicht berührt und haben daher Bestand (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht wird indes weitergehende Feststellungen zum Verhalten des Verdeckten Ermittlers einerseits und des Angeklagten H. andererseits – insbesondere zu den von diesen geführten Telefonaten – zu treffen und das Geschehen erneut unter dem Gesichtspunkt einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation zu würdigen haben.

³³ e) Die Aufhebung ist gemäß § 357 S. 1 StPO auf den nicht revidierenden Mitangeklagten I. zu erstrecken. Denn dieser war nach den Feststellungen zuvor nicht in den Betäubungsmittelhandel verstrickt. Gegen ihn bestand damit nach den Urteilsgründen noch weniger ein Anfangsverdacht. Da sich die Nachfragen des Verdeckten Ermittlers auch an ihn richteten, leidet das Urteil auch hinsichtlich des Mitangeklagten I. an dem zur Aufhebung führenden Rechtsfehler.

³⁴ 2. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

³⁵ a) Ein Verfahrenshindernis wegen rechtsstaatswidriger Tatprovokation ist in den Fällen II. 7. bis 10. der Urteilsgründe entgegen der Auffassung der Revision nicht anzunehmen, weil sich die Handlungsmengen in diesen Fällen noch im ungefähren Rahmen des für den Angeklagten H. Üblichen bewegten und insoweit kein Anhalt dafür besteht, dass die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers im Verhältnis zum Grad des Anfangsverdachts beziehungsweise der Tatneigung des Angeklagten erheblich gewesen sein könnte. Das Verhalten des Verdeckten Ermittlers hält sich insoweit in den rechtsstaatlich zulässigen Grenzen.

³⁶ b) Die auf die Rüge einer Verletzung von § 261 StPO i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK gestützte Verfahrensbeanstandung ist aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift genannten Gründen bereits unzulässig, mit Blick auf die Fälle II. 7. bis 10. der Urteilsgründe im Übrigen aus den unter 2. a) genannten Gründen auch unbegründet.

II.

³⁷ Revision des Angeklagten Hö.

³⁸ Die Revision des Angeklagten Hö. bleibt ohne Erfolg.

³⁹ 1. Weder besteht ein Verfahrenshindernis aufgrund einer

rechtsstaatswidrigen Tatprovokation noch greift die hierauf gestützte Verfahrensrüge, die ohnehin bereits unzulässig ist (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO), durch.

⁴⁰ a) Die Grundsätze einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation finden allerdings nicht nur auf denjenigen Täter Anwendung, der unmittelbar von einer in staatlichem Auftrag tätig gewordenen Person zur Begehung einer Straftat veranlasst wird; wie der *EGMR* ausgeführt hat, kann eine Person vielmehr auch dann rechtsstaatswidrig provoziert worden sein, wenn sie keinen unmittelbaren Kontakt zu den verdeckt ermittelnden Polizeibeamten hatte, sondern durch einen Mittäter in die Tat verstrickt wurde, der seinerseits unmittelbar von der Polizei zur Begehung der Straftat angestiftet worden war (vgl. *BGH*, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 fair-trial 8 Rn. 35; *EGMR*, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 117; jew. m.w.N.). So soll nach dem *Gerichtshof* insbesondere berücksichtigt werden, ob es für die Polizei vorhersehbar war, dass die unmittelbar zur Tat provozierte Person wahrscheinlich weitere Personen kontaktieren würde, die sich an der Tat beteiligen würden, ob die Aktivitäten dieser Personen auch durch das Verhalten der Polizeibeamten geleitet wurden und ob die beteiligten Personen von den innerstaatlichen Gerichten als Mittäter angesehen wurden (*EGMR*, a.a.O. m.w.N.).

⁴¹ Dabei reicht ein bloßer Bedingungs Zusammenhang nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, dass die „Druckausübung“ sich auch in dem Verhältnis zum mittelbar betroffenen Täter weiter fortgesetzt hat. In diesem Sinne ist deshalb im Anschluss an den *Gerichtshof* maßgeblich darauf abzustellen, ob die Aktivitäten des nicht in unmittelbarem Kontakt mit dem polizeilichen Ermittler gekommenen Täters vom Verhalten der Polizei geleitet waren, dieser also durch die staatlichen Ermittler in irgendeiner Form zu seiner Tatbeteiligung verleitet wurde (vgl. *EGMR*, a.a.O. Rn. 145 f.).

⁴² b) Dies ist bezüglich des Angeklagten Hö. nicht der Fall. Zwar war für die Ermittlungsbehörden erkennbar, dass H. und I. dritte Personen für die Beschaffung der Betäubungsmittel einschalten würden; das Verhalten des Verdeckten Ermittlers hat indes für die Tatbeteiligung des Angeklagten Hö. keine maßgebliche Rolle gespielt; insbesondere war diese nicht durch den Einsatz des Verdeckten Ermittlers geleitet. Vielmehr ist nicht einmal erkennbar, dass der Angeklagte H. den Angeklagten Hö., der sich bei der Übergabe des Marihuanas als Organisator des größeren Betäubungsmittelgeschäfts hervortat und seine guten Kontakte ins Betäubungsmittelmilieu betonte, überhaupt über die Initiativen des Verdeckten Ermittlers und dessen konkretes Auftreten in Kenntnis gesetzt hatte. Dass für den Angeklagten Hö. eine von dem Verdeckten Ermittler hervorgerufene Drucksituation bestanden hätte, ist nicht ersichtlich.

[...]

Unzulässige Tatprovokation durch staatliche Ermittler – Voraussetzungen und Folgen

Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 16.12.2021 – 1 StR 197/21

von Prof. Dr. Thomas Weigend*

Der Angeklagte H. war von einem Verdeckten Ermittler durch wiederholtes Nachfragen dazu veranlasst worden, ihm 2,8 kg Marihuana zu verkaufen und die Lieferung von etwa 100g Kokain zuzusagen. Seine Verurteilung durch das *LG Freiburg i.Br.* wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln griff H. mit der Revision an. Der *I. Strafsenat* des *BGH* hob die Verurteilung wegen dieser Tat auf und verwies den Fall zur weiteren Aufklärung an das Landgericht zurück.

Ähnliche Fallgestaltungen haben die Rechtsprechung in den letzten Jahren vielfach beschäftigt. Sie werfen zwei – vom Gesetz nicht behandelte – Rechtsfragen auf: zum einen nach den Grenzen zulässiger staatlicher Anreize zur (kontrollierten) Begehung von Straftaten zwecks Überführung des Täters, zum anderen nach den Rechtsfolgen einer Überschreitung dieser Grenzen durch den staatlichen *agent provocateur*. Die hier zu besprechende Entscheidung des *BGH* versucht die Grenze zwischen erlaubter Verschaffung einer Tatgelegenheit und unerlaubter Tatprovokation zu konkretisieren und beendet gleichzeitig den lange schwelenden Streit über die Rechtsfolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation für den Täter.

I. Zum „Tatbestand“ der Tatprovokation

Der *BGH* geht in der vorliegenden Entscheidung (Rn. 18) ohne nähere Begründung davon aus, dass das Gebot des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK durch eine polizeiliche Tatprovokation verletzt sei, „wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch einen Amtsträger oder eine von diesem geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt“.¹ Worin genau der Verstoß gegen das Gebot fairen Verfahrens liegen soll, erklärt das Gericht nicht. Es ist sicher richtig, dass „es Aufgabe der Ermittlungsbehörden ist, Straftaten zu verhüten und zu untersuchen, und nicht, zu solchen zu provozieren“.² Aber welcher Aspekt der

Rechtsstaatlichkeit ist damit berührt? Ob dieses Prinzip dem Einzelnen einen Anspruch darauf gibt, von staatlichen Organen nicht in Versuchung geführt zu werden, eine Straftat zu begehen, ist zumindest zweifelhaft. Blickt man nur auf das Verhalten des staatlichen Amtsträgers, so verletzt er durch die Anstiftung zur Begehung eines Btm-Delikts zunächst die Pflicht des Staates zum Schutz der wichtigsten Rechtsgüter (hier: der „Volksgesundheit“) – dies wird allerdings dann fraglich, wenn sichergestellt ist, dass die Polizei die Tatausführung rechtzeitig unterbindet, so dass das Rechtsgut gar nicht verletzt wird. So ergibt sich der behauptete Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit wohl erst dann, wenn derselbe Staat, der dem Einzelnen die Straftatbegehung nahegelegt hat, darangeht, ihn wegen dieser Tat vor einem staatlichen Gericht anzuklagen; es handelt sich also um ein verbotenes *venire contra factum proprium*.³ Deshalb ist es auch konsequent, dass der *Senat* in der vorliegenden Entscheidung darauf abstellt, dass das „Gebot fairen Verfahrens“ verletzt ist, wenn die Verleitung zur Tat „zu einem Strafverfahren führt“.

Für die kritische Frage, wo die Grenze zur unzulässigen Tatprovokation liegt, hat der *EGMR* im Wesentlichen drei Kriterien entwickelt, die auch der *BGH* in der vorliegenden Entscheidung aufnimmt. Zulässig ist das Verhalten eines *agent provocateur*, wenn (a) der spätere Täter tatgeneigt ist, (b) der staatliche Agent sich im Wesentlichen passiv verhält und (c) keinen Druck auf die Zielperson zur Tatbegehung ausübt.⁴ Jedes dieser Kriterien lässt allerdings einen gewissen Spielraum für Auslegung und Anwendung.

(a) Hinsichtlich der „Tatneigung“ der Zielperson sind zwei Fragen zu unterscheiden: Zum einen geht es darum, ob ein für die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen hinreichender Verdacht hinsichtlich einer *bereits begangenen* Tat vorliegt;⁵ zum anderen kann eine tatfördernde Einwirkung auf den Verdächtigen nur dann zulässig sein, wenn auch dessen Bereitschaft zur Begehung *weiterer*

* Der Verfasser ist Professor i.R. für Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ Diese Formulierung findet sich auch schon im Senatsurteil v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17 Rn. 17 (NStZ 2018, 355) sowie in dem Urteil des *4. Strafsenats* *BGH*, NStZ 2016, 232 Rn. 3. Ähnlich der *2. Strafsenat* in BGHSt 60, 276 Rn. 24.

² So BGHSt 60, 276 Rn. 20; ähnlich *EGMR*, *Furcht v. Germany*, no. 54648/09, Urt. v. 23.10.2014, para. 48: “The rationale behind the prohibition on police incitement is that it is the police’s task to prevent and investigate crime and not to incite it.”; *Hoven*, NJW 2021, 3524 (3525).

³ Das „Problem“ findet sich schon bei *Goethe*, Wilhelm Meisters Lehrjahre, 2. Buch, 13. Kapitel: „Wer nie sein Brot mit Tränen aß, wer nie die kummervollen Nächte auf seinem Bette weinend saß, der kennt euch nicht, ihr himmlischen Mächte. Ihr führt ins Leben uns hinein, ihr laßt den Armen schuldig werden, dann überlaßt ihr ihn der Pein: Denn alle Schuld rächt sich auf Erden.“

⁴ Siehe dazu *EGMR*, *Furcht v. Germany* (Fn. 2), paras. 50-52; ebenso *Akbay and others v. Germany*, nos. 40495/15, 37273/15, 40913/15, Urt. v. 15.10.2020, paras. 113-116.

⁵ *Zutr. Jahn/Hübner*, StV 2020, 206 (211).

Straftaten (gleicher Art) begründet anzunehmen ist.⁶ Im vorliegenden Fall war der Angekl. H. in seiner Flüchtlingsunterkunft als Kleindealer vor allem für Marihuana tätig, so dass hinreichender Grund für die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens gegen ihn bestand. Das Problem lag jedoch darin, dass der Verdeckte Ermittler ihn zu einem „Quantensprung“ in den Kilogramm-Bereich bei Marihuana und zu ebenfalls nicht geringen Mengen bei Kokain zu veranlassen unternahm. Der *Senat* lässt erkennen, dass auch eine solche „Aufstiftung“ durch den *agent provocateur* zulässig sein kann⁷ – allerdings nur dann, wenn „der Täter auf die ihm angesonnene Intensivierung der Tatplanung ohne Weiteres eingeht, beziehungsweise sich geneigt zeigt, die Tat mit dem höheren Unrechtsgehalt zu begehen oder an ihr mitzuwirken“, ohne dass der staatliche Agent „mit einiger Erheblichkeit“ auf ihn eingewirkt hat (Rn. 23). Die in dieser vagen Formulierung angedeutete umgekehrte Proportionalität zwischen der angesonnenen Unrechtssteigerung und dem Maß der Einwirkung auf die Zielperson enthält einen allenfalls graduellen Maßstab für die Rechtmäßigkeit, der weder als brauchbare Handlungsanweisung für Verdeckte Ermittler noch als klare Richtlinie für die Tatgerichte, die solche Fälle zu entscheiden haben, dienen kann. Es ist bezeichnend, dass sich der *Senat* selbst in dem vorliegenden ziemlich eindeutigen Fall, in dem dem Angeklagten eine 30fache Steigerung der üblicherweise von ihm verkauften Marihuana-Menge vorgeschlagen und er nach anfänglicher Ablehnung noch mehrfach darauf angesprochen wurde (Rn. 26), zu keiner eigenen Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Vorgehens des Ermittlers in der Lage sah, sondern die Sache zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurückverwies.

(b) Unklar ist auch die Bedeutung des vom *EGMR* für die Rechtmäßigkeit verlangten „passiven“ Verhaltens des *agent provocateur*.⁸ Eine erste Kontaktaufnahme mit einem Verdächtigen, um ihn zu einem Gespräch über mögliche künftige Taten zu veranlassen, dürfte die Rechtmäßigkeit des Vorgehens noch nicht ausschließen. Allerdings statuiert die Rechtsprechung hier eine „Nein heißt Nein“-Regel: Wenn die Zielperson einen von dem Ermittler ins Spiel gebrachten Deal ablehnt, darf der Beamte nicht insistieren und erneute Versuche unternehmen, die Tat dennoch zu veranlassen (Rn. 26).⁹ Da sich der Verdeckte Ermittler im vorliegenden Fall nicht an diese Maß-

gabe gehalten und erst durch sein hartnäckiges „Nachbohren“ den Angeklagten H. dazu veranlasst hat, nach Lieferanten für die gewünschte größere Menge Rauschgift zu suchen, müsste sein Verhalten eigentlich schon deshalb als rechts(staats)widrig eingestuft werden. Dennoch lässt der *Senat* auch diese Frage offen und weist das Tatgericht zu weiterer Aufklärung an (Rn. 27).

(c) Der *EGMR* meint, dass schon ein wiederholtes Nachfragen des staatlichen Agenten unangemessenen „Druck“ auf die Zielperson zur Kooperation aufbaue.¹⁰ Dies muss allerdings nicht immer so sein, sondern hängt von dem Inhalt der Kommunikation ab. Klare Fälle unangemessener Druckausübung sind etwa dann gegeben, wenn der staatliche Agent behauptet, dass ein möglicher Abnehmer der Drogen unter akuten Entzugserscheinungen leide¹¹ oder dass er selbst von seinen Auftraggebern massiv bedroht werde.¹² Das bloße Nachfragen, ob die Zielperson das gewünschte „Geschäft“ nicht vielleicht doch zustande bringen könne, geht zwar über die erlaubte passive Beobachtung und Entgegennahme von Objekten hinaus, dürfte aber im Regelfall noch keinen nennenswerten „Druck“ auf die Zielperson herbeiführen. Für den vorliegenden Fall meint der *Senat* mit Recht, eine Überschreitung der zulässigen Grenze der Einwirkung liege „nicht fern“, da der Verdeckte Ermittler nach den Feststellungen des Landgerichts den Angeklagten „immer“ auf die gemeinsame Herkunft aus dem afghanisch-pakistanischen Raum hingewiesen und „irgendwas von zusammenhalten“ gesagt habe (Rn. 28). Durch das Wecken solidarischer Gefühle mit einem Landsmann kann durchaus psychologischer Druck zur Kooperation herbeigeführt werden, was als (weiterer) Verstoß gegen die Pflicht des Ermittlers zur Respektierung der Entscheidungsfreiheit der Zielperson anzusehen ist.

Im Ergebnis spricht sehr viel dafür, dass sich die Einwirkung des Ermittlers hier nicht mehr in dem nach der deutschen und europäischen Rechtsprechung zulässigen Rahmen gehalten hat. Dass der *Senat* in dieser Frage nicht gleich „durchentschieden“ hat – was angesichts der Einbettung der Entscheidung in die Prüfung eines Prozesshindernisses ohne Weiteres möglich gewesen wäre –, erscheint als etwas übertriebene Vorsicht. Dadurch, dass es der *Senat* trotz des Vorliegens starker Hinweise auf eine unverhältnismäßig aktive Einflussnahme auf den Angeklagten letztlich offengelassen hat, ob eine „erhebliche“

⁶ Diese Voraussetzung lag bei dem Mitangeklagten Hö., dem Lieferanten der Kilogramm-Menge Marihuana, ohne Weiteres vor, da es sich bei ihm offenbar um einen Großdealer handelte. Hö.s Revision wies der *Senat* daher zu Recht in knappen Worten zurück (Rn. 40-42).

⁷ Vgl. dazu die Entscheidung des *EGMR*, *Constantin and Stoian v. Romania*, nos. 23782/06, 46629/06, Urt. v. 29.9.2009, para. 55: Der Umstand, dass jemand wegen unerlaubten Drogenkonsums verurteilt wurde, ist kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass er zum Drogenhandel geneigt ist.

⁸ Die Formulierung „the two police officers did not confine themselves to investigating [the applicant’s] criminal activity in an essentially passive manner“ findet sich erstmals in der Leitentscheidung *EGMR*, *Teixeira de Castro v. Portugal*, no. 25829/94, Urt. v. 9.6.1998, para. 38. Die Formel wird seither stets wiederholt. Der *Gerichtshof* umfasst mit ihr allerdings der Sache nach alle im Text unter (a) bis (c) genannten Voraussetzungen; s. etwa *EGMR*, *Ramanauskas v. Lithuania*, no. 74420/01, Urt. v. 5.2.2008, para. 67; *EGMR*, *Bannikova v. Russia*, no. 18757/06, Urt. v. 4.11.2010, para. 38; *Akbay and others v. Germany* (Fn. 4), para. 114. Berechtigte Kritik an der Vagheit der Kriterien des *EGMR* bei *Sinn/Maly*, *NSZ* 2015, 379 (381).

⁹ So ausdrücklich *EGMR*, *Furcht v. Germany* (Fn. 2), para. 58.

¹⁰ *Ramanauskas v. Lithuania* (Fn. 7), para. 67; *Bannikova v. Russia* (Fn. 7), para. 47.

¹¹ *S. EGMR*, *Vanyan v. Russia*, no. 53203/99, Urt. v. 15.12.2005, para. 11.

¹² S. die Sachverhaltsschilderung in *BGHSt* 60, 276 Rn. 30.

Einwirkung oder doch nur eine „weitgehend passive Ermittlungstätigkeit“ vorlag (Rn. 27), enthält er den Tatgerichten eine klare Wegweisung für ähnliche Fälle vor. Die vom *Senat* postulierte „Gesamtschau“ (Rn. 27) eröffnet ein weites Feld und wird mit Sicherheit zu weiteren revisionsträchtigen Entscheidungen der Tatgerichte führen. Tatsächlich sollten die Gerichte die Schwelle der Rechtsstaatswidrigkeit nicht allzu niedrig ansetzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Annahme einer rechtswidrigen Provokation (über ein weitreichendes Beweisverwertungsverbot, über die Annahme eines Verfahrenshindernisses oder aufgrund einer materiellrechtlichen Regelung; dazu sogleich unten 2. und 3.) zur Strafflosigkeit des Täters führt. Alle vom *EGMR* – und in dessen Gefolge jetzt auch vom *BGH* – zur Prüfung herangezogenen Faktoren sind gewiss von indizieller Bedeutung. Das entscheidende Gewicht sollte aber auf dem Druck liegen, dem sich der – in der Regel deliktserfahrene – spätere Täter ausgesetzt sieht. Seine Straffreiheit trotz vorsätzlicher Begehung einer unter Umständen sehr gewichtigen Tat ist nur dann angemessen, wenn er durch den staatlichen Agenten in eine nötigungsähnliche Situation gebracht wurde, etwa durch die Androhung erheblicher gesundheitlicher oder finanzieller Nachteile für sich oder nahestehende Personen im Falle einer Weigerung.

Das bloße Vorspiegeln der Möglichkeit einer besonders risikolosen Tatbegehung – wie im Fall *Akbay and others v. Germany*¹³ – sollte hingegen nicht für eine Strafbefreiung ausreichen; von einem grundsätzlich rechtstreuen Menschen kann erwartet werden, dass er solchen Versuchen in besonnener Selbstbehauptung widersteht.¹⁴ In solchen Fällen kommt allenfalls eine Strafmilderung in Betracht. Dass der *EGMR* insofern ersichtlich weiter geht, liegt daran, dass er seine Mittel auch (und vor allem) dazu benutzt, die Mitgliedstaaten zu disziplinieren und zu menschenrechtsfreundlichem Verhalten anzuhalten. Das nationale Recht der Mitgliedstaaten kann aber durchaus differenziert auf Überschreitungen der Grenzen zulässigen Ermittlungsverhaltens reagieren. So kann und sollte die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben für das Verhalten von Verdeckten Ermittlern nicht in erster Linie durch eine Strafbefreiung der Zielpersonen, sondern auf direktem Weg durch disziplinarische oder strafrechtliche Ahndung von Übergriffen angestrebt werden.

II. Die Rechtsfolge

Erstaunlich ist die vorliegende Entscheidung hinsichtlich der Anordnung der Rechtsfolge: Der *Senat* fordert bei Überschreitung der Grenzen erlaubter Einwirkung die Verfahrenseinstellung wegen eines Prozesshindernisses. Bekanntlich gab es bis in die jüngste Vergangenheit massive Meinungsunterschiede auch zwischen den Senaten des *BGH* über die Frage, welche prozessualen Folgen eine unzulässige Provokation von Straftaten durch staatliche Ermittler oder Vertrauenspersonen für das Verfahren gegen einen zur Tat veranlassten Angeklagten hat. Der *1. Senat* lehnte noch im Jahre 2015 das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses wegen unzulässiger Tatprovokation außer für „extreme Ausnahmefälle“ klar ab;¹⁵ der *5. Senat* teilte diese Ansicht,¹⁶ und auch das *BVerfG* beanstandete die vom *BGH* damals präferierte Strafzumessungslösung nicht.¹⁷ Dieser Auffassung widersprach 2015 allein der *2. Strafsenat des BGH*¹⁸, auch angesichts der klaren Position des *EGMR* in der Sache *Furcht v. Germany*.¹⁹ Allerdings sprach sich der *2. Senat* nicht für die vom *EGMR* vorgeschlagene Lösung eines weitreichenden Beweisverwertungsverbots,²⁰ sondern für die Annahme eines Verfahrenshindernisses aus.

In der vorliegenden Entscheidung bezeichnet der *1. Senat* seine bisherige Auffassung nunmehr ohne nähere Begründung als „überholt“ (Rn. 17) und beruft sich zur Ablehnung sowohl der Strafzumessungslösung als auch eines Beweisverwertungsverbots auf die Argumentation des *2. Senats*, ohne diese jedoch näher darzulegen (Rn. 31). Die noch vor kurzem in dieser Frage diagnostizierte „judikative Kakophonie“²¹ hat sich damit unversehens in vollendete Harmonie verwandelt.

In der Sache bietet die Annahme eines ungeschriebenen Verfahrenshindernisses mit der Begründung, dass ein faires Verfahren für den Angeklagten angesichts der massiven staatlichen Einflussnahme im Vorfeld der Tat nicht möglich sei,²² durchaus praktische Vorteile. Die aus diesem Hindernis folgende Einstellung des Verfahrens kann nach Anklageerhebung in jedem Stadium des Prozesses (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO) von Amts wegen erfolgen, so dass es eines nach § 344 Abs. 2 StPO begründeten Revisionsantrags nicht bedarf (s. Rn. 17).

¹³ S. Fn. 4.

¹⁴ *Jahn/Hübner*, StV 2020, 207 (213) schlagen für einen neuen § 110d StPO folgenden Maßstab für die Zulässigkeit von Tatprovokation vor: „Der Unrechtsgehalt der provozierten Tat muss in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zum Tatverdacht stehen. Die zulässige Intensität der Einflussnahme richtet sich nach der Stärke des bestehenden Tatverdachts. Ergänzend kann berücksichtigt werden, inwiefern die Zielperson zur Tat bereit ist, in welchem Maße sie eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet und welchem weiteren Zweck die Maßnahme dient. Der Tatprovokateur darf sich keiner unlauteren Mittel bedienen.“ Diese Formulierung bildet mehr oder weniger genau die Vorgaben des *EGMR* ab, gibt aber ebenso wenig wie diese klare Handlungsanweisungen.

¹⁵ BGHSt 60, 238 Rn. 13 f.; ebenso *BGH*, NStZ 2015, 226 Rn. 7.

¹⁶ *BGH*, NStZ 2014, 277; ebenso noch *BGH*, Urt. v. 4. Juli 2018 – 5 StR 650/17 Rn. 24 f.

¹⁷ *BVerfG*, NJW 2015, 1083.

¹⁸ BGHSt 60, 276. Zust. *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 54.

¹⁹ S. Fn. 2.

²⁰ Zu diesem mit Recht krit. BGHSt 60, 276 Rn. 50 ff. S. auch *Weigend*, FS Höpfel, 2018, S. 641, 656 (660). Für ein Beweisverwertungsverbot jedoch *Meyer/Wohlers*, JZ 2015, 761 (769), allerdings mit der erkannten Konsequenz, dass ein umfassendes Beweisverwertungsverbot auf ein „Bestrafungshindernis“ hinausläuft; *C. Schmidt*, ZIS 2017, 56 (64).

²¹ *Jahn/Hübner*, StV 2020, 206 (209).

²² Denkbar ist auch die Begründung, dass der Staat den „Strafanspruch“ verwirkt habe; so *Hoven*, NJW 2021, 3524 (3525). Es ist allerdings durchaus fraglich, ob ein solcher „Anspruch“ (und nicht vielmehr eine Pflicht des Staates zum Tätigwerden zur Klärung des Tatverdachts) überhaupt besteht und ob er bejahendenfalls in einer gewagten Analogie zu zivilrechtlichen Denkfiguren „verwirkt“ werden kann.

Dennoch bleiben Zweifel an dieser Lösung. Ihr Problem – das sich auch in der vorliegenden Entscheidung zeigt – liegt darin, dass eigentlich gar kein Verfahren und damit auch keine richterliche Aufklärung des zugrunde liegenden Sachverhalts stattfinden dürfte. Im „Idealfall“ müsste dann ja schon die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren einstellen, wenn sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die Tat, deren der Beschuldigte verdächtigt wird, in unzulässiger Weise provoziert wurde. Gerade die Frage, ob *in concreto* eine (nach den differenzierten und gleichzeitig unscharfen Kriterien der Rechtsprechung) rechtsstaatswidrige Einflussnahme auf den Angeklagten durch staatliche Organe stattgefunden hat, lässt sich aber in vielen Fällen nicht ohne eine umfassende Beweiserhebung beantworten. Der *Senat* verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass es dem Revisionsgericht nicht verwehrt sei, die Sache zur Nachholung fehlender Feststellungen über die Voraussetzungen eines Verfahrenshindernisses an das Tatgericht zurückzuverweisen (Rn. 29).²³ Das kann jedoch nicht mehr als ein Notbehelf sein, der die Fragwürdigkeit der Konstruktion eines Verfahrenshindernisses zeigt. Anders als bei sonstigen anerkannten Verfahrenshindernissen – wie etwa bei Verjährung oder Strafklaageverbrauch²⁴ – lässt sich eine relevante Tatprovokation auch nicht schon durch die Ermittlung von Vorgängen feststellen, die vor allem den Ablauf des Strafverfahrens selbst betreffen, sondern es geht um die Tat und ihr Zustandekommen. Zu deren Aufklärung bedarf es jedoch einer regulären umfassenden Beweiserhebung in einer Hauptverhandlung vor einem Tatgericht.

III. Lösungsvorschlag

Die geschilderten Probleme geben Anlass, an die schon verschiedentlich vorgeschlagene Alternative einer materiellrechtlichen Lösung des Problems zu erinnern.²⁵ Für eine solche Regelung spricht, dass das Problem staatlicher Tatprovokation nicht – wie der *EGMR* mit dem Ziel, seine Zuständigkeit nach Art. 6 EMRK zu begründen, behauptet – die Fairness des Strafverfahrens betrifft, sondern schon im Vorfeld der Tatbegehung zu lozieren ist. Die Besonderheit der hier diskutierten Fälle liegt ja darin, dass es dem Täter durch den massiven Druck staatlicher Agenten besonders schwer gemacht wird, der Versuchung zur Begehung einer Straftat zu widerstehen. Dadurch ist das Maß der Schuld des Täters gegenüber dem Normalfall deutlich verringert; hinzu kommt, dass gerade ein staatliches Or-

gan für diesen Zustand verantwortlich ist, so dass der Staat den Täter gewissermaßen als Werkzeug zur Tatbegehung und gleichzeitig zur Tataufklärung eingesetzt hat. Die Kombination dieser Faktoren spricht dafür, dem so zur Tat verführten Menschen einen persönlichen Strafausschließungsgrund zu gewähren. Für Fälle einer rechtsstaatlich noch vertretbaren tatanreizenden Einwirkung kommt die Möglichkeit einer Strafmilderung in Betracht.²⁶ Eine solche materiellrechtliche Lösung würde zugleich das oben angesprochene verfahrensrechtliche Problem, das durch die Annahme eines bloßen Verfahrenshindernisses aufgeworfen wird, elegant lösen: In dem Strafverfahren gegen den Angeklagten würde der Sachverhalt – einschließlich einer möglichen Tatprovokation – vollständig aufgeklärt und die Rechtsfolge je nach dem Gewicht der vorherigen staatlichen Einwirkung festgesetzt. Dieses Ergebnis könnte allerdings nicht *de lege lata* (etwa durch eine analoge Anwendung des eine ganz andere Situation betreffenden § 60 StGB²⁷) erreicht werden, sondern erfordert eine spezielle gesetzliche Regelung – die ohnehin für die gesamte komplizierte Materie wünschenswert wäre²⁸ und auch im Koalitionsvertrag²⁹ vorgesehen ist.

Denkbar wäre etwa folgende Formulierung:

„Wer von einem Amtsträger oder von einer im staatlichen Auftrag handelnden Person durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch eine ähnlich schwerwiegende Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung zu einer zuvor nicht beabsichtigten Tat veranlasst wurde, wird nicht bestraft. In anderen Fällen der Anstiftung zur Tat durch einen Amtsträger oder eine in staatlichem Auftrag handelnde Person kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern oder von Strafe absehen.“

Zu erwägen wäre, von einer solchen allgemeinen Regelung bestimmte Bereiche schwerer Straftaten gegen die Person auszunehmen. Alternativ könnte die Regelung angesichts des praktischen Hauptanwendungsbereichs der staatlichen Tatprovokation auch auf Verstöße gegen das BtMG beschränkt und in diesem Gesetz geregelt werden. Eine solche materiellrechtliche Regelung müsste auch den Bedenken des *EGMR* gegenüber einer Verurteilung nach staatlicher Tatprovokation – soweit sie berechtigt sind – Rechnung tragen.

²³ Unter Hinweis auf *BGH*, Urt. v. 4. Juli 2018 – 5 StR 650/17 Rn. 28.

²⁴ Auf solche Fälle verweist der 2. *Senat* in BGHSt 60, 276 Rn. 55.

²⁵ S. etwa *C. Roxin*, JZ 2000, 369 (370); *I. Roxin*, Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße, 4. Aufl. (2004), S. 220 ff.; *Sinn/Maly*, NSStZ 2015, 379 (382 f.); *Weigend* (Fn. 20), S. 660 f. Weitere Nachweise und Diskussion dieses Ansatzes bei *C. Schmidt*, ZIS 2017, 56 (63 f.).

²⁶ In diese Richtung geht auch ein Vorschlag des *DAV* für einen neuen § 110g Abs. 7 StPO; s. *DAV*, Stellungnahme 35/2021 vom Mai 2021, S. 17, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2021/05/DAV-SN_35-21_Regelung_Einsatz_Vertrauenspersonen.pdf (zuletzt abgerufen am 11.2.2022).

²⁷ Dafür jedoch *Sinn/Maly*, NSStZ 2015, 379 (382 f.).

²⁸ *Jahn/Hübner*, StV 2020, 206 (212) halten eine gesetzliche Regelung nach dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz für geboten und legen auch schon einen ausformulierten Entwurf vor (gleichlautend in *Hübner*, Rechtsstaatswidrig aber straflos?, 2020, S. 265). Eine – allerdings inhaltlich dürre, nur auf Art. 6 Abs. 1 EMRK verweisende – Regelung der Tatprovokation enthält auch § 5 der österreichischen StPO (mit Verfolgungsverbot bei Überschreitung der Zulässigkeitsgrenzen in § 133 ö.StPO).

²⁹ S. „Mehr Fortschritt wagen“. Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 106: „Unter anderem regeln wir die Verständigung im Strafverfahren einschließlich möglicher Gespräche über die Verfahrensgestaltung und das grundsätzliche Verbot der Tatprovokation.“

BUCHBESPRECHUNGEN

Yannic Hübner: Rechtsstaatswidrig aber straflos? Der agent provocateur-Einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Nomos, ISBN: 978-3-8487-6763-2, S. 400, Euro 76,00.

Im Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung steht das Versprechen, in der StPO das grundsätzliche Verbot der Tatprovokation zu regeln (Koalitionsvertrag, S. 106).¹ Insofern ist die Dissertation von *Hübner* – auch wenn sie nur die Rechtsprechung, Literatur und rechtspolitische Entwicklung bis März 2020 nachzeichnet – durchaus aktuell und kann bei der Frage danach, ob und wie die Tatprovokation rechtlich verankert werden sollte, herangezogen werden. Zudem wurde sie mit dem Dissertationspreis des Deutschen Strafverteidiger e.V. und dem Werner Pünder-Preis 2020 ausgezeichnet. Zur Notwendigkeit und Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation im deutschen Strafprozess findet sich im Übrigen auch ein Aufsatz von *Hübner*, den dieser mit seinem Doktorvater Prof. Dr. *Jahn* verfasst hat.²

Zunächst wird in der Dissertation in die Terminologie, das kriminalistische Bedürfnis und die Ausgangslage des agent provocateur-Einsatzes eingeführt. *Hübner* bezeichnet die Tatprovokation abstrakt als „verleitende Einwirkung auf den Tatentschluss“, während bei den Begriffen des agent provocateur und des Lockspitzels eine „Persönifizierung desselben Verhaltens“ zugrunde läge (S. 24). Der Begriff der Tatprovokation wird dann dezidiert in Kapitel B anhand der *BGH*- und *EGMR*-Rechtsprechung abgesteckt. Danach wird festgestellt, dass beide Gerichte bei der Bestimmung tatprovokierenden Verhaltens bereits auf Aspekte der Zulässigkeit der Maßnahme abstellen. Allerdings wiesen beide Begriffsbestimmungen beträchtliche Divergenzen auf. Der Verfasser resümiert, dass letztlich beide Definitionsbemühungen wenig zu einer Konkretisierung tatprovokierenden Verhaltens als „Plus“ gegenüber schlichten Formen informationsausforschender Untergrundfahndung beitragen könnten, weil beide Definitionen auf die Rechtmäßigkeit des Einsatzes ausgerichtet seien (S. 47). Daher wird eine eigene Begriffsbestimmung anhand der Tatbeteiligungsformen der §§ 25-27 StGB vorgenommen. Nach sehr differenzierter Untersuchung kommt *Hübner* zu dem Ergebnis, dass das Spektrum möglicher Provokationshandlungen sich von den Tatbegehungsformen des StGB löst. So sei die Tatprovokation sowohl denkbar in Gestalt von Anstiftungshandlungen, als auch durch Verhaltensweisen, die als Beihilfe,

Mittäterschaft oder unmittelbare Täterschaft zu qualifizieren seien. Daneben könnten tatbestandslose Deliktsverursachungen ebenfalls eine Tatprovokation darstellen. Abschließend formuliert der Verfasser folgende Definition: „Tatprovokation ist das staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses mit dem Zweck, den Betroffenen wegen der veranlassten Straftat zu überführen“ (S. 66).

Zulässigkeit und Grenzen tatprovokierender Einflussnahme werden im Kapitel C aufgezeigt. Die Grenzen werden anhand bestimmter Zulässigkeitskriterien konkretisiert. So habe sich bspw. der Verdacht in mehrfacher Hinsicht als unüberwindbare rechtsstaatliche Schranke der Tatprovokation herausgestellt. Auch sei es generell angezeigt, den agent provocateur-Einsatz nur unter Wahrung strenger Subsidiarität zu gestatten. Das Verbot des Quantensprungs solle verdächtige Zielpersonen vor einem extensiven Exzess der Ermittler schützen, während mit Blick auf die Provokationshandlungen die Grenzen intensiver Exzesse in den Vordergrund rückten. Hierbei gäbe es absolute und relative Grenzen der Einwirkungsintensität. Auch sei die Frage zu stellen, ob solche Maßnahmen wegen ihrer Grundrechtsintensität in einem ersten Schritt unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen seien. Erst in einem zweiten Schritt könnten mögliche Besonderheiten bei Gefahr in Verzug in den Blick genommen werden. Darüber hinaus sei zu gewährleisten, dass die Staatsanwaltschaft als Kontroll- und Überwachungsinstanz fortwährend an der Maßnahme beteiligt wird. Jedes dieser Kriterien bildet nach Auffassung des Verfassers eine notwendige Voraussetzung zulässiger Tatprovokation (S. 146).

In Kapitel D werden die rechtlichen Folgen des agent provocateur-Einsatzes für den Tatprovokierten geschildert. Zunächst werden die rechtlichen Folgen des Einsatzes ohne hinreichende gesetzliche Grundlage veranschaulicht. Eine sachgerechte Folge einer Tatprovokation ohne hinreichende gesetzliche Grundlage bilde nach *Hübner* die Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses (S. 151). Setze man voraus, dass der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Regelung für den agent provocateur-Einsatz schaffe, läge die Beurteilung der Rechtsfolgen anders. Differenziert werden müsse zwischen zulässiger Tatprovokation und einer solchen, die die

¹ Abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt abgerufen am 2.2.2022).

² Nachzulesen in StV 2020, 207 ff.

Grenzen eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens überschreite. Bei letzterer sei ebenfalls ein Verfahrenshindernis anzunehmen. Das Strafprozessrecht sei hier der richtige Anknüpfungspunkt rechtlicher Konsequenzen. Hingegen könne die Strafzumessungslösung nicht überzeugen, da nicht klar werde, auf welchem dogmatischen Weg die rechtsstaatswidrige Ausführung einer Tatprovokation zu einer Milderung der Strafe führen solle. Der Schritt von einer unzulässigen Ermittlungsmaßnahme hin zur Strafmilderung vermische das materielle Strafrecht und das Strafprozessrecht auf unerklärliche Weise (S. 186 f.).

Während die rechtsstaatswidrige Tatprovokation dazu führen müsse, dass das Verfahren gegen den Täter wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen ist, könne bei einer Tatprovokation nach den zu schaffenden gesetzlichen Vorgaben die Strafe des Täters im Ermessen des Gerichts gemildert werden (S. 189).

Im nächsten Kapitel E geht der Verfasser ausführlich den rechtlichen Folgen des agent provocateur-Einsatzes für den agent provocateur nach. Er kommt zu dem Ergebnis, dass eine Strafbarkeit des agent provocateur ungeachtet der materiell-rechtlichen Beurteilung seiner Handlung ausscheide, soweit er sich bei seinem Einsatz innerhalb der strafprozessual gesteckten Grenzen halte. Als „doppelfunktionelle Prozesshandlung“ wirke die zulässige Tatprovokation in materieller Hinsicht als Rechtfertigungsgrund. Die Ausnahme von der Strafbarkeit gelte aber de lege lata nicht, da die derzeitige Rechtspraxis des Rückgriffs auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO für den agent provokateur-Einsatz nicht mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes vereinbar sei.

Sollte aber der Gesetzgeber eine spezialgesetzliche Grundlage für den Eingriff schaffen, so würde die Rechtfertigung des Einsatzes nach dem sog. strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff sogar eine Ausweitung erfahren. Denn dann würde ausreichen, dass die Eingriffsgrundlage die vorgenommene Maßnahme grundsätzlich rechtfertige, der Ermittler sachlich und örtlich zuständig sei, die wesentlichen Förmlichkeiten der Maßnahme wahre, bei der Prüfung der sachlichen Voraussetzungen das ihm zukommende Ermessen pflichtgemäß ausübe und seine Handlungen danach ausrichte. Anders sei aber die Situation zu werten, wenn der agent provokateur aus den Grenzen der Zulässigkeit ausbräche und den Täter rechtsstaatswidrig zur Vornahme einer Straftat bestimme. Die kategorisch angenommene Strafflosigkeit der derzeit herrschenden Auffassung sei in diesem Fall abzulehnen. Eine strafbare Anstiftung sei nur dann abzulehnen, wenn der agent provokateur nur zur Vornahme eines Verletzungsdelikts anrege, dann aber einer tatsächlichen Rechtsgutsverletzung entgegenwirke. Bestimme er die Zielperson aber zur Vornahme eines abstrakten Gefährdungsdelikts, das auch vollendet werde, mache sich der agent provokateur wegen Anstiftung zu diesem Delikt strafbar. Rechtsstaatswidrige Tatprovokation würde also im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität eine Bestrafung des agent provokateur nach sich ziehen.

Für die Beihilfe seien die Erwägungen ebenfalls gültig.

Anders sei es bei der Beurteilung täterschaftlicher Tatprovokation, denn hier hänge die Beurteilung von der Prüfung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale im Einzelfall ab. Das Ergebnis der Strafbarkeit des agent provokateurs gehe konform mit dem rechtsethischen Unwerturteil des Verfahrenshindernisses, das die rechtsstaatswidrige Tatprovokation auf strafprozessualer Ebene erfahre. Strafprozess- und materielles Strafrecht stünden in gegenseitiger Abhängigkeit, seien aufeinander bezogen und funktional miteinander verbunden, so dass sie eine Sinneinheit im strafrechtlichen Normensystem bildeten. Insoweit dürfe die Strafbarkeit des rechtsstaatswidrig handelnden agent provocateur auch als Ausdruck positiver Generalprävention verstanden werden. Außerdem expliziere sie das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren als fundamentale Norm unserer Gesellschaft.

Abschließend macht *Hübner* noch einen de lege ferenda Vorschlag zur Regelung des agent provocateur-Einsatzes. Verortet wird er systematisch in § 110d StPO-E. Aufgrund ihrer gesteigerten professionellen Zuverlässigkeit wird sich auf Verdeckte Ermittler als agent provocateur beschränkt. Perspektivisch erscheint es aber für den Verfasser nicht ausgeschlossen, die Regelung für nicht offen ermittelnde Polizeibeamte oder Vertrauenspersonen zu öffnen oder sich zumindest hieran zu orientieren. *Hübner* ist der Auffassung, dass eine spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung aus Gründen des Gesetzesvorbehalts verfassungsrechtlich geboten sei. Es bestehe dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf (S. 264). Daher wird folgender Vorschlag eines neu einzufügenden § 110d StPO unterbreitet:

„(1) Verdeckte Ermittler dürfen eine Tat provozieren, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung oder
2. gegen ein sonstiges Allgemeinrechtsgut
 - a) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
 - b) von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist und die Gefahr der Wiederholung besteht. Die Maßnahme ist nur zulässig, soweit die Verfolgung der Anlasstat oder einer Wiederholungstat ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Tatprovokation ist das staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses mit dem Zweck, den Verdächtigen wegen der veranlassten Straftat zu überführen. Der Unrechtsgehalt der provozierten Tat muss in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zum Tatverdacht stehen. Die zulässige Intensität der Einflussnahme richtet sich nach der Stärke des bestehenden Tatverdachts. Ergänzend kann berücksichtigt werden, inwiefern die Zielperson zur Tat bereit ist, in welchem Maße sie eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet und welchem weiteren

Zweck die Maßnahme dient. Der agent provocateur darf sich keiner unlauteren Mittel bedienen.

(3) Die Tatprovokation ist erst nach vorheriger schriftlicher Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Gerichts zulässig. Bei Gefahr im Verzug genügt die schriftliche Zustimmung der Staatsanwaltschaft. Die Maßnahme ist zu beenden, sofern nicht das Gericht binnen drei Werktagen zustimmt.

(4) Wurde ein Täter im Sinne dieser Vorschrift zur Tat provoziert, kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 Strafgesetzbuch). Im Falle rechtsstaatswidriger Tatprovokation ist das Verfahren gegen den Täter wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen.“ (S. 265).

Dieser de lege ferenda Vorschlag steht als „Epilog“ am Ende der Dissertation. Erläutert wurde er nicht, allerdings ergibt sich der Inhalt und die Begründung aus den vorherigen dezidierten Ausführungen des Verfassers. Während

es im Koalitionsvertrags der 19. Legislaturperiode lediglich bei einem Prüfauftrag hinsichtlich des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation blieb, enthält der Koalitionsvertrag der 20. Legislaturperiode ein klares Bekenntnis zur Regelung des grundsätzlichen Verbots der Tatprovokation. Wie dieses Verbot formuliert und für welche Fälle es ausgestaltet ist, bleibt einem neuen Gesetzentwurf vorbehalten. Insofern geht es jetzt nicht um eine Diskussion um das Ob einer Regelung, sondern darum, wie diese Regelung konkret gefasst werden soll. *Hübner* liefert hierfür einen Diskussionsbeitrag. Daneben hat auch *Schmidt* in ihrer Dissertation bereits im Jahr 2016 einen de lege ferenda Vorschlag vorgelegt (Rezension in KriPoZ 2018, 187). Insofern sollte jetzt bereits vor einem entsprechenden Referentenentwurf die rechtswissenschaftliche Debatte einsetzen, wie eine ausgewogene und wirksame Rechtsgrundlage aussehen sollte. Die Dissertation von *Hübner* bietet – ebenso wie die von *Schmidt* – eine hervorragende Diskussionsbasis.

Daniel Müller: Cloud Computing. Strafrechtlicher Schutz privater und geschäftlicher Nutzerdaten vor Innentäter-Angriffen de lege lata und de lege ferenda

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15747-1, S. 475, Euro 119,90.

Während es zu strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten in der Cloud bereits zahlreiche Dissertationen gibt, haben Monografien, die sich mit materiell-rechtlichen Fragen rund um das Cloud Computing beschäftigen, Seltenheitswert. Müller stößt mit seiner Dissertation in diese Lücke und legt den Fokus auf eine ganz spezielle Fragestellung, nämlich wie weit der strafrechtliche Schutz privater und geschäftlicher Daten von Angriffen sog. Innentäter reicht. Während das Interesse von Cloudnutzern an der Vertraulichkeit, Unversehrtheit und Erreichbarkeit ihrer in die Cloud ausgelagerten Daten vor Angriffen externer Täter strafrechtlich umfassend geschützt werde, sei äußerst unklar, ob dies auch bei Angriffsformen der Innentäter der Fall sei (S. 27).

Die Dissertation entstand im Rahmen der Mitarbeit an dem Forschungsprojekt „Sicheres Cloud Computing“ im Förderzeitraum von 2015-2018. Neben der rechtswissenschaftlichen Disziplin, waren auch Informatiker, Wirtschaftsinformatiker und zahlreiche Unternehmen beteiligt (S. 28).

Müller führt zunächst in die technischen und organisatorischen Besonderheiten des Cloud Computing ein, um in einem zweiten Schritt die Tätergruppe der Innentäter, ihre Tatmotive sowie ihre möglichen Angriffshandlungen vorzustellen. Im Fokus steht dabei der Schutz der Inhaltsdaten. Vor diesem Hintergrund wird in den darauffolgenden Kapiteln untersucht, inwieweit die im Strafgesetzbuch normierten Tatbestände geeignet sind, die Cloud-Nutzer vor einer unbefugten Verschaffung, Kenntnisaufnahme und Weitergabe ihrer Inhaltsdaten durch Innentäter beim Cloud Computing zu schützen. Darüber hinaus werden auch Vorschriften im Nebenstrafrecht sowie Bußgeldvorschriften der DSGVO, des BDSG, des UWG und TGK beleuchtet. Danach wird auch der strafrechtliche Schutz der Nutzerdaten im Hinblick auf die Manipulation und Beeinträchtigung der Erreichbarkeit ihrer Inhaltsdaten durch Innentäter untersucht. Im Anschluss daran wird der Frage nachgegangen inwieweit strafbare Handlungen der Innentäter überhaupt dem Geltungsbereich des deutschen Strafrechts unterliegen, sofern es sich um grenzüberschreitende Angriffe handelt. Abschließend wird aufgrund der gewonnenen Ergebnisse geklärt, ob Regelungslücken bestehen und wie ggf. rechtliche Anpassungen de lege ferenda auszusehen hätten.

Müller legt eine dezidierte Prüfung sämtlicher in Betracht kommender Normen des Straf- und Ordnungswidrigkei-

tenrechts vor, wobei nicht nur die kritische Auseinandersetzung mit Schwachstellen, sondern auch der fundierte, sehr große Fußnotenapparat überzeugt.

Nach Auffassung des Verfassers resultieren die Schutzlücken primär daraus, dass die Strafvorschriften der §§ 202a ff. StGB eine fehlende Zugriffsbefugnis und die Überwindung einer zum Tatzeitpunkt wirksamen Sicherheitsmaßnahme fordern. Ein Privilegienmissbrauch der Administration sei gerade nicht strafbar, da sie zum einen zugriffsberechtigt seien und es zum anderen bei ihren Angriffshandlungen an einer Überwindung der Sicherheitsvorkehrungen fehle.

Allerdings komme zumindest dann eine Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit in Betracht, sofern sich die Tat des Innentäters auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder personenbezogene Daten beziehe. Hier stünde eine Verwirklichung der §§ 17 UWG, 42 BDSG und Art. 83 DSGVO im Raum. Allerdings wiesen diese Vorschriften ein erhebliches Vollzugsdefizit aus, so dass sie keine effektive Präventivwirkung entfalten könnten. Unklar sei zudem, ob der datenschutzverstoßende Innentäter überhaupt tauglicher Normadressat des Art. 83 DSGVO sei.

Die Schutzlücke werde durch die Straftatbestände der Verletzung des Fernmeldegeheimnisses gem. § 206 Abs. 1 StGB und der Verletzung und Verwertung von Privatgeheimnissen nach §§ 203 Abs. 4, 204 Abs. 1 StGB nicht hinreichend geschlossen, da diese nur in wenigen, ganz bestimmten Fallkonstellationen griffen.

Aufgrund dieser Strafbarkeitslücken überlegt Müller, ob eine Ergänzung der Tätergruppe des § 203 Abs. 1 StGB um „Angehörige von IT-Dienstleistungsunternehmen“ sinnvoll wäre, um diese Lücken zu schließen. Er kommt aber zu dem Ergebnis, dass es kaum möglich sei, den Täterkreis so hinreichend bestimmt zu formulieren, dass nur solche Tätigkeiten eines IT-Dienstleistungsunternehmens in den Anwendungsbereich der Strafnorm fielen, die sich nach ihrer ratio legis gerade auf den Geheimnisschutzbereich bezögen und keine anderen Berufstätigkeitsfelder beträfen, die keinen Kontakt mit schützenswerten geheimen Daten erforderten.

Der Verfasser spricht sich vielmehr für die Schaffung eines neuen Straftatbestands aus und möchte in § 202d StGB-E die Datenuntreue gesetzlich normieren (S. 405). Er möchte den Rechtsgedanken der Untreue gem. § 266 StGB auf das Cloud Computing übertragen. Die Erweiterung des strafrechtlichen Schutzes um einen Straftatbestand der Datenuntreue stehe der ultima ratio Funktion des Strafrechts nicht entgegen. Weder sei eine rein technische

Lösung zum Schutz des Verfügungsrechts der Cloud-Nutzer ausreichend, noch seien die bisher existierenden Bußgeldsanktionen ausreichend, da nur wenige Adressaten zur Verantwortung gezogen werden könnten. Daher bedürfte es aus spezial- und generalpräventiven Gründen einer verhaltenssteuernden Regelung im Strafrecht, um die Inhaltsdaten der Cloud-Nutzer angemessen vor den potentiellen Gefahren der Innentäter zu schützen. Auch stünde der Ergänzung des strafrechtlichen Schutzes durch Einführung eines § 202d StGB nicht Art. 2 CCC entgegen. Dieser sei aber bei einer Ausformulierung zu berücksichtigen, so dass Müller schließlich zu folgendem de lege ferenda Vorschlag kommt:

„202d StGB Datenuntreue

(1) Wer gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, für ihn bestimmte, nicht allgemein zugängliche Daten (§ 202a Abs. 4), die ihm als Inhaber oder Beschäftigtem eines Unternehmens, das geschäftsmäßig fremde Daten mit der Maßgabe einer besonderen Sicherung in einem vernetzten Computersystem speichert oder verarbeitet, anvertraut wurde, sich oder einem anderen unbefugt verschafft, verkauft, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Absatz 1 gilt auch für Personen, die mit der Nutzung und Verwaltung der in Absatz 1 bezeichneten IT-Dienstleistungen aufgrund ihres Beschäftigungsverhältnisses zum Dienstleistungsnutzer betraut wurden.

(3) In besonders schweren Fällen des Absatzes 1 und 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach Absatz 1 verbunden hat oder

2. Daten einer großen Zahl von Personen sich oder einem anderen verschafft, verkauft, verbreitet oder sonst zugänglich macht.“ (S. 403).

Darüber hinaus sieht Müller einen gewissen Änderungsbedarf bei § 202a StGB. Er möchte einen dogmatischen Widerspruch zu § 202c StGB auflösen und in § 202a StGB-E die versuchte Tatbegehung miteinfassen (S. 410). Um einen vollumfassenden Schutz der Datenvertraulichkeit vor sämtlichen Erscheinungsformen einer Side-Channel-Attacke zu gewährleisten, schlägt der Verfasser zudem vor, die zweite Tatbestandsalternative des § 202b StGB technikneutraler zu formulieren und „durch die Analyse des Systemverhaltens“ einzufügen (S. 410). Darüber hinaus soll bei § 202c StGB mit Absatz 3 ein neuer Qualifikationstatbestand für gewerbs- und bandenmäßige Begehung ergänzt werden, um für einen effektiven und abschreckenden strafrechtlichen Schutz zu sorgen (S. 411). Des Weiteren spricht sich Müller ebenfalls bei der Datenhehlerei für die Einfügung eines entsprechenden

Qualifikationstatbestands aus (S. 412). Das Strafantragserfordernis nach § 205 StGB sollte um den neu normierten Straftatbestand der Datenuntreue ergänzt werden (S. 413).

Im Hinblick auf den Schutz der Integrität und Verfügbarkeit der Nutzerdaten schlägt der Verfasser eine Änderung des § 303a StGB vor. Gewisse Schutzlücken im Bereich der Datenveränderung ergäben sich in Fällen banden- oder gewerbsmäßiger Begehung. Außerdem fände sich kein Regelbeispiel für den Fall, dass durch den Innentäter-Angriff ein materieller Schaden von besonders großem Ausmaß beim Cloud-Nutzer eingetreten sei. Des Weiteren solle ein Regelbeispiel für die Konstellation greifen, wenn durch die Straftat des Innentäters die Datenverfügungsbefugnis einer großen Zahl von Privatnutzern verletzt werde (S. 414 f.).

Änderungsbedarf zeigt Müller ebenfalls bei der Computersabotage gem. § 303b StGB auf. So sollten die in Abs. 4 benannten Strafzumessungsgründe nicht nur auf die Cloud nutzenden Unternehmen und Behörden, sondern auch auf Privatpersonen anwendbar sein. Um darüber hinaus Fallkonstellationen des Cloud War und der DDOS-Angriffe, die unter Verwendung privater IT-Systeme durchgeführt werden, strafrechtlich besser ahnden zu können, sollte das Regelbeispiel zudem durch das Merkmal der Beeinträchtigung einer großen Anzahl von Datenverarbeitungsvorgängen informatorischer Systeme ergänzt werden (S. 415 f.).

Um darüber hinaus strafanwendungsrechtliche Lücken zu schließen, schlägt der Verfasser eine Ergänzung des § 5 StGB (Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug) vor. Gem. § 5 Nr. 7 lit. a StGB soll deutsches Strafrecht unabhängig vom Recht des Tatortes für folgende Taten, die im Ausland begangen werden, gelten: „Straftaten nach den §§ 202a bis 204 und § 206 sowie nach den §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 303a, 303b und § 42 BDSG, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist oder wenn sich die Tat gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, sofern sich die Tat auf eine Datenverarbeitung bezieht, die in Zusammenhang damit steht, den betroffenen Personen im Inland Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von den betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist“ (S. 419).

Durch die umfangreichen de lege ferenda Vorschläge bietet die Dissertation breiten Raum für die kriminalpolitische Diskussion, ob und wie der strafrechtliche Schutz privater und geschäftlicher Daten vor Innentäter-Angriffen ausgestaltet werden kann. Der Verfasser hat ausführlich dargelegt, wo die Schutzlücken im geltenden materiellen Strafrecht zu finden sind. Die de lege ferenda Vorschläge sind moderat und liegen zum einen in einer leichten Anpassung bestehender Regeln, insbesondere um die Erweiterung von Regelbeispielen, aber auch in einem neuen eigenständigen Straftatbestand der Datenuntreue. Die Herleitung überzeugt und auch dem ultima ratio Gedanken wird Rechnung getragen und die Eingriffe so minimalinvasiv wie möglich ausgestaltet. Von daher bleibt

zu hoffen, dass die Dissertation einen großen Leserkreis findet und der kriminalpolitische Diskurs im Hinblick auf

die Überarbeitung des sog. Computerstrafrechts insgesamt weiter an Fahrt aufnimmt.

TAGUNGSBERICHT

„Medizinrecht aktuell: Triage – Recht zwischen Leben und Tod“

von Erik Scheiter und

Tom Hendrik Becker*

Die Veranstaltungsreihe „Medizinrecht aktuell“ des Göttinger Zentrums für Medizinrecht, die sich bereits am 21.12.2021 mit einem hochaktuellen Thema im Kontext der Corona-Pandemie – der allgemeinen Impfpflicht – befasst hat¹, fand am 10.2.2022 ihre Fortsetzung. Dieses Mal ging es unter der Überschrift „Triage – Recht zwischen Leben und Tod“ um die Folgen einer möglicherweise weiter eskalierenden Pandemie und insbesondere der befürchteten Überlastung von Intensivstationen in deutschen Krankenhäusern. Das Göttinger Zentrum für Medizinrecht ist ein inter fakultativer Zusammenschluss an der Georg-August-Universität Göttingen, in dessen Rahmen derartige fachübergreifende Fragestellungen im Bereich des Medizinrechts, aber auch im Bereich der Medizinethik behandelt werden. Die Diskussionsrunde wurde dabei in Kooperation mit der studentischen Vereinigung ELSA – European Law Students Association – durchgeführt und konnte einige hochkarätige Referenten aus einschlägigen Fachkreisen gewinnen.

Obleich die aktuelle pandemische Entwicklung hinter den ursprünglich befürchteten Auswirkungen der Omikron-Virusvariante zurückzubleiben scheint, ist die Thematik hochaktuell. Mit Beschluss vom 16.12.2021 (*BVerfG*, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, in: *KriPoZ* 1/2022, S. 48) hat namentlich der *Erste Senat* des *BVerfG* entschieden, dass der Gesetzgeber Vorkehrungen zum Schutz von Menschen mit Behinderung für den Fall einer Triage schaffen müsse. Darunter versteht man Verfahren zur Priorisierung medizinischer (Intensiv-)Behandlung bei objektiv unzureichenden Behandlungskapazitäten. Bislang sind Entscheidungsträger dabei auf die rechtlich unverbindlichen Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften – allen voran der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) – angewiesen. Nach Ansicht des Gerichts sehe die jetzige Rechtslage jedoch keine ausreichenden Vorkehrungen gegen evtl. Benachteiligung behinderter Personen

vor und verletze damit die aus dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG resultierende Schutzpflicht. Nach Ansicht der DIVI stelle dies die Eignung ihrer bisherigen Empfehlungen als taugliche Grundlage für eine gesetzliche Regelung jedoch grundsätzlich nicht in Frage.²

Über diesen komplexen Themenkreis diskutierten auf Einladung des Göttinger Zentrums für Medizinrecht Prof. Dr. Karsten Gaede, Direktor des Instituts für Medizinrecht (IMR) an der Bucerius Law School in Hamburg und Inhaber des Lehrstuhls für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, sowie Prof. Dr. med. Axel Heller, Direktor der Klinik für Anästhesiologie und Operative Intensivmedizin am Universitätsklinikum Augsburg und seit Oktober 2019 Prodekan der dortigen Medizinischen Fakultät. Außerdem konnten Prof. Dr. med. Georg Marckmann, MPH, Leiter des Instituts für Ethik, Geschichte und Theorie der Medizin an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Präsident der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM), sowie RA Prof. Dr. Oliver Tolmein, Sprecher der Sektion Rechtsberufe der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP), Honorarprofessor an der Georg-August-Universität und Prozessvertreter im angesprochenen Triage-Fall vor dem *BVerfG*, für die Veranstaltung gewonnen werden. Moderiert wurde der Abend von Prof. Dr. Gunnar Duttge, Vorstandsmitglied des Zentrums für Medizinrecht und Leiter der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht der Georg-August-Universität Göttingen.

In seinem einleitenden Beitrag illustrierte Prof. Dr. med. Heller, dass der beschränkende Faktor bei den Intensivkapazitäten der Personalmangel sein werde. Eine Triage konnte in Augsburg jedoch durch die umfangreiche und

* Die Verfasser sind Mitarbeiter des Zentrums für Medizinrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Für die Anregungen und konstruktive Kritik gilt unser Dank Prof. Dr. Gunnar Duttge (Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität).

¹ Vgl. den entsprechenden Tagungsbericht, *Scheiter/Becker*, *KriPoZ* 2022, 67.

² Stellungnahme der DIVI zum Beschluss des *ersten Senats* des *BVerfG* zu Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage v. 28.12.2021, online abrufbar unter: <https://www.divi.de/presse/presse-meldungen/stellungnahme-zum-beschluss-des-ersten-senats-des-bundesverfassungsgerichts-zu-benachteiligungsrisiken-von-menschen-mit-behinderung-in-der-triage> (zuletzt abgerufen am 14.3.2022).

teils deutschlandweite Verlegung von Patienten³ abgewendet werden. In einem Triage-Gesetz sollten nicht nur die Kriterien der Triage an sich geregelt, sondern auch Mechanismen etabliert werden, um eine solche zu verhindern. So sei es sinnvoll, möglichst frühzeitig einen Voralarm auszulösen, um gegebenenfalls kurzfristig personelle oder sachliche Ressourcen zu beschaffen, damit man nicht „kalt“ mit der Triage beginne. Bei einem von *Heller* durchgeführten Vergleich verschiedener Triage-Politiken wiesen score-basierte – also an den Erfolgsaussichten der Behandlung orientierte – Systeme per saldo die geringste Sterblichkeit bei den Patienten auf. Insgesamt sei es dringend nötig, dass der Gesetzgeber Rahmenbedingungen schaffe, die eine straffreie Triage möglich machen.

Prof. Dr. med. Marckmann erklärte die Legitimität der DIVI-Leitlinien mit ihrer Vorgeschichte nach Ausbruch der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020: Man habe sehr schnell feststellen müssen, dass es in Deutschland keine belastbaren Rechtsgrundlagen gegeben habe, die den Krankenhäusern bei einer möglichen Überlastung die notwendigen Entscheidungen erleichtert hätten. Daher wollte man als „kleineres Übel“ in die Bresche springen, um dezentrale und ungleiche ad-hoc-Regelungen zu verhindern. Eigentlich sei aber der Gesetzgeber in der Pflicht, diese Regelungslücke zu schließen und Rechtssicherheit zu schaffen.

Marckmann führte des Weiteren aus, dass man das Kriterium der klinischen Erfolgsaussichten einer Behandlung zugrunde gelegt habe. Dafür spreche zum einen, dass dadurch eine Minimierung der Todesfälle infolge medizinischer Ressourcenknappheit zu erreichen sei. Zum anderen sei das Kriterium – beispielsweise bei der Vergabe von Organen (Transplantationsgesetz) – gesellschaftlich bereits anerkannt. Das *BVerfG* habe dieses Modell in seiner Entscheidung – wenn auch nur in Nebensätzen – als unbedenklich eingestuft. Die Simulationen von *Heller* würden die Annahme der Fachgesellschaften stützen, dass ein „First-Come-First-Serve“ oder ein Losverfahren zu höheren Sterblichkeitsraten führe. Das *BVerfG* habe das Kriterium der Erfolgswahrscheinlichkeit nicht per se als Problem gesehen, sondern vielmehr pauschale und stereotype Urteile bei der Anwendung als problematisch eingestuft. Hier sei der Gesetzgeber in der Pflicht, eine diskriminierungsfreie Anwendung zu garantieren.

Prof. Dr. Gaede erläuterte in seinem Kurzvortrag einleitend, dass durch das *BVerfG* jedenfalls die These einer schlechthinnigen Nichtregelbarkeit der Triage verworfen worden sei. Vielmehr habe das Gericht ein normatives Entgegenstreben der Politik eingefordert, um Menschen mit einer Behinderung besser zu schützen. Das Gericht habe die Quality Adjusted Life Years Maßstäbe (QALYs – eine Kennzahl für die Bewertung eines Lebensjahres in Rela-

tion zur Gesundheit⁴) zwar als Kriterium abgelehnt, jedoch die Möglichkeit der Beurteilung nach Maßgabe der unmittelbaren klinischen Erfolgsaussichten grundsätzlich eröffnet. Wichtig sei zudem, dass daraus kein Gebot für ein Losverfahren entstanden sei. Nach Ansicht von *Gaede* sei die Berücksichtigung der klinischen Erfolgsaussicht zu begrüßen, solange keine pauschalen Kategorisierungsformen entscheidungserheblich würden und damit nicht die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung relevant werde. Bzgl. der strafrechtlichen Betrachtung müsse zwischen der ex-ante- (vor Behandlungsbeginn) und der ex-post- (bei bereits gewährter Behandlung) Triage unterschieden werden. Bei der ex-ante-Triage sei, sofern nur überhaupt ein Menschenleben gerettet werde, eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision ausgeschlossen. Diese werfe jedoch Bedenken auf, wenn ein Intensivmediziner nach dem QALYs-Maßstab oder gar aus rassistischen Motiven eine Entscheidung fälle. Eine Strafbarkeit sei dann grundsätzlich möglich. In Bezug auf die ex-post-Triage hat sich das *BVerfG* nicht unmittelbar geäußert. Jedoch nehme die h.M. insoweit wohl eine Strafbarkeit an. Der Moderator merkte an, dass diese Rechtsunsicherheit bei der ex-post-Triage ein genuin juristisches Problem sei, so dass eine gesetzliche Regelung ein wesentlicher Schritt hin zur Rechtssicherheit wäre.

In seinem anschließenden Statement erklärte RA *Prof. Dr. Tolmein*, dass der Grund für die Verfassungsbeschwerde zumindest auch in der bislang wenig inklusiven klinischen Praxis in der Bundesrepublik liege. Einzüräumen sei aber zugleich, dass Gerichtsentscheidungen nicht dazu bestimmt sind, Politik zu ersetzen. *Tolmein* kritisierte die Fehlerkultur der Politik, die im unmittelbaren Nachgang zum Beschluss keine Anstalten gemacht habe, eigene Versäumnisse aufzuarbeiten.

Nachteilig sei, dass in der Vergangenheit bei Weitem nicht alle medizinischen Fachgesellschaften an den Leitlinien der DIVI beteiligt worden seien. Dass die Partizipation von Menschen mit Behinderungen an Vorberatungen im Bundesgesundheitsministerium über soziale Medien erkämpft werden musste, sei zumindest irritierend. Die DIVI-Leitlinien genossen zu Unrecht den Status eines etablierten fachlichen „Standards“. Die dabei in Anspruch genommene Clinical Frailty Scale (Gebrechlichkeitskala) lege sowohl in ihrem Wortlaut als auch in ihrer grafischen Darstellung nahe, dass Menschen mit Behinderung bei einer medizinischen Behandlung generell schlechtere Erfolgsaussichten aufwiesen. Selbst wenn im Endeffekt die Letalität einer zufallsorientierten Triage höher sei, stelle dies im Vergleich zu einer diskriminierenden Triage das gesellschaftlich tragfähigere Ergebnis dar.

Die anschließende Diskussionsrunde eröffnete der Moderator mit der Frage an *Heller* und *Marckmann*, ob in der

³ Als Rahmen für die bundesweite Verlegung von intensivpflichtigen COVID-19-Patienten dient das Kleeblattkonzept, vgl. dazu: Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe, Was ist das Kleeblattkonzept?, online abrufbar unter: https://www.bbk.bund.de/DE/Infothek/Fokusthemen/Corona-Pandemie/Kleeblattkonzept/Was-ist-Kleeblattkonzept/was-ist-kleeblattkonzept_node.html (zuletzt abgerufen am 14.3.2022).

⁴ *Meißner*, Was ist ein Qaly?, Deutsches Ärzteblatt 2010, 107 (12), online abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/archiv/70329/Was-ist-ein-Qaly> (zuletzt abgerufen am 14.3.2022).

Gesundheitsversorgung insbesondere Menschen mit Behinderung das Nachsehen haben. *Heller* konnte eine grundsätzliche Benachteiligung, gerade mit Blick auf die Intensivstationen, nicht erkennen. Im Übrigen tue man alles, um eine Triage-Situation zu vermeiden. *Marckmann* betonte, dass sich die DIVI-Leitlinie auf die Überlebenswahrscheinlichkeit des aktuellen Krankheitsverlaufs beziehe und hier kein Unterschied gemacht werde, welche Faktoren diese individuelle Erfolgsprognose beeinflussen. Überdies habe man bereits im Vorfeld der Abfassung in diversen Diskussionsrunden (mit zahlreichen externen Experten) versucht, eine möglichst präzise und sachgerechte Empfehlung zu erstellen. International kenne er kein Land, welches dem Los- oder „First-Come-First-Serve“-System den Vorzug gewährt hätte.

Tolmein forderte eine gesetzliche Regelung, die nicht auf der individuellen Erfolgswahrscheinlichkeit beruht, da hier Komorbiditäten oder der allgemeine Gesundheitszustand zu einer falschen Sichtweise des ärztlichen Personals führen könnten. Es müsse eine prozedurale Regelung geschaffen werden, um die Anwendung von potenziell diskriminierenden Kriterien zu verhindern. Außerdem müsse man über die verpflichtende Einbindung eines Ethikkomitees nachdenken, da bei zwei ähnlich geprägten Menschen auch das Vier-Augen-Prinzip eine diskriminierungsfreie Entscheidung nicht verlässlich sicherstellen könne. Des Weiteren müsse man die Kommunikation im Gesundheitswesen stark verbessern. Erfahrungsgemäß hätten Menschen mit einer Behinderung hier immense Nachteile.

Auf die Frage des Moderators, wie man bei Zugrundelegung der klinischen Erfolgsaussicht eine Diskriminierung unterbinden könnte, betonte *Heller* erneut die „Unbestechlichkeit“ von aktuellen physiologischen Scores, da Behinderungen dort unerheblich seien. *Marckmann* merkte noch an, dass es sich bei dem empfohlenen Verfahren nicht um ein Vier-Augen-, sondern um ein Mehr-Augenprinzip handle. Man habe im Blick, dass ähnlich geprägte Menschen mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine ähnliche Entscheidung treffen würden. Um dies zu verhindern, könnte man zum Beispiel Pflegekräfte oder einen Vertreter der Ethik miteinbeziehen.

Gaede führte aus, dass das Gericht einen Rahmen akzeptiert habe, innerhalb dessen die unmittelbare Überlebenswahrscheinlichkeit einen Platz gefunden habe und eine Entscheidung auf dieser Grundlage durchaus möglich und verfassungskonform sei. Damit habe das *BVerfG* die Grundposition der deutschen Intensivmedizin, wie sie sich in der Leitlinie manifestiert, bestätigt. Auf die Frage des Moderators, ob eine ex-post Triage nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße, da das schicksalhafte „Glück“ einer früheren Behandlung kein Sachkriterium sei, antwortete *Gaede*, dass aus seiner Sicht eine zwingende Teilhabegerechtigkeit nur erreicht werden könne, wenn die Triage eher als fortlaufender Prozess gesehen werde und man nicht allein „an der Tür“ entscheide, was dem naturalistischen Zufall erst Raum geben würde. Darauf aufbauend merkte *Gaede* noch an, dass die ex-post Triage momentan nicht rechtssicher durchgeführt werden

könne. Rechtssicherheit sei nur durch eine künftige höchstrichterliche Entscheidung oder – noch besser – durch eine gesetzliche Regelung erreichbar.

Marckmann ergänzte zum Problemkreis der ex post-Triage, dass es jedenfalls aus ethischer Sicht irrelevant sei, ob jemand durch ein anfängliches Unterlassen der Therapie oder durch eine spätere „aktive“ Begrenzung der lebenserhaltenden Behandlung sterbe. Es spreche mithin vieles dafür, auch die bereits in Behandlung befindlichen Patienten in die Re-Evaluation mit einzubeziehen. Für *Tolmein* ist hingegen zentral, eine Behandlung nicht abubrechen, solange sie für den bereits behandelten individuellen Patienten noch medizinisch indiziert sei. Eine Triage müsse in jedem Fall als „gesellschaftliche Katastrophe“ betrachtet werden; sie dürfe nicht auch noch zu einer „humanen Katastrophe“ werden. *Tolmein* stellte weiterhin klar, dass er zugunsten der Beschwerdeführenden am ehesten einer zufallsbasierten Triage oder dem Prinzip des „First-Come-First-Serve“ zugeneigt sei. Der Zufall sei ohnehin eine Größe, die in der Zuteilung medizinischer Behandlungsressourcen nicht auszuschließen sei. *Marckmann* räumte ein, dass Zufälle auch bei einer Orientierung an der klinischen Erfolgswahrscheinlichkeit nicht auszuschließen seien. Umgekehrt stelle das Modell von „First-Come-First-Serve“ jedoch nicht sicher, dass die Auswahl tatsächlich zufällig sei. Denn es sei ohne Weiteres denkbar, dass bei Menschen mit Behinderung ein späterer Behandlungsbeginn und damit einhergehend ein ungünstiger Ausgangspunkt im Rahmen der Auswahlentscheidung gerade aufgrund ihrer Behinderung vorliege.

Zum Abschluss stellte der Moderator die Frage, was sich die Referenten am drängendsten zur Lösung des Problems wünschen würden. Für *Heller* war dies, dass klare Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber geschaffen werden und eine Triage für den in einer Zwangslage befindlichen Arzt straffrei möglich sein müsse. Ergänzend wünschte sich *Marckmann* eine breitere gesellschaftliche Debatte, damit die Diskussion nicht nur innerhalb des Bundesgesundheitsministeriums stattfinde. Für *Gaede* war darüber hinaus wichtig, dass die im Beschluss aufgeworfenen Diskriminierungsfragen abseits der Ausnahmesituation einer Triage auch für allgemeine Allokationsfragen im ärztlichen Alltag diskutiert werden. Neben dem in der Runde konsentierten Umstand, eine Triage schon im Voraus abzuwenden, wurde von *Tolmein* gefordert, die Partizipation von Menschen mit Behinderungen an dem Gesetzgebungsverfahren und seiner Umsetzung zu stärken.

Was ist nun in der Konsequenz dieser Überlegungen für die nähere Zukunft zu erwarten? Der Auftrag an den Gesetzgeber ist klar: Es müssen unverzüglich regulatorische Maßnahmen getroffen werden, um Menschen im Falle einer Triage wirksam vor Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung zu schützen. Seitens der Politik kann somit nicht mehr auf die vage Hoffnung gesetzt werden, dass man auf die DIVI-Leitlinie verweisen und sich ansonsten vor einer Befassung mit dieser Thematik herumdrücken könnte. Bemerkenswert erscheint dabei das relative Desinteresse in der medialen Berichterstattung, wo es doch –

wie der Titel der Veranstaltung bereits verdeutlicht – um nicht weniger als die Entscheidung über Leben und Tod geht. Es bleibt zu hoffen, dass die aufgeworfenen Fragen auch vor dem Hintergrund anderer drängender Themen einer breiten parlamentarischen Debatte zugeführt werden.

Wichtig erscheint dabei, insbesondere auch die (strafrechtliche) Frage nach der Zulässigkeit einer ex-post-Triage rechtssicher zu beantworten. Mit einer Regelung durch den Gesetzgeber ist dabei sicherlich nicht nur den

Menschen mit Behinderungen geholfen, sondern auch dem medizinischen Fachpersonal. Illusorisch bleibt jedoch die Annahme, dass mit einer gesetzgeberischen Regelung der hohe moralische Stress der Behandelnden in der konkreten Entscheidungssituation beseitigt wäre. Eine Triage-Situation durch effektive gesamtgesellschaftliche Infektionsschutzmaßnahmen möglichst zu vermeiden, darf folglich nicht vernachlässigt werden, sondern bleibt erste und drängendste Aufgabe aller politischen, medizinischen und nicht zuletzt gesellschaftlichen Anstrengung.