

KriPoZ



Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeberin

Prof. Dr. Anja Schiemann

Aktuelle

Fragen im Straf- und Strafprozessrecht

- Sammelband -

aus der Reihe:

KriPoZ | Junges Publizieren



INHALT

§ 127 StGB – Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet <i>von Anna Pastore</i>	<i>Seite 3</i>
Das Gesetz zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und besseren Erfassung des Cyberstalkings – Bewertung der Neufassung des § 238 StGB <i>von Felix Roll</i>	<i>Seite 23</i>
Die Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers infolge der Nichtigkeit des § 217 StGB <i>von Lisa Moulén</i>	<i>Seite 43</i>
Gefälschte Impfausweise und die Änderung der §§ 275, 277-279 StGB <i>von Catharina Fritsch</i>	<i>Seite 64</i>
Gesichtsverhüllung in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens <i>von Stefanie Brück</i>	<i>Seite 82</i>

VORWORT

Die fünf Beiträge dieses Sammelbands gehen auf Schwerpunktbereichsseminararbeiten zurück, die im Rahmen des Seminars „Aktuelle Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht“ im Wintersemester 2022/23 an der Universität zu Köln geschrieben und diskutiert wurden. Insgesamt wurden in bunter Mischung 16 kriminalpolitisch aktuelle Themen beleuchtet. Ziel war es, den kritischen Blick auf die Gesetzgebung zu schulen, sei es, um unnötige Symbolgesetzgebung als solche zu enttarnen oder Änderungen und Ergänzungen von Normen im materiellen und formellen Strafrecht im Hinblick auf systematische, dogmatische und handwerkliche Schwächen zu überprüfen. Neben den Seminararbeiten wurden in einer Blockveranstaltung am 13. und 14. Januar 2023 in der Bibliothek des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht Vorträge zu den einzelnen Themen gehalten und lebhaft diskutiert. Dabei war es ganz erstaunlich und überaus erfreulich, wie souverän, selbstbewusst und frei alle Studierenden ihre Vorträge gestalteten und so zur – durchaus in Teilen konträren – Diskussion anregten.

In diesem Sammelband werden nun die fünf besten Seminararbeiten vereint. Den Auftakt macht *Anna Pastore* mit ihrem Beitrag „§ 127 StGB – Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet“. Die Einführung des Straftatbestands wird von ihr mangels Strafbarkeitslücken als entbehrlich angesehen. *Felix Roll* nimmt das Gesetz zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und besseren Erfassung des Cyberstalking in den Blick und bewertet die Neufassung des § 238 StGB in all seinen Facetten. *Lisa Moulén* spürt den Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers infolge der Nichtigkeit des § 217 StGB nach und stellt in ihrer Seminararbeit die unterschiedlichsten Regelungsvorschläge vor. Die im Zuge der Coronapandemie geänderten §§ 275, 277-279 StGB beleuchtet *Catharina Fritsch* in ihrem Beitrag. Anhand von Fallbeispielen werden Strafbarkeitslücken im Zusammenhang mit dem Umgang gefälschter Impfausweise in den Vorschriften nach alter Fassung identifiziert und die Konstellationen auf die Neufassung übertragen. Abschließend widmet sich *Stefanie Brück* dem Thema der Gesichtsverhüllung in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens. Das Verbot der Gesichtsverhüllung gem. § 176 GVG wird vorgestellt und als verfassungsgemäß bewertet. Die Anordnung einer Maskenpflicht im Gerichtssaal bewertet sie kritisch und spricht sich gegen die Zulässigkeit einer richterlichen Anordnung aus. Auch für die Verbotsdurchsetzung fehle eine Rechtsgrundlage, so dass abschließend eigene *de lege ferenda* Vorschläge unterbreitet werden.

Den vorstehenden Seminarteilnehmer:innen gilt mein Dank für ihre klugen Ausführungen und die Bereitschaft, ihre Texte für die Publikation in der Kriminalpolitischen Zeitschrift – Junges Publizieren zur Verfügung zu stellen. Meinen Kolleginnen *Sabine Horn* und *Jule Fischer* danke ich für die redaktionelle Betreuung und Bearbeitung.

Anja Schiemann

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Anna Pastore

§ 127 StGB - Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet

Universität zu Köln

Institut für Straf- und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 13.10.2022

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	4
II. Die Einführung des § 127 StGB	5
1. Zur Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes.....	5
2. Normstruktur des § 127 StGB	6
3. Objektiver Tatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB.....	7
a) Der Begriff der Handelsplattform.....	7
b) Tathandlung „Betreiben“	9
c) Zweck der Handelsplattform	12
aa) Ermöglichen oder fördern von rechtswidrigen Taten.....	12
bb) Kriminelle Zweckausrichtung der Handelsplattform.....	12
4. Subjektiver Tatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB	14
5. Qualifikationstatbestände des § 127 StGB.....	15
a) § 127 Abs. 3 Var. 1 StGB	15
b) § 127 Abs. 3 Var. 2 StGB	15
c) § 127 Abs. 4 StGB	16
6. Vereinbarkeit des § 127 StGB mit §§ 7 ff. TMG	16
7. Fehlen einer Strafbarkeitslücke.....	17
a) Unmittelbare Täterschaft.....	17
b) Mittäterschaft.....	18
c) Beihilfe	19
aa) Objektiver Tatbestand der Beihilfe	19
bb) Subjektiver Tatbestand der Beihilfe.....	20
d) Tauglichkeit der Strafbarkeit von Handelsplattformbetreiber*innen wegen Beihilfe.....	20
8. Verfassungsrechtliche Erwägungen	21
III. Fazit	22

I. Einleitung

Kriminalität findet heute zunehmend im digitalen Raum statt. Als Oberbegriff für diese neue Dimension von Kriminalität hat sich der Begriff „Cybercrime“ durchgesetzt. „Cybercrime“ setzt sich aus den englischen Begriffen „Cyber“, der Kurzform von „Cybernetics“¹ (zu Deutsch: „Wissenschaft von den Steuerungs- und Regelungsvorgängen“²) und „Crime“ (zu Deutsch „Kriminalität“³) zusammen. Der Begriff wird unter anderem von Bundesbehörden wie dem Bundeskriminalamt regelmäßig genutzt, so etwa im Bundeslagebericht „Cybercrime“ aus dem Jahr 2021.⁴ Zudem existiert seit Anfang April 2020 im Bundeskriminalamt eine entsprechende Abteilung „Cybercrime“.⁵ Auf Anfrage⁶ von Abgeordneten, was die Bundesregierung unter dem Begriff „Cybercrime“ verstehe, führt die Bundesregierung aus: „Cybercrime umfasst die Straftaten, die sich gegen das Internet, Datennetze, informationstechnische Systeme oder deren Daten richten (Cybercrime im engeren Sinne (CCieS)) oder die mittels dieser Informationstechnik begangen werden (Cybercrime im weiteren Sinne (CCiWS))“⁷.

Die folgende Bearbeitung befasst sich ausschließlich mit Cybercrime im weiteren Sinne. Davon umfasst sind „herkömmliche Straftaten, die mittels EDV-Technik bzw. über das Internet begangen werden und sich damit von der Begehungsweise nur von der realen in die digitale Welt verlagert haben“⁸. Herkömmliche Straftaten sind etwa die Veräußerung „verbotener Gegenstände und Dienstleistungen“⁹. Damit gemeint sind „neben Menschen unter anderem Waffen, Betäubungsmittel, Falschgeld, gefälschte Ausweise und gestohlene Kreditkartendaten“¹⁰ oder der „Kauf oder Tausch von Frauen, Kindern und Jugendlichen, um deren Ausbeutung zu ermöglichen“.¹¹ Sofern oben genannte Straftaten mithilfe des Internets begangen werden, geschieht dies über (eigens dafür eingerichtete) Handelsplattformen.¹² Eine Strafbarkeit für Betreiber*innen von entsprechenden Plattformen reichte vor in Kraft treten des § 127 StGB von der Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Handelstreiben gem. § 27 StGB bis hin zur Strafbarkeit wegen Spezialgesetzlichen Regelungen wie etwa dem § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG wegen Handelstreiben mit Betäubungsmitteln oder §§ 51 Abs. 2 Var. 10, 52 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2c, Abs. 1 Nr.1 Var. 10, Abs. 5 S. 2, Abs. 3 Nr. 1 WaffG i.V.m. Anl. 1 Absch. 2 Nr. 9 wegen der Vermittlung des Vertriebs von Waffen.¹³

Bezeichnend dafür ist das Urteil des *LG Karlsruhe*¹⁴ vom 19.12.2018. Dabei wurde der Betreiber einer Plattform im Darknet unter anderem wegen Beihilfe zu Waffendelikten und fahrlässiger Tötung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt.¹⁵ Anlass für die Verurteilung des Betreibers war der Amoklauf eines 18-Jährigen im Münchner Olympia-Einkaufszentrum. Die Tatwaffe hatte der Täter von einem Verkäufer über die Plattform des verurteilten Betreibers im Darknet erworben.¹⁶ Ohne die Haupttat, den Amoklauf, wäre eine Strafbarkeit des

¹ „Cybernetics“ auf Duden online: https://www.duden.de/rechtschreibung/cyber_ (zuletzt abgerufen am 26.9.2022).

² Übersetzung des Wortes „Cybernetics“ auf Duden online: https://www.duden.de/rechtschreibung/cyber_ (zuletzt abgerufen am 26.9.2022).

³ Übersetzung des Wortes „Crime“ auf Pons Online: <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/crime?bidir=1> (zuletzt abgerufen am 26.9.2022).

⁴ Vgl. Lagebericht Cybercrime des Bundeskriminalamts 2021.

⁵ Vgl. PM „Bundeskriminalamt stärkt die Cyberbekämpfung“ v. 1.4.2020, verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2020/Presse2020/200401_pmAbteilungCC.html (zuletzt abgerufen am 24.1.2023).

⁶ Vgl. BT-Drs. 19/23221.

⁷ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Dr. Jürgen Martens, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Drs. 19/23221.

⁸ *Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 5. Aufl. (2020), 15. Kapitel Rn. 5.

⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10.2.2021, S. 8.

¹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10.2.2021, S. 8.

¹¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10.2.2021, S. 8.

¹² Siehe hierzu etwa *Safferling/Rückert, Analysen & Argumente*, Ausgabe 291 (2018), S. 4; zum Verkauf von gefälschten Impfbizertifikaten in unterschiedlichen Foren siehe Bundeslagebild Cybercrime Bundeskriminalamt 2021, S. 9.

¹³ Vgl. *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 7.

¹⁴ Vgl. *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17.

¹⁵ Vgl. *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17.

¹⁶ Vgl. *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608.

Betreibers der Plattform allein wegen der in Teilen kriminellen Ausrichtung der Plattform nach geltender Rechtslage nicht möglich gewesen.

Diese nach Ansicht der Bundesregierung bestehenden Strafbarkeitslücke wurde zum Anlass genommen, das Gesetz zur Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen zu entwickeln. Strafbar macht sich, wer eine auf kriminelle Zwecke ausgerichtete Plattform betreibt. Eine Verbindung zwischen dem Betreiben der Plattform und einer im späteren Verlauf stattfindenden Straftat ist nicht erforderlich.¹⁷ Dabei hielt der überwiegende Teil der Sachverständigen¹⁸ die Einführung des § 127 StGB für nicht erforderlich.¹⁹ Hingegen fand das Gesetzesvorhaben bei den Praktikern grundsätzlich Zustimmung.²⁰

Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern das am 19.08.2021 im Bundesgesetzblatt²¹ verkündete und am 1.10.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet etwaige bestehende Strafbarkeitslücken schließen konnte. Zunächst soll auf die konkrete Ausgestaltung der Norm und die Kritik daran eingegangen werden. Ferner wird unter Zugrundelegung der Regelungen von Täterschaft und Teilnahme untersucht, inwiefern eine Strafbarkeit von Handelsplattformbetreiber*innen vor Einführung des § 127 StGB praktikabel war. Den Schluss bildet eine Untersuchung, ob die Rechtslage vor Schaffung des § 127 StGB tatsächlich zu unbefriedigenden Ergebnissen führte.

II. Die Einführung des § 127 StGB

1. Zur Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes

Mit Referentenentwurf vom 27.11.2020²² hat das Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz dafür plädiert, die strafrechtlichen Regelungen zu ergänzen und das Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet unter Strafe zu stellen.²³ Die Bundesregierung hat die Schaffung eines neuen Straftatbestandes unterstützt, indem sie am 31.3.2021 einen entsprechenden Gesetzesentwurf beschlossen hat.²⁴ Nach diesem Gesetzesentwurf macht sich gem. § 127 StGB strafbar, wer eine Handelsplattform im Internet betreibt, deren Zweck es ist, die Begehung von bestimmten Straftaten zu ermöglichen oder zu fördern.²⁵ Zur Notwendigkeit der Einführung eines neuen Straftatbestandes wurde folgender Sachverhalt dargestellt: Sofern eine Plattform vollautomatisiert betrieben würde, sei eine Strafbarkeit etwa wegen Beihilfe gem. § 27 StGB zum Handel mit illegalen Gütern oder Dienstleistungen regelmäßig schwierig. Vollautomatisiert sei die Plattform, wenn das Einstellen von Gütern oder das Anbieten von Dienstleistungen durch die Händler*innen erfolge, ohne dass die Betreiber*innen die Aktivitäten zuvor autorisieren müssen.²⁶ Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Betreiber*innen bei vollautomatisierten Plattformen nicht zwingend wissen müssen, welche Güter oder Dienstleistungen auf ihrer Plattform veräußert, getauscht oder angeboten werden. Dabei sei auch unerheblich, dass die Plattform auf Transaktionen entsprechender Waren und Dienstleistungen ausgestaltet ist.²⁷

¹⁷ Vgl. *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, 54. Ed. (1.8.2022), § 127 Rn. 9, 10.

¹⁸ Liste der Sachverständigen für die Öffentliche Anhörung am 3.5.2021 verfügbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/837086/634b294ac07ef69b012277c3798717a6/sv-liste-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.9.2022).

¹⁹ Vgl. *Rückert*, S. 1; *Zöllner*, Stellungnahme BT-Drs. 19/28715, S.2; *Brodowski*, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S.6; *Jahn*, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 14.

²⁰ Vgl. *Goger*, Stellungnahme BT-Drs. 19/28715, S. 2; *Piechaczek*, Deutscher Richterbund Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 1.

²¹ BGBl. I 2021, S. 3544 ff.

²² Referentenentwurf BMJV v. 27.11.2020.

²³ Referentenentwurf BMJV v. 27.11.2020, S. 1.

²⁴ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 1.

²⁵ BT-Drs. 19/28175, S. 11.

²⁶ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 10.

²⁷ BT-Drs. 19/28175, S. 1.

Zusammenfassend geht es also um Nachweisschwierigkeiten, insbesondere im Bereich der Beihilfestrafbarkeit gem. § 27 StGB. Auch der § 129 StGB, der unter Strafe stellt, wer eine Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, ist nicht in der Lage, die Nachweisschwierigkeiten adäquat zu lösen.²⁸ Begründet wird dies mit einer fehlenden „Festigkeit der Organisationsstruktur“²⁹. Zudem heißt es im Gesetzentwurf, dass durch § 127 StGB „verschiedenartige Taten angemessen“³⁰ bestraft werden können. Damit könnte auf die im Rahmen der Beihilfestrafbarkeit zwingenden Strafmilderung gem. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB rekuriert worden sein. Die obligatorische Strafmilderung kann im Einzelfall unbefriedigend sein, weil dadurch nicht deutlich wird, dass die Gefahr, die von den Handelsplattformen ausgeht, nur möglich ist, weil sie von den Betreiber*innen verwaltet werden.³¹

2. Normstruktur des § 127 StGB

Die Norm des § 127 StGB umfasst insgesamt vier Absätze. In § 127 Abs. 1 S. 1 StGB wird zunächst die Tathandlung beschrieben. Zudem werden in § 127 Abs. 1 S. 1 StGB rechtswidrige Taten genannt, deren Ermöglichung oder Förderung durch die Tathandlung bezweckt werden sollen. § 127 Abs. 1 S. 1 StGB bestimmt zudem, dass das Betreiben krimineller Handelsplattformen nur bestraft wird, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Eine Legaldefinition zum Begriff der Handelsplattform findet sich in § 127 Abs. 2 StGB. Sofern es sich um eine gewerbs- oder bandenmäßige Begehung handelt, findet die Qualifikation des § 127 Abs. 3 StGB Anwendung. In § 127 Abs. 4 StGB wird die Tat außerdem zu einem Verbrechen qualifiziert, wenn die Täter*innen bei der Begehung einer Tat nach Absatz 1 beabsichtigen oder wissen, dass die Handelsplattform im Internet den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern. Bei der Norm handelt es sich um ein „abstraktes Gefährdungsdelikt“³². Geschützt wird durch den Tatbestand des § 127 StGB neben der öffentlichen Sicherheit auch die staatliche Ordnung.³³ Die Norm befindet sich deshalb wohl auch im siebten Abschnitt des Strafgesetzbuchs („Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“). Die hauptsächliche Bedrohung bei der Betreibung krimineller Handelsplattformen liegt in der geringen Hürde, kriminelle Waren und Dienstleistungen online austauschen zu können.³⁴ § 127 StGB soll dafür sorgen, dass das Betreiben solcher Handelsplattformen erfasst wird, die die „abstrakte Gefahr der Unterstützung massenhafter Tatbegehung schaffen, weil ihr Angebot einen besonders breitenwirksamen Tatanreiz schafft“³⁵.

Anknüpfungspunkt für strafbares Verhalten ist also bereits die Inbetriebnahme einer auf kriminelle Zwecke ausgerichteten Plattform. Diese „Vorverlagerung der Strafbarkeit kann durch die besondere Gefahr gerechtfertigt werden, die von Handelsplattformen im Internet ausgeht, die den Handel mit inkriminierten Gütern ermöglichen, wie etwa den Handel mit Menschen, Sprengstoff, Waffen, Falschgeld, Betäubungsmitteln oder illegalen Arzneimitteln“³⁶. Zudem handelt es sich bei § 127 StGB um ein Dauerdelikt, denn die Norm erfüllt ihren Zweck nur, wenn das Betreiben der Plattform durch ständiges Unterhalten der Plattform als Dauerdelikt interpretiert wird und das Betreiben mit der Verwirklichung einzelner Tatbestände parallel stattfindet.³⁷ Für die Qualifizierung des § 127

²⁸ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 10.

²⁹ BT-Drs. 19/28175, S. 10.

³⁰ BT-Drs. 19/28175, S. 16.

³¹ Vgl. Zöller, KriPoZ, 2021, 79 (87).

³² Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. (2022), § 127 Rn. 1 f.

³³ Vgl. Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 1 f.

³⁴ Vgl. Vassiliki, CR 2020, 204 (205).

³⁵ Kusche, JZ 2021, 27 (29 f.).

³⁶ Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 1 f.

³⁷ Vgl. Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 9.

StGB als Dauerdelikt spricht außerdem der Ausdruck „betreiben“ in § 127 Abs. 1 S. 1 StGB, welcher auf das Aufrechterhalten der in Betrieb genommenen Plattform abstellt. Die Norm weist zudem Bestandteile aus dem Beihilfetatbestand gem. § 27 StGB und aus § 129 StGB auf.³⁸ § 27 StGB stellt das Hilfeleisten zur Begehung rechtswidriger Taten unter Strafe, hingegen stellt § 129 StGB die Bildung einer kriminellen Vereinigung unter Strafe. Der Vergleich von § 27 StGB zu § 127 StGB zeigt, dass im Rahmen des § 127 StGB kein Nachweis einer tatsächlich rechtswidrig begangenen Haupttat notwendig ist, die die Plattformbetreiber*innen gefördert oder ermöglicht haben sollen. Der § 127 StGB stellt somit die „versuchte Beihilfe“³⁹ unter Strafe. Im Vergleich mit § 30 StGB wird zudem deutlich, dass die versuchte Beihilfe bislang nicht strafbar war, die versuchte Anstiftung nur sofern sie sich auf Verbrechen bezieht und die Strafe nach § 30 Abs. 1 S. 2 StGB von Gesetzes wegen zu mildern ist.⁴⁰ Bemerkenswert ist, dass § 127 StGB die versuchte Beihilfe unter Strafe stellt, ohne eine Strafmilderung gem. § 30 Abs. 1 S. 2 StGB dafür vorzusehen.

Im Vergleich zu § 129 StGB ergibt sich zudem, dass § 127 StGB keine Vereinigung, also keinen im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB auf Dauer angelegter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen und keine Verfolgung eines gemeinsamen Interesses, erfordert. Allerdings weisen beide Normen ein „Zweckerfordernis“ auf, denn nach § 127 StGB muss der Zweck der Handelsplattform darauf ausgerichtet sein, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern. Auch in § 129 StGB wird darauf abgestellt, dass der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein muss.

3. Objektiver Tatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB

a) Der Begriff der Handelsplattform

Die Legaldefinition zu dem Begriff der „Handelsplattform“ findet sich unmittelbar in § 127 Abs. 2 StGB. Danach ist eine Handelsplattform im Internet jede virtuelle Infrastruktur im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets, der die Gelegenheit bietet, Menschen, Waffen, Dienstleistungen oder Inhalte i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB anzubieten oder auszutauschen. Der Gesetzesentwurf des Bundestages ergänzt dazu, dass die Plattformen nicht zwingend browserbasiert sein müsse. Erfasst seien daher insbesondere auch Handelsplattformen, die als administrierte Chatgruppen⁴¹ betrieben werden.⁴²

Weiter muss zwischen zwei Formen der Handelsplattform differenziert werden, dem Betreiben eines Forums und dem Betreiben eines Marktplatzes. Erstmals unterscheidet das Bundeskriminalamt im Lagebericht Cybercrime aus dem Jahr 2015 zwischen Foren und Marktplätzen.⁴³ Nach dem Bericht ermögliche das Forum eine Kontaktaufnahme, die Weitergabe von kriminellen Wissen oder die Weitergabe über das Ausnutzen von Sicherheitslücken.⁴⁴ Der Marktplatz hingegen ist ausschließlich auf die Veräußerung von verbotenen Waren angelegt.⁴⁵ Der Begriff „Handelsplattform“ war zunächst umstritten. So hieß es in den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates,⁴⁶ man solle „Handelsplattform“ durch „Plattform“ ersetzen.⁴⁷ Die Verwendung des Begriffs „Handelsplattform“ insinuiert, dass ausschließlich wirtschaftliches Handeln erfasst wird. Das führt unweigerlich zu Schwierigkeiten

³⁸ Vgl. *Vassiliki*, CR 2020, 204 (205).

³⁹ *Rückert*, S. 13.

⁴⁰ Vgl. *Rückert*, S. 13.

⁴¹ S.o. z.B. „Telegramm“ siehe dazu Bundeslagebild Cybercrime Bundeskriminalamt 2021, S. 11; *Kim*, KriPoZ 2022, 106 (111).

⁴² BT-Drs. 19/28175, S. 15.

⁴³ Vgl. Bundeslagebild Cybercrime Bundeskriminalamt 2015, S.11.

⁴⁴ Bundeslagebild Cybercrime Bundeskriminalamt 2015, S.11.

⁴⁵ Bundeslagebild Cybercrime Bundeskriminalamt 2015, S.11.

⁴⁶ BR-Drs. 147/1/21.

⁴⁷ BR-Drs. 147/1/21.

bei der Auslegung des Begriffs.⁴⁸ Dafür lässt sich auch die Definition des Tatbestandsmerkmals des Handelstreibens mit Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG heranziehen, welches die Rechtsprechung bestimmt als „jedes eigennützige Bemühen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern“⁴⁹. Auch diese Definition spricht für einen wirtschaftlich auszulegenden Begriff der Handelsplattform. Zudem wird im Gesetzentwurf des Bundestages konsequent von Plattform und nicht von Handelsplattform gesprochen.⁵⁰ Im Gesetzentwurf heißt es zur Erläuterung des Begriffs der Handelsplattform: „Erfasst sind vor allem Foren und Online-Marktplätze, wobei unerheblich ist, ob es sich um kommerzielle oder nicht-kommerzielle Plattformangebote handelt und ob sie sich etwa auf Kaufgeschäfte, Tauschgeschäft oder Schenkungen beziehen“⁵¹. Weshalb sich der Gesetzgeber trotzdem für den Begriff der Handelsplattform entschieden hat, erschließt sich nicht. Auch der Ausdruck „Ware“ in der Legaldefinition der Handelsplattform gem. § 127 Abs. 2 StGB erweckt den Eindruck, dass von der Norm nur der kommerzielle Warenaustausch erfasst werden soll. *Hartmann*⁵² erklärt, dass der Begriff „Waren“ zumindest unvorteilhaft ausgewählt wurde, da er auf den entgeltlichen Warenverkehr hindeutet und beim nicht-entgeltlichen Tausch von Waren eher unpassend ist. Es ist fragwürdig, warum sich trotz Empfehlung der Ausschüsse des Bunderates für die Beibehaltung des Begriffs der Handelsplattform entschieden wurde. Es besteht die Gefahr, dass der Begriff zu eng ausgelegt wird. Dies könnte dazu führen, dass Handelsplattformen ohne finanzielle Interessen nicht vom Tatbestand der Norm erfasst werden. Dies hätte durch den Begriff der „Plattform“ vermieden werden können. Der Ausdruck wird dem Sinn und Zweck der Norm eher gerecht und führt zudem zu mehr Rechtssicherheit.

Handelsplattformen gibt es zum einen im „Clearnet“, also jenem Teil des Internets, welcher für jede Person mit einem beliebigen Internet-Browser erreichbar ist.⁵³ Zum anderen werden Plattformen im „Deepnet“ betrieben. Dies ist jener Teil des Internets, der Inhalte enthält, die mit herkömmlichen Browsern nur schwer oder gar nicht auffindbar sind.⁵⁴ Abschließend ist das „Darknet“ zu nennen, dessen Inhalte nur dann sichtbar werden, sofern eine dafür geeignete Software genutzt wird.⁵⁵ In allen drei Bereichen kann eine Handelsplattform betrieben werden. Neben dem Anbieten und Austausch von Menschen im Sinne des §§ 232 ff. StGB, Waren oder Dienstleistungen wird von der Definition der Handelsplattform auch das Anbieten oder den Austausch von Inhalten im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB erfasst. Inhalte sind gem. § 11 Abs. 3 StGB solche, die in Schriften, auf Ton- oder Bildträgern, in Datenspeichern, Abbildungen oder anderen Verkörperungen enthalten sind oder auch unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden. Damit würden auch Dienste unter den Begriff der Handelsplattform fallen, die lediglich der anonymen Kommunikation zwischen Personen dienen und bei denen die Betreiber*innen des Kommunikationsportals keine Möglichkeit haben, zu erfahren, für welche Tätigkeiten das Portal genutzt wird.⁵⁶ Nach *Rückert* könnte es zu einer Ausweitung der Strafbarkeit und einem Anfangsverdacht gegen die Betreiber*innen solcher Plattformen kommen, wenn einzelne Nutzer*innen die

⁴⁸ Vgl. BR-Drs. 147/1/21, S. 2.

⁴⁹ BGHSt 29, 239; NJW 2007, 1193.

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 15 f.

⁵¹ BT-Drs. 19/28175, S. 15 f.

⁵² Vgl. *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 11.

⁵³ Vgl. Lagebild Cybercrime des Bundeskriminalamtes 2018, S. 38 f.

⁵⁴ Vgl. Lagebild Cybercrime des Bundeskriminalamtes 2018, S. 38 f.

⁵⁵ Vgl. Lagebild Cybercrime des Bundeskriminalamtes 2018, S. 38 f.

⁵⁶ Für verschlüsselte und anonyme E-Mail-Dienste siehe etwa https://praxistipps.chip.de/anonymen-email-account-erstellen-so-gehts_33545 (zuletzt abgerufen am 26.9.2022); für verschlüsselte und anonym nutzbare Messenger-Dienste siehe https://www.chip.de/artikel/Besser-als-WhatsApp-die-3-sichersten-Messenger_183110977.html (zuletzt abgerufen am 26.9.2022).

Dienste für illegale Zwecke missbrauchen.⁵⁷ § 127 StGB könnte sogar dazu führen, dass weniger Portale betrieben werden, auf denen Nutzer*innen inkognito miteinander kommunizieren können.⁵⁸

b) Tathandlung „Betreiben“

Tathandlung des § 127 StGB ist das „Betreiben“ der kriminellen Handelsplattform. Betreiben bedeutet, die zur Verfügungstellung und Pflege einer einsatzbereiten Handelsplattform im Internet.⁵⁹ Entsprechend dem Gesetzentwurf der Bundesregierung soll § 127 StGB insbesondere auch solche Handelsplattformen erfassen, die vollautomatisiert betrieben werden.⁶⁰ Im Gesetzentwurf heißt es dazu, dass bei vollautomatisierten Plattformen „das Einpflegen von Waren und Dienstleistungen in den virtuellen Marktplatz durch den Händler erfolgt, ohne dass der Betreiber eine manuelle Freischaltung des Angebots durchführen muss“⁶¹.

Erfasst werden von der Norm demnach zwei verschiedenen Konstellationen. Zum einen die Inbetriebnahme und aktive Pflege und Unterhaltung der Handelsplattform und zum anderen die Inbetriebnahme der Plattform, die so dann ohne Einwirkungen des Betreibenden, also vollautomatisiert, läuft. Ausschlaggebend ist, dass die Betreiber*innen „auf die Plattform zugreifen können“⁶², also jederzeit die Möglichkeit einer Einflussnahme gewährleistet ist. Fraglich ist, ob auch Plattformen „betrieben“ werden, die nach Inbetriebnahme nicht mehr verändert werden können und auch nicht vollautomatisiert funktionieren.

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei § 127 StGB um ein Dauerdelikt. In der zuvor geschilderten Konstellation, in der die Betreiber*innen die Plattform lediglich online stellen, ansonsten aber keinen Einfluss mehr auf diese haben, mangelt es am „Betreiben“ der Plattform. Die bloße Inbetriebnahme einer Plattform, ohne jede Zugriffsmöglichkeit, reicht für eine Strafbarkeit nach § 127 StGB nicht. Es fehlt an Pflege, Unterhaltung und einer Zugriffsmöglichkeit auf die Plattform.

Schwierigkeiten bereitet nach Rückert⁶³ auch die Frage, ob die Betreiberin bei mehreren Betreiber*innen nur diejenige ist, die auf die komplette Plattform zugreifen kann oder auch die, die nur in Teilen auf die Plattform zugreifen kann oder sogar Nutzer*innen der Plattform, wenn diese Einwirkungsmöglichkeiten auf einzelne Bereiche haben.

An dieser Stelle sei noch einmal auf die Umstände des „Cyberbunker“ Verfahren vor dem *LG Trier*⁶⁴ verwiesen. Interessant ist die Aufgabenverteilung der zum jetzigen Zeitpunkt acht Verurteilten.⁶⁵ In der Anklageschrift der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz vom 7.4.2020⁶⁶ heißt es dazu: „Nach dem Ergebnis der sehr aufwendigen und langwierigen Ermittlungen hatten die Angeschuldigten klare Absprachen getroffen und eine feste Rollenverteilung mit eindeutig definierten Aufgaben. Der 60-jährige Niederländer war der Kopf der Gruppe, der alle geschäftlichen Entscheidungen traf. Der 50-jährige Niederländer fungierte als eine Art Manager, der für die Verteilung der Arbeitsaufgaben unter den übrigen Mitarbeitern zuständig war. Der 52-jährigen Deutschen oblag die Buchhaltung und die Kontrolle des Zahlungsverkehrs mit den Kunden. Die übrigen Angeschuldigten waren als Administratoren tätig, sorgten für die Abwicklung der Kundenaufträge in technischer Hinsicht und hielten die IT-Infrastruktur

⁵⁷ Vgl. Rückert, S. 18.

⁵⁸ Vgl. Rückert, S. 18.

⁵⁹ Vgl. Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 3.

⁶⁰ BT-Drs. 19/28175, S. 10.

⁶¹ BT-Drs. 19/28175, S. 10.

⁶² Kulhanke, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 20.

⁶³ Vgl. Rückert, S. 18.

⁶⁴ Vgl. *LG Trier*, Urt. v. 13.12.2021 – 2a KLS 5 Js 30/15.

⁶⁵ Siehe hierzu etwa: <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/cyberbunker-prozess-103.html> (zuletzt abgerufen am 18.9.2022).

⁶⁶ Online verfügbar unter: <https://www.presseportal.de/blaulicht/pm/29763/4566006> (zuletzt abgerufen am 18.9.2022).

aufrecht⁶⁷. Hier wird deutlich, dass eine Handelsplattform – oder wie im zuvor geschilderten Fall eine Hardware – von mehreren Personen betrieben werden kann, von denen jede wesentliche Aufgabe übernimmt, die den Bestand und Erhalt der Plattform gewährleisten.

Fraglich ist, wie die Handlungen strafrechtlich zu bewerten sind, sofern mehrere Personen für die Plattform verantwortlich sind. Da § 127 StGB die Betreiber*innen der Handelsplattform bestraft, sind davon zunächst diejenigen erfasst, die Vollzugriff auf die gesamte Handelsplattform haben. Nicht eindeutig ist die Strafbarkeit derjenigen Betreiber*innen, die lediglich einen Teilzugriff auf die Handelsplattform haben und damit nur einen bestimmten Aufgabenbereich haben. Fraglich ist nach Rückert⁶⁸ auch, ob sogar Nutzer*innen von Handelsplattform diese betreiben, sofern sie lediglich die Möglichkeit zur Kontrolle einzelner Bereiche haben. Im Verfahren vor dem *LG Karlsruhe*⁶⁹ gegen Betreiber der Darknet-Plattform Deutschland im Deep Web wurde festgestellt: „Sobald ein Nutzer den Status eines verifizierten Händlers erhalten hatte, konnte er dauerhaft eigene bestehende Werbetexte nachträglich editieren sowie neue Texte durch Erstellung einer neuen Unterhaltung in der Unterkategorie ‚Biete verifiziert‘ (einschließlich der dortigen Bereiche) selbständig einstellen, ohne dass es einer Freischaltung durch den Angeklagten bedurfte“⁷⁰. Eine Strafbarkeit von Nutzer*innen der Plattform, die gleichzeitig auch Händler*innen sind, wäre nach § 127 StGB dann nicht auszuschließen.

Kulhanek verlangt für die Klärung dieser Frage „eine Form der Eigenständigkeit des Betreibens“⁷¹. Ob der eigenständig, jedoch nur mit beschränkten Befugnissen ausgestattete „Assistent“ sich als Täter oder Teilnehmer gem. § 25 StGB strafbar macht, ist nach dem Grundsatz der Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme zu treffen.⁷² Strafbar gem. § 127 StGB wegen Mittäterschaft i.S.d. § 25 Abs. 2 ist, „wer einen eigenen Tatbeitrag leistet und diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint“⁷³. Zudem ist ein „gemeinsamer Tatentschluss“⁷⁴ notwendig. Dieser müsste hier auf das gemeinsame Betreiben der Plattform gerichtet sein. Sofern diese Voraussetzungen vorliegen, kann im Einzelfall auch die Betreiberin als Mittäterin gem. §§ 127, 25 Abs. 2 StGB verurteilt werden, die etwa nur einen Teilzugriff auf die Handelsplattform hat und dort nur bestimmte Aufgaben wahrnimmt.

Das Betreiben einer kriminellen Handelsplattform kann „als Tun wie auch als Unterlassen erfolgen“⁷⁵. Die Entscheidung, ob positives Tun oder Unterlassen vorliegt, hänge davon ab, bei welcher Verhaltensform der Schwerpunkt liege.⁷⁶ Strafbar machen sich nach § 127 StGB jene Betreiber*innen, die eine Handelsplattform im Internet betreiben, deren Zweck darauf gerichtet ist, die Förderung oder Ermöglichung rechtswidriger Taten zu ermöglichen. Erst durch die Inbetriebnahme der Handelsplattform wird die Möglichkeit offenbart, Straftaten über die Handelsplattform zu fördern oder zu ermöglichen. Schwerpunkt der Strafbarkeit nach § 127 StGB ist damit in der Regel die Inbetriebnahme der Handelsplattform mit krimineller Zweckausrichtung. Bei dieser Zurverfügungstellung handelt es sich um aktives Tun. Für das Betreiben der Handelsplattform durch aktives Tun gilt: „Solange eine aktive Pflege der virtuellen Infrastruktur erfolgt, wird die Plattform immer von neuem betrieben“⁷⁷. Das Betreiben

⁶⁷ Vgl. <https://www.presseportal.de/blaulicht/pm/29763/4566006> (zuletzt abgerufen am 18.9.2022).

⁶⁸ Vgl. Rückert, S. 18.

⁶⁹ Vgl. *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17.

⁷⁰ *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17, Rn. 118.

⁷¹ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 21.

⁷² Vgl. *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 21.

⁷³ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 25 Rn. 72; *BGH*, NSTz 2020, 22 Rn. 4; NSTz 2020, 730 (731).

⁷⁴ *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, § 25 Rn. 42.

⁷⁵ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 24.

⁷⁶ Vgl. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. zu §§ 13 ff. Rn. 158a.

⁷⁷ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 24.

der Handelsplattform durch aktives Tun könnte etwa durch das Einstellen neuer Kategorien oder Unterkategorien erfolgen. Unter der „aktiven Pflege“ der Plattform müssen aber auch solche Handlungen subsumiert werden, die die Instandhaltung der Handelsplattform betreffen, wie etwa Wartungsarbeiten.⁷⁸ Nach *Kulhanek*⁷⁹ handelt es sich um aktives Tun, wenn die Betreiber*innen sich bemühen „die Plattform in Bezug etwa auf Besucherfrequenz, Angebotskategorien oder Begleitservices aktuell zu halten“⁸⁰.

Hinsichtlich einer Strafbarkeit von Handelsplattformbetreiber*innen durch Unterlassen ist das Vorliegen einer Garantspflicht i.S.d. § 13 StGB notwendig. Eine solche kann sich hier nur aus der „Beherrschung einer Gefahrenquelle“⁸¹ ergeben. Danach trifft diejenigen, die eine Gefahrenquelle beherrschen, „die Rechtspflicht, Gefahren abzuwehren“⁸². Für das Bereitstellen von Host-Providern, zu denen auch Handelsplattformen gehören,⁸³ wird sogar von einer „Sonderverantwortlichkeit kraft Eröffnung einer Gefahrenquelle“⁸⁴ ausgegangen. Diese Sonderverantwortlichkeit soll sich daraus ergeben, dass die Handelsplattformbetreiber*innen unter anderem entscheiden können, wer die Plattform nutzen darf und unter welchen Bedingungen.⁸⁵ Zudem besteht eine Sonderverantwortlichkeit auch durch die bloße Möglichkeit der missbräuchlichen Nutzung einer Handelsplattform.⁸⁶

Problematisch ist, wenn die Begehung von Straftaten von den Nutzer*innen der Plattform selbst ausgehen. In diesem Fall könnte man meinen, dass die Handelsplattformbetreiber*innen nicht für das eigenverantwortliche Handeln von Dritten einzustehen haben. Diese Verantwortlichkeit soll nach der Rechtsprechung des *BGH* hingegen dennoch gelten, wenn die Sache, von der eine Gefahr ausgeht, „wegen ihrer besonderen Beschaffenheit oder Lage eine Gefahrenquelle darstellt, die [der Garant] so zu sicher und zu überwachen hat, dass sie nicht zum Mittel für die leichtere Ausführung von Straftaten gemacht werden können“⁸⁷. Davon ist jedenfalls auszugehen, wenn eine Handelsplattform in Betrieb genommen wird, wobei die Gestaltung und der Aufbau der Handelsplattform der „Verwendung als Tatmittel gleichsam naheliegt“⁸⁸. Es bestehe zwar eine Pflicht zum Tätigwerden im Falle positiver Kenntnis, aber jedenfalls (im strafrechtlichen Kontext) keine Pflicht zur alles umfassenden Überwachung des eigenen Speicherraums.⁸⁹ Sofern die „Häufung von Verstößen zu einer Änderung des äußeren Erscheinungsbilds bzw. des Rufs der Seite führt, wovon der Betreiber später erfährt, aber trotzdem nichts unternimmt“⁹⁰, kann sogar vom Vorliegen einer „objektiv unerlaubten Gefährdungslage“⁹¹ ausgegangen werden, „die als objektiv gefährliches Vorverhalten zu einer Ingerenzgarantenstellung führen kann“⁹². Denn sobald die Plattformbetreiber*innen positive Kenntnis von kriminellen Handlungen auf ihrer Plattform haben und diesen Zustand aufrechterhalten, muss konsequenterweise die Möglichkeit einer Strafbarkeit aus Ingerenz gegeben sein. Obwohl die Strafbarkeit wegen Betreibens einer kriminellen Handelsplattform durch Unterlassen einen erhöhten Begründungsaufwand erfordert, ist eine Strafbarkeit durch Unterlassen durchaus möglich.

⁷⁸ Vgl. *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 25.

⁷⁹ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 25.

⁸⁰ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 25.

⁸¹ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 27.

⁸² *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), Rn. 46.

⁸³ Vgl. *Rückert*, S. 21; *Gerhold*, ZRP 2021, 44 (45 f.).

⁸⁴ Vgl. *Freund*, in: MüKo-StGB, Band 1, 4. Aufl. (2020), § 13, Rn. 163.

⁸⁵ Vgl. *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13, Rn. 163.

⁸⁶ Vgl. *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13, Rn. 163; *Ceffinato*, JuS 2017, 403 (405) hier allerdings nur in Bezug auf Äußerungsdelikte.

⁸⁷ *BGH*, NJW 1982, 1235 (1236).

⁸⁸ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 29.

⁸⁹ *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 163.

⁹⁰ *Greco*, ZIS 2019, 435 (447).

⁹¹ *Greco*, ZIS 2019, 435 (447).

⁹² *Greco*, ZIS 2019, 435 (447).

c) Zweck der Handelsplattform

Gemäß dem Wortlaut des § 127 StGB soll der Zweck des Betreibens der kriminellen Handelsplattform die Ermöglichung oder Förderung rechtswidriger Taten sein. Erforderlich ist eine kriminelle Zweckausrichtung der Handelsplattform.

aa) Ermöglichen oder fördern von rechtswidrigen Taten

Die Handelsplattformbetreiber*innen ermöglichen die Begehung rechtswidriger Taten, wenn sie einen kausalen Anteil zum „kriminellen Arrangement“⁹³ der Kund*innen untereinander leisten. Dieser Anteil liegt vorliegend in der Bereitstellung der Handelsplattform. Die Begehung rechtswidriger Taten wird von den Handelsplattformbetreiber*innen gefördert durch „jede Handlung, welche die Herbeiführung des späteren, originären Taterfolgs durch den auf der Plattform handelnden Kunden objektiv begünstigen oder erleichtern soll“⁹⁴. Dies kann etwa das Einstellen von bestimmten Kategorien, Bewertungssystemen oder durch die Möglichkeit besonderer Zahlungsmöglichkeiten zum Ausdruck gebracht werden.

bb) Kriminelle Zweckausrichtung der Handelsplattform

Erfasst werden sollen von § 127 StGB nur solche Handelsplattformen, die eine kriminelle Zweckausrichtung aufweisen. Bei dem Tatbestandsmerkmal der „kriminellen Zweckausrichtung“ handelt es sich um ein „objektives Tatbestandsmerkmal“⁹⁵. Im Gesetzentwurf⁹⁶ heißt es, dass das objektive Tatbestandsmerkmal in § 127 StGB „insofern vergleichbar mit der Verwendung des Tatbestandsmerkmals ‚Zweck‘ in § 129 Abs. 1 Satz 1 StGB“⁹⁷ ist. Dabei ist, entsprechend § 129 StGB, dolus eventualis ausreichend.⁹⁸ Dieses Ergebnis kann für § 127 StGB allerdings „nicht in Anlehnung an die kriminelle Vereinigung nach § 129 StGB bestimmt werden, denn dort beruht die Zwecksetzung auf der Willensübereinstimmung der Beteiligten zur Begehung von Straftaten“⁹⁹. Tatsächlich bedarf es keiner solchen Willensübereinstimmung zwischen den Handelsplattformbetreiber*innen und denjenigen, die kriminelle Güter auf der Plattform anbieten. Ansonsten würde wegen bereits getätigter Verkäufe über die Plattform eine Strafbarkeit wegen Täterschaft und Teilnahme in Frage kommen.¹⁰⁰ Die Betreiber*innen einer kriminellen Plattform müssen ein Ambiente schaffen, dass die Begehung von Straftaten fördert oder ermöglicht. Die Plattform muss nicht bezwecken, dass auf ihr tatsächlich Straftaten begangen werden.

Eisele plädiert dafür, eine „verobjektivierte Zwecksetzung“¹⁰¹ als Maßstab für die Zwecksetzung der Handelsplattform zu nehmen. Angelehnt ist diese Lösung an § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB, nach dem die Herstellung von Computerprogrammen strafbar ist, deren Zweck die Begehung von Straftaten gem. §§ 202a, 202b StGB ist.¹⁰² Danach ist „nicht allein der subjektive Wille des Betreibers maßgeblich“¹⁰³, sondern die Handelsplattform muss „vom Betreiber dem kriminellen Zweck gewidmet sein („ausgerichtet“) und dieser Zweck muss sich sodann nach außen richten“¹⁰⁴.

⁹³ Kulhanek, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 33.

⁹⁴ Kulhanek, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 33.

⁹⁵ BT-Drs. 19/28175, S. 15.

⁹⁶ BT-Drs. 19/28175, S. 16.

⁹⁷ BT-Drs. 19/28175, S. 16.

⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 16.

⁹⁹ Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 6.

¹⁰⁰ Vgl. Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 6.

¹⁰¹ Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 6; Kusche, JZ 2021, 27 (32 f.); Vgl. dazu Brodowski, S. 4, der sogar für die Streichung des Wortes „Zweck“ plädiert.

¹⁰² Vgl. Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 6.

¹⁰³ Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 6; Kusche, JZ 2021, 27 (32 f.).

¹⁰⁴ Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 6; Kusche, JZ 2021, 27 (32 f.).

Kusche, der ebenfalls eine „verobjektivierte Zwecksetzung“¹⁰⁵ verlangt, schlägt vor: „Strafbar sein sollte nur das Hervorrufen einer – gegenüber der immer bestehenden Möglichkeit, dass internet-gestützte Kommunikation zu kriminellen Abreden genutzt wird – gesteigerten Gefahr, Tatgeneigte zusammenzubringen“¹⁰⁶. Um diese gesteigerte Gefahr feststellen zu können, wäre auf die Perspektive eines objektiven Dritten abzustellen, für den bei einem Blick auf die Plattform die Annahme naheliegen muss, dass er hier eher auf einen Interessenten an inkriminiertem Handel trifft als auf einer beliebigen anderen Online-Plattform.¹⁰⁷ Dies hätte einen entscheidenden Vorteil. So wären tatsächlich nur solche Handelsplattformen vom Tatbestand des § 127 StGB erfasst, die über die Plattformbetreiber*innen eine kriminelle Zweckausrichtung erhalten. Dieser Zweck müsste nach außen getragen werden, etwa durch eine eindeutige Bezeichnung der Website oder Erstellung von Kategorien, um aus der Perspektive eines objektiven Dritten die Annahme nahelegen, dass auf der Plattform kriminelle Güter oder Dienstleistungen angeboten oder ausgetauscht werden können.

Gemäß dem Gesetzentwurf der Bundesregierung kann für das Vorliegen einer kriminellen Zweckausrichtung die „Art und Weise der Darstellung der Plattform“¹⁰⁸ oder die „Gesamtschau des Angebots auf der Plattform“¹⁰⁹ sprechen. Keine Voraussetzung ist, dass einzig kriminelle Inhalte angeboten werden.¹¹⁰ Vereinzelt rechtmäßige Angebote, die nur eine untergeordnete Bedeutung hätten oder der Verschleierung der tatsächlichen Ausrichtung dienen, stünden der Annahme einer kriminellen Ausrichtung nicht entgegen.¹¹¹ Ebenso wenig könnten vereinzelte rechtswidrige Angebote die Annahme einer insgesamt kriminellen Ausrichtung rechtfertigen.¹¹² Diese Eingrenzung kann allerdings in der Praxis leicht umgangen werden.

Dazu soll noch einmal auf das Verfahren vor dem *LG Karlsruhe*¹¹³ eingegangen werden. Der dabei verurteilte Betreiber der Plattform „Deutschland im Deep Web“ unterteilte seine Plattform „in verschiedene Kategorien und Unterkategorien, die ursprünglich in erster Linie als Diskussions- und Meinungsaustauschforen dienen sollten“¹¹⁴. Lediglich in sogenannten „Unterkategorien“¹¹⁵ kam es zum Angebot und Austausch krimineller Inhalte. Wie bereits ausgeführt, könnte der kriminelle Zweck dieser „Deutschland im Deep Web“ Plattform zu verneinen sein, da hier überwiegend legale Inhalte aufzufinden waren und nur vereinzelt kriminelle. Eine Strafbarkeit wegen § 127 StGB würde mangels krimineller Zweckausrichtung nicht vorliegen. Auch die Gesamtschau des Angebots auf der Plattform birgt das Risiko, dass ein „Anfangsverdacht gegen legale bzw. neutrale Plattformen begründet wird, wenn dort durch die Nutzer entsprechende Straftaten in gehäufte Form begangen werden“¹¹⁶.

Tatsächlich heißt es dazu im Gesetzentwurf der Bundesregierung¹¹⁷, dass Rechtssicherheit für Unternehmen gewährleistet werde, deren Geschäftsmodell das Betreiben von Plattformen mit rechtskonformen Angeboten sei. Diese Unternehmen sollen also keine Strafbarkeit wegen § 127 StGB befürchten müssen, sofern einzelne Nutzer*innen die Plattformen für illegales Handeln oder Austausch nutzen. Wann ein Geschäftsmodell mit rechtskonformen Angeboten vorliegt, führt der Gesetzentwurf jedoch nicht weiter aus.

¹⁰⁵ *Kusche*, JZ 2021, 27 (32).

¹⁰⁶ *Kusche*, JZ 2021, 27 (32); so auch *Greco*, ZIS 2019, 435 (443).

¹⁰⁷ Vgl. *Kusche*, JZ 2021, 27 (32).

¹⁰⁸ BT-Drs. 19/28175, S. 15.

¹⁰⁹ BT-Drs. 19/28175, S. 15.

¹¹⁰ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 15.

¹¹¹ BT-Drs. 19/28175, S. 15.

¹¹² BT-Drs. 19/28175, S. 15.

¹¹³ *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17.

¹¹⁴ *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17, Rn. 7 f.

¹¹⁵ *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17, Rn. 7 f.

¹¹⁶ *Rückert*, S. 17.

¹¹⁷ BT-Drs. 19/28175, S. 14.

Von einem Geschäftsmodell mit rechtskonformen Angeboten kann nach *Brodowski* ausgegangen werden, wenn eine Plattform sich etwa darum bemüht, die rechtlichen Voraussetzungen einzuhalten - also „eine Compliance mit den Anforderungen aus §§ 2, 3 NetzDG und §§ 7 bis 10 TMG sowie die Benennung einer empfangsberechtigten Person im Inland“¹¹⁸ vorweisen kann.

Zudem kann nach Angaben des Gesetzentwurfs der Fundort der Plattform im Darknet oder Deep Web für die kriminelle Zweckausrichtung der Handelsplattform sprechen.¹¹⁹ Denn die damit verbundene Beschränkung der Auffindbarkeit auf bestimmte Kreise stünde dem üblicherweise beim Handel gegebenen Ziel entgegen, durch eine Ausrichtung an möglichst viele Interessenten für eine hohe Nachfrage zu sorgen.¹²⁰ Die Verortung einer Handelsplattform im Dark Net oder Deep Web als Indiz für das Vorliegen einer kriminellen Handelsplattform heranzuziehen, sollte nur mit äußerster Vorsicht angenommen werden. Denn die Anonymität des Darknets werde vielmehr auch für neutrale oder gar wünschenswerte Handlungen genutzt, wie etwa das Kaufen legaler Produkte (die der Käufer anonym erwerben wollte), Whistle-Blowing oder Aktivitäten von Regime-Gegnern in totalitären Staaten.¹²¹ Ein ausreichender Schutz für eine rechtlich nicht zu missbilligenden Nutzung des Darknets oder Deepwebs fehlt gänzlich. Vielmehr kann die Verortung einer Plattform im Darknet oder Deepweb vorschnell zu einem Anfangsverdacht führen.

Es bleibt festzuhalten, dass die Prüfung des objektiven Tatbestandsmerkmals der „kriminellen Zweckausrichtung“ als „einzige strafbarkeitsbegrenzende Merkmal“¹²² regelmäßig den Schwerpunkt der Prüfung einer Strafbarkeit gem. § 127 StGB bildet. Allerdings bleibt es trotz Bemühungen des Gesetzgebers, der in seinem Gesetzesentwurf Indizien für das Vorliegen einer kriminellen Zweckausrichtung festgelegt hat, unklar, wann der Zweck einer Handelsplattform auf die Ermöglichung oder Förderung krimineller Handlungen ausgerichtet ist. Die vorgestellten Indizien sind oftmals nicht präzise genug und können zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Ausweitung der Strafbarkeit führen.

4. Subjektiver Tatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB

Es genügt „bedingter Vorsatz“¹²³. Voraussetzung dafür ist, dass die Handelsplattformbetreiber*innen registrieren, dass tatsächlich die Möglichkeit des Betriebes einer kriminellen Handelsplattform besteht, die die Begehung rechtswidriger Taten fördert oder ermöglicht.¹²⁴ *Eisele*¹²⁵ fordert, nur absichtliches oder wissentliches Handeln der Plattformbetreiber*innen für die Tatbestandsverwirklichung zu verlangen. Dies begründet er damit, dass die Ausrichtung der Handelsplattform zwingend von den Betreiber*innen eine Adressierung erhalten muss. Das objektive Tatbestandsmerkmal „ausgerichtet“ setzt voraus, dass die Handelsplattform zu kriminellen Zwecken betrieben wird. Ein Anwendungsbereich für Fälle des *dolus eventualis* dürfte kaum bleiben.¹²⁶

Auch *Kusche*¹²⁷ plädiert dafür, nur absichtliches oder wissentliches Handeln für eine Strafbarkeit gem. § 127 StGB zu verlangen. Eine Beschränkung der Norm auf die absichtliche Unterstützung der Anbahnung krimineller Handelsgeschäfte würde indes auch letzte Zweifel beseitigen, dass das Strafrecht in den Bereich sozialadäquaten Ver-

¹¹⁸ *Brodowski*, S. 4.

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 15.

¹²⁰ BT-Drs. 19/28175, S. 15 f.

¹²¹ *Jahn*, S. 9.

¹²² *Rückert*, S. 14.

¹²³ *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 50.

¹²⁴ Vgl. *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 50.

¹²⁵ *Eisele*, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 7.

¹²⁶ Vgl. *Eisele*, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 7.

¹²⁷ *Kusche*, JZ 2021, 27 (34).

haltens eingreifen könne. So seien jedenfalls keine schutzwürdigen Interessen des Plattformbetreibers mehr ersichtlich, wenn er eine in gesteigertem Maße kriminalitätsfördernde Infrastruktur sogar in der Absicht bereitstelle, dass sie auch für die Begehung von Straftaten genutzt werde.¹²⁸

Insbesondere bei Handelsplattformen, die auch oder überwiegend legale Inhalte umfassen, kann es problematisch sein, wenn für die Strafbarkeit gem. § 127 StGB bereits Eventualvorsatz ausreichend ist. Eine möglichst restriktive Auslegung des objektiven Tatbestandsmerkmals der „kriminellen Ausrichtung“ ist bei Handelsplattformen in der oben genannten Konstellation besonders schwierig. Obwohl auch solchen Handelsplattformen „maßgeblich zur Schaffung einer kriminellen Atmosphäre beitragen“¹²⁹ können, bestehen eklatante Abgrenzungsprobleme zwischen sozialadäquaten Verhalten einerseits und der kriminellen Ausrichtung einer Handelsplattform andererseits. Zielführender wäre es deswegen, bloß absichtliches oder wissentliches Handeln unter Strafe zu stellen.

5. Qualifikationstatbestände des § 127 StGB

a) § 127 Abs. 3 Var. 1 StGB

Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer im Fall des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten verbunden hat. Dabei handelt es sich um eine Qualifikation zum Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 StGB.¹³⁰ Angelehnt an die Vorschriften der § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB oder § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB¹³¹, handelt gewerbsmäßig, „wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will“¹³². In der Regel wird es den Betreiber*innen von kriminellen Handelsplattformen aber explizit darauf ankommen, Gewinne zu generieren.¹³³ Wer etwa eine Handelsplattform betreibt, auf der es zum Verkauf oder zur Verkaufsanbahnung von Betäubungsmitteln kommt, wird Gebühren oder Provisionen von den Nutzer*innen verlangen. Allein die Pflege und Instandhaltung einer Plattform erfordert Kosten.¹³⁴ Im Gesetzesentwurf¹³⁵ heißt es, dass das Betreiben einer solchen Handelsplattform zu einer „deutlich gesteigerten kriminellen Energie“¹³⁶ der Betreiber*innen führe. Wie zuvor dargelegt, wird es den Betreiber*innen aber grundsätzlich darauf ankommen, durch das Bereitstellen der kriminellen Handelsplattform Gewinne zu erzielen. Das hat zur Folge, dass die Qualifikation zum Regelfall wird und der Grundtatbestand nur selten zur Anwendung kommt. Ob dies vom Gesetzgeber so beabsichtigt war, ist zweifelhaft.

b) § 127 Abs. 3 Var. 2 StGB

§ 127 Abs. 3 Var. 2 StGB sieht eine Erhöhung der Strafe vor, wenn die Handelsplattform von einer Bande betrieben wird. Eine Bande setzt den „Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen“¹³⁷. Auch hier ist davon auszugehen, dass das Zusammenwirken von mehr als zwei Personen für den Betrieb einer Handelsplattform eher die Regel als die Ausnahme ist. In dem

¹²⁸ Kusche, JZ 2021, 27 (34).

¹²⁹ Kusche, JZ 2021, 27 (34).

¹³⁰ Vgl. Kulhanek, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 59.

¹³¹ Vgl. BT-Drs. 19/27185, S. 16.

¹³² BGH, Beschl. v. 20.9.2000 – 5 StR 243/00, NSStZ-RR 2011, 373.

¹³³ Vgl. Rückert/Wüst, KriPoZ 2018, 247 (249).

¹³⁴ Vgl. LG Karlsruhe, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17 (256), dabei hatte der Angeklagte zu Spenden aufgerufen, weil „die Kosten für die Betreuung der Plattform und neuer Server die finanziellen Mittel des Angeklagten“ überstiegen hatten.

¹³⁵ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 16.

¹³⁶ BT-Drs. 19/28175, S. 16.

¹³⁷ Sander, in: MüKo-StGB, Band 4, 4. Aufl. (2021), § 250 Rn. 54.

vielfach zitierten Cyberbunker-Verfahren vor dem *LG Trier* wurden insgesamt acht Angeklagte verurteilt¹³⁸, die einen Server als Hosting Provider gemeinsam betrieben haben. Richtig ist auch, dass „der Betrieb einer weltweit verfügbaren Internet-Plattform schon aus organisatorischen, technischen und logistischen Gründen meist das Zusammenwirken von drei oder mehr Personen“¹³⁹ notwendig macht.

Es ist davon auszugehen, dass beide Varianten der Qualifikation weitaus häufiger zur Anwendung kommen als vom Gesetzgeber angenommen. Mit Rücksicht darauf, dass hier Verhalten im Vorfeld einer etwaigen Strafbarkeit in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikt inkriminiert wird und das Schutzgut des § 127 StGB undurchsichtig ist, kann dieser hohe Strafraum kaum angemessen sein.¹⁴⁰ Im Hinblick auf den Strafraum von 6 Monaten bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe und der Tatsache, dass hier die versuchte Beihilfe zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt bestraft werden soll, ist die Ausgestaltung dieses Qualifikationstatbestandes tatsächlich nicht verhältnismäßig.

c) § 127 Abs. 4 StGB

Auch bei § 127 Abs. 4 StGB handelt es sich um einen Qualifikationstatbestand,¹⁴¹ der Bedenken aufwirft. Erfasst werden sollen von dieser Qualifikation nach Angaben des Gesetzentwurfs¹⁴² solche Fälle, bei denen sich die Zweckausrichtung der Handelsplattform auf die Ermöglichung oder Förderung von Verbrechen bezieht und der Täter dies beabsichtigt oder jedenfalls positive Kenntnis davon hat. Erfasst ist davon etwa der „Handel von Verbrechen als Dienstleistung“¹⁴³ oder Fälle „bei denen schon der Handel selbst ein Verbrechen ist, wie etwa beim Verbreiten kinderpornografischer Inhalte nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB“¹⁴⁴. Tatsächlich handelt es sich bei vielen strafrechtlich relevanten Delikten im Darknet um Verbrechenstatbestände, so etwa § 51 WaffG, §§ 29a ff. BtMG oder neuerdings auch § 184b StGB.¹⁴⁵ Rückert¹⁴⁶ konstatiert, dass bereits diskutiert wird, ob die Strafen für diese Delikte angemessen sind.¹⁴⁷ Diese Probleme würden nur vergrößert, wenn die „versuchte Beihilfe“ zu den oben genannten Straftatbeständen zu einem Verbrechen erhoben wird.¹⁴⁸

6. Vereinbarkeit des § 127 StGB mit §§ 7 ff. TMG

Im Gesetzentwurf wurde die Vereinbarkeit des § 127 StGB mit dem Recht der Europäischen Union geprüft.¹⁴⁹ Konkret geht es dabei um die E-Commerce Richtlinie,¹⁵⁰ welche in Deutschland im Telemediengesetz von 2007 umgesetzt wurde.¹⁵¹ Der Gesetzesentwurf stellt fest, dass kein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie bzw. §§ 7, 10 TMG vorliegt.¹⁵² §§ 7, 10 TMG normieren, dass Handelsplattformbetreiber*innen nicht für fremde Informationen ihrer Nutzer*innen verantwortlich sind, sofern sie keine positive Kenntnis von deren

¹³⁸ <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-trier-5js30152akls-cyberbunker-prozess-cybercrime-kriminelle-vereinigung-webhosting-darknet/> (zuletzt abgerufen am: 25.9.2022).

¹³⁹ Zöller, KriPoZ 2021, 79 (88).

¹⁴⁰ Vgl. Zöller, KriPoZ 2021, 79 (88).

¹⁴¹ Vgl. Kulhanek, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 56.

¹⁴² BT-Drs. 19/28175, S. 16 f.

¹⁴³ BT-Drs. 19/28175, S. 16.

¹⁴⁴ BT-Drs. 19/28175, S. 16.

¹⁴⁵ Vgl. Rückert, S. 21.

¹⁴⁶ Rückert, S. 21.

¹⁴⁷ Vgl. Rückert, S. 21; zu § 184b StGB siehe etwa: Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/23707, S. 6, 8; Steinl, Stellungnahme BT-Drs. 19/23707, S.6; zu Strafbarkeiten wegen BtMG-Verstößen siehe etwa: Gesetzentwurf der Fraktion die Linke Drs. 20/2579 vom 5.7.2022; Oglakcioglu, in: MüKo-StGB, Band 7, vor §§ 29 ff. BtMG Rn. 29 ff.

¹⁴⁸ Vgl. Rückert, S. 21.

¹⁴⁹ BT-Drs. 19/28175, S. 12 f.

¹⁵⁰ RL 2000/31/EG.

¹⁵¹ <https://dejure.org/gesetze/TMG> (zuletzt abgerufen am 10.10.2022).

¹⁵² Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 12.

Rechtswidrigkeit haben oder sie nach Kenntnisnahme rechtzeitig tätig geworden sind. Wer aber vorsätzlich, also wissentlich und willentlich, eine kriminelle Handelsplattform betreibt, geht regelmäßig davon aus, dass es über die Plattform auch zu kriminellen Geschäften kommt. Eine positive Kenntnis der Betreiber*innen liegt somit vor und die Haftungsprivilegierung des §§ 7, 10 TMG ist nicht anwendbar.¹⁵³ Eine in Teilen der Literatur angenommene Unvereinbarkeit¹⁵⁴ des § 127 StGB mit der E-Commerce Richtlinie müsste zudem konsequenterweise auch zu einer Unvereinbarkeit mit den Regelungen der Beihilfe gem. § 27 StGB führen.¹⁵⁵

7. Fehlen einer Strafbarkeitslücke

Im Folgenden soll ausführlich dargestellt werden, inwiefern sich Handelsplattformbetreiber*innen vor Inkrafttreten des § 127 StGB strafbar gemacht haben und woher die Annahme des Gesetzgebers rührte, es bestünden Strafbarkeitslücken.

a) Unmittelbare Täterschaft

Bereits durch das bloße Betreiben einer Handelsplattform kann - abhängig von den im Einzelfall infrage kommenden Straftatbeständen - eine unmittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB vorliegen.¹⁵⁶ An dieser Stelle wird nur auf solche Delikte im Detail eingegangen, bei denen es im Bereich der Internetkriminalität besonders häufig zu einer Strafbarkeit kommt. Dazu zählen das „Betäubungsmittel-, Waffen- oder Arzneistrafrecht“¹⁵⁷, aber auch Strafbarkeiten bei Verbreitung, Erwerb und Besitz von kinder- und jugendpornografischen Inhalten.¹⁵⁸ Im Bereich des Betäubungsmittelgesetzes muss etwa § 29 Abs.1 Nr. 1 BtMG genannt werden, der das Handelstreiben mit Betäubungsmitteln unter Strafe stellt.¹⁵⁹ Handelstreiben ist „jede eigennützige auf die Förderung des Umsatzes von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit“¹⁶⁰. Darunter fällt auch die „Vermittlungshandlung“¹⁶¹. Wegen der weiten Auslegung des Begriffs des Handelstreibens werden Vermittlungshandlungen „zu täterschaftlichen Handlungen, allerdings erst bei Hinzutreten eigennütziger Motive“¹⁶². Sofern, wovon auszugehen ist, die Handelsplattformbetreiber*innen eigennützig handeln, es ihnen auf ihren „persönlichen Vorteil, insbesondere die Erzielung von Gewinn ankommt“¹⁶³ und sie auf ihrer Plattform Dritten Betäubungsmittel anbieten oder verkaufen lassen, vermitteln sie Geschäfte mit Betäubungsmitteln und machen sich nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbar.

Darüber hinaus bestehen spezialgesetzliche Regelungen etwa im Bereich des Waffengesetzes gem. §§ 51 Abs. 2 Var. 10, 52 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 2c), Abs. 1 Nr. 1 Var. 10, Abs. 5 S. 2, Abs. 3 Nr. 1 WaffG i.V.m. Anl. 1 Abschn. 2 Nr. 9.¹⁶⁴ Danach ist bereits das Vermitteln des Vertriebs von Waffen strafbar. Für diejenigen, die eine Handelsplattform betreiben, auf der Waffen vermittelt werden, besteht eine strafbare Handlung spätestens dann, wenn es

¹⁵³ Vgl. dazu BT-Drs. 19/28175, S. 9; Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175 S. 3; in beiden Stellungnahmen wird sogar davon ausgegangen, dass Handelsplattformbetreiber*innen einer kriminellen Plattform sich von vornherein nicht auf das Haftungsprivileg des § 10 TMG beziehen können; anders Greco, ZIS 2019, 435 (448), der § 10 TMG anwendet.

¹⁵⁴ Gerhold, ZRP 2021, 44 (45 f.), der von einem Verstoß gegen §§ 7, 10 TMG ausgeht.

¹⁵⁵ So auch Eisele, Stellungnahme BT-Drs. 19/28175, S. 4.

¹⁵⁶ Vgl. Greco, ZIS 2019, 435 (440); Zöller, KriPoZ 2021, 79 (83); Gercke, ZUM 2019, 798.

¹⁵⁷ Greco, ZIS 2019, 435 (440).

¹⁵⁸ Vgl. Rückert, S. 8; Zöller, KriPoZ 2021, 79 (83).

¹⁵⁹ Vgl. Rückert, S. 6; Zöller, KriPoZ 2021, 79 (83); Greco, ZIS 2019, 435 (440).

¹⁶⁰ Oğlakcioğlu, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 213; zur Begriffsbestimmung des Handelstreibens siehe: NJW 2007, 1193; NJW 2005, 3790.

¹⁶¹ Oğlakcioğlu, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 256.

¹⁶² Oğlakcioğlu, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 256.

¹⁶³ Oğlakcioğlu, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 282; zum Begriff der „Eigennützigkeit“ siehe auch NJW 1979, 1260; NJW 1986, 2584.

¹⁶⁴ Vgl. Rückert, S. 6; Zöller, KriPoZ 2021, 79 (83).

zu einer „schuldrechtlichen Vereinbarung“¹⁶⁵ kommt, also einer Vereinbarung zwischen Verkäufer*in und Käufer*in über die Veräußerung einer Waffe. Außerdem kommt eine Strafbarkeit wegen Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornografischer Inhalte nach der im Jahr 2021 in neuer Fassung in Kraft getretenen §§ 184b, 184c StGB in Betracht.¹⁶⁶ Danach können Betreiber*innen wegen des Verbreitens von entsprechenden Dateien bestraft werden. Dazu sei auf die durch den *BGH* bestätigten Verurteilungen mehrerer Angeklagter im „Elysium-Verfahren“ verwiesen. Die Urteile basieren unter anderem auf der Strafbarkeit wegen des Verbreitens von Materialien i.S.d. § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB.¹⁶⁷

Sofern keine spezialgesetzlichen Regelungen bestehen, verbleibt regelmäßig eine Strafbarkeit der Betreiber*innen von Handelsplattformen wegen Beihilfe gem. § 27 StGB zum Handeltreiben.¹⁶⁸ Dies gilt etwa für Strafbarkeiten wegen des Handels mit Falschgeld, gefälschten unbaren Zahlungsmitteln gem. §§ 146 ff. StGB oder dem Menschenhandel gem. §§ 232 ff. StGB.¹⁶⁹ Diese spezialgesetzlichen Regelungen und die der Beihilfe werden im Gesetzesentwurf auch erkannt, jedoch als ungenügend verworfen, weil eine Strafbarkeit von Betreiber*innen vollautomatisierter Handelsplattform davon nicht erfasst werden kann.¹⁷⁰

b) Mittäterschaft

In Betracht kommt darüber hinaus eine mittäterschaftliche Beteiligung der Handelsplattformbetreiber*innen gem. § 25 Abs. 2 StGB an jenen Straftaten, die Nutzer*innen über die Plattform begehen.

Voraussetzung dafür ist die „gemeinschaftliche Tatbegehung“¹⁷¹ und das Vorliegen eines „gemeinsamen Tatentschlusses“¹⁷². Auf Grundlage der „Tatherrschaftslehre“ kann sogar eine Handlung im „Vorbereitungsstadium“¹⁷³ der Tat ausreichend sein, sofern die Handlung hinreichend Gewicht für die Tatbestandsverwirklichung hat.¹⁷⁴ Das bloße Betreiben einer Handelsplattform wird in der Regel kein für die Tatbestandsverwirklichung ausreichender Beitrag sein.¹⁷⁵ Selbst wenn das im Einzelfall anders beurteilt werden kann, wird es an einem gemeinsamen Tatentschluss fehlen und damit an der Grundlage für die Zurechnung von Taten der Nutzer*innen.¹⁷⁶ Der gemeinsame Tatentschluss erfordert eine unter Umständen auch stillschweigend vereinbarte Übereinkunft der potenziellen Mittäter*innen an deren gemeinschaftlichem, von Vorsatz getragenen Vorhaben.¹⁷⁷ Einen solchen Tatplan, der auf die Begehung von einzelnen Taten gerichtet ist, wird es nicht geben. Denn die Handelsplattformbetreiber*innen sind an den einzelnen Geschäften, die über die Plattformen abgewickelt werden können, in der Regel nicht beteiligt. Es fehlt der gemeinsame Tatentschluss. Selbst wenn die Betreiber*innen eine Provision oder sonstige Gebühren von Nutzer*innen erhalten, vermag dies nicht das Vorliegen eines Tatplans, geschweige denn den Willen zur Tatherrschaft, zu begründen.

¹⁶⁵ Rückert, S.7.

¹⁶⁶ Vgl. Rückert, S. 6; Zöller, KriPoZ 2021, 79 (83).

¹⁶⁷ *BGH*, Beschl. v. 15.1.2020 – 2 StR 321/19, S. 2 ff.

¹⁶⁸ Vgl. *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (243 ff.); *Greco*, ZIS 2019, 35 (441 ff.); *Zöller*, KriPoZ 2021, 79 (84 ff.); *Jahn*, S. 6 f.

¹⁶⁹ Vgl. Rückert, S. 8.

¹⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 10.

¹⁷¹ *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, StGB, 9. Aufl. (2022), § 25 Rn. 48.

¹⁷² *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, § 25 Rn. 48.

¹⁷³ *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, § 25 Rn. 49.

¹⁷⁴ Vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, § 25 Rn. 49.

¹⁷⁵ Siehe dazu auch: *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17, Rn. 487, wonach das bloße Freischalten für Werbung mit Betäubungsmitteln mangels weitergehende Tatherrschaft und Tatinteresses nicht als mittäterschaftlicher Handlungsakt gewertet wurde.

¹⁷⁶ Vgl. *Ceffinato*, JuS 2017, 408; *Safferling/Rückert*, S. 10.

¹⁷⁷ Vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, § 25 Rn. 51.

c) Beihilfe

Wie zuvor bereits dargestellt, erklärt die Bundesregierung ihren Gesetzentwurf mit der Unzulänglichkeit der Beihilfestrafbarkeit gem. § 27 StGB.

aa) Objektiver Tatbestand der Beihilfe

Der Wortlaut des § 27 StGB sieht eine Strafbarkeit als Gehilfin vor, wenn diese einer anderen Person zu deren vorsätzlich begangener Tat Hilfe leistet. Die Beihilfe ist zudem „akzessorisch“¹⁷⁸. Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB kommt demnach nur bei Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat eines Dritten in Betracht.¹⁷⁹ Für das „Hilfeleisten“ ist nach der Rechtsprechung erforderlich, dass die Beihilfehandlung für die Ausführung der Tat zu irgendeinem Zeitpunkt förderlich war.¹⁸⁰ Hingegen hält die herrschenden Lehre in der Literatur einen zum Gelingen der Tat kausalen Beitrag für erforderlich.¹⁸¹ Unabhängig davon, welcher Auffassung man den Vorzug gibt, sollte Ausgangspunkt jeder Prüfung sein, dass „ein Verhalten, das ohne jede Auswirkung auf die Tatbegehung ist, d.h. weder den Eintritt des Erfolges noch die Durchführung der Tat auch nur irgendwie beeinflusst, nicht als Beihilfe genügen kann“¹⁸².

Als Hilfeleisten i.S.d. § 27 StGB kommt nur das Bereitstellen der Plattform in Betracht. Allerdings wird dies regelmäßig nicht den Ansprüchen genügen, die an die Tathandlung der Hilfeleistung gestellt werden. Denn das Bereitstellen der Plattform ist zunächst eine „neutrale bzw. sozial adäquate Handlung“¹⁸³.

Sofern die Plattformbetreiberin als Gehilfin weiß, dass die Haupttäterin über die Plattform kriminelle Taten begeht, handelt es sich tatbestandlich um eine Beihilfe, denn die Handlung der Plattformbetreiberin verfügt nicht mehr über den „Alltagscharakter“¹⁸⁴ und ihre Handlung als Identifizierung mit der Haupttäterin ist nicht mehr sozialadäquat.¹⁸⁵

Zudem müssen die Besonderheiten berücksichtigt werden, die sich bei der Beihilfestrafbarkeit von Plattformbetreiber*innen der kriminellen Handelsplattformen ergeben. Denn es sind die Plattformbetreiber*innen, die durch Bereitstellung einer Plattform den Haupttäter*innen die Möglichkeit verschaffen, Handel mit kriminellen Gütern oder Dienstleistungen zu betreiben.¹⁸⁶ Die Beihilfehandlung ist vielmehr „die Erleichterung des Kontakts zwischen kriminell Gleichgesinnten“¹⁸⁷ oder „die Schaffung einer tatanreizenden Situation“¹⁸⁸ durch die Plattformbetreiber*innen. Denn derjenige, der eine Struktur aufbaue, die dem Einzelnen diese Last abnehme, seine Gesinnung zu externalisieren und einen Gleichgesinnten zu finden, erleichtere ihm deshalb die Tatbegehung.¹⁸⁹ Die Beihilfehandlung kann demnach in der Regel ohne große Schwierigkeiten bejaht werden.

Probleme bestehen, wo eine Plattform in Betrieb genommen wurde und erst durch ihre Nutzer*innen eine kriminelle Zweckausrichtung erfährt. Allerdings sollen solche Fälle auch nicht von § 127 StGB erfasst werden, weil schon keine kriminelle Handelsplattform vorliegt. Bei positiver Kenntnis von Straftaten, die über die Plattform

¹⁷⁸ Ingelfinger, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 27 Rn. 2.

¹⁷⁹ Vgl. Ingelfinger, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 27 Rn. 2.

¹⁸⁰ Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, § 27 Rn. 7; Zur „Förderungsformel“ der Rspr. etwa: NJW 2008, 1460, (1461); NJW 2019, 1818 (1821).

¹⁸¹ Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, § 27 Rn. 7; Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB 2. Aufl. (2020), § 27 Rn. 5; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 12.

¹⁸² Kudlich, in: BeckOK-StGB, § 27 Rn. 6.

¹⁸³ So etwa: Safferling/Rückert, S. 11; Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 243 f.; Greco, ZIS 2019, 435 (441 f.) ebenso LG Karlsruhe, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17, Rn. 462.

¹⁸⁴ Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 243 f.

¹⁸⁵ Vgl. Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (243).

¹⁸⁶ Vgl. Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (243 f.).

¹⁸⁷ Greco, ZIS 2019, 435 (443).

¹⁸⁸ Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 244.

¹⁸⁹ Greco, ZIS 2019, 435 (447).

begangen werden, kommt ausschließlich eine Unterlassungsstrafbarkeit in Betracht – und zwar nur, wenn die Betreiber*innen nichts gegen die Straftaten unternommen hat.¹⁹⁰ Dieser Strafbarkeit stehen dann auch §§ 7, 10 TMG nicht mehr entgegen.

bb) Subjektiver Tatbestand der Beihilfe

Erforderlich ist ein „doppelter Gehilfenvorsatz“.¹⁹¹ Der Vorsatz muss sich auf die von der Haupttäterin begangene Tat und die Gehilfenhandlung beziehen.¹⁹² Das Vorliegen des doppelten Gehilfenvorsatzes ist nach Ansicht des Gesetzgebers¹⁹³ bei Vorliegen einer vollautomatisierten Plattform nur schwer zu bejahen. Der Gesetzentwurf bezieht sich auf eine Rechtsprechung des BGH¹⁹⁴ zur „neutralen“ Beihilfe. Nach dieser Rechtsprechung erfordert die Strafbarkeit wegen Beihilfe die „Kenntnis der Haupttat, zumindest in ihren wesentlichen Merkmalen“¹⁹⁵. Eine neutrale Beihilfe kommt aber regelmäßig nicht in Betracht, weil eine auf die Begehung und Förderung von rechtswidrigen Taten ausgerichtete Plattform ihre Alltagscharakter verliert und nicht mehr sozialadäquat ist.¹⁹⁶

Die Plattformbetreiber*in als Gehilfin muss entgegen der Angaben im Gesetzentwurf nur „den wesentlichen Unrechtsgehalt der Tat“¹⁹⁷ kennen. Es ist nicht ausreichend, dass die Gehilfin als Plattformbetreiberin den Willen hat, einen beliebigen Tatbestand zu erfüllen.¹⁹⁸ Eine Beschränkung des Gehilfenvorsatzes auf einen bestimmten Tatbestand ist laut *Greco* aber nicht notwendig, „vielmehr muss sich der Gehilfe alle Haupttaten als Erfolge seines Hilfeleistungsverhalten zurechnen lassen, in denen sich die in ihm verkörperte unerlaubte Gefahr auch verwirklichte“¹⁹⁹.

Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass das Vorliegen einer vollautomatisierten Plattform der Bejahung des Vorsatzes nicht entgegensteht. Durch die Inbetriebnahme einer Plattform; der Möglichkeit, sie zu nutzen, verwirklicht sich die von den Plattformbetreiber*innen geschaffene unerlaubte Gefahr. Die Rechtsprechung hält es regelmäßig für ausreichend, wenn die Gehilfin der Täterin das Tatmittel „willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels geförderte Haupttat verübt wird“²⁰⁰.

d) Tauglichkeit der Strafbarkeit von Handelsplattformbetreiber*innen wegen Beihilfe

Die Beihilfestrafbarkeit kann jeden Einzelfall sachgerecht erfassen. Nachweisprobleme in Bezug auf eine Beihilfestrafbarkeit der Betreiber*innen von vollautomatisierten Plattformen bestehen nicht. Vielmehr wird durch die Strafbarkeit wegen Beihilfe der Unrechtsgehalt der Gehilfenhandlung ausreichend zum Ausdruck gebracht. Dass sich die Strafe der Gehilfin nach der Strafe der Haupttäterin richtet, ergibt sich aus § 27 Abs. 2 S. 1 StGB und ist Ausdruck der „rechtsstaatlichen Konturierung der Teilnahmehandlung“²⁰¹. Damit kann jedes willkürliche, für die Verwirklichung des Tatbestandes beitragenden Verhalten eine Beihilfehandlung sein und nur die Abhängigkeit der Beihilfehandlung von der Haupttat kann die Reichweite der Teilnahme begrenzen.²⁰²

¹⁹⁰ Vgl. Bearbeitungstext II Nr. 3 b, aa.

¹⁹¹ *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 27 Rn. 18.

¹⁹² Vgl. *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 27 Rn. 18.

¹⁹³ BT-Drs. 19/28175, S. 10 f.

¹⁹⁴ BGHSt 46, 107, Rn. 15.

¹⁹⁵ BT-Drs. 19/28175, S. 10 f.; BGHSt 46, 107 (15).

¹⁹⁶ Vgl. Bearbeitungstext II Nr. 7 c, aa.

¹⁹⁷ Siehe dazu etwa *BGH*, NJW 1996, 2517.

¹⁹⁸ Vgl. *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 27 Rn. 18; *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: Kindhäuser/Hilgendorf, § 27 Rn. 24; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 27 Rn. 19.

¹⁹⁹ *Greco*, ZIS 2019 435 (445).

²⁰⁰ Siehe etwa: NSTZ 2017, 274; NJW 1996, 2517.

²⁰¹ *Schünemann*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2021), Vorb. § 26 Rn. 5.

²⁰² Vgl. *Schünemann*, in: LK-StGB, Vorb. § 26 Rn. 5.

Obwohl es sich bei der Tathandlung des § 127 StGB um eine Gehilfenhandlung handelt, wird die konkrete Tat der Haupttäterin ausgeklammert und eine Strafe der Gehilfin unabhängig von der konkreten Tat bestimmt. Es darf deshalb nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei Strafbarkeit nach § 127 StGB um eine Bestrafung von einem „weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung liegendes Verhalten“²⁰³ handelt. Denn die Bereitstellung einer Handelsplattform, auf der Dritte Geschäfte mit kriminellen Inhalten tätigen können, sorgt nur für „die abstrakte Gefahr der abstrakten Gefährdung durch andere“²⁰⁴.

8. Verfassungsrechtliche Erwägungen

Es bestehen verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 127 StGB. So könnte ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG vorliegen. Der Bestimmtheitsgrundsatz sieht unter anderem vor, dass strafrechtliche Normen eindeutig aufzeigen müssen, welches Verhalten strafrechtlich sanktioniert wird und welche Strafe bei Verwirklichung des Tatbestandes angedroht wird.²⁰⁵ Wie zuvor dargelegt, bestehen insbesondere Auslegungsschwierigkeiten bezüglich der Tathandlung des § 127 StGB. Die Auslegung führt dazu, dass eine Vielzahl von Verhaltensweisen vom Tatbestand erfasst werden, für die trotz Gesetzesbegründung unklar ist, ob sie strafwürdig sind und überhaupt vom Tatbestand erfasst werden sollen.

Bedenken bestehen auch in Bezug auf die zum Teil hohen Strafandrohungen. Der § 127 StGB enthält etwa keine Mindestanforderungen hinsichtlich der Vergehen gem. § 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB.²⁰⁶ Rückert annotiert, dass für die Strafbarkeit nach § 127 StGB bereits das Betreiben einer Handelsplattform, auf der zum Beispiel geringfügige Mengen weicher Betäubungsmittel oder gefälschter Produkte (z.B. Kleidung) gehandelt werden, ausreicht.²⁰⁷

Zudem ist der Strafraum mit bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe sehr hoch, wenn man die Qualifikationen des § 127 Abs. 1, Abs. 3 Var. 1 und Var. 2, Abs. 4 StGB regelmäßig als verwirklicht ansieht. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 127 StGB die versuchte Beihilfe zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt bestraft, ist die Strafandrohung sehr hoch – bis zu fünf Jahren im Grundtatbestand, bis zu zehn Jahren in den Qualifikationstatbeständen. § 127 StGB setzt zeitlich vor der Schädigung eines konkreten Rechtsguts an, inkriminiert also ein Verhalten im Vorfeld einer möglichen Strafbarkeit.²⁰⁸ Der Gesetzgeber hat bereits vielfach Straftatbestände erlassen²⁰⁹, die dem Bereich der Vorfeldstrafbarkeit zuzuordnen sind. Das liegt an der häufigen Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit Konstellationen, die „traditionelle dem Gebiet der Gefahrenabwehr“²¹⁰ zuzurechnen sind. Der vorbeugende Gebrauch von strafrechtlichen Normen führt zu extensiv gefassten Tatbeständen, für die erst im Rahmen gerichtlicher Verfahren mit einer ersten Eingrenzung bzw. Einordnung zu rechnen ist.

Es ist auch nicht auszuschließen, dass es zu Eingriffen in die Grundrechte der Art. 12, Art. 2 Abs. 1 GG der Plattformbetreiber*innen kommt. Ein Eingriff könnte vorliegen, wenn es zu Ermittlungen kommt, weil Plattformen im

Dark- und Deepnet verortet werden oder diese den anonymen und verschlüsselten Austausch ermöglichen.

²⁰³ Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (244).

²⁰⁴ Safferling/Rückert, S. 12.

²⁰⁵ Vgl. Schmitz, in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 47; NJW 2010, 3209 (3210).

²⁰⁶ Vgl. Rückert, S. 18.

²⁰⁷ Vgl. Rückert, S. 18.

²⁰⁸ Vgl. Safferling/Rückert, S. 12.

²⁰⁹ So z.B. §§ 89a StGB, 202c StGB, § 275 StGB oder 316c StGB.

²¹⁰ BGH, HRRS 2014 Nr. 929, Rn. 26.

III. Fazit

Der neue § 127 StGB ist unbrauchbar. Weder schließt er Strafbarkeitslücken – sie bestehen nämlich gar nicht – noch leistet er einen Beitrag im Kampf gegen Cybercrime im weiteren Sinne. Offensichtlich ist dem Gesetzgeber entgangen, dass kriminelle Handelsplattformen europa- und weltweit betrieben werden. Wann immer globale Probleme auftreten, greifen innerstaatliche Lösungen zu kurz. Notwendig wäre somit ein mindestens europäisches, besser noch supranationales Vorgehen. Überdies sind Betreiber*innen von kriminellen Plattformen regelmäßig nur schwer zu identifizieren. Viele Betreiber*innen nutzen spezielle Programme und Technologien, die ihre Identität verschleiern.²¹¹ Die Identität des Betreibers der Plattform „Deutschland im Deep Web“ konnte nur zufällig aufgedeckt werden, als er Bitcoins in Bargeld umtauschen wollte.²¹² Erschwerend hinzu kommt die Kurzweiligkeit vieler Plattformen. Mitunter sind sie nur ein paar Monate aktiv.²¹³

Die spezialgesetzlichen Regelungen und die der Beihilfe sind geeignet, sämtliche im Gesetzentwurf zu § 127 StGB vorgebrachten Fälle zu erfassen. Es wäre nicht erforderlich gewesen, die Beihilfe zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt zu inkriminieren. Eine derartige Vorverlagerung von Strafbarkeit sollte nur in Ausnahmefällen erfolgen und muss zudem auch hinreichend begründet werden. Dies ist hier nicht geschehen. Vielmehr wurde ein Gesetz mit unklarem objektivem Tatbestand geschaffen, welches zudem ein fragwürdiges Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation aufweist. Zudem wird der Anwendungsspielraum für das Gesetz nur gering sein. Es sind jedenfalls keine Verfahren bekannt, bei denen eine Verurteilung aus den im Gesetzesentwurf genannten Gründen gescheitert ist. Einzig im Cyberbunker-Verfahren vor dem *LG Trier* hätte § 127 StGB zu einer Strafbarkeit der Angeklagten wegen Beihilfe zum Betreiben einer kriminellen Handelsplattform führen können.²¹⁴

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

²¹¹ Vgl. Zöller, KriPoZ 2021, 79 (87); Greco, ZIS 2019, 435 (436 ff.).

²¹² Vgl. *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17, Rn. 263.

²¹³ Vgl. Lagebild Cybercrime BKA 2021, S. 10.

²¹⁴ Vgl. Lagebild Cybercrime BKA 2021, S. 10; Bericht des Spiegels: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/cyberbunker-knapp-sechs-jahre-haft-fuer-betreiber-von-darknetrechenzentrum-a-88b75402-24d0-494f-91f9-82d57d74d2d1> (zuletzt abgerufen am 12.10.2022).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Felix Roll

**Das Gesetz zur effektiveren Bekämpfung von
Nachstellungen und besseren Erfassung des Cyberstalkings
Bewertung der Neufassung des § 238 StGB**

Universität zu Köln

Institut für Straf- und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 15.11.2022

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	24
II. Änderung der Tatbestandsmerkmale	25
1. Tathandlungsseite: Wiederholtes Nachstellen	25
a) Anzahl der Wiederholungen.....	25
b) Weite des Tatbestandes	26
aa) Hinreichende Restriktion des Tatbestandes im Rahmen der anderen Merkmale?	27
bb) Tatbestandskonturen	27
c) Verlagerung des Strafvorwurfs	28
d) Beweisbarkeit	28
2. Taterfolgsseite: Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung	29
a) Bloßer Symbolakt?	29
b) Auslegung des Merkmals „nicht unerheblich“	30
c) Die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle im Lichte der Gesetzeshistorie.....	31
3. Gesamtwürdigung der Ersetzung der Tatbestandsmerkmale.....	33
III. Ergänzung cyberspezifischer Nachstellungshandlungen	33
1. Begehung einer Tat nach §§ 202a bis 202c StGB.....	33
a) Die Aufnahme von §§ 202b und 202c StGB.....	34
b) Allgemeines Regelungsbedürfnis des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB	34
2. Verbreitung von Abbildungen	35
3. Verbreitung herabwürdigender Inhalte.....	36
4. Die Erfassung vergleichbarer Handlungen – § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB.....	36
a) Legitimation der Generalklausel	37
b) Die Beibehaltung unter Bestimmtheitserwägungen.....	37
5. Gesamtwürdigung des neuen Handlungskatalogs	38
IV. Umwandlung der Qualifikation in Regelbeispiele	38
1. Regelbeispielstechnik und Bestimmtheitsbedenken.....	38
2. Die Regelbeispiele im Einzelnen	39
a) Gesundheitsschädigungen und Tod in Nr. 1 und Nr. 2.....	39
b) Intensive Belastung über einen langen Zeitraum in Nr. 3	40
c) Cyberspezifische Strafschärfungen in Nr. 4, 5 und 6.....	40
V. Schlussbetrachtung: Wie hat der Gesetzgeber den Spagat zwischen Bestimmtheit und Flexibilität gemeistert?	41

I. Einleitung

„So berechtigt das ‚Schielen‘ des Gesetzgebers nach Verhinderung zukünftiger Straftaten auch ist, es darf nicht dazu führen, die Anforderungen an strafwürdiges Unrecht herabzusetzen. Erst eine als gerecht empfundene Strafnorm wird wirklich dauerhafte präventive Wirkung haben.“¹

Mit diesen Worten nahm *Kühl* 2006 vor dem Rechtsausschuss des Bundestages zur Einführung eines eigenen Stalking-Straftatbestandes Stellung. Zuvor bewegten sich schwere Fälle von Stalking in ihrer strafrechtlichen Würdigung noch etwa zwischen Nötigung, Bedrohung, Hausfriedensbruch, Beleidigung und Körperverletzung.² Doch auch außerhalb dieser Delikte führen Nachstellungen zu schweren Folgen: Die Opfer, in der Regel Frauen, nehmen Telefonanrufe nicht mehr entgegen, meiden bestimmte Orte und leiden unter Angststörungen oder gar suizidalen Zuständen.³

Da die Opferzahlen stiegen und Stalking gar zum „sozialen Problem“⁴ avancierte, reagierte der Gesetzgeber 2007 mit dem 40. Strafänderungsgesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen, um die entsprechenden Schutzlücken mit einem eigenen Stalking-Straftatbestand zu schließen.

Dessen zentrale Tathandlung ist das unbefugte Nachstellen, wobei im Handlungskatalog des Abs. 1 enumerativ konkretisiert wird, was unter Nachstellen zu verstehen ist. Der Taterfolg liegt in der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers.

Ca. 15 Jahre später steht § 238 StGB mit der vorliegenden Neufassung nun in seiner bereits dritten Generation da. Nachdem der einst als Erfolgsdelikt ausgestaltete Tatbestand im Jahre 2017 bereits zu einem Eignungsdelikt reformiert wurde, soll mit der Gesetzesänderung von 2021 nun unter anderem abermals die Strafbarkeitsschwelle gesenkt werden, um eine „effektivere Bekämpfung von Nachstellungen“ zu erzielen.

Hintergrund der Gesetzesreform ist der „Evaluierungsbericht des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz zur Neufassung des § 238 StGB“, der auf der Grundlage einer Befragung von Landesjustizverwaltungen und Opferschutzverbänden erhebliche praktische Probleme bei der strafrechtlichen Verfolgung, hohe Einstellungsquoten sowie Defizite im Hinblick auf das Problem des Cyberstalkings aufdeckte.⁵

Gegenstand dieser Arbeit ist es, die Neufassung des Tatbestandes vor diesem Hintergrund einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Zu diesem Zwecke lassen sich die Änderungen im Kern in drei Kategorien einteilen: das Ersetzen zweier Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestandes (B), die Modifikation des Handlungskatalogs entsprechend der titelgebenden „besseren Erfassung von Cyberstalking“ (C), die Umwandlung der Qualifikation des § 238 Abs. 2 StGB in Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall (D). Zudem wird § 238 Abs. 1 StGB durch die Streichung des vierten Absatzes vom relativen Antrags- zum Officialdelikt, worauf in dieser Arbeit jedoch nur am Rande eingegangen werden kann.

Dieser Gliederung folgend, sollen die Änderungen systematisch jeweils im Einzelnen beleuchtet, sowie anhand zentraler Leitfragen untersucht und bewertet werden. Die Problemstellungen reichen dabei von praktischen Beweisbarkeitserwägungen und Auslegungsfragen bis hin zu substantziellen Fragen nach dem Regelungsbedürfnis oder der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Bestimmtheitsgebot. Auf diese Weise wird der Gesetzesänderung

¹ *Kühl*, Stellungnahme vor dem BT-Rechtsausschuss, 13.10.2006, S. 3, abrufbar unter: http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0427/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/06_Stalking/04_StN/Prof_Kuehl.pdf (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

² Im Einzelnen vgl. *Aul*, Stalking – Phänomenologie und strafrechtliche Relevanz, 2009, S. 143 ff., sowie *Gerhold*, Das System des Opferschutzes im Bereich des Cyber- und Internetstalking, Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten der Betroffenen, 2010, S. 110 ff.

³ *Kubicel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194 (194); eingehend zur Viktimologie vgl. *Hoffmann/Wondrak*, FoK 2005, 6 (6 ff.).

⁴ *Albrecht*, FPR 2006, 204 (204).

⁵ Vgl. BT-Drs. 19/26515.

auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen begegnet, um herauszuarbeiten, wie das moderne Strafrecht mit gesellschaftlichen Entwicklungen bzw. Missständen umgeht.

Bereits die zweimalige Reform des Gesetzes innerhalb weniger Jahre zeigt, dass das Kriminalphänomen Stalking strafrechtlich nur schwierig fassbar ist und den Gesetzgeber vor große Probleme stellt. In logischer Konsequenz stieß der Tatbestand im Schrifttum stets auf massive Kritik. Gerade die im eingangs zitierten Appell anklingende Weite und Unbestimmtheit des Tatbestandes bildete seit jeher das Zentrum dieser. Die Neufassung des Gesetzes soll diesbezüglich nun auf der einen Seite eine rechtssicherere Erfassung⁶, auf der anderen Seite aber auch eine flexiblere Anwendung der Norm⁷ sicherstellen. Die resümierende Bewertung dieses Spagats bildet den Abschluss der Arbeit (E).

II. Änderung der Tatbestandsmerkmale

Auf Tathandlungsseite ist der Begriff der Beharrlichkeit durch den der Wiederholung ersetzt worden, wohingegen auf Taterfolgsseite die Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung durch die bloße Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung geändert wurde. Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs werde mit beiden Änderungen eine Herabsenkung der Strafbarkeitsschwelle zwecks verbesserten Opferschutzes erzielt.⁸

1. Tathandlungsseite: Wiederholtes Nachstellen

Nach § 238 StGB a.F. musste der Täter zumindest eine der in Abs.1 aufgeführten Tathandlungen „beharrlich“ ausüben. Der Zweck des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ bestand in einer Beschränkung auf solche Verhaltensweisen, denen erst durch ihre wiederholte, hartnäckige Begehung ihre Strafwürdigkeit zukommt.⁹

Dabei genügte die bloße Wiederholung der Tathandlung jedoch nicht, es bedurfte vielmehr zusätzlich einer überschießenden Innentendenz des Täters dergestalt, dass „aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten.“¹⁰

In der Neufassung des § 238 StGB hat der Gesetzgeber das Merkmal „beharrlich“ nun durch „wiederholt“ ersetzt und somit den subjektiven Einschlag des Tatbestandsmerkmals aufgegeben: Fortan erfüllt den Tatbestand des § 238 StGB daher bereits, wer die in Abs. 1 Nr. 1 bis 8 benannten Verhaltensweisen mehrfach begeht.

a) Anzahl der Wiederholungen

Wie viele Handlungen für die Feststellung mehrfacher Begehung genau erforderlich sind, war bereits im Rahmen der beharrlichen Begehungsweise umstritten.¹¹ Im damaligen Gesetzesentwurf nannte der Gesetzgeber fünf Handlungen als regelmäßig erforderliche Anzahl für das zu dieser Zeit noch vorgesehene Merkmal „fortgesetzt“, überließ die Konkretisierung im Einzelnen aber der Rechtsprechung.¹² Diese ließ derweil bereits zwei Handlungen genügen.¹³ Insofern lehnte man eine absolute Mindestanzahl an Handlungen ab und sprach sich vielmehr für eine Würdigung der jeweiligen Umstände im Einzelfall aus, bei der die Intensität einzelner Nachstellungshandlungen

⁶ BT-Drs. 19/28679, S. 1.

⁷ BT-Drs. 19/28679, S. 13.

⁸ Vgl. BT-Drs. 19/28679, S. 2, 12.

⁹ BT-Drs. 16/575, S. 10; *Gazeas*, KJ 2006, S. 247 (254).

¹⁰ BGHSt 54, 189 (195); a.A. hingegen *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1032), die ein Gesinnungserfordernis ablehnen.

¹¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 238 Rn. 25.

¹² BT-Drs. 15/5410 S. 7.

¹³ *LG Lübeck*, Urt. v. 14.2.2008 – 2b Qs 18/08; so auch *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 28a.

ausschlaggebendes Kriterium sein sollte.¹⁴ Dieser Auffassung schloss sich die herrschende Lehre überzeugenderweise an.¹⁵

Beim Stalking handelt es sich um ein vielgestaltiges Kriminalphänomen, das sich durch seine enorme Bandbreite unterschiedlicher Erscheinungsformen auszeichnet.¹⁶ Dieser Heterogenität kann nur mit einer einzelfallbezogenen Betrachtung angemessen strafrechtlich begegnet werden.¹⁷ Auch für die „wiederholte“ Begehungsweise kann daher keine feste Anzahl der Handlungen bestimmt werden, es bedarf vielmehr einer Würdigung des Einzelfalls.¹⁸ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass für diese Gesamtwürdigung gerade die Formulierung des Tatbestandsmerkmals als „beharrlich“ zu großen Teilen die Grundlage bot.¹⁹ Denn die Beharrlichkeit zeichnete sich durch ihre Mischung aus objektiven, normativen und subjektiven Elementen, die wechselseitige Rückschlüsse aufeinander zuließen, aus.²⁰ Der BGH trug vor: „So hängt etwa die erforderliche Anzahl der notwendigen Angriffe u.a. von dem konkreten Gewicht der sonstigen Elemente ab.“²¹ Genau diese wechselseitig wirkenden Kriterien lässt die Neufassung nun weg.

Insofern ist zweifelhaft, ob die für die Beharrlichkeit entwickelten Grundsätze zur Einzelfallbeurteilung schematisch übernommen werden können, wie *Eisele*²² vorschlägt. Denn hinzutritt, dass mit der Einführung von § 238 Abs. 2 Nr. 3 StGB bereits bei einer verhältnismäßig geringen Steigerung auf eine „niedrige zweistellige Zahl“²³ an Einzelhandlungen ein deutlich erhöhter Strafrahmen eintreten kann.²⁴

Aufgrund des Zusammenspiels aus der Ersetzung des Merkmals mit dieser Einführung eines ebenfalls quantitativen Regelbeispiels hat sich der Tatbestand in seiner Gesamtheit derart verändert, dass es für das Merkmal der Wiederholung vielmehr neuer Wertungen und Paradigmen seitens der Judikatur bedarf.²⁵

b) Weite des Tatbestandes

In den Augen des Gesetzgebers war die mit der Beharrlichkeit verbundene überschießende Innentendenz des Tatbestandes ursprünglich gerade Ausdruck des spezifischen Unrechtsgehalt des Stalkings.²⁶ Der subjektive Einschlag diene als Korrektiv, um die dem Stalking wesenseigenen penetranten Verhaltensweisen von sozialadäquaten Handlungen abzugrenzen.²⁷

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob mit dem Merkmal der Wiederholung ein zu weiter Tatbestand formuliert worden ist, der nicht mehr die nötigen Konturen aufweist, um das spezifische Unrecht des Stalkings zu erfassen.²⁸

¹⁴ BGHSt 54, 189 (198).

¹⁵ *Gazeas*, JR 2007, S. 497 (502); *Mitsch*, NStZ 2010, 513 (514); *Buß*, JR 2011, 80 (85); *Gericke*, in: MüKo-StGB, Band 4, 4. Aufl. (2021), § 238 Rn. 44; a.A. *Valerius*, JuS 2007, 319 (322), der die im Entwurf vorgeschlagene Anzahl von fünf Handlungen zumindest als Indiz anwenden möchte.

¹⁶ *Aul*, S. 66 f.

¹⁷ So auch *Gazeas*, KJ 2006, 247 (255).

¹⁸ Im Rahmen dieser soll ebenfalls eine „niedrige einstellige Zahl“ an Handlungen ausreichend sein; BT-Drs. 19/28679, S. 12.

¹⁹ So *Stadtler*, Stalking – Nachstellung, Entwicklung, Hintergründe und rechtliche Handlungsmöglichkeiten, 2009, S. 297, die gerade daraus die Entbehrlichkeit einer starren Mindestzahl von Nachstellungshandlungen ableitet.

²⁰ *Buß*, JR 2011, S. 80 (85); *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 20.

²¹ BGHSt 54, 189 (198).

²² *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

²³ BT-Drs. 19/28679, S.13.

²⁴ *Cirullies/Cirullies*, FamRZ 2021, 1785 (1787); näher unter Kap. D. II. 2.

²⁵ In diesem Zuge ein Gesinnungselement in den Begriff des Nachstellens hineinzulesen, wie *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120) vorschlägt, ist derweil nicht überzeugend, da es dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers der „Weglassung subjektiver Anforderungen“ (BT-Drs. 19/28679, S. 12) widerspricht.

²⁶ BT-Drs. 16/575, S. 6 f.

²⁷ So *Nowicki*, Problemfelder des § 238 StGB (Stalking), Kritische Betrachtung der Implementierung der Norm in das Strafgesetzbuch, 2011, S. 99; *Gazeas*, KJ 2006, S. 247 (254 f.); *Stadtler*, S. 293 f.

²⁸ Dieser Ansicht etwa *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 29.; ebenfalls krit. Deutscher Anwaltsverein (DAV), Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 5 f., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/841918/6373432892c4e6e5c8b7ddc26a44b6da/stellungnahme-spatscheck_dav-data.pdf (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

aa) Hinreichende Restriktion des Tatbestandes im Rahmen der anderen Merkmale?

Indem die Gesinnungskomponente des Tatbestandsmerkmals wegfällt, richtet sich das Hauptaugenmerk der Verwerflichkeit vermehrt auf den Erfolg der Tathandlungen, respektive auf deren Eignung zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung. *Eisele*²⁹ führt dahingehend aus, dass der Täter hinsichtlich dieser Eignung noch immer Vorsatz bei der wiederholten Tatbegehung haben muss, weshalb der Wegfall der subjektiven Komponente den Tatbestand nicht zu weit ausdehne.

Doch greift dieses Argument zu kurz, da das unbefugte Nachstellen fortan nur noch zu einer „nicht unerheblichen“ Beeinträchtigung der Lebensgestaltung geeignet sein muss.³⁰ Insofern vermag es nicht zu überzeugen, der Kritik einer ausufernden Ausdehnung der Strafbarkeit mit einem Verweis auf ein ebenfalls herabgesenktes Tatbestandsmerkmal begegnen.

Ein besseres Gegenargument stellt hingegen die bereits aufgezeigte Möglichkeit dar, Wertungen im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallbetrachtung einfließen zu lassen. So verbleibt der Rechtspraxis der benötigte Spielraum, um nicht etwa schon das zweimalige Anrufen auf dem Mobiltelefon unter § 238 StGB subsumieren zu müssen.³¹ Darüber hinaus bietet das Merkmal „unbefugt“ weitere Gelegenheit, sozialadäquate Verhaltensweisen vom Anwendungsbereich auszuschließen.

Die erforderlichen Wertungen hinsichtlich der Strafwürdigkeit können in der Neufassung des Gesetzes mithin schlicht im Rahmen besser greifbarer Tatbestandsmerkmale vorgenommen werden.³²

bb) Tatbestandskonturen

Denn ohnehin ist zweifelhaft, inwiefern der subjektive Einschlag der Beharrlichkeit dem Tatbestand Konturen zu verleihen vermochte. So erweisen sich die beiden Voraussetzungen, die die Beharrlichkeit von der Wiederholung unterscheiden, im Kern als entbehrlich.

So kommt das „Handeln gegen den Willen des Opfers aus Missachtung oder Gleichgültigkeit“ bereits mit dem Merkmal „unbefugt“ zum Ausdruck, bezüglich dessen der Täter per se vorsätzlich zu handeln hat.³³

Die erforderliche Absicht, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten, entpuppt sich dagegen bei genauerer Betrachtung als der bloße Vorsatz, der die einzelnen Nachstellungshandlungen verbindet und mithin von der subjektiven Tatseite des Merkmals „wiederholt“ ebenfalls dogmatisch bereits abgedeckt ist.³⁴

Vor diesem Hintergrund ist unklar, um welche wichtigen Unrechtseckpunkte der Tatbestand durch eine Subjektivierung der Beharrlichkeit bereichert werden soll. Das Merkmal erscheint vielmehr als diffuser und unscharfer Rechtsbegriff, mit dem gerade keine präzisere Abbildung des Stalking-spezifischen Unrechts erzielt werden kann. Freilich handelt es sich auch nach der Reduzierung des Merkmals um seine Unschärfen bei „wiederholt“ aufgrund der einzelfallabhängigen Anforderungen noch immer um einen unbestimmten Rechtsbegriff.³⁵ Lassen sich unbestimmte Rechtsbegriffe im Lichte des Normzwecks jedoch konkretisieren, sind diese im Strafrecht grundsätzlich zulässig.³⁶ Zu diesem Zwecke bietet die Intensität der Einzelhandlungen eine taugliche und präzise Orientierungslinie, anhand der sich das Unrecht des Einzelfalls bemessen lässt.

Durch die Entfernung der subjektiven Elemente verbleibt demzufolge ein hinreichend konkretisierbares Tatbestandsmerkmal. Die Anforderungen an die Strafbarkeit werden im Ergebnis klarer, ohne dabei die vielgestaltige

²⁹ *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

³⁰ Näher unter Kap. B. II.

³¹ Wie *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120) befürchtet.

³² *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 29, der genau diese Verlagerung kritisiert.

³³ *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1031 f.).

³⁴ *Hochmayr*, ZStW 2010, 757 (764).

³⁵ Das kritisiert *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (42).

³⁶ *Vander*, KritV 2006, 81 (89).

Typik des Stalkings zu vernachlässigen. Die Ersetzung des Merkmals sorgt demnach nicht für eine Konturlosigkeit des Tatbestands, sondern verleiht diesem vielmehr Schärfe und Klarheit.³⁷

c) Verlagerung des Strafvorwurfs

Wie aufgezeigt, wird mit dem Verzicht auf die Gesinnungskomponente der Unrechtsschwerpunkt vermehrt auf die Tathandlung und deren Eignung zur Lebensbeeinträchtigung gerichtet, was gleich in zweierlei Hinsicht überzeugend ist:

Zum einen ist die deutsche Strafrechtsordnung ihrem Grundcharakter nach Tatstrafrecht, das an die Handlungen des Täters und nicht an seine Person anknüpft.³⁸ Persönlichkeitsmerkmale oder innere Einstellungen haben demgegenüber grundsätzlich keine freiheitsverletzende Wirkung und dürfen die Strafbarkeit somit nicht (mit-)begründen.³⁹ Genau das war jedoch letztlich der Fall: Da nach der Vorstellung des Gesetzgebers über das Merkmal der Beharrlichkeit sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden sollten, entschied im Ergebnis eine bestimmte Haltung des Täters über die Einordnung als strafloses oder strafbares Verhalten.⁴⁰

Dies wird mit der Änderung des Merkmals aufgegeben, die stärkere Fokussierung auf Tathandlung und -erfolg als solche steht somit im Einklang mit dem Wesen unserer Strafrechtsordnung.

Zum anderen wird so dem Sinn und Zweck des § 238 StGB Rechnung getragen. Die Frage nach dem Schutzgut des Nachstellungstatbestandes wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet.⁴¹ Neben der herrschenden Auffassung, die die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung geschützt wissen will,⁴² werden in der Literatur auch Rechtsgüter wie der „individuelle Rechtsfrieden“⁴³, das „Freisein vor Furcht“⁴⁴ oder die psychische Integrität⁴⁵ bemüht.

Unabhängig davon, welcher Auffassung man folgt, lässt sich eine gemeinsame Schutzrichtung dieser Rechtsgüter feststellen. Sie nehmen allesamt Einwirkungen auf das Opfer in den Blick, welche sich aus den Stalkinghandlungen selbst und nicht durch eine bestimmte Motivation des Täters ergeben.⁴⁶ Dass sich ein Stalker regelmäßig über den Willen des Opfers hinwegsetzt, ist unterdessen nicht von der Hand zu weisen. Doch tatprägend ist nicht die innere Einstellung des Täters, sondern die das Stalking qualifizierende anhaltende Einwirkung auf das Opfer.⁴⁷ Eine stärkere Fokussierung auf die Tathandlung, auf deren Eignung zur Lebensbeeinträchtigung und damit auf die Opferperspektive entspricht somit auch dem Normzweck.

d) Beweisbarkeit

Eines der mit der Ersetzung des Tatbestandsmerkmals verfolgten Kernanliegen besteht den Gesetzesmaterialien zufolge in der erleichterten Anwendung der Norm in der Praxis, da sich der Nachweis der inneren Einstellung des

³⁷ Im Ergebnis so auch *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148); a.A. *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (119 ff.); *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 29.

³⁸ *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 190.

³⁹ *Schlachter*, Eine kritische Analyse des deutschen Stalkingtatbestandes, 2012, S. 54; s. auch *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2007, S. 481 ff.

⁴⁰ So auch *Müller*, zum tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 238 Abs. 1 StGB, 2013, S. 192.

⁴¹ Vgl. zur Diskussion etwa *Nowicki*, S. 49 ff.; *Spohn*, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, 2017, S. 74; ausführlich *Müller*, S. 136 ff.

⁴² *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 238 Rn. 1; *Wolter*, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), § 238 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 4; *Müller*, S. 164; *Mosbacher*, NSTZ 2007, 665 (666); vgl. auch BGHSt 54, 189 (193) „Schutz der eigenen Lebensführung vor Belästigungen der Lebensgestaltung“.

⁴³ *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238); *Gazeas*, JR 2007, 497 (498).

⁴⁴ *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (257 f.).

⁴⁵ *Krüger*, in: Krüger, Stalking als Straftatbestand, 2. Aufl. (2013), S. 87 ff.

⁴⁶ *Buß*, Der Weg zu einem deutschen Stalkingstrafatbestand, 2008, S. 215, m.w.N.

⁴⁷ *Schlachter*, S.55.

Täters laut Evaluierungsbericht häufig als schwierig herausgestellt habe.⁴⁸

Während die Beweisproblematik von Richtern bei der Einführung des Stalkingtatbestandes noch als bewältigbar erachtet wurde,⁴⁹ merkt der Deutsche Richterbund⁵⁰ in seiner Stellungnahme zur Neufassung an, dass das Vorliegen der Beharrlichkeit in vielen Fällen tatsächlich nicht belastbar untermauert werden konnte. Insoweit bewahrheiteten sich die kritischen Prognosen in der Literatur, die etwaige Feststellungsschwierigkeiten bereits bei der Einführung des § 238 StGB vorhersagten.⁵¹

Es sei darauf hingewiesen, dass sich die Legitimation einer legislativen Änderung nicht allein in der Überwindung von Nachweisschwierigkeiten erschöpfen kann, da in einem solchen Fall eine unzulässige Umgehung von Verfahrensgarantien vorläge.⁵² Da mit der Objektivierung des Begriffs jedoch das Unrecht der Tat selbst modifiziert wird, steht es dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative frei, in diesem Zuge auch den Gegenstand der Beweiserhebung festzulegen und eine Beweiserleichterung herbeizuführen.⁵³

Der Einwand der Strafverteidigung,⁵⁴ dass die erschwerte Beweisbarkeit demgegenüber gerade als Korrektiv für etwaige Falschanschuldigungen notwendig gewesen sei, vermag indes nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine faktische bzw. prozessuale Hürde speziell die Fälle herausfiltern soll, in denen ein vermeintlicher Täter mit Falschbehauptungen belastet wird.

2. Taterfolgsseite: Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Auch auf der Seite des Taterfolgs, der in der Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung bestand, wird die Strafbarkeitsschwelle herabgesetzt.

Für das Vorliegen einer schwerwiegenden Beeinträchtigung bedurfte es „gravierende[r] und ernst zu nehmende[r] Beeinträchtigungen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung [...] hinausgehen.“⁵⁵

In Schrifttum und Rechtsprechung war diese Schwelle bislang erst etwa bei einem Wechsel des Arbeitsplatzes,⁵⁶ der Änderung des Namens⁵⁷ oder bei notwendiger therapeutischer Behandlung,⁵⁸ nicht jedoch bei einem zeitweiligen Umzug in eine Ferienwohnung⁵⁹ als überschritten angesehen worden.

Nach der Neufassung des § 238 StGB genügt statt einer „schwerwiegenden“, nunmehr eine „nicht unerhebliche“ Beeinträchtigung, zu der die Handlungen des Täters geeignet sein müssen.

a) Bloßer Symbolakt?

Auch bei „nicht unerheblich“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, für dessen Auslegung es

⁴⁸ BT-Drs. 19/28679, S. 12; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 27.

⁴⁹ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 3.

⁵⁰ Deutscher Richterbund (DRB), Stellungnahme Nr. 7/21 im März 2021, S. 2, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301_Stellungnahme_DRB_Cyberstalking.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 14.11.2022)

⁵¹ So etwa Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (484); Steinberg, JZ 2006, 30 (31).

⁵² Vgl. dazu etwa Lüderssen, ZStW 1973, 288 (301 f.).

⁵³ Bülte, JZ 2014, 603 (612).

⁵⁴ DAV, Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 6.

⁵⁵ BT-Drs. 16/3641, S. 14.

⁵⁶ BT-Drs. 16/575 S. 8. Weiterhin werden in der Gesetzesbegründung etwa das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter oder der Umzug aus der Wohnung als Beispiele genannt.

⁵⁷ Krüger, S. 183

⁵⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 32.

⁵⁹ AG Löbau, Urt. v. 17.4.2008 – StV 08, 646.

normativer Wertungen bedarf. *Fischer*⁶⁰ gesteht der Ersetzung des Merkmals daher lediglich Symbolwirkung zu. In die gleiche Kerbe schlagend, möchte *Gerhold*⁶¹ „nicht unerheblich“ derart restriktiv auslegen, dass die Änderung der Eignungsanforderungen im Ergebnis ohne Bedeutung wäre.

Beide Ansichten verkennen jedoch, dass in der Änderung von einer „schwerwiegenden“ zu einer „nicht unerheblichen“ Beeinträchtigung der eindeutige gesetzgeberische Wille nach außen tritt, die Strafbarkeitsschwelle herabzusetzen. Dieser wird zudem in den Gesetzesmaterialien durch Konkretisierungen der nicht unerheblichen Beeinträchtigung untermauert.⁶²

„Nicht unerheblich“ definiere eine Bagatellgrenze, die lediglich solche Verhaltensänderungen aus dem Anwendungsbereich herausnimmt, die „das Opfer noch unter besonnener Selbstbehauptung hinzunehmen hat“⁶³. Im Vergleich zu den ernst zu nehmenden, gravierenden Beeinträchtigungen stellt dies ein offenkundiges Weniger dar.

Richtig ist zwar, dass die Aufgabe der Abgrenzung sozialadäquater Verhaltensweisen durch den nach wie vor wertungsoffenen Begriff in Form einer Gesamtwürdigung bei den Gerichten verbleibt.⁶⁴ Doch bei dieser ist der manifestierte Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, sodass konkret auch bis dato nicht erfasste Fälle in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Dies soll im Folgenden anhand einer systematischen Auslegung des Tatbestandsmerkmals genauer aufgezeigt werden.

b) Auslegung des Merkmals „nicht unerheblich“

Gemäß den Gesetzesmaterialien zur Neufassung des § 238 StGB könne zur Auslegung der Nicht-Unerheblichkeitsschwelle unter anderem an jene des § 223 StGB angeknüpft werden.⁶⁵

Die Bagatellgrenzen der Körperverletzung⁶⁶ und Sachbeschädigung⁶⁷ weisen jeweils über 150 Jahre Rechtssprechungshistorie auf, die eine hilfreiche Orientierung bei der Auslegung bieten und so zur Rechtssicherheit des Tatbestandes beitragen könnten.

Einer entsprechenden Übertragung der Grundsätze steht jedoch entgegen, dass § 223 StGB wie auch § 303 StGB vor Substanzverletzungen schützt, welche naturgemäß der eindeutigen Feststellung zugänglich sind, wohingegen sich die stalkingtypischen Beeinträchtigungen des seelischen Wohlbefindens und der allgemeinen Lebensqualität regelmäßig als schwieriger greifbar erweisen.⁶⁸

Allerdings könnte auf die für Sachbeschädigungen unterhalb der Substanzverletzungsgrenze entwickelte und analog auf die Körperverletzung übertragene⁶⁹ Formel zurückgegriffen werden, nach der eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung in der Regel anzunehmen ist, wenn ihre „Beseitigung überhaupt nicht mehr möglich ist oder einen nicht geringfügigen Aufwand an Zeit, Mühe oder Kosten verlangt“⁷⁰.

Bei äquivalenter Übertragung auf den Stalking-Tatbestand erweist sich dieser Grundsatz als hilfreiche Konkretisierung der „unter besonnener Selbstbehauptung hinnehmbaren“ Beeinträchtigungen. So entspricht das oben beispielhaft genannte zweiwöchige Beziehen einer Ferienwohnung einem ebensolchen nicht geringfügigen Aufwand

⁶⁰ *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 30.

⁶¹ *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120).

⁶² Vgl. BT-Drs. 19/31111, S. 6; im Übrigen wesentlich ausführlicher als noch der Gesetzentwurf von 2017 (BT-Drs. 18/9946), mit dem bekanntlich ebenfalls eine Änderung auf Taterfolgsseite vorgenommen wurde.

⁶³ BT-Drs. 19/31111, S. 5.

⁶⁴ Insofern zustimmungswürdig *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (147).

⁶⁵ BT-Drs. 19/31111, S. 5.

⁶⁶ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 223 Rn. 34.

⁶⁷ *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 303 Rn. 1.

⁶⁸ Vgl. dazu *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 4 mit Verweis auf *Meyer*, ZStW 2003, 249 (261).

⁶⁹ So etwa *Wolter*, in: SK-StGB, § 223 Rn. 7; *Paeffgen/Böse*, in: NK-StGB, Band 2, 5. Aufl. (2017), § 223 Rn. 9.

⁷⁰ *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 31.7.1975 – 3 Ss 81/75.

und wäre folglich unter § 238 Abs. 1 StGB n.F. subsumierbar.⁷¹ Auch die in der Gesetzesbegründung genannten Beispiele eines Vereinsaustritts, dem Wechsel der Telefonnummer sowie Reputationsschäden im Arbeitsumfeld⁷² lassen sich auf diesem Wege schlüssig in den Anwendungsbereich einordnen.

Demgegenüber dürften das Verschließen von Hoftor und Haustür sowie das Lüften des Hauses nur noch mit gekipptem Fenster nach wie vor keine tatbestandlich erfassen, da wohl noch einem geringfügigen Aufwand entsprechenden, Verhaltensänderungen darstellen.⁷³

Der Tatbestand erstreckt sich somit nunmehr auch auf eine Vielzahl sozialadäquater Verhaltensänderungen. Da Opfer mit dem Wegfall des Antragserfordernisses in Abs. 4 nicht einmal mehr selbst entscheiden können, ob ein strafrechtliches Verfahren in Gang gesetzt werden soll, entfällt ein Korrektiv für diese massive Ausweitung nunmehr umfasster Fälle.⁷⁴

c) Die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle im Lichte der Gesetzeshistorie

Die einzig verbleibende Voraussetzung der Lebensbeeinträchtigungen besteht folglich darin, sich jenseits der Bagatellgrenze zu befinden. Bagatellgrenzen im Strafrecht stellen die Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen sicher, da ein strafrechtlicher Schuldspruch bei bloßen Bagatellverletzungen von Rechtsgütern nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren ist.⁷⁵ Die Herausnahme bagatellarischer Verhaltensänderungen stellt somit per se die verfassungsrechtliche Untergrenze strafrechtlich erfassbarer Handlungen dar.⁷⁶ Mit Blick auf die Gesetzeshistorie ist diese äußerste Ausreizung des verfassungsrechtlichen Rahmens in zweierlei Hinsicht zu beanstanden:

Erstens kam der Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung stets die Funktion zu, strafwürdige von nicht strafwürdigen Fällen abzugrenzen, sodass das Merkmal restriktiv auszulegen war.⁷⁷ Eine Ausweitung des tatbestandlichen Anwendungsbereichs läuft dem zuwider. Wie bereits aufgezeigt, bieten die Merkmale „unbefugt“ und insbesondere „wiederholt“ auf Tathandlungsseite hinreichend Gelegenheit, jene Abgrenzung vorzunehmen. Auf Taterfolgssseite fehlt es hingegen an einer solchen Möglichkeit. Dabei verkörpert der Taterfolg des § 238 StGB gerade das spezifische Unrecht des Stalkings in Form der Einwirkung auf das Opfer. Statt der Reduktion auf eine Bagatellgrenze, die lediglich den strafrechtlichen Schuldspruch überhaupt erst verfassungsrechtlich zu legitimieren vermag, bedarf es hier eines trennscharfen Begriffs, der durch eine präzise Abbildung des Unrechts eine angemessene Beurteilung der Strafwürdigkeit ermöglicht.

Zweitens ist der Taterfolg des Stalkingtatbestandes bereits mit der Umwandlung in ein Eignungsdelikt im Jahre 2017 entgrenzt worden. Denn hervorzuheben ist, dass es zu den genannten Beispielen für Verhaltensänderungen nicht tatsächlich kommen muss, sondern Nachstellungshandlungen seit der Gesetzesreform einzig die dahingehende Eignung aufzuweisen haben.⁷⁸ Die damit erfolgte tatbestandliche Öffnung für die Erfassung einer Vielzahl von Verhaltensänderungen ging weit über den gebotenen Rahmen hinaus:

⁷¹ Weitere Beispiele neuerdings erfasster Beeinträchtigungen nennt *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148) sowie *Rengier*, Strafrecht BT II, 23. Aufl. (2022), § 26a Rn. 18 ff.

⁷² BT-Drs. 19/31111, S. 6, auch mit weiteren Ausführungen zu Beeinträchtigungen in der beruflichen Sphäre.

⁷³ OLG Rostock, Beschl. v. 27.5.2009 – 1 Ss 96/09 I 40/09; auf dieses Beispiel weist auch *Kretschmer*, JA 2022, 41 (45) hin.

⁷⁴ So ermittelt die StA fortan auch bei einer Anzeige durch Dritte, *Cirullies/Cirullies*, FamRZ 2021 1785, 1787 f.; vgl. auch schon die das Antragserfordernis befürwortenden *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1035) sowie *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1241).

⁷⁵ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 223 Rn. 32, 34; s. auch *Meier*, ZStW 2017, 433 (433 ff.).

⁷⁶ Vgl. dazu die Ausführungen seitens *Harrendorf*, NK 2018, 250 (254 f.).

⁷⁷ *Gericke*, in: MüKo-StGB, § 238 Rn. 50.

⁷⁸ Insofern appellierend auch *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120).

So wollte der Gesetzgeber mit der Umgestaltung des § 238 StGB in ein Eignungsdelikt insbesondere solche Fälle erfasst wissen, die trotz erheblicher körperlicher oder psychischer Auswirkungen der Nachstellung bislang mangels tatsächlicher Verhaltensänderung aus dem tatbestandlichen Anwendungsbereich ausschieden.⁷⁹

Dass diese nicht bestraft wurden, ging jedoch weniger auf die Ausgestaltung des Tatbestandes als vielmehr auf die restriktive Auslegungslinie des *BGH* zurück.⁸⁰ So zeigt das *LG Heidelberg* in einer Entscheidung im Jahre 2008,⁸¹ dass auch Fälle, in denen das Opfer schwere psychische Beeinträchtigungen erleidet, von Verhaltensänderungen jedoch absieht, mittels extensiver Auslegung der schwerwiegenden Beeinträchtigung in den Anwendungsbereich mitaufgenommen werden können.⁸²

Statt der Rechtsprechung jedoch ein weites bzw. adäquates Verständnis der „Lebensgestaltung“ durch eine dahingehende Anpassung des Begriffs nahezulegen, entschied man sich für die Umwandlung in ein Eignungsdelikt. Die damit einhergehende Pönalisierung von Verhaltensweisen, die weit über den Rahmen des zu erfassen Beabsichtigten hinausgehen, widerspricht dem ultima ratio Grundsatz.⁸³ Denn die einfache Ergänzung des Tatbestandsmerkmals um die Beeinträchtigung von Psyche oder Gesundheit wäre hier das mildere und damit vorzugswürdige Mittel gewesen.⁸⁴

Auch 2017 lieferten geringe Verurteilungszahlen den ausschlaggebenden Grund für die damalige Reform,⁸⁵ während mit der aktuellen Neufassung laut Christine Lambrecht ebenso das Ziel verfolgt werden soll, dass „mehr Stalkingfälle vor Gericht kommen.“⁸⁶ Genau wie damals, wird außerdem auf die „traumatischen Folgen“⁸⁷ für Opfer verwiesen. Doch beabsichtigt man, ebendiese schweren Fälle von Stalking zu erfassen, bedarf es keiner erneuten Ausweitung des Taterfolges, sondern vielmehr einer präziseren Formulierung.⁸⁸

Die Parallelen zeigen, dass das Gesetz zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen die 2017 angestoßene Entwicklung somit in bedenklicher Weise fortführen. Statt eines bloßen Symbolaktes stellt die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle somit vielmehr eine problematische Ausweitung dar. Betrachtet man die Ersetzung des Tatbestandsmerkmals vor diesem Hintergrund, so kann eine gefährliche Entwicklung „ultimativer Ausdehnung“⁸⁹ im Strafrecht beobachtet werden. Das am Beispiel der Geldwäschebekämpfung formulierte und „auf viele Dunkelfeld-Tatbestände übertragbare [...] Fischer-Paradoxon“⁹⁰ findet insofern auch hier mustergültig Relevanz:

„Stets fehlt zum Erfolg angeblich noch eine letzte Ausweitung des Tatbestandes. In paradoxer Logik speist sich die Legitimität [der strafrechtlichen Bekämpfung] so aus [ihrer] Erfolglosigkeit.“⁹¹

⁷⁹ Vgl. etwa *OLG Rostock*, Beschl. v. 27.5.2009 – 1 Ss 96-09 I 40/09.

⁸⁰ Vgl. etwa *BGH*, NSStZ-RR 2013, 145 (145 ff.) sowie *BGH*, NSStZ 2014, 571 (572); zur Entwicklung der Rechtsprechung s. *Buß*, JR 2016, 356 (357).

⁸¹ *LG Heidelberg*, Urt. v. 6.5.2008 – 2 KLS 22 Js 6935/07, Rn. 39, 68 f.

⁸² *Steinberg*, JZ 2017, 676 (678 f.).

⁸³ So auch *Köhne*, ZRP 2014, 141 (142); ähnlich auch schon *Gazeas*, KJ 2006, S. 247 (253) mit Verweis auf das Übermaßverbot.

⁸⁴ Vgl. *Steinberg*, JZ 2017, 676 (678 f.); s. auch *Buß*, JR 2016, 356 (358 f.), der insofern eine Änderung der „Lebensgestaltung“ in den neutraleren Begriff der „Lebensumstände“ vorschlägt; näher zur psychischen Integrität bei Stalking *Nisco*, ZIS 2021, 1 (6 f.); a.A. etwa *Kuhlen*, ZIS 2018, 89 (94 ff.).

⁸⁵ S. BT-Drs. 18/9946, S. 10.

⁸⁶ *Lambrecht*, Zitat vom 3.2.2021, Bundesministerium der Justiz, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Archiv/DE/Zitate/2021/0203_Zitat_Lambrecht_Stalking.html (zuletzt abgerufen am: 14.11.2022); auf diese Aussage auch Bezug nehmend *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (119).

⁸⁷ So *Lambrecht*, Zitat vom 3.2.2021, Bundesministerium der Justiz.

⁸⁸ So auch *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (119).

⁸⁹ Vgl. den gleichnamigen Beitrag von *Fischer*, NJW-Editorial 37/2020.

⁹⁰ *Jahn*, SpuRt 2015, 149 (152).

⁹¹ *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), § 261 Rn. 4d; vgl. *Nowak*, JuS 2018, 1180 (1181 f.).

3. Gesamtwürdigung der Ersetzung der Tatbestandsmerkmale

Allgemein lässt sich im modernen Strafrecht eine vermehrte Schaffung von Vorfelddelikten⁹² sowie eine zunehmende Pönalisierung von – prima facie – sozialadäquaten Verhaltensweisen verzeichnen, die mit einer Hinwendung zu subjektiven Merkmalen und unscharfen Rechtsbegriffen einhergeht.⁹³ Insofern reihte sich der Nachstellungstatbestand bereits mit seiner Reform zum Eignungsdelikt nahtlos in diese Tendenzen des modernen Strafrechts ein. Wenn an zukünftiges anstelle von verwirklichtem Unrecht angeknüpft wird, ist eine tatbestandliche Restriktion essenziell, um nicht die freiheitsschützende Funktion des Strafrechts zu untergraben.⁹⁴

Vor diesem Hintergrund aktueller Entwicklungsstränge sind die Änderungen der Tatbestandsmerkmale insgesamt differenziert zu bewerten.

Während der Taterfolg mit der Herabsetzung auf das absolute verfassungsrechtliche Minimum wichtige unrechtsspezifische Konturen vermissen lässt und insofern eine gefährliche Entwicklungslinie ultimativer Ausweitung fortführt, wird auf der Seite der Tathandlung mustergültig vorgeführt, wie der angesprochenen Entwicklung entgegengetreten werden kann.

Denn mit der Ersetzung des Merkmals „beharrlich“ ist ein unscharfer Rechtsbegriff um verzichtbare Elemente erleichtert worden, die sich weder mit dem Normzweck noch mit einem Tatstrafrecht insgesamt in Einklang bringen ließen und Normanwender vor erhebliche Subsumtionsschwierigkeiten stellten. Gleichzeitig verbleibt Letzteren durch eine einzelfallbezogene Auslegung der Wiederholung genügend Spielraum, um dem facettenreichen Stalking angemessen zu begegnen sowie sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen.

III. Ergänzung cyberspezifischer Nachstellungshandlungen

Obleich im Evaluierungsbericht des Justizministeriums in Bezug auf die Bekämpfung von Stalking im Internet lediglich von Defiziten hinsichtlich der Expertise der Behörden, nicht jedoch von legislativem Bedarf die Rede ist,⁹⁵ ist die „bessere Erfassung des Cyberstalkings“ titelgebend für die vorliegende Gesetzesänderung.

So ergänzt das Gesetz den Katalog des Abs. 1 um drei weitere Tatvarianten. Dabei hat der Gesetzgeber bewusst von der Schaffung eines eigenen Cyberstalking-Straftatbestandes abgesehen, da die Cyberstalking-Handlungen neben die klassischen Nachstellungsmethoden treten, und nicht anstelle dieser von Tätern vorgenommen würden.⁹⁶

1. Begehung einer Tat nach §§ 202a bis 202c StGB

Als erste dieser Tatvarianten hält die Begehung einer Tat nach §§ 202a bis 202c StGB zulasten des Opfers selbst, Angehöriger oder nahestehender Personen mit § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB Einzug in den Nachstellungstatbestand. Unter das von §§ 202a ff. StGB umfasste Ausspähen bzw. Abfangen von Daten oder diesbezügliche Vorbereitungshandlungen sollen sich insbesondere solche Fälle subsumieren lassen, in denen sich der Täter unbefugten Zugang zu Email- oder Social-Media-Konten des Opfers verschafft, zum Beispiel durch Hacking oder durch sogenannte Stalkingware.⁹⁷

Mit der Aufnahme in den Handlungskatalog des Nachstellungstatbestandes werde zudem eine Anwendung von

⁹² Kühl, ZIS 2016, 450 (450); zur Kritik dieser Entwicklung vgl. etwa Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 380 ff.

⁹³ Vgl. Petzschke, ZStW 2019, 576 (580 f.).

⁹⁴ Petzschke, ZStW 2019, 576 (585 f., 594).

⁹⁵ BT-Drs. 19/26515, S. 24; Gercke, ZUM 2021, 921 (924).

⁹⁶ BT-Drs. 19/28679, S. 9.

⁹⁷ BT-Drs. 19/28679, S.12.

dessen straf erhöhenden Absätzen 2 und 3 unter den dort normierten Voraussetzungen ermöglicht.⁹⁸

a) Die Aufnahme von §§ 202b und 202c StGB

Im Regierungsentwurf des Gesetzes vom April 2021 war lediglich § 202a StGB, nicht jedoch §§ 202b und 202c StGB aufgeführt worden. Dies stieß unter anderem auf Kritik beim Bundesrat,⁹⁹ der das Abfangen von Daten nach § 202b StGB mit dem Ausspähen nach § 202a StGB gleichgestellt haben wollte. In der Folge ergänzte der Rechtsausschuss die Tatmodalität um die beiden Paragraphen.

Andere Stimmen im Schrifttum halten eine Einbeziehung dieser hingegen nicht für geboten.¹⁰⁰ Während § 202b StGB aufgrund des technischen Fortschritts in der Praxis keine bedeutende Rolle spiele, beträfen die in § 202c StGB normierten Vorbereitungshandlungen noch nicht die Privatsphäre des Opfers.¹⁰¹

Ersterem ist entgegenzuhalten, dass der Eingriff in die Privatsphäre des Opfers durch das Abfangen von Daten ebenso schwer wiegt wie jener durch das Ausspähen selbiger.¹⁰² Der Umstand, dass es praktisch seltener zu diesen Fällen kommt, vermag deren Unrechtsgehalt nicht zu beeinflussen. Demnach ist die Einbeziehung von § 202b StGB folgerichtig.

Die Aufnahme des § 202c StGB in den Katalog der Tathandlungen ist mit dieser Argumentation hingegen konsequenterweise abzulehnen, da der Eingriff in die Privatsphäre durch bloße Vorbereitungshandlungen noch nicht gegeben, das Schutzgut des § 238 StGB demzufolge nicht betroffen ist.¹⁰³ Überdies führt die Vorfeldstrafbarkeit des § 202c StGB als abstraktes Gefährungsdelikt in Kombination mit der allgemeinen Ausgestaltung des Nachstellungstatbestandes als potenzielles Gefährungsdelikt zu einer ausufernden Tatbestandsweite.

b) Allgemeines Regelungsbedürfnis des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Dessen ungeachtet stellt sich die grundlegende Frage, ob für die in § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB aufgenommenen Tathandlungen im Allgemeinen ein Regelungsbedürfnis besteht, da diese bereits mit Strafe bedroht sind.¹⁰⁴

So weist § 238 StGB im Grunddelikt gar denselben Strafraum von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe wie §§ 202a ff. StGB auf. Zudem erweisen sich die Tatbestände bei genauerer Betrachtung nicht als passend zur Eingliederung in den Nachstellungstatbestand.

Gercke weist insofern darauf hin, dass § 238 StGB eine wiederholte Begehung voraussetzt, wohingegen es stalkenden Tätern in der Realität wohl regelmäßig auf eine bloß einmalige (und damit endgültige) Beschaffung des Opfer-Accounts ankommen werde.¹⁰⁵ Dem ist jedoch bereits dadurch Rechnung getragen, dass es keiner Wiederholung derselben Handlungsweise bedarf, sondern der Täter sich verschiedenen Erscheinungsformen der Nachstellung bedienen kann, um das Merkmal „wiederholt“ zu erfüllen.¹⁰⁶

Gleichwohl lässt sich an diesem Punkt mustergültig aufzeigen, dass die neu geschaffene Tatmodalität das stalkingspezifische Unrecht nicht passend abbildet. Beschafft sich ein Täter die Accountzugangsdaten seines Opfers,

⁹⁸ BT-Drs. 19/28679, S. 12.

⁹⁹ BT-Drs., 19/29639, S. 2.; ebenfalls für eine Ergänzung plädiert der Deutsche Juristinnenbund e.V., Stellungnahme Nr.11/2021 vom 19.5.2021, S. 2, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301_Stellungnahme_djb_Cyberstalking.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

¹⁰⁰ *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (Fn. 13); *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148); s. auch *Kretschmer*, JA 2022, 41 (42 f.).

¹⁰¹ Vgl. *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

¹⁰² Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/29639, S. 2.

¹⁰³ *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

¹⁰⁴ Insofern krit. DAV, Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 7.

¹⁰⁵ *Gercke*, ZUM 2021, 921 (924 f.).

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/28679, S. 12; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 54. Edition (1.8.2022), § 238 Rn. 13; *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148); s. auch (zu § 238 a.F.); BGHSt 54, 189 (196).

verletzt er damit dessen formalen Geheimbereich, nicht jedoch dessen tatsächliche Freiheitssphäre, die § 238 StGB zum Schutzgut hat.¹⁰⁷ In diese greift der Täter erst ein, wenn beim Opfer ein Einschüchterungseffekt etwa dergestalt eintritt, dass es sich keiner vertraulichen Kommunikation mehr gewiss sein kann, oder aber wenn er Inhalte von dem übernommenen Account aus veröffentlichen würde.

Letzterer Fall bildet mit § 238 Abs. 1 Nr. 7 StGB seinerseits eine eigene Tatmodalität, dessen Stufe der Rechtsgutsbeeinträchtigung die bloße Datenbeschaffung nach §§ 202a ff. StGB keineswegs erreicht. Insofern kann die Begehung von §§ 202a ff. StGB im Hinblick auf § 238 StGB allenfalls eine straflose Vorbereitungshandlung darstellen.¹⁰⁸ Eine Gleichsetzung mit den anderen Tatvarianten überzeugt dogmatisch nicht.

Wäre § 238 als Erfolgsdelikt ausgestaltet, ergäbe sich die Problematik indessen nicht: Sobald das Ausspähen oder Abfangen der Daten beim Opfer zur Einschüchterung führen würde, wäre § 238 StGB erfüllt. Der Taterfolg verschüfe der Nachstellungshandlung den unrechtsspezifischen Charakter als ebensolche. Auch das vom Gesetzgeber angestrebte Spezialitätsverhältnis des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu § 202a StGB¹⁰⁹ wäre vor diesem Hintergrund vertretbar, da durch den Eintritt eines Taterfolgs das gesteigerte Unrecht zum Ausdruck kommt.

Die Deliktsnatur als Eignungsdelikt versperrt somit die Möglichkeit, cyberspezifische Nachstellungshandlungen in den Tatbestand dogmatisch sinnvoll aufzunehmen. Es zeigt sich abermals, dass die legislative Fehlentwicklung bereits mit der Reform im Jahre 2017 eingeleitet wurde.

2. Verbreitung von Abbildungen

Mit der Verbreitung oder dem Öffentlich-Zugänglichmachen von Abbildungen des Opfers oder einer ihm angehörigen oder nahestehenden Person in Abs. 1 Nr. 6 tritt eine weitere cyberspezifische Stalking-Handlung zu den Katalogtaten hinzu.

Die größte Praxisrelevanz entfaltet diese Tatvariante wohl für das immer häufiger auftretende Kriminalphänomen des sogenannten „Revenge Porn“, bei dem intime Aufnahmen aus einer früheren Beziehung im Nachhinein aus Rache veröffentlicht werden.¹¹⁰

Da die enorm einschüchternde Wirkung einer unkontrollierten Verbreitung jeglicher Abbildungen des Opfers schlechthin innewohnt, sind von dieser Tatmodalität auch an sich neutrale, und nicht ausschließlich intime oder höchstpersönliche Aufnahmen umfasst.¹¹¹ Im Hinblick auf ebendieses Normtelos kann auch die äußere Form der Abbildung keine Rolle spielen, sodass neben physischen oder digitalen¹¹² Bildaufnahmen auch Zeichnungen unter den Begriff der Abbildungen fallen.¹¹³

Die Handlungsvariante weist mitunter Bezüge zum Urheber- und Persönlichkeitsrecht auf, sodass es in der Folge zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen könnte,¹¹⁴ die durch die allgemein voraussetzungsärmere Neufassung des Gesetzes zusätzlich verstärkt werden. Der DAV¹¹⁵ spricht der Tathandlung mit Verweis auf § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB insoweit gar ihr Regelungsbedürfnis ab.

¹⁰⁷ Kretschmer, JA 2022, 41 (43).

¹⁰⁸ So auch Gerhold, ZRP 2021, 118 (Fn. 13).

¹⁰⁹ BT-Drs. 19/28679, S. 12.

¹¹⁰ Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23; BT-Drs. 19/28679, S. 12; allgemein zu „revenge porn“ und dessen Strafbarkeit vgl. etwa Doerbeck, Cybermobbing, Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse, 2019, S. 134, 174 f.

¹¹¹ BT-Drs. 19/28679, S. 12; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23.

¹¹² Zwar nimmt der Referentenentwurf auf § 11 Abs. 3 StGB und damit eigentlich nur auf „gegenständliche“ Aufnahmen Bezug; dem Normzweck nach müssen jedoch auch digitale Aufnahmen vom Tatbestand erfasst sein, Valerius, in: BeckOK-StGB, Rn. 9.

¹¹³ BT-Drs. 19/28679, S. 12, Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23.

¹¹⁴ Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23.

¹¹⁵ DAV, Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 7.

Die im Falle von Rachepornos einschlägigen § 201a Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 StGB werden in der Literatur jedoch überwiegend restriktiv ausgelegt, sodass es neben eines schwierig nachweisbaren Wissenslements zusätzlich des Ausdrucks des entgegenstehenden Willens durch das Opfer bedarf.¹¹⁶ Es kommt daher regelmäßig zur Strafflosigkeit.¹¹⁷

Bei dem weiterhin einschlägigen § 33 Abs. 1 i.V.m. §§ 22 f. KunstUrhG handelt es sich wiederum um ein absolutes Antragsdelikt, wodurch die effektive Strafverfolgung in vielen Fällen ebenfalls erheblich erschwert ist.¹¹⁸

Diese Schutzlücke wird mit § 238 Abs. 1 Nr. 6 StGB geschlossen, was aufgrund der offenkundigen Betroffenheit des von § 238 StGB zu schützenden Rechtsguts überzeugend ist. Verbleibende erforderliche Abgrenzungen lassen sich hingegen über das Merkmal „unbefugt“ vornehmen.¹¹⁹

3. Verbreitung herabwürdigender Inhalte

Den Abschluss der neuen Nachstellungshandlungen bildet die Verbreitung oder öffentliche Zugänglichmachung eines Inhalts, der dazu geeignet ist, das Opfer verächtlich zu machen oder es in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. In dieser Hinsicht der Tatvariante nach Nr. 3 verwandt, muss der Täter dabei die Urheberschaft der Person vortäuschen, indem er beispielsweise ein Social-Media-Konto unter dem Namen des Opfers anlegt.¹²⁰

Über diesen könnte der Täter dann angebliche sexuelle oder kriminelle Fantasien des Opfers kundtun, um den Tatbestand des § 238 Abs. 1 Nr. 7 StGB zu erfüllen.¹²¹ Allgemein sind jegliche Behauptungen ehrenrühriger Tatsachen, nach herrschender Meinung unabhängig von dem tatsächlichen Eintritt einer Ehrverletzung¹²², umfasst.¹²³ Da der Gesetzgeber mit der Eignung, „das Opfer verächtlich zu machen oder es in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen“ auf einen bereits in § 186 StGB etablierten Rechtsterminus zurückgreift, sei im Übrigen auf die in diesem Rahmen von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Ausführungen verwiesen.¹²⁴ Insofern führt die Aufnahme dieser Eignungsvoraussetzung auch nicht zu weiteren Bestimmtheitsbedenken gegen den Stalking-Tatbestand.

Im Gegensatz zu den anderen beiden hinzugetretenen Tatmodalitäten ist das Verhalten des Abs. 1 Nr. 7 bislang nicht im Strafgesetzbuch geregelt. Da das Schutzgut des Nachstellungsparagrafen hier, wie bereits aufgezeigt, unverkennbar betroffen ist, ist die Aufnahme dieser Handlungsvariante zu begrüßen.

4. Die Erfassung vergleichbarer Handlungen – § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB

Keine Änderung erfährt die seit jeher umstrittene Generalklausel in § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB. Bemerkenswert ist, dass eine Streichung des Auffangtatbestandes, wie sie bei der letztmaligen Herabsenkung der Strafbarkeitsschwelle 2017 noch diskutiert wurde,¹²⁵ im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2021 keine Rolle mehr spielte.

¹¹⁶ Kargl, in: NK-StGB, § 201a Rn. 19; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 201a Rn. 8; Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen, 2007, S. 195 f.; a.A. etwa Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 17.

¹¹⁷ Daher gegen eine restriktive Auslegung Bosch, JZ 2005, 377 (382).

¹¹⁸ Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502 (Fn. 50).

¹¹⁹ So auch DRB, Stellungnahme Nr. 7/21 im März 2021, S. 3; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 StGB Rn. 23.

¹²⁰ Rengier, BT II, § 26a Rn. 13; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149).

¹²¹ BT-Drs. 19/28679, S. 12.

¹²² Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186, Rn. 4; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 15; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 186 Rn. 5; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 5; a.A. Zaczyk, in: NK-StGB, § 186 Rn. 6.

¹²³ Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 5.

¹²⁴ S. dazu u.a. Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 14 f.; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 4 f.; Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, 9. Aufl. (2022), § 186 Rn. 1 ff.

¹²⁵ Vgl. etwa BR-Drs. 193/1/14, S. 20.

a) Legitimation der Generalklausel

Der Zweck der Einführung eines Auffangtatbestandes lag laut Gesetzesmaterialien von 2007 darin, „künftige technische Entwicklungen [...] und neu auftretende Verhaltensweisen“¹²⁶ erfassen zu können. Auch befürwortende Stimmen in der Literatur stützten sich allein auf die Befürchtung, dass ohne einen Auffangtatbestand ständig Änderungsgesetze zur Anpassung an den technischen Fortschritt erlassen werden müssten.¹²⁷

Mit der expliziten Aufnahme von cyberspezifischen Handlungsformen in Nr. 5 bis 7 hat sich der Gesetzgeber jedoch genau dazu entschieden; der Zweck der Auffangklausel ist somit weggefallen oder zumindest unterlaufen.¹²⁸

Hinzutritt, dass seit jeher ernsthafte Zweifel an der praktischen Relevanz der Generalklausel geäußert werden, da die Nr. 1 bis 4 die häufigsten Stalkinghandlungen bereits erfassen würden und eine angemessen flexible Normanwendung durch offene Tatbestandsmerkmale wie „sonstige Mittel der Kommunikation“ ohnehin gewährleistet sei.¹²⁹ Die Zweifel stellten sich als berechtigt heraus: in den gerichtlichen Entscheidungen zu Stalkingvorwürfen der letzten Jahre fand der Auffangtatbestand nahezu keine Anwendung.¹³⁰

b) Die Beibehaltung unter Bestimmtheitsabwägungen

Die wenigen Fälle, in denen § 238 StGB bei Verzicht auf einen Auffangtatbestand theoretisch nicht greifen würde, stehen dabei in keinem Verhältnis zu den erheblichen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Generalklausel mit Art. 103 Abs. 2 GG.

Zu berücksichtigen ist, dass sich die Formulierung eines Nachstellungsstraftatbestandes stets in einem Spannungsfeld zwischen dem Facettenreichtum von Stalking auf der einen, und dem Gebot einer präzisen, rechtssicheren und hinreichend bestimmten Ausgestaltung auf der anderen Seite bewegt. Wie aufgezeigt, wird dieser Spagat im Rahmen der einzelfallbezogenen Auslegung des Merkmals „wiederholt“ mustergültig gemeistert.

Demgegenüber mangelt es im Rahmen der Generalklausel hingegen an klaren Orientierungslinien, anhand derer die Vergleichbarkeit der Handlung beurteilt werden kann. Denn die Tatbestandsalternativen des Abs. 1 sind in Sachen Begehungsweise und Unrechtsgehalt derart unterschiedlich, dass sich daraus keinerlei verallgemeinerbare Schlüsse für die Subsumtion vergleichbarer Handlungen ziehen lassen.¹³¹ Der unbestimmte Rechtsbegriff der „vergleichbaren Handlung“ lässt sich nicht hinreichend konkretisieren, die Anforderungen an die Tatmodalität bleiben folglich im Unklaren, weshalb nach hier vertretener Auffassung ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG vorliegt.¹³²

Diesem Umstand Rechnung tragend, ist die „andere“ vergleichbare Handlung daher restriktiv bzw. wörtlich auszulegen, sodass Handlungen, die (knapp) unterhalb des Schweregrades der Nr. 1 bis 7 liegen, nicht erfasst sein können.¹³³

¹²⁶ BT-Drs. 16/3641, S. 14.

¹²⁷ Buß, Stalkingstraftatbestand, S. 240 f. m.w.N.

¹²⁸ Ähnlich Kretschmer, JA 2022, S. 41 (44).

¹²⁹ Buß, Stalkingstraftatbestand, S. 241; Wolter, in: SK-StGB, § 238 Rn. 18; Mitsch, NJW 2007, 1237 (1239).

¹³⁰ Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 26; Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, S. 95; auch bereits Schöch, NSTZ 2013, 221 (222).

¹³¹ Vander, KritV 2006, S. 81 (89); Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 6, Buß, Stalkingstraftatbestand, S. 243, der die Generalklausel insoweit klar von denjenigen in §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB differenziert; so auch Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 5.

¹³² Im Ergebnis so auch Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 26; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, Teil 1, 4. Aufl. (2021), § 9 Rn. 105, 110; Gazeas, JR 2007, 497 (501); zweifelnd wohl auch schon BGHSt 54, 189 (194); a.A. Gericke, in: MüKo-StGB, § 238 Rn. 36ff.; Kuhlen, ZIS 2018, 89 (91 f.); Kubiciel/Borutta, KriPoZ 2016, 194 (196 f.); Mosbacher, NSTZ 2007, 665 (668).

¹³³ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 5; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 9 Rn. 105, mit Verweis auf das Analogieverbot; Gazeas, JR 2007, 497 (502). Das Belästigen durch ständiges Anrufen und Auflegen, das mangels Versuches, Kontakt zum Opfer herzustellen, nicht von Abs. 1 Nr. 2 erfasst ist, fällt somit nicht in den Anwendungsbereich der Norm; a.A. Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149).

5. Gesamtwürdigung des neuen Handlungskatalogs

Der modifizierte und damit nun üppig bestückte Handlungskatalog des Abs. 1 zeigt, dass Stalking nach wie vor ein schwer fassbares Kriminalphänomen ist, das in seiner rechtlichen Würdigung Bezüge zu vielen verschiedenen Bereichen wie etwa dem Persönlichkeits- und Urheberrecht aufweist.

Dennoch und gerade deshalb ist es dem Gesetzgeber auferlegt, befürchtete Schutzlücken nicht um jeden Preis zu schließen.¹³⁴ So kann die Einführung von § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht überzeugen. Indem man sich mit der Aufnahme von drei weiteren Tatmodalitäten in die Neufassung des Gesetzes für eine kasuistische Erfassung der Stalking-Verhaltensmuster entschied, hätte zudem konsequenterweise die ohnehin verfassungsrechtlich bedenkliche Generalklausel aufgegeben werden müssen.

IV. Umwandlung der Qualifikation in Regelbeispiele

Stellte § 238 Abs. 2 StGB a.F. mit der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung noch einen Qualifikationstatbestand dar, so handelt es sich seit der Neufassung nunmehr um ein Regelbeispiel für das Vorliegen besonders schwerer Fälle.

Im Rahmen dessen bildet der Passus aus § 238 Abs. 2 StGB a.F. den jetzigen § 238 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB, zu dem mit Nr. 1 sowie Nr. 3 bis 7 sechs weitere Beispiele besonders schwere Fälle treten. Der im Verhältnis zum Grundtatbestand erhöhte Strafraum von drei Monaten bis fünf Jahren bleibt dabei gleich.

Mit der Umwandlung der Qualifikation in eine Strafzumessungsregel soll eine flexiblere Normanwendung gewährleistet werden, im Rahmen derer sich die erhöhte Strafandrohung auch auf andere, dem § 238 Abs. 2 StGB a.F. vergleichbare Fälle erstrecken lässt.¹³⁵

1. Regelbeispielstechnik und Bestimmtheitsbedenken

Das Bestreben um einzelfallbezogene Flexibilität durch Regelbeispielstechnik ist dem StGB nicht neu.¹³⁶ Mit der Änderung des § 243 StGB in Regelbeispiele konnte den unbefriedigenden Ergebnissen der zu starr empfundenen alten Fassung so etwa tatsächlich Rechnung getragen werden.¹³⁷

Auch die Qualifikationstatbestände des § 238 StGB Abs. 2 und Abs. 3 a.F. wurden als zu eng empfunden, da sie in der Rechtspraxis höchstens vereinzelt Anwendung fanden.¹³⁸ Regelbeispiele bieten sowohl die Möglichkeit, einen besonders schweren Fall in nicht vom Gesetz benannten Fällen anzunehmen, als auch in umgekehrter Richtung trotz Vorliegens der Voraussetzungen aufgrund mildernder Umstände von einer Strafschärfung abzusehen, und geben dem Normanwender so ein Instrument zur einzelfallbezogenen Abwägung an die Hand.¹³⁹

Betrachtet man die mannigfaltigen Ausprägungen von Stalking, scheint sich dieses Vorgehen prima facie somit bestens für den Nachstellungsparagrafen zu eignen.

Allerdings wird mit dem Zurückgreifen auf die Regelbeispielstechnik die Strafnorm abermals für Wertungen geöffnet, was der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit des Tatbestandes zuwiderlaufen könnte.¹⁴⁰ Wie ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt, waren dem Gesetzgeber diese Bestimmtheitsbedenken bewusst, weshalb Abs. 2 S. 1 ausschließlich an die explizit aufgeführten Tatmodalitäten der Nr. 1 bis 7, nicht jedoch an die Generalklausel

¹³⁴ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme vor dem BT-Rechtsausschuss, 13.10.2006, S.1 f.

¹³⁵ BT-Drs. 19/28679, S. 13, unter Berufung auf den Evaluierungsbericht (BT-Drs. 19/26515).

¹³⁶ Vgl. z.B. §§ 94 Abs. 2 S. 2, 113 Abs. 2 S. 2, 243 Abs. 1 S. 2, 253 Abs. 4 S. 2, 261 Abs. 4 S. 2, 263 Abs. 3 S. 2.; krit. zur vermehrten Nutzung der Regelbeispielstechnik *Scheffler*, ZStW 2006, 766 (778 ff.).

¹³⁷ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 3.

¹³⁸ BT-Drs. 18/28679, S. 9 mit Verweis auf den Evaluierungsbericht.

¹³⁹ Allgemein zur Regelbeispielstechnik vgl. *Eisele*, JA 2006, 309 (309 ff.) sowie *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, vor §§ 38 ff. Rn. 47 ff.

¹⁴⁰ So auch *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (45).

in Nr. 8 anknüpft, um eine Kumulation unbestimmter Tatbestandsmerkmale zu vermeiden.¹⁴¹

Folgt man der herrschenden Meinung¹⁴² und ordnet Regelbeispiele als Strafzumessungen ein, könnte man dieser Befürchtung des Gesetzgebers entgegensetzen, dass sich die Unbestimmtheit einer Norm nicht aus der Gesamtschau von Tatbestand und Rechtsfolge ergeben kann.¹⁴³ Bei gesonderter Betrachtung der Rechtsfolgenseite kann sodann auf die Entscheidung des *BVerfG* verwiesen werden, das die Regelbeispieltechnik als verfassungsgemäß einstuft.¹⁴⁴

Dies vermag streng dogmatisch betrachtet zu überzeugen, läuft jedoch unter der hypothetischen Annahme, dass der Auffangtatbestand seinerseits hinreichend bestimmt ist.¹⁴⁵ In der Praxis könnte es aufgrund der problematischen Weite des Auffangtatbestandes hingegen durchaus zu einem Fall kommen, bei dem ein Täter im Ergebnis allein aufgrund normativer Wertungen der Judikative eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren erhielt.¹⁴⁶ Es überrascht daher nicht, dass Regelbeispiele in der Literatur auf gleicher Ebene wie die Generalklausel des § 238 StGB als problematisches Beispiel im Hinblick auf den *nullum crimen sine lege* Grundsatz diskutiert werden.¹⁴⁷ Zudem wohnen auch Regelbeispielen wesentliche Unrechtsmerkmale inne.¹⁴⁸ Ihre Charakterisierung als Strafzumessungsregeln darf somit nicht zur Umgehung des Bestimmtheitsgrundsatzes führen, der freilich auch für die Rechtsfolgenseite gilt.¹⁴⁹

Während das Absehen von einer Straferhöhung trotz Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen noch als zulässige täterbegünstigende Ausnahme angesehen werden kann, stehen zumindest die aus der Regelbeispielsmethode resultierenden unbenannten schweren Fälle somit in einem erheblichen Spannungsfeld zum Bestimmtheitsgebot sowie dem Analogieverbot.¹⁵⁰ Insofern ist die grundsätzliche Kritik an der Regelbeispieltechnik in der Literatur berechtigt.

Der Gesetzgeber hat sich demnach eines weiteren hochumstrittenen Instrumentes bedient, welches sich am Rande der Verfassungsmäßigkeit bewegt.

2. Die Regelbeispiele im Einzelnen

a) Gesundheitsschädigungen und Tod in Nr. 1 und Nr. 2

Wie oben erwähnt, ist die bisherige Qualifikation nunmehr in Abs. 2 S. 2 Nr. 2 genannt, vor die sich zudem das Eintreten einer einfachen Gesundheitsschädigung reiht.

Grundsätzlich wäre überzeugender gewesen, die einfache Gesundheitsschädigung in den Taterfolg des Grunddelikts eines als Erfolgsdelikt ausgestalteten § 238 StGB aufzunehmen. So hätte man die Stalkingfälle mit traumatischen Folgen passgenau erfassen können, ohne den Tatbestand in bedenklicher Weise auszuweiten.

Dessen ungeachtet stellt sich die Frage, ob auch Fahrlässigkeit in Bezug auf die Verursachung der einfachen Kör-

¹⁴¹ BT-Drs. 19/28679, S. 13.

¹⁴² Schmidt, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 243 Rn. 1; Schmitz, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 2; Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 38 ff. Rn. 47; Fabry, NJW 1986, 15 (16 f.); zur Diskussion vgl. Eisele, JA 2006, 309 (311 f.).

¹⁴³ So Eisele, KriPoZ 2021, 147 (150).

¹⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 2 BvR 308/77; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (150).

¹⁴⁵ Vgl. Eisele, KriPoZ 2021, 147 (150).

¹⁴⁶ Vgl. dazu auch die Lehre vom Gesamtstrafrahmen, nach der § 238 StGB so zu lesen wäre: Insgesamt ist ein Strafrahmen von Geldstrafe (Mindeststrafe im Grunddelikt) bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe (Höchststrafe nach Abs. 3) vorgeschrieben, innerhalb dessen sich der Richter anhand des Vorliegens der einzelnen Voraussetzungen entscheidet; eingehend Streng, Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. (2012), Rn. 518 f.

¹⁴⁷ S. etwa Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Rn. 29; Greco, GA 2012, 452 (454 ff.).

¹⁴⁸ Andernfalls könnte eine Straferhöhung nicht gerechtfertigt werden; vgl. Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 243 Rn. 2; Schmitz, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 3.

¹⁴⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 243 Rn. 4.

¹⁵⁰ Schmitz, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 3 f.; zum Ganzen Maiwald, in: FS Gallas, 1973, S. 137 (137 ff., 151 ff.).

perverletzung ausreichend ist. Hintergrund ist, dass die Formulierung „verursacht“ im Strafgesetzbuch typischerweise Erfolgsqualifikationen kennzeichnet.¹⁵¹ Gemäß § 18 StGB müsste der Täter in diesem Fall die einfache Gesundheitsschädigung als Folge seiner Nachstellungen nicht einmal billigend in Kauf nehmen, sondern lediglich fahrlässig herbeiführen.

Eine gründlichere systematische Auslegung führt jedoch zur Verneinung dieser Frage.¹⁵² So weist „bring“ in Nr. 2 eindeutig auf ein Vorsatzerfordernis für die schwere Gesundheitsschädigung bzw. den Tod hin.¹⁵³ An die einfache Gesundheitsschädigung würden mithin höhere subjektive Anforderungen gestellt werden als an die Herbeiführung des Todes, obwohl beides mit der gleichen Strafanandrohung belegt ist. Das entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Zudem findet sich im gesamten StGB kein einziges Regelbeispiel vor, das eine solche Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombination enthält.¹⁵⁴ Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund dies gerade bei § 238 StGB der Fall sein sollte, wenn dies aus den vorstehenden Gründen im Widerspruch zur Normsystematik steht.

Fahrlässigkeit kann für Nr. 1 somit nicht genügen, eine abweichende Formulierung wäre vorzugswürdig gewesen.¹⁵⁵

b) Intensive Belastung über einen langen Zeitraum in Nr. 3

Nr. 3 formuliert sodann eine „Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten“ als besonders schweren Fall der Nachstellung.

Im Gesetzentwurf von 2021 war dieses Regelbeispiel demgegenüber noch in eine rein quantitative und eine mit rein auf den Zeitraum bezogene Variante aufgeteilt.¹⁵⁶

Sowohl die zeitlichen als auch die quantitativen Vorgaben zur Erfüllung der beiden vorgesehenen Regelbeispiele ließen jedoch in ihrer Starrheit den Eindruck von Beliebigkeit erwecken. So wurden aus dem genannten Zeitraum von zunächst neun Monaten im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens später vier und jetzt sechs Monate.¹⁵⁷ Die „Vielzahl von Tathandlungen“ hatte ausweislich des Entwurfs zudem an mindestens 75 Prozent der Tage und in jeder Woche zumindest einmal stattzufinden,¹⁵⁸ was ebenfalls herausgegriffen erscheint und in der Exaktheit regelmäßig nur schwierig nachweisbar wäre.¹⁵⁹

Eine Zusammenfassung der Zeit- und Anzahlbestimmung zu einer einzigen Unrechtskomponente ermöglicht hingegen eine Abwägung der beiden Dimensionen, um die von diesem Regelbeispiel zum Ausdruck gebrachte besondere Hartnäckigkeit einzelfallgerecht beurteilen zu können. Im Hinblick auf den mit der Regelbeispielstechnik verfolgten Zweck ist das überzeugend.¹⁶⁰

c) Cyberspezifische Strafschärfungen in Nr. 4, 5 und 6

Die in Nr. 4 bis 6 hinzugetretenen Regelbeispiele normieren cyberspezifische Strafschärfungen und knüpfen dabei jeweils konkret an die cyberspezifischen Tatmodalitäten in Abs. 1 an. So sollen mit Abs. 2 Nr. 4 etwa solche Fälle des Abfangens bzw. Ausspähöns von Daten vom erhöhten Strafrahmen erfasst werden, in denen ein spezielles

¹⁵¹ Kretschmer, JA 2022, 41 (45).

¹⁵² Ablehnend auch Rengier, Strafrecht BT II, § 26a Rn. 23; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149); Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 9 Rn. 117.

¹⁵³ Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149) mit Verweis auf dens., BT I, Rn. 443.

¹⁵⁴ Rengier, Strafrecht BT II, § 26a Rn. 23.

¹⁵⁵ So schlägt Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149) etwa „eine Gesundheitsschädigung hervorruft“ als Formulierung vor.

¹⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 19/28679, S. 8.

¹⁵⁷ Kretschmer, JA 2022, S. 41 (46).

¹⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 19/28679, S. 11.

¹⁵⁹ So die Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 19/29639, S. 2; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149).

¹⁶⁰ So auch Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149); krit. hingegen Freudenberg, BRJ 2022, 12 (16 f.).

Computerprogramm zu diesem Zweck eingesetzt wird.

In den Gesetzesmaterialien heißt es zur Begründung, dass „das Vorgehen damit nicht nur besonders perfide, sondern regelmäßig auch von besonderer Dauer und Intensität“¹⁶¹ sei. Letzterer Gesichtspunkt vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, da mit Nr. 3 bereits ein Regelbeispiel geschaffen wurde, das sein erhöhtes Unrecht in Dauer- und Intensitätsaspekten findet. Sollte der Einsatz eines Computerprogrammes somit zu einer intensiven Belastung über einen längeren Zeitraum führen, greift dieses Regelbeispiel ohnehin und macht Nr. 4 im Hinblick auf das zu erfassende Unrecht obsolet.

Zudem wird der Einsatz von Stalkingware in der Gesetzesbegründung bereits im Rahmen des Abs. 1 Nr. 5 exemplarisch angeführt, worin sich zeigt, dass es an einer unrechtserhöhenden Komponente im Vergleich zum Grundtatbestand fehlt. Das „perfide Vorgehen“ als solches hat keinen Einfluss auf die Wirkung beim Opfer, für dessen zu vermeidende Beeinträchtigung es keinen Unterschied macht, ob der Täter nun ein Computerprogramm einsetzt oder sich einer anderen Begehungsweise zur Verwirklichung von Abs. 1 Nr. 5 bedient.¹⁶²

Gleiches lässt sich für die Aufnahme von Nr. 5 und Nr. 6 in den Katalog der Regelbeispiele anführen, bei denen das Ausspähen bzw. Abfangen von Daten nach Abs. 1 Nr. 5 zum Zwecke der Veröffentlichung nach Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 7 strafschärfend wirken soll: Auf welche Art und Weise der Täter Zugriff auf eine zu verbreiten beabsichtigte Abbildung des Opfers erlangt, ist für das mit der Verbreitung verwirklichte Unrecht ohne Belang.

Zudem zeigt sich besonders deutlich, was in Kapitel D. I. 2. bereits herausgearbeitet worden ist: Das Ausspähen und Abfangen von Daten finden regelmäßig im Vorfeld der tatsächlichen Nachstellungen wie der Verbreitung von Abbildungen oder herabwürdigen Inhalten statt, was der Gesetzgeber offenbar selbst erkannt hat. Statt die Handlungen jedoch als straflose Vorbereitungshandlungen zu qualifizieren und in der Folge von einer Einbeziehung abzusehen, konstruiert er zwei strafschärfende Regelbeispiele aus dem Zusammenspiel der Tathandlungen.

Indes bildet diese Kombination verschiedener Nachstellungshandlungen gerade den Regelfall der vom Grundtatbestand verlangten wiederholten Begehungsweise.¹⁶³ Das vom Grunddelikt per se verwirklichte Unrecht erfüllt mithin ohne weiteres Zutun zugleich einen besonders schweren Fall; „wiederholt“ ist in dogmatischer Absurdität Tatbestandsmerkmal und Regelbeispiel zugleich.¹⁶⁴ Die Aufnahme der Nr. 4 bis 6 in den Katalog der Regelbeispiele ist demnach schärfstens zu kritisieren.¹⁶⁵

V. Schlussbetrachtung: Wie hat der Gesetzgeber den Spagat zwischen Bestimmtheit und Flexibilität gemeistert?

Noch immer bewegt sich der Nachstellungstatbestand in einem erheblichen Spannungsfeld zwischen rechtspräziser Ausgestaltung und Komplexität des Phänomens Stalking. Verkompliziert wird dieses Dilemma durch den Umstand, dass aufgrund des technischen Fortschritts zu den ohnehin vielzähligen Möglichkeiten, Personen nachzustellen, weitere internetspezifische Begehungsweisen treten. Gleichzeitig ergab der Evaluierungsbericht zur letzten Gesetzesänderung, dass die Verurteilungszahlen noch immer gering sind.

Dieser Problematik sollte mit der vorliegenden Neufassung des Gesetzes begegnet werden. Indes hat sich gezeigt,

¹⁶¹ BT-Drs. 19/28679, S. 13.

¹⁶² Auf diese Willkürlichkeit hinweisend auch *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (150) sowie *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (46).

¹⁶³ Im Durchschnitt nutzen Täter drei bis fünf unterschiedliche Stalkingmethoden; *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, 176 (179) mit Verweis auf die Untersuchungen von *Mullen/Pathé/Purcell/Stuart*, *American Journal of Psychiatry* 1999, 1244 (1244 ff.)

¹⁶⁴ *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (46).

¹⁶⁵ Vgl. im Übrigen *Gercke*, ZUM 2021, 921 (925), der bereits die Subsumtionsfähigkeit des Einsatzes von Stalkingware unter §§ 202a ff. StGB im Allgemeinen infrage stellt, da regelmäßig keine Zugangssicherung überwunden werde.

dass dem Unterfangen des Gesetzgebers dabei eine gewisse Janusköpfigkeit attestiert werden kann.

So ist die Objektivierung des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ zu „wiederholt“ in jeder Hinsicht begrüßenswert, da die Anforderungen im Ergebnis klarer werden und die Hinwendung vom Täter zur Tat im Einklang mit dem Normzweck sowie dem Wesen unserer Strafrechtsordnung insgesamt steht. Zudem lassen Bestrebungen der rechtssicheren Erfassung und der Vermeidung einer Kumulation unbestimmter Tatbestandsmerkmale zunächst hoffnungsvoll aufhorchen.

Auf der anderen Seite verpasst die Gesetzesänderung die Gelegenheit, in diesem Zuge Abschied von der verfassungsrechtlich bedenklichen Generalklausel zu nehmen, deren ohnehin fragwürdige Legitimation durch die Ergänzung des Handlungskatalogs weiter ad absurdum geführt wurde. Aufgrund ihrer problematischen Weite ebenso bedenklich ist die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle. Hier konnten mehrere Parallelen zur letztmaligen Reform des § 238 StGB herausgearbeitet werden, die eine Fehlentwicklung hin zu einer problematischen Ausdehnung des Normanwendungsbereiches angestoßen hat. Statt den Tatbestand, wie geboten, präzise auf die zu erfassenden Fälle zuzuschneiden, wird dabei auf den Misserfolg in der Strafverfolgung mit einem strafpolitischen „Wahn [...] Lücken schließen zu müssen“¹⁶⁶ reagiert.¹⁶⁷ Insofern kritisch zu bewerten ist auch die Einführung von Abs. 1 Nr. 5, deren beschriebene Tathandlungen im Hinblick auf § 238 StGB lediglich straflose Vorbereitungshandlung sein können. Dass diese sogar, wenn es tatsächlich zur Rechtsgutsbeeinträchtigung kommt, zugleich einen besonders schweren Fall begründen können, entbehrt sodann jeglicher Nachvollziehbarkeit.

Im Gesamtvotum überwiegen die zu kritisierenden Aspekte der Neufassung, zu groß sind letztlich die grundsätzlichen Bedenken im Hinblick auf das Abrücken vom fragmentarischen, freiheitsschützenden zum sozial-regulativen Strafrecht. Das Potenzial wurde verschenkt.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹⁶⁶ Paeffgen, in: NK-StGB, § 113 Rn. 85.

¹⁶⁷ Köhne, ZRP 2009, 87 (88).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Lisa Moulen

Die Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers infolge der Nichtigkeit des § 217 StGB

Universität zu Köln

Institut für Straf- und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 15.11.2022

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	44
II. Hauptteil	44
1. Rechtslage bis zum BVerfG-Urteil vom 26.2.2020.....	44
2. Das Urteil des BVerfG vom 26.2.2020 zur Nichtigkeit des § 217 StGB.....	44
3. Anforderungen an eine Neuregelung.....	45
a) Vorgaben des BVerfG.....	45
b) Verfassungsrechtliche Anforderungen.....	46
aa) Anforderungen an Strafgesetze.....	46
bb) Anforderungen an sonstige Gesetze.....	46
4. Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers.....	46
a) Gesetzentwürfe aus den Reihen der Abgeordneten.....	47
aa) „Castellucci-Entwurf“.....	47
(1) Vorstellung des Entwurfes.....	47
(2) Überprüfung des Entwurfes.....	47
(3) Stellungnahme.....	50
bb) Gesetzentwurf der Fraktionen Die Grünen und SPD.....	50
(1) Vorstellung des Entwurfes.....	51
(2) Überprüfung des Entwurfes.....	51
(3) Stellungnahme.....	53
cc) Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, Die Grünen, FDP und Die Linke.....	53
(1) Vorstellung des Entwurfes.....	53
(2) Überprüfung des Entwurfes.....	53
(3) Stellungnahme.....	55
b) Diskussionsentwurf des Bundesgesundheitsministeriums.....	55
aa) Vorstellung des Entwurfes.....	55
bb) Überprüfung des Entwurfes.....	56
cc) Stellungnahme.....	58
c) Vorschläge aus der Literatur.....	58
aa) Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf.....	58
(1) Vorstellung des Entwurfes.....	58
(2) Überprüfung des Entwurfes.....	59
(3) Stellungnahme.....	60
bb) Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing.....	60
(1) Vorstellung des Entwurfes.....	60
(2) Überprüfung des Entwurfes.....	61
(3) Stellungnahme.....	62
5. Lösungsvorschlag.....	62
III. Fazit	63

I. Einleitung

Durch das aufsehenerregende Urteil des *BVerfG* vom 26.2.2020 wurde § 217 StGB für verfassungswidrig und somit nichtig erklärt. Das Urteil sorgte dafür, dass die gesellschaftliche Diskussion über den rechtlichen Umgang mit Suizidassistentz (erneut) in Gang gesetzt wurde. Der deutsche Gesetzgeber steht nunmehr hinsichtlich der Frage innerhalb welcher Grenzen andere Personen Sterbewillige bei ihrem selbstbestimmten Tod unterstützen dürfen vor erheblichen Herausforderungen. Ziel dieser Arbeit ist es, verschiedene Gesetzesvorschläge darzustellen, diese zu überprüfen und abschließend einen eigenen Lösungsvorschlag vorzustellen.

II. Hauptteil

Nachfolgend wird zunächst die Entwicklung des § 217 StGB sowie das Urteil des *BVerfG* zu dessen Nichtigkeit vorgestellt. Daraufhin werden die Anforderungen an eine Neuregelung skizziert und die verschiedenen Entwürfe vorgestellt und überprüft. Zuletzt wird ein eigener Lösungsvorschlag präsentiert.

1. Rechtslage bis zum *BVerfG*-Urteil vom 26.2.2020

Bis zum Jahre 2015 war die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung grundsätzlich straflos. Bis dahin wurde § 216 StGB als zentrale Regelung zur Strafbarkeit bei Unterstützungshandlungen zur Realisierung eines Suizidwunsches herangezogen.¹ Mit Gesetz vom 3.12.2015 wurde § 217 StGB eingeführt.² Dieser stellte die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe. Der maßgebliche Grund für die Einführung der Vorschrift war die ansteigende Betätigung von Sterbehilfeorganisationen in Deutschland. Die Einführung des § 217 StGB wurde damit begründet, dass die Suizidhilfe dort unter Strafe gestellt werden solle „wo geschäftsmäßige Angebote die Suizidhilfe als normale Behandlungsoption erscheinen lassen und Menschen dazu verleiten können, sich das Leben zu nehmen“.³ § 217 StGB wurde in der Strafrechtswissenschaft größtenteils kritisiert.⁴ Auch Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, welche das Selbstbestimmungsrecht der Patienten betonten, waren nicht mit der Regelung zu vereinbaren.⁵ Trotz all der Kritik, die aus den Reihen der Literatur und der Rechtsprechung geäußert wurde, blieb § 217 StGB vorerst bestehen.

2. Das Urteil des *BVerfG* vom 26.2.2020 zur Nichtigkeit des § 217 StGB

Das *BVerfG* hat in seinem Urteil vom 26.2.2020 § 217 StGB für verfassungswidrig und somit nichtig erklärt.⁶ Laut *BVerfG* umfasst das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben.⁷ Dieses Recht soll es dem Einzelnen⁸ ermöglichen, ohne Einflussnahme Anderer die Entscheidung zu treffen, sein Leben eigenhändig wissentlich und willentlich zu beenden und bei der Durchführung der Selbsttötung Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen.⁹ Gemäß dem

¹ Coenen, KriPoZ 2020, 67 (68).

² Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3.12.2015, BGBl. I S. 2177.

³ BT-Drs. 18/5373, S. 2.

⁴ Siehe dazu u.a. Gaede, JuS 2016, 385 ff.; Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 ff.

⁵ *BVerwG*, KriPoZ 2018, 172 ff.; *BGH*, NJW 2019, 3089 ff.

⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (920).

⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (906).

⁸ Ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulin verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (906).

Urteil folge aus dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben allerdings kein Anspruch auf Hilfe zur Selbsttötung gegen Dritte.¹⁰ Durch § 217 StGB werde in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise in dieses Grundrecht eingegriffen.¹¹ Das Gericht erkennt zwar an, dass § 217 StGB mit dem Lebensschutz einen legitimen Zweck verfolgt, kritisiert aber das konsequente Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung als unverhältnismäßig, weil es dem Einzelnen faktisch die Möglichkeit eines selbstbestimmten Suizides in bestimmten Konstellationen nehme.¹² Laut *BVerfG* sind Ärzte und Rechtsanwälte durch § 217 StGB in ihrem Recht auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die für die Sterbehilfevereine Tätigen in ihrem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen.¹³ Würde man aber auf die Schrankensystematik der betroffenen Grundrechte abstellen, wäre der Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.¹⁴ Daher begründet das *BVerfG* die Verletzung der Grundrechte damit, dass die (geschäftsmäßige) Suizidhilfe mit dem Recht auf Sterben funktional verschränkt sei und daher aus dem Recht auf eigenhändige Lebensbeendigung ein entsprechend weitreichender Schutz des Handelns der Suizidhelfer korrespondiere.¹⁵ Demnach wären für die Rechtfertigung eines Eingriffs durch § 217 StGB in Art. 12 Abs. 1 GG bzw. in Art. 2 Abs. 1 GG die höheren Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anwendbar.¹⁶ Folglich stellt ein Verbot der (geschäftsmäßigen) Suizidbeihilfe immer einen unzulässigen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG dar, wenn der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht gerechtfertigt ist. Dementsprechend sei der Gesetzgeber verpflichtet einen normativ überzeugenden und praktisch durchführbaren Rechtsrahmen zu schaffen, welcher einerseits die Inanspruchnahme von Unterstützung bei der Selbsttötung ermöglicht und andererseits die Selbstbestimmtheit des Entschlusses absichert.¹⁷

3. Anforderungen an eine Neuregelung

Im Folgenden werden sowohl die vom *BVerfG* aufgestellten als auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Neuregelung dargestellt.

a) Vorgaben des *BVerfG*

Durch das Urteil des *BVerfG* wird der Gesetzgeber aufgefordert, ein Schutzkonzept zu schaffen, wodurch das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Lebensschutz aufgelöst wird.¹⁸ Im Falle einer Regelung über die regulierte Zulassung professioneller Suizidhilfe sei es ihm untersagt deren Zulässigkeit von materiellen Kriterien (z.B. dem Vorliegen einer unheilbaren oder tödlich verlaufenden Krankheit) abhängig zu machen.¹⁹ Allerdings habe er die Möglichkeit, je nach Lebenssituation, unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis der Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit eines Selbsttötungswillens zu stellen.²⁰ Zur Sicherstellung der Selbstbestimmung des Suizidenten käme die Schaffung von positiven Regulierungen prozeduraler Schutzmechanismen und von Verboten besonders gefährlicher Erscheinungsformen der Suizidhilfe in Betracht.²¹ Darüber hinaus müsse aber jede Regelung der assistierten Selbsttötung sicherstellen, dass sie dem Recht des Einzelnen, aufgrund selbst-

¹⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (915).

¹¹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (908).

¹² *BVerfG*, NJW 2020, 905 (909 ff.).

¹³ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (918).

¹⁴ *Brunhöber* in: MüKo-StGB, Band 4, 4. Aufl. (2021), § 217 Rn. 47.

¹⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (920).

¹⁶ *Brunhöber* in: MüKo-StGB, § 217 Rn. 50.

¹⁷ *Pfeifer*, KriPoZ 2021, 172 (173).

¹⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (909).

¹⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

²⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

²¹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

bestimmter Entscheidung mit Hilfe Dritter sein Leben zu beenden, ausreichend Raum zur Entfaltung und Umsetzung belässt. Dafür sei eine konsistente Ausgestaltung des Berufsrechts der Ärzte und Apotheker sowie möglicherweise Anpassungen des Betäubungsmittelrechts erforderlich.²² Es darf laut *BVerfG* außerdem keine Verpflichtung zur Suizidhilfe geben.²³

b) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Neue, die Suizidhilfe betreffende Regelungen, müssen bestimmten verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Dabei ist zwischen den Anforderungen an Strafgesetze und an sonstige Gesetze zu unterscheiden.

aa) Anforderungen an Strafgesetze

Der Gesetzgeber darf keine Strafrechtsnormen erlassen, die allein dem Schutz von für ein freiheitliches Zusammenleben nicht essenziellen Interessen dienen. Eine Strafrechtsnorm muss daher dem Schutz eines Rechtsgutes dienen. Unter einem Rechtsgut wird nachfolgend ein schützenswertes Interesse verstanden, welches für die Entfaltung der individuellen Freiheitsrechte innerhalb einer funktionierenden Gemeinschaft und eines Rechtsstaates essenziell ist.²⁴ Des Weiteren gilt im Strafrecht das ultima-ratio Prinzip. Demnach sind strafrechtliche Regelungen als „schärfstes Schwert des Staates“ nur gerechtfertigt, wenn weniger eingreifende Mittel (z.B. des [sonstigen] öffentlichen Rechts) für einen ausreichenden Rechtsgüterschutz nicht genügen.²⁵ Außerdem ist auf das in Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, Art. 7 Abs. 1 EMRK verankerte Gesetzlichkeitsprinzip hinzuweisen. Aus diesem werden vier Grundprinzipien des Strafrechts abgeleitet (lex scripta, lex certa, lex stricta, lex praevia). Für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer die Suizidhilfe betreffenden Regelung ist das Bestimmtheitsgebot (lex certa) von großer Bedeutung. Es legt fest, dass das Gesetz den Tatbestand und die Rechtsfolge genau bestimmen muss – die Strafbarkeit eines Verhaltens muss für den Betroffenen ohne weiteres erkennbar sein.²⁶ Auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist zu beachten, da durch Verbote eines bestimmten Verhaltens Freiheitsräume des Normadressaten verkürzt werden. Diese Verkürzung muss einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und vor allem angemessen sein.²⁷

bb) Anforderungen an sonstige Gesetze

Auch sonstige, nicht-strafrechtliche, Normen müssen bestimmten Anforderungen genügen. Im Wesentlichen kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Allerdings kommt bei nicht-strafrechtlichen Normen dem Rechtsgüterschutz und dem ultima-ratio Prinzip keine Bedeutung zu. Folglich sind lediglich das Gesetzlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprinzip relevant. Die Anforderungen an strafrechtliche Regelungen sind höher als an nicht-strafrechtliche, weil der Staat in keinem sonstigen Rechtsgebiet mit einer solchen Härte in das Leben der Bürger eingreifen darf. Daher muss im Strafrecht sorgfältiger darauf geachtet werden, dass der Bürger vor willkürlicher Ausübung und Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt geschützt ist.

4. Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers

Infolge der Feststellung der Nichtigkeit von § 217 StGB besteht ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Nachfolgend werden Entwürfe von Abgeordneten des Deutschen Bundestages, des Bundesgesundheitsministeriums und

²² *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

²³ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

²⁴ *Roxin/Greco*, StrafR AT Band I, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 7.

²⁵ *Hassmer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbem. § 1 Rn. 72.

²⁶ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2020), § 1 Rn. 16.

²⁷ *Coenen*, KriPoZ 2020, 67 (71).

aus der Literatur vorgestellt, überprüft und bewertet.

a) Gesetzentwürfe aus den Reihen der Abgeordneten

Zunächst werden drei Gesetzentwürfe von Abgeordneten des Deutschen Bundestages vorgestellt, überprüft und bewertet.

aa) „Castellucci-Entwurf“

Am 10.3.2022 wurde der sogenannte „Castellucci-Entwurf“ in den Bundestag eingebracht. Dieser Entwurf von 85 Abgeordneten aus allen Fraktionen (mit Ausnahme der AfD) stellt in der 20. Legislaturperiode den ersten Versuch einer Neuregelung der Suizidbeihilfe dar.²⁸

(1) Vorstellung des Entwurfes

Die Entwurfsersteller schlagen eine Neuregelung des § 217 StGB a.F. vor. In § 217 Abs. 1 StGB-E wird die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung grundsätzlich unter Strafe gestellt. § 217 Abs. 2 StGB-E sieht eine Ausnahmeregelung vor.²⁹ § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E enthält vier Voraussetzungen (Nr. 1-4), die zur Rechtfertigung einer Unterstützungshandlung „kumulativ und iterativ“ gegeben sein müssen.³⁰ Voraussetzung ist die Volljährigkeit und Einwilligungsfähigkeit der suizidwilligen Person (Nr. 1), sowie „in der Regel“ mindestens zwei Untersuchungen in einem Abstand von mindestens drei Monaten (Nr. 2), wobei die Feststellung der Freiverantwortlichkeit in Ausnahmefällen bereits nach einem Untersuchungstermin erfolgen kann. Nach der ersten Untersuchung ist mindestens ein individuelles, umfassendes und ergebnisoffenes Beratungsgespräch bei einem Arzt, Psychiater oder einer spezifischen Beratungsstelle erforderlich (Nr. 3). Die Selbsttötung darf zwei Wochen nach der letzten Untersuchung und nur binnen eines Zeitraums von zwei Monaten erfolgen (Nr. 4). Ein neuer § 217a StGB-E statuiert ein Verbot der Werbung zur Selbsttötung. Die Absätze 2-4 regeln Ausnahmen hierzu.³¹ Abschließend sieht der Entwurf eine Änderung des BtMG vor.³²

(2) Überprüfung des Entwurfes

Es gilt zu prüfen, ob der Entwurf den oben unter II.3. dargestellten Anforderungen genügt. Zunächst müsste der Entwurf den Vorgaben des *BVerfG* genügen. Der Entwurf dürfte die Suizidhilfe nicht von materiellen Kriterien abhängig machen. Gemäß § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E, kann in begründeten Ausnahmefällen die Feststellung der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung bereits nach einem Termin erfolgen. Laut *BVerfG* ist es zulässig, dass unter bestimmten Voraussetzungen unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis der Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit eines Selbsttötungswillens gestellt werden.³³ Die Suizidhilfe wird hier nicht generell von materiellen Kriterien abhängig gemacht, sodass der Anforderung des *BVerfG* entsprochen wird.

Des Weiteren müsste der Entwurf Maßnahmen zur Sicherstellung der Selbstbestimmung des Suizidwilligen enthalten. Auch dieser Vorgabe wird entsprochen, da § 217 StGB-E in Form eines „Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt“ konstruiert ist. Die Suizidhilfe wird in Absatz 1 grundsätzlich unter Strafe gestellt, während Absatz 2 eine Ausnahme hierzu enthält, für deren Rechtfertigung gewisse Aufklärungs- und Wartepflichten vorgeschrieben sind. Der Entwurf enthält keinerlei Aussagen zum ärztlichen Berufsrecht. Zwar wurde infolge eines Beschlusses des

²⁸ Pietsch, KriPoZ 2022, 148 (148).

²⁹ BT-Drs. 20/904, S. 9.

³⁰ BT-Drs. 20/904, S. 13.

³¹ BT-Drs. 20/904, S. 10.

³² BT-Drs. 20/904, S. 10.

³³ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

Deutschen Ärztetages vom 5.5.2021 das in § 16 Abs. 3 der Musterberufsordnung der Bundesärztekammer enthaltene Verbot ärztlicher Suizidhilfe aufgehoben,³⁴ allerdings ist dieses in vielen Berufsordnungen der Landesärztekammern noch immer enthalten.³⁵ Es ist fraglich, ob es überhaupt sinnvoll ist, eine entsprechende Regelung in einen (bundesgesetzlichen) Entwurf aufzunehmen, da dem Bundesgesetzgeber insoweit die Gesetzgebungskompetenz fehlt. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG verleiht ihm zwar die Kompetenz zur Regelung der Zulassung zum ärztlichen Beruf, nicht aber zur Regelung der ärztlichen Berufsausübung. Daher liegt die Gesetzgebungskompetenz mangels besonderer Bundeszuständigkeit gem. Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern. Durch die Heilberufe- und Kammergesetze werden wiederum die jeweiligen Landesärztekammern als Körperschaft des öffentlichen Rechts ermächtigt, die ärztlichen Berufspflichten in einer Satzung zu regeln.³⁶ Der Entwurf sieht auch eine Ergänzung des § 13 BtMG vor. Aus dem Entwurf müsste außerdem hervorgehen, dass es keine Verpflichtung zur Suizidhilfe geben darf. Diese Anforderung wird erfüllt, da § 217 StGB-E als „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ konstruiert ist. Die geschäftsmäßige Suizidhilfe wird dadurch grundsätzlich unter Strafe gestellt. Wenn etwas grundsätzlich unter Strafe steht, kann daraus keine Verpflichtung folgen. Der Entwurf genügt folglich – mit Ausnahme der Anpassung des ärztlichen Berufsrechts – den Vorgaben des *BVerfG*.

Der Entwurf müsste auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen. Die §§ 217, 217a StGB-E müssten dem Rechtsgüterschutz dienen. Die Ersteller des Entwurfes verdeutlichen, dass es Ziel des Gesetzes sei die Selbstbestimmung und das Leben zu schützen und sicherzustellen, dass die zur Selbsttötung entschlossene Person, ihren Entschluss aufgrund eigener und selbstbestimmter Entscheidung getroffen hat.³⁷ Da das Leben und die Willensfreiheit als verfassungsrechtlich geschützte Individualinteressen zweifellos taugliche Rechtsgüter sind, dient § 217 StGB-E dem Schutz von Rechtsgütern. Durch § 217a StGB soll „einer möglichen, insoweit problematischen Entwicklung zur Normalisierung der Hilfe zur Selbsttötung durch die öffentliche Wahrnehmung“³⁸ entgegengewirkt werden. § 217a StGB-E stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar. Aus der gesetzlichen Beschreibung geht nicht hervor welches Gut geschützt wird. Das liegt nicht daran, dass aus der Vorschrift kein schutzwürdiges Rechtsgut korrespondiert, sondern daran, dass abstrakte Gefährdungsdelikte Instrumente der „Strafbarkeitsvorverlagerung“ sind.³⁹ Bei einer Analyse des Tatbestandes ergibt sich, dass § 217a StGB-E ebenfalls dem Schutz des Lebens, der Selbstbestimmung und dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben dient. § 217a StGB dient insgesamt dem Rechtsgüterschutz.

Außerdem müsste der Entwurf den Anforderungen des ultima-ratio Prinzips genügen. Zur Überprüfung muss die Frage, ob eine strafrechtliche Regelung wirklich erforderlich ist oder ob weniger eingreifende Mittel für einen ausreichenden Rechtsgüterschutz genügen würden, beantwortet werden. Die Erfüllung der Anforderungen des ultima-ratio Prinzips ist nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins zu verneinen.⁴⁰ Mangels gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse über die Beeinflussung der Suizidrate durch die geschäftsmäßige Förderung, sei ein Strafbedürfnis für die geschäftsmäßige Förderung der straflosen Selbsttötung nicht erkennbar und nicht begründet.

³⁴ Beschlussprotokoll des 124. Deutschen Ärztetages, S. 156 f., online verfügbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Aerztetag/124.DAET/pdf/Beschlussprotokoll_124_Daet_2021_Stand-06.05.2021_mit_numerischen_Lesezeichen.pdf (zuletzt abgerufen am 3.11.2022).

³⁵ Pfeifer, KriPoZ 2021, 172 (176).

³⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (916).

³⁷ BT-Drs. 20/904, S. 9.

³⁸ BT-Drs. 20/904, S. 16.

³⁹ Mitsch, KriPoZ 2019, 214 (215).

⁴⁰ Stellungnahme-DAV 22/2022, S. 5f., online verfügbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-22-22-strafbarkeit-der-geschaeftsmaessigen-hilfe-zum-suizid> (zuletzt abgerufen am 26.10.2022).

Die bloße Möglichkeit, dass die gewerbsmäßige Sterbehilfe den Sterbewunsch erst hervorrufe, sei für eine strafrechtliche Regelung nicht ausreichend.⁴¹ Obwohl dies einen berechtigten Einwand darstellt, wird übersehen, dass der Entwurf gewerbsmäßig handelnde Sterbehilfeorganisationen nicht vollständig untersagt. Personen, die aus kommerziellen Motiven handeln dürfen tätig werden, sofern sie das Verfahren nach § 217 Abs. 2 StGB-E einhalten. Diese Regelung ist sinnvoll, da lediglich die Freiverantwortlichkeit des Suizidwilligen bei der Frage nach der Zulässigkeit von Suizidassistenten relevant ist.⁴² Aufgrund des Umstandes, dass § 217 StGB-E als „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ ausgestaltet ist werden nur Formen der Sterbehilfe unter Strafe gestellt, die nicht mit dem Schutz des Lebens und der Willensfreiheit in Einklang zu bringen sind. Sowohl der Schutz des Lebens als auch der Willensfreiheit sind berechtigte Anliegen, welche den Schutz durch die Strafrechtsordnung verdienen. Selbstverständlich sind Regelungen außerhalb des Strafrechts denkbar, allerdings ist fraglich, ob diese in ihrer Ausgestaltung hinreichend konsequent sind und nicht gegebenenfalls eine erhöhte Fehleranfälligkeit aufweisen. Folglich genügt der Entwurf den Vorgaben des ultima-ratio Prinzips.

Des Weiteren müsste der Entwurf den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG) genügen. Problematisch erscheinen hier die Verfahrensschritte in § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E. Die Übersichtlichkeit des § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E leidet unter dem Versuch, zur Herausarbeitung legitimer Suizidanliegen, so viele Verfahrensschritte wie möglich aufzunehmen.⁴³ Außerdem ist nicht erkennbar, in welchem Verhältnis die in § 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 StGB-E normierten Tatbestandsmerkmale der „Einsichtsfähigkeit“, der „autonomen Entscheidungsfindung“ sowie der „Freiwilligkeit“ und „Ernsthaftigkeit“ zueinanderstehen.⁴⁴ Im Entwurf wird statuiert, dass ein freier Wille nur dann anzunehmen sei, wenn der Entschluss aus dem Leben zu scheiden von Dauerhaftigkeit und innerer Festigkeit getragen ist.⁴⁵ Gleichzeitig sei er aber auch bei der bloßen Abwesenheit von akuten psychischen Störungen zu bejahen.⁴⁶ Das Kriterium der Dauerhaftigkeit sei dazu geeignet die Ernsthaftigkeit des Entschlusses nachzuvollziehen.⁴⁷ Unklar bleibt, ob bzw. in welchem Umfang dem Kriterium der Ernsthaftigkeit ein eigenständiger Gehalt zukommt.⁴⁸ Auch § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E ist sprachlich unübersichtlich und durch die enthaltenen Verweise schwierig anzuwenden.⁴⁹ Unklar ist, wann jemand dem Suizidwilligen i.S.v. § 217 Abs. 3 StGB-E „nahesteht“. Der Begriff einer nahestehenden Person ist im Sprachgebrauch nicht eindeutig definiert und auch eine Konkretisierung mithilfe des Begriffs „Angehörige“ ist nicht möglich. Folglich genügt der Entwurf nicht den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes.

Da der Entwurf in das Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreift, müsste er den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips genügen. Dafür ist zunächst erforderlich, dass er einen legitimen Zweck verfolgt. Dieser Punkt kann hier bejaht werden, da der Entwurf dem Schutz des Lebens und der Willensfreiheit dient. Außerdem müsste er geeignet sein den verfolgten Zweck zu erreichen. Generell ist eine Maßnahme geeignet, wenn sie die Zweckerreichung zumindest fördert.⁵⁰ Dies kann hier bejaht werden da durch die Regelung des § 217 Abs. 2 StGB-E, welche zahlreiche Voraussetzungen für eine straffreie Suizidbeihilfe aufstellt, sichergestellt wird, dass der Suizidwillige die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Suizidhilfe selbstbestimmt und nicht leichtfertig trifft. § 217a StGB-E sorgt außerdem dafür, dass der Suizidwillige

⁴¹ Stellungnahme-DAV 22/2022, S. 6.

⁴² Rostalski, GA 2022, 209 (219).

⁴³ Pietsch, KriPoZ 2022, 148 (157).

⁴⁴ Pietsch, KriPoZ 2022, 148 (157).

⁴⁵ BT-Drs. 20/904, S. 14.

⁴⁶ BT-Drs. 20/904, S. 14.

⁴⁷ BT-Drs. 20/904, S. 14 f.

⁴⁸ Pietsch, KriPoZ 2022, 148 (157).

⁴⁹ Pietsch, KriPoZ 2022, 148 (157).

⁵⁰ Klatt/Meister, JuS 2014, 193 (195).

nicht durch eine „Normalisierung“ der Suizidhilfe in der Öffentlichkeit beeinflusst wird. Dies ist von enormer Bedeutung, da sich beispielsweise ältere oder kranke Personen durch eine Normalisierung der Sterbehilfe in der Öffentlichkeit verpflichtet sehen könnten diese in Anspruch zu nehmen, um ihren Angehörigen nicht zur Last zu fallen. Die Maßnahme müsste auch erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn kein anderes gleich geeignetes Mittel ersichtlich ist, das weniger intensiv in ein Grundrecht eingreift.⁵¹ Als milderer Mittel käme eine Regelung außerhalb des Strafrechts in Betracht. Allerdings ist die Abschreckungswirkung des Strafrechts höher als die der sonstigen Rechtsordnung, sodass eine Regelung im StGB effektiver ist als eine Regelung in anderen Gesetzen. Der Entwurf ist damit erforderlich. Die Regelungen müssten auch angemessen sein. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sind die verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen. Auf der einen Seite steht das Interesse des Lebensschutzes und auf der anderen das Interesse der Suizidwilligen über ihren Tod selbst zu entscheiden und sich einen freiverantwortlichen Willen zu bilden. Durch die Aufklärungs- und Wartepflichten in § 217 Abs. 2 StGB-E wird sichergestellt, dass die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Suizidhilfe nicht leichtfertig getroffen wird. Gleichzeitig ermöglicht die Regelung dem Suizidwilligen eine selbstbestimmte und freiverantwortliche Entscheidung über die Inanspruchnahme der Suizidhilfe zu treffen. Problematisch ist, dass bei den von § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E umfassten Härtefällen zwar auf eine zweite Untersuchung verzichtet werden soll, aber an der 2-Wochen Frist zur Umsetzung des Suizidbegehrens festgehalten wird.⁵² In Situationen, in denen die Entscheidung über ein selbstbestimmtes Sterben ein Wettlauf gegen die Zeit wird darf der Gesetzgeber nicht darauf hoffen, dass der natürliche Tod vor der Realisierung des Sterbewunsches eintritt.⁵³ Hinsichtlich der Angemessenheit des § 217a StGB-E bestehen keine Probleme, da er die Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung nicht generell verbietet, sondern nur besonders anstößige Formen unter Strafe stellt. Der Entwurf entspricht somit teilweise den Vorgaben des *BVerfG*. Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen besteht jedoch Änderungsbedarf.

(3) *Stellungnahme*

Der Entwurf versucht durch die prozeduralen Voraussetzungen in § 217 Abs. 2 StGB-E so gut wie möglich dem Entstehen eines Drucks zur Selbsttötung entgegenzuwirken. Die Vorschriften belassen dem Suizidwilligen Raum eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen und seine in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG enthaltene Freiheit wahrzunehmen. Im Grundsatz ist der Entwurf daher eine gute Anknüpfungsmöglichkeit für den Gesetzgeber. Allerdings ist eine Überarbeitung des § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E zu empfehlen, da dieser den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht gerecht wird. Die Härtefallklausel in § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E sollte aus Gründen der Verständlichkeit überarbeitet werden. Außerdem wäre es wünschenswert, dass die Konsultation von Suizidwilligen in der Terminalphase mehr Berücksichtigung findet. Die Tatsache, dass der Entwurf keine konsistente Ausgestaltung des ärztlichen Berufsrecht enthält, entspricht zwar nicht ausdrücklich den Anforderungen des *BVerfG*, ist aber dennoch sinnvoll: es erscheint vorzugswürdig abzuwarten, bis die Landesärztekammern ihre Berufsordnungen selbstverwaltet abändern.

bb) *Gesetzesentwurf der Fraktionen Die Grünen und SPD*

Darüber hinaus existiert auch ein Entwurf von 45 Abgeordneten der Fraktionen Die Grünen und SPD.

⁵¹ Klatt/Meister, JuS 2014, 193 (195).

⁵² Pietsch, KriPoZ 2022, 148 (158).

⁵³ Rostalski, GA 2022, 209 (220).

(1) Vorstellung des Entwurfes

Der Entwurf sieht die Schaffung eines neuen Gesetzes zum Schutz des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben (SbStG) und die Änderung weiterer Gesetze vor. Durch die Regelungen in Artikel 1 des Entwurfes soll Sterbewilligen zur Realisierung ihres Suizidwunsches ein sicherer Zugang zu bestimmten Betäubungsmitteln eröffnet werden.⁵⁴ Sterbewillige sind gem. § 2 Abs. 1 SbStG „volljährige Menschen“, deren Sterbewilligen auf einem „freien Willen“ beruht. Im Rahmen der zu berücksichtigenden Anforderungen wird danach differenziert, ob die Betroffenen ihren Tod wegen einer schweren Krankheit (§ 3 SbStG) oder aus anderen Gründen anstreben (§ 4 SbStG).⁵⁵ Für den Fall, dass der Suizidwillige seinen Tod aufgrund einer schweren Krankheit anstrebt kann er durch ärztliche Verschreibung Zugang zu Betäubungsmitteln erhalten. Die Voraussetzungen für eine Verschreibung sind in § 3 Abs. 1 Nr. 1-6 SbStG enthalten. Falls der Tod aus anderen Gründen gewünscht ist, gelten höhere Anforderungen. Der Sterbewillige muss eine von freiem Willen getragene Entscheidung getroffen haben und gem. § 4 Abs. 2 SbStG folgendes glaubhaft darlegen: den Sterbewunsch und dessen Ursachen (Nr. 1), die Dauerhaftigkeit des Sterbewunsches (Nr. 2), die Tatsache, dass sie frei von Druck, Zwang und ähnlichen Einflussnahmen durch Dritte ist (Nr. 3) und die Beantwortung der Frage, warum staatliche oder private Hilfsangebote nicht geeignet sind, den Sterbewunsch zu beseitigen (Nr. 4).⁵⁶ Artikel 2 regelt eine Änderung des BtMG.

(2) Überprüfung des Entwurfes

Der Entwurf müsste sowohl den Anforderungen des *BVerfG* als auch denen des Verfassungsrechts genügen. Fraglich ist, ob es mit den Anforderungen des *BVerfG* zu vereinbaren ist, dass innerhalb des SbStG unterschiedliche – in verschiedenen Paragraphen enthaltene – Voraussetzungen für den Zugang zu Betäubungsmitteln für Sterbewillige in medizinischer Notlage (§ 3 SbStG) und (sonstige) Sterbewillige (§ 4 SbStG) festgelegt werden. Laut *BVerfG* ist es zulässig, dass unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis der Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit eines Selbsttötungswillens gestellt werden.⁵⁷ Innerhalb dieses zulässigen Rahmens bewegt sich der Entwurf des SbStG. Der Entwurf enthält auch Maßnahmen zur Sicherstellung der Selbstbestimmung des Suizidwilligen. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 SbStG müssen Sterbewillige von einem Arzt auf alle infrage kommenden medizinischen Mittel hingewiesen werden, die dazu in der Lage sind das Leid, welches die Notlage begründet, auch nur geringfügig zu lindern. § 3 Abs. 1 Nr. 5 SbStG schreibt vor, dass die sterbewillige Person von ärztlicher Seite darüber informiert werden muss, welche Wirkweise das Betäubungsmittel hat und welche Nebenwirkungen auftreten können. Ein zweiter, unabhängiger Arzt muss nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 SbStG schriftlich bestätigen, dass die Voraussetzungen der Nummern 1-5 vorliegen. Auch in § 4 SbStG sind ähnliche Regelungen enthalten. Problematisch ist jedoch, dass der Suizident in § 3 Abs. 1 Nr. 1 SbStG dazu verpflichtet wird, dem Arzt seinen Sterbewilligen zu erläutern. Laut *BVerfG* bedarf die „eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende“⁵⁸ keinerlei Begründung oder Rechtfertigung. Die Pflicht seinen Sterbewilligen zu erläutern, bedeutet zugleich eine unzulässige Begründungs- und Rechtfertigungspflicht für den Suizidentschluss und ist daher abzulehnen.⁵⁹ Der Entwurf sieht in Artikel 2 eine Änderung des BtMG vor. Im Einklang mit den zuvor getroffenen Feststellungen enthält der Entwurf keinerlei Aussagen hinsichtlich des ärztlichen Berufsrechts.⁶⁰ Durch § 1 Abs. 2 SbStG wird sichergestellt, dass keine Verpflichtung zur Suizidhilfe besteht. Der Entwurf entspricht den Vorgaben des *BVerfG* daher nur in

⁵⁴ BT-Drs. 20/2293, S. 2.

⁵⁵ BT-Drs. 20/2293, S. 4 f.

⁵⁶ BT-Drs. 20/2293, S. 5.

⁵⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

⁵⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).

⁵⁹ Neumann, NJOZ 2021, 385 (390).

⁶⁰ Siehe oben II.4.a)aa)(2).

Teilen.

Der Entwurf müsste den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Fraglich ist, ob er den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG) genügt. Für den Suizidwilligen müsste deutlich zu erkennen sein was von ihm erwartet wird. Diesbezüglich ergeben sich zahlreiche Probleme. Zunächst wird nicht deutlich, ob Suizidwillige in einer medizinischen Notlage – für die ein Verfahren nach § 3 SbStG vorgesehen ist – auch nach Durchlaufen des Verfahrens nach § 4 SbStG Zugang zu einem tödlichen Betäubungsmittel erhalten können. Dies könnte relevant sein, wenn sich im Rahmen des Verfahrens nach § 3 SbStG keine zwei Ärzte finden ließen, die ein tödliches Medikament verschreiben wollten.⁶¹ Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 SbStG muss der Arzt bei geringen Zweifeln am freien Willen des Suizidwilligen ein Gutachten einholen. Allerdings wird nicht deutlich, unter welchen Voraussetzungen „geringe Zweifel“ gegeben sind, bei wem ein solches Gutachten einzuholen ist und wie lange dies dauern darf.⁶² Darüber hinaus statuiert § 3 Abs. 2 Nr. 3 SbStG, dass der Arzt sicherstellen muss, dass auch spezialisierte Ärzte keine Mittel kennen, die das Leid des Suizidenten minimieren. Es wird nicht deutlich, auf welchem Gebiet diese Ärzte „spezialisiert“ sein sollen und wie lange die ärztliche Erkundigung dauern darf.⁶³ Ein weiteres Problem ergibt sich aus § 3 Abs. 4 SbStG: Nach § 3 Abs. 4 SbStG kann von der Frist des § 3 Abs. 1 Nr. 6 SbStG im Falle einer „außergewöhnlichen Härte“ eine Ausnahme gemacht werden. Weder aus dem Entwurf noch aus dessen Begründung wird deutlich, wann eine „außergewöhnliche Härte“ zu bejahen ist.⁶⁴ Auch § 4 SbStG ist im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot verbesserungswürdig, da die Übersichtlichkeit der Regelung durch ihre zahlreichen Vorgaben und Verweise erheblich erschwert wird. Die beiden wesentlichen Vorschriften des Entwurfes genügen daher nicht den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots.

Nichtsdestotrotz gilt es hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgendes festzustellen: Der Entwurf verfolgt den legitimen Zweck, die selbstbestimmte Entscheidung des Einzelnen über das eigene Leben und Sterben zu sichern.⁶⁵ Allerdings müsste der Entwurf auch geeignet sein, die Erreichung dieses Zweckes zumindest zu fördern. Wie bereits gesehen, wird der Suizident in § 3 Abs. 1 Nr. 1 SbStG dazu verpflichtet dem Arzt seinen Sterbewillen zu erläutern. Eine solche Erläuterungspflicht ist unter keinen Umständen geeignet den Zweck des Entwurfes zu erreichen. Aus demselben Grund ist der Entwurf auch nicht erforderlich, da die Erläuterungspflicht so stark in das Selbstbestimmungsrecht eingreift, dass jedenfalls mildere Mittel existieren. Darüber hinaus ist er auch unangemessen, da er vermittelt, dass eine ergebnisoffene Beratung nicht gewünscht ist, sondern der Einzelne davon überzeugt werden soll seine Suizidentscheidung noch einmal grundlegend zu überdenken. Dies wirkt der Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit der Suizidentscheidung entgegen.⁶⁶ Des Weiteren spricht für die Unangemessenheit, dass der Betroffene, der sich nicht in einer medizinischen Notlage befindet, in seinem Antrag auf Zugang zu einem Medikament „schlüssig“ seine Beweggründe erörtern muss.⁶⁷ Die Erfüllung dieser Vorgabe setzt einen gewissen Bildungsgrad und entsprechende sprachliche Fähigkeiten voraus. Es ist davon auszugehen, dass nicht jede Person dazu in der Lage ist die Beweggründe für ihren Sterbewunsch in mehreren Punkten schlüssig zu erörtern.⁶⁸ Darin kann eine unzulässige Benachteiligung von Personen gesehen werden, die keine entsprechende Bildung genossen haben, beziehungsweise nicht über die finanziellen Mittel verfügen die Aufgabe

⁶¹ Neumann, NJOZ 2021, 385 (388).

⁶² Eberbach, MedR 2022, 455 (460).

⁶³ Eberbach, MedR 2022, 455 (460).

⁶⁴ Eberbach, MedR 2022, 455 (461).

⁶⁵ BT-Drs. 20/2293, S. 12.

⁶⁶ Rostalski, GA 2022, 209 (214).

⁶⁷ BT-Drs. 20/2293, S. 14.

⁶⁸ Eberbach, MedR 2022, 455 (461); Rostalski, GA 2022, 209 (215).

der Verschriftlichung zu delegieren. Der Entwurf genügt somit nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Der Entwurf steht folglich nicht im Einklang mit den Anforderungen des *BVerfG* und des Verfassungsrechts.

(3) Stellungnahme

Der Entwurf ist ungenügend und nicht durchsetzbar. Zwar ist es wichtig, dass der Betroffene die Entscheidung über die Realisierung seines Sterbewunsches wohlüberlegt trifft, allerdings stellt der Entwurf zu hohe bürokratische Anforderungen. Darüber hinaus ist die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 SbStG geforderte Beratungspflicht besonders problematisch und entspricht keinesfalls den Anforderungen des *BVerfG*. Ferner werden die zentralen Vorschriften des Entwurfes (§ 3 und § 4 SbStG) dem Bestimmtheitsgebot nicht gerecht. Der Entwurf hält außerdem der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand.

cc) Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, Die Grünen, FDP und Die Linke

Darüber hinaus existiert ein Gesetzentwurf von 68 Abgeordneten aus den Fraktionen SPD, Die Grünen, FDP und Die Linke.⁶⁹

(1) Vorstellung des Entwurfes

Der Entwurf schlägt ein neues Gesetz zur Regelung der Suizidhilfe (SHG) vor.⁷⁰ Nach § 2 Abs. 1 SHG ist es jedermann gestattet einem anderen, der aus autonom gebildeten, freien Willen sein Leben beenden möchte, Hilfe zu leisten. In § 3 SHG werden Vorgaben für die Annahme eines autonom gebildeten, freien Willens benannt. Darüber hinaus soll gem. § 4 SHG ein Recht auf eine kostenlose Beratung für Suizidwillige eingeführt werden. Dabei enthält § 4 Abs. 2 SHG in seinen Nummern 1-6 bestimmte Anforderungen an die Informationen, die dem Suizidwilligen während des Beratungsgespräches zu vermitteln sind. Die Länder sollen für die Durchführung der Beratung ein ausreichendes Angebot an Beratungsstellen sicherstellen, welche der staatlichen Anerkennung bedürfen (§ 5 SHG). Nach Abschluss der Beratung hat die Beratungsstelle der beratenen Person, sofern sie nicht anonym bleiben möchte, eine mit Namen und Datum versehene Bescheinigung darüber auszustellen, dass eine Beratung stattgefunden hat (§ 4 Abs. 7 S. 1 SHG). Für den Fall, dass der Suizidwillige ein Arzneimittel zum Zwecke der Selbsttötung begehrt, wandelt sich das Beratungsrecht in eine Beratungspflicht um, da ein Arzt im Vorfeld der Verschreibung des Medikamentes unter anderem die Vorlage einer Beratungsbescheinigung fordern muss (§ 6 Abs. 2, 3 SHG). Die Bescheinigung darf zum Zeitpunkt der Vorlage höchstens 8 Wochen alt sein (§ 6 Abs. 3 SHG). Von einer Dauerhaftigkeit und Festigkeit des Sterbewunsches darf nach § 6 Abs. 5 SHG ausgegangen werden, wenn seit der Beratung zehn Tage vergangen sind. Der Entwurf sieht außerdem eine Anpassung des BtMG und des StGB vor.⁷¹

(2) Überprüfung des Entwurfes

Der Entwurf müsste sowohl den vom *BVerfG* aufgestellten als auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Der Entwurf macht die Zulässigkeit von Suizidhilfe nicht von materiellen Kriterien abhängig. Er trifft darüber hinaus in §§ 2 Abs. 1, 3, 4, 6 SHG verschiedene Maßnahmen zur Sicherstellung der Selbstbestimmung

⁶⁹ BT-Drs. 20/2332.

⁷⁰ BT-Drs. 20/2332, S. 2.

⁷¹ BT-Drs. 20/2332, S. 8.

des Suizidwilligen. Allerdings ist fraglich, ob diese ausreichend sind. Für die Verschreibung eines tödlich wirkenden Medikaments ist gem. § 6 Abs. 1, 3 SHG die Durchführung eines Beratungsgesprächs, die Ausstellung einer Bescheinigung über die Durchführung (§ 4 Abs. 7 SHG) und die Vorlage dieser bei einem Arzt, der den Suizidwilligen über die wesentlichen medizinischen Umstände aufklären muss (§ 6 Abs. 2 SHG), erforderlich. Durch den Verzicht auf weitere Verfahrensschritte besteht die Gefahr, dass das Verfahren aus Sicht des Betroffenen ein singulär platziertes Hindernis darstellt und nicht als begleitender Prozess wahrgenommen wird, aus dem die Suizidentscheidung kritisch-konstruktiv hervorgehen soll.⁷² Der Entwurf enthält folglich nicht genügend Maßnahmen zur Sicherstellung der Selbstbestimmung des Suizidwilligen. Artikel 2 des Entwurfs sieht eine Änderung des BtMG vor, sodass dieser Anforderung des *BVerfG* entsprochen wird. Gemäß § 2 Abs. 3 SHG darf es niemanden aufgrund seiner Berufszugehörigkeit untersagt werden Hilfe zu leisten oder Hilfeleistung zu verweigern. Diese Vorschrift nimmt – entsprechend der Vorgabe des *BVerfG* – das ärztliche Berufsrecht in den Blick, wie allerdings oben gesehen wäre es sinnvoller, keine entsprechende Regelung zu treffen.⁷³ Gemäß § 2 Abs. 2 SHG kann niemand verpflichtet werden Hilfe zur Selbsttötung zu leisten.

Fraglich ist, ob der Entwurf eine unzulässige Beratungspflicht statuiert, da die Verschreibung eines tödlichen Arzneimittels gem. § 6 Abs. 3 SHG von der Vorlage einer Beratungsbescheinigung abhängt. Der Suizidwillige ist jedoch nicht verpflichtet seinen Suizidwunsch zu begründen oder zu rechtfertigen, sodass keine unzulässige Beratungspflicht besteht. Der Entwurf kann folglich nur in Teilen mit den Vorgaben des *BVerfG* in Einklang gebracht werden.

Der Entwurf müsste den Anforderungen des Verfassungsrechtes genügen. Fraglich ist, ob der Entwurf mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) zu vereinbaren ist. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 SHG muss der Betroffene dazu in der Lage sein, Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung „vollumfänglich“ zu erfassen. In der Begründung des Entwurfes wird diesbezüglich auf die Fähigkeit zur Einwilligung in eine medizinische Behandlung in Kenntnis von Art, Bedeutung und Tragweite der Entscheidung verwiesen.⁷⁴ Der Begriff „vollumfänglich“ vermittelt jedoch eine noch umfassendere Kenntnis – ohne dass deren Dimension für den Einzelnen erkennbar wird.⁷⁵ Ebenfalls problematisch sind die zahlreichen unbestimmten Begriffe in § 3 Abs. 2, 4 SHG: Kenntnis aller „entscheidungserheblichen“ Gesichtspunkte; „hinreichende“ Beurteilungsgrundlage; „realitätsgerechte“ Abwägung von Für und Wider; Entscheidung in Kenntnis aller „erheblichen“ Umstände und Optionen; Entschluss von „gewisser Dauerhaftigkeit“. In der Begründung beruft sich der Entwurfsersteller zwar zum Teil auf Ausführungen des *BVerfG*,⁷⁶ allerdings ist dadurch für den Suizidenten nicht erkennbar was konkret gemeint ist.⁷⁷ Des Weiteren sorgt die Regelung, dass der Suizident gem. § 4 Abs. 4 SHG bei der Beratungsstelle anonym bleiben kann für Verwirrung. Sie steht im Widerspruch zu § 6 Abs. 3 SHG, wonach der Betroffene für die Ausstellung eines Rezepts für ein Medikament zum Zwecke der Selbsttötung eine mit Namen versehene Bescheinigung (§ 4 Abs. 7 SHG) über ein erfolgtes Beratungsgespräch vorlegen muss. Der Widerspruch wird dadurch aufgelöst, dass Anonymität nur dann möglich ist, wenn der Suizident ausschließlich beraten werden will und kein Rezept (§ 6 Abs. 3 SHG) begehrt. Allerdings geht dies für den Betroffenen nicht ohne Weiteres aus dem Entwurf hervor. Folglich entspricht der Entwurf nicht den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes. Der Entwurf müsste der Verhältnismäßigkeits-

⁷² Pietsch, KriPoZ 2022, 148 (156).

⁷³ Siehe oben II.4.a)aa)(2).

⁷⁴ BT-Drs. 20/2332, S. 13 f.

⁷⁵ Eberbach, MedR 2022, 455 (461).

⁷⁶ BT-Drs. 20/2332, S. 14.

⁷⁷ Eberbach, MedR 2022, 455 (461).

prüfung standhalten. Er verfolgt den legitimen Zweck das Personen, die sich mit dem Thema Sterben und Suizidhilfe auseinandersetzen, nicht allein gelassen werden und sich des Schutzes und der Fürsorge durch die Gesellschaft bewusst sind.⁷⁸ Der Entwurf ist geeignet diesen Zweck zu erreichen, da er den Fokus einerseits auf Personen legt, die sterben möchten und andererseits auch Angehörige und Freunde, sowie (andere) Menschen berücksichtigt, die helfen wollen.⁷⁹ Außerdem müsste er erforderlich sein. Als Alternative käme der, oben vorgestellte, Entwurf eines eigenständigen Gesetzes zum Schutz des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in Betracht.⁸⁰ Aufgrund des Umstandes, dass der vorliegende Entwurf keine unzulässige Begründungspflicht statuiert, sind allerdings keine mildereren gleich effektiven Mittel ersichtlich. Der Entwurf müsste auch angemessen sein. Im Zuge dieser Prüfung muss die Selbstbestimmungsfreiheit des Einzelnen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) gegen das Ziel des Entwurfes, dass Personen, die sich mit dem Thema Sterben und Suizidhilfe auseinandersetzen nicht allein gelassen werden und sich des Schutzes und der Fürsorge durch die Gesellschaft bewusst sind abgewogen werden. Problematisch ist, dass der Suizident, nachdem er einen Arzt für die Ausstellung des erforderlichen Medikaments aufgesucht hat, gem. § 6 Abs. 2 SHG erneut umfassend über zahlreiche Gesichtspunkte aufgeklärt werden muss. Es ist nicht einleuchtend, aus welchem Grund eine erneute Aufklärung erfolgen muss, wenn der Betroffene bereits bei der Beratung nach § 4 SHG so intensiv informiert wurde, dass er realitätsgerecht über das Für und Wider des geplanten Suizids in Kenntnis gesetzt wurde. Darin kann eine Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des Suizidenten gesehen werden.⁸¹ Des Weiteren besteht die Gefahr eines faktischen Leerlaufens des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben, da die Ärzte nach dem Entwurf freiwillig über die Suizidhilfe entscheiden können und gleichzeitig ein Arztmonopol bei der Arzneimittelverschreibung besteht.⁸² Der Entwurf des Sterbehilfegesetzes ist somit unangemessen. Folglich ist der Entwurf nicht mit den Anforderungen des *BVerfG* und des Verfassungsrechts in Einklang zu bringen.

(3) Stellungnahme

Auch dieser Entwurf ist ungenügend und nicht realisierbar. Erforderlich wäre, dass er um zusätzliche Verfahrensschritte ergänzt wird, damit sichergestellt ist, dass der Suizidwillige seine Entscheidung kritisch-konstruktiv entwickelt. Darüber hinaus sind Änderungen der Regelungen unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebots erforderlich. Der Entwurfsersteller sollte dafür sorgen, dass das Selbstbestimmungsrecht des Suizidenten mehr Beachtung findet.

b) Diskussionsentwurf des Bundesgesundheitsministeriums

Auch das Bundesministerium für Gesundheit hat einen Gesetzentwurf vorgelegt. Dieser sieht ein „Gesetz zur Neufassung der Strafbarkeit der Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der freiverantwortlichen Suizidentcheidung“ (Entwurf-BMG) vor.⁸³

aa) Vorstellung des Entwurfes

Der Entwurf schlägt die Einführung zwei neuer Straftatbestände im StGB (§§ 217, 217a StGB-E), sowie die Schaffung eines eigenständigen Gesetzes zur Regelung der Hilfe zur Selbsttötung (StHG) vor.⁸⁴ § 217 Abs. 1 StGB-E

⁷⁸ BT-Drs. 20/2332, S. 10.

⁷⁹ BT-Drs. 20/2332, S. 10.

⁸⁰ Siehe oben II.4.a)bb).

⁸¹ Eberbach, MedR 2022, 455 (462).

⁸² Siehe auch Lindner, ZRP 2020, 66 (67).

⁸³ Abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Suizidhilfe_Gesetz_Arbeitsentwurf.pdf (zuletzt abgerufen am 3.11.2022).

⁸⁴ Entwurf-BMG, S. 1.

stellt die Hilfe zur Selbsttötung unter Strafe. In § 217 Abs. 2 StGB-E wird sodann eine Ausnahme geregelt. Die Hilfe zur Selbsttötung ist straflos, wenn der Suizidwillige volljährig ist bzw. bei Minderjährigkeit eine Genehmigung des Familiengerichts eingeholt hat (Nr. 1 lit. a), entsprechend § 630e Abs. 1, 2 BGB ärztlich aufgeklärt wurde (Nr. 1 lit. b), frei von Willensmängeln handelt und dies nach ergänzend im Entwurf-BMG vorgeschlagenen Verfahrensregeln ärztlich festgestellt wurde (Nr. 1 lit. c), der Betreffende sich in spezifischer Weise hat beraten lassen (Nr. 1 lit. d) und seit Ausstellung der auf diese Weise erlangten Bescheinigung – mit Ausnahme von Härtefällen – 6 Monate vergangen sind (Nr. 2). Gemäß § 217 Abs. 3 StGB-E bleiben Angehörige und Nahestehende stets straffrei. Darüber hinaus sieht der Entwurf die Einführung eines Werbeverbotes für die Hilfe zur Selbsttötung in § 217a StGB vor. Diese strafrechtlichen Vorschriften stehen im Zusammenhang mit dem im Entwurf enthaltenen StHG. Das StHG regelt insbesondere die Anforderungen an das Verfahren zur Feststellung der Abwesenheit von für den Selbsttötungsentschluss relevanten akuten psychischen Störungen i.S.d. § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. c StGB-E (§ 3 StHG), sowie an das Verfahren und den Inhalt der gem. § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. d StGB-E verpflichtenden Beratung (§§ 4-7 StHG). Daneben soll das StHG die Einrichtung, staatliche Anerkennung, Kontrolle und Förderung der Beratungsstellen (§§ 9-12 StHG-E), die Anerkennung von Sterbehilfeorganisationen (§ 13 StHG-E) und die Kosten der Sterbehilfe regeln (§ 14 StHG-E). Außerdem sieht der Entwurf eine Änderung des BtMG vor.

bb) Überprüfung des Entwurfes

Fraglich ist, ob der Entwurf den Anforderungen des *BVerfG* und des Verfassungsrechts genügt. Zunächst gilt es festzustellen, dass der Entwurf die Zulässigkeit von Suizidhilfe nicht von materiellen Kriterien abhängig macht, sondern zulässigerweise gem. § 217 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E i.V.m. § 7 SHG bei „Härtefällen“ unterschiedliche Anforderungen an die Wartefrist stellt. Der Entwurf trifft verschiedene Maßnahmen zur Sicherstellung der Selbstbestimmung des Suizidwilligen: § 217 StGB-E ist als eine Vorschrift mit Erlaubnisvorbehalt konstruiert und § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. c StGB-E i.V.m. § 3 StHG regelt, dass bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen, damit jemand seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung gebildet hat und nach dieser Einsicht handeln kann. Darüber hinaus schreibt § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. d StGB-E i.V.m. § 4 StHG vor, dass eine Beratung erfolgen muss. Fraglich ist, ob diese Vorgabe eine unzulässige Beratungspflicht darstellt. Gemäß § 5 StHG soll die Beratung ergebnisoffen geführt werden. Die Beratungsstelle hat ausschließlich zu bescheinigen, dass eine Beratung stattgefunden hat, in der die beratende Person auf die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung des Suizidwilligen hingewirkt hat. Es erfolgt also keine Begutachtung des Suizidwilligen durch die beratende Person und er ist keiner Begründungs- und Rechtfertigungspflicht ausgesetzt.⁸⁵ Außerdem setzt § 217 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E i.V.m. § 5 Abs. 3 StHG eine Wartefrist von mindestens sechs Monaten voraus. Durch § 217a StGB-E soll vor grob anstößiger Werbung für Hilfe zur Suizidhilfe geschützt werden. Der Entwurf-BMG enthält keine Aussage über das ärztliche Berufsrecht. Er sieht eine Änderung des BtMG vor. Durch § 2 Abs. 2 StHG und die Ausgestaltung von § 217 StGB-E als Erlaubnisvorbehalt wird sichergestellt, dass niemand zur Hilfe zur Selbsttötung verpflichtet ist. Der Entwurf genügt somit – mit Ausnahme einer Regelung über das ärztliche Berufsrecht – den Anforderungen des *BVerfG*.

Der Entwurf müsste den Anforderungen des Verfassungsrechts genügen. Die §§ 217, 217a StGB-E müssten dem Schutz eines Rechtsgutes dienen. § 217 StGB-E dient dem Schutz der Selbstbestimmung, des Lebens und des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben.⁸⁶ Folglich schützt § 217 StGB Rechtsgüter. Hinsichtlich § 217a StGB gelten

⁸⁵ Rostalski, GA 2022, 209 (223).

⁸⁶ Entwurf-BMG, S. 16.

die Ausführungen zum „Castellucci-Entwurf“ entsprechend.⁸⁷ Der Entwurf müsste auch den Anforderungen des ultima-ratio Prinzips genügen. Als weniger eingreifendes Mittel käme eine Regelung außerhalb des Strafrechts in Betracht. Allerdings kann hier dieselbe Begründung herangezogen werden, die bereits im Rahmen der Überprüfung des „Castellucci-Entwurfs“⁸⁸ gewählt wurde: dadurch, dass §§ 217, 217a StGB-E als „Verbote mit Erlaubnisvorbehalt“ konstruiert sind werden nur Formen der Sterbehilfe und der Werbung unter Strafe gestellt, die nicht mit den zu schützenden Rechtsgütern in Einklang zu bringen sind. Der Schutz des Lebens, der Selbstbestimmung und des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben sind berechtigte Anliegen, die den Schutz der Strafrechtsordnung verdienen. Der Entwurf genügt den Anforderungen des ultima-ratio Prinzips.

Des Weiteren müssten die Neuregelungen des StGB und des StHG den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG) genügen. Problematisch ist, dass zahlreiche Verweisungen nicht nachvollziehbar sind. Gemäß § 217 Abs. 2 StGB-E ist eine Voraussetzung für die Straffreiheit der Suizidhilfe, dass der Suizidwillige nach § 4 StHG beraten wurde. Allerdings regelt § 4 StHG die Beratung nicht. Die Norm legt fest, dass die Beratung in einer nach § 9 StHG vorgesehenen Beratungsstelle zu erfolgen hat. Folglich geht die Verweisung fehl. Richtig wäre eine Verweisung auf § 5 StHG. Auch in § 6 Abs. 5 StHG geht der Verweis ins Leere, demnach darf eine Person bei der Selbsttötung keine Hilfe leisten, wenn sie an der Beratung nach § 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. d StGB-E beteiligt war. Diese Vorschrift verweist aber ihrerseits auf die Beratung nach § 4 StHG. Dort ist allerdings – wie gesehen – nicht die Beratung geregelt, § 4 StHG verweist zurück auf § 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. d StGB-E, sodass eine „Kreisverweisung“ vorliegt. Bezüglich des Begriffes „nahestehend“ und dessen Unvereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot gelten die oben getroffenen Aussagen entsprechend.⁸⁹ Diesbezüglich genügt der Entwurf folglich nicht den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes. Da auch dieser Entwurf einen Eingriff in die Selbstbestimmungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) darstellt, gilt es zu überprüfen, ob er den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips genügt. Der Entwurf dient dem legitimen Zweck, die Selbstbestimmung über das eigene Leben zu schützen und sicherzustellen, dass die zur Selbsttötung entschlossene Person ihren Entschluss aufgrund eigener und selbstbestimmter Entscheidung getroffen hat.⁹⁰ Er ist aufgrund der Kombination von strafrechtlichen Neuregelungen und der Einführung eines Suizidhilfegesetzes auch geeignet diesen Zweck zu erreichen. Darüber hinaus ist der Entwurf erforderlich. Als milderer Mittel käme auch hier die Einführung eines Gesetzes außerhalb des Strafrechts in Betracht. Allerdings ist die Abschreckungswirkung des Strafrechts größer, sodass eine Verbotsregelung mit Erlaubnisvorbehalt im StGB in Verbindung mit Verfahrensschritten in einem eigenständigen Gesetz effektiver ist als eine bloße Regelung außerhalb des Strafrechts. Fraglich ist, ob der Entwurf auch angemessen ist. Gegen die Angemessenheit des Entwurfs könnten die gewählten Verfahrensanforderungen sprechen. Der Entwurf legt fest, dass jeder Sterbewillige (auch „Härtefälle“) insgesamt drei Termine durchlaufen muss. Da insbesondere das Warten auf einen Termin bei einem Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie mehrere Monate in Anspruch nehmen kann kommt es im Ergebnis zu einer weiteren Verlängerung der Wartefrist.⁹¹ Allerdings wird dadurch sichergestellt, dass der Betroffene das Verfahren als begleitenden Prozess wahrnimmt, aus dem die Suizidentscheidung kritisch-konstruktiv hervorgeht. Problematisch ist, dass die ärztlichen Begutachtungen laut Entwurf vor der Beratung stattfinden (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 SHG) sollen. Dadurch solle sichergestellt werden, dass Personen, die aufgrund ihrer psychischen Verfassung keinen selbstbestimmten Entschluss über die Selbsttötung treffen können, die Beratung nicht in Anspruch nehmen.⁹² Dies erscheint im Hinblick auf

⁸⁷ Siehe oben II.4.a)aa)(2).

⁸⁸ Siehe oben II.4.a)aa)(2).

⁸⁹ Siehe oben II.4.a)aa)(2).

⁹⁰ Entwurf-BMG, S. 14.

⁹¹ Rostalski, GA 2022, 209 (223).

⁹² Entwurf-BMG, S. 24.

die daraus resultierenden Nachteile für die Gewährleistung einer freiverantwortlichen Entscheidung wenig sinnvoll, da die Ärzte ihre Beurteilung gerade nicht nur auf psychische Einschränkungen richten sollen, sondern sämtliche denkbare Gründe für Willensmängel begutachten sollen. Dafür ist es von Vorteil, wenn vorab ein Beratungsgespräch stattgefunden hat, welches dem Suizidwilligen ermöglicht seine eigenen Motive zu reflektieren, zu überdenken oder zu festigen.⁹³ Außerdem ist § 3 Abs. 4 StHG unangemessen, da dieser vorschreibt, dass – falls sich die zwei Ärzte gem. § 3 Abs. 1 StHG nicht einigen können – der Suizident das Betreuungsgericht anrufen kann, welches dann entscheidet, ob bei ihm i.S.v. § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. c StGB-E ein freier Wille, unbeeinflusst von psychischen Störungen, vorliegt. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund ein Betreuungsrichter zu einer solchen Feststellung besser geeignet sein soll als die Ärzte.⁹⁴ Hinsichtlich der Angemessenheit des § 217a StGB-E bestehen keine Probleme, da er die Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung nicht generell unter Strafe stellt. Der Entwurf ist somit in Teilen unangemessen. Der BMG-Entwurf ist mit den Anforderungen des *BVerfG* und des Verfassungsrechts nur in Teilen zu vereinbaren.

cc) Stellungnahme

Der Entwurf stellt eine gute Anknüpfunggrundlage dar, wobei dennoch einige Änderungen wünschenswert sind: Verbesserungsbedarf besteht bei den zahlreichen, nicht nachvollziehbaren Verweisungen. Im Vergleich zu den anderen Entwürfen ist positiv zu bewerten, dass die verpflichtende Beratung ergebnisoffen zu führen ist und lediglich eine Teilnahmebescheinigung ausgestellt werden muss. Aus inhaltlichen Gründen besteht Änderungsbedarf bei § 3 Abs. 4 StHG. Eine weitere empfehlenswerte Änderung ist, dass die ärztliche Begutachtung nach der Beratung stattfinden sollte.

c) Vorschläge aus der Literatur

Nachfolgend werden die Vorschläge der Literatur vorgestellt und überprüft.

aa) Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf

Der Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf schlägt die Schaffung eines Gesetzes zur Gewährung selbstbestimmten Sterbens und Suizidhilfe vor (AMHE-SterbehilfeG).

(1) Vorstellung des Entwurfes

Der Gesetzentwurf enthält ausführliche Regelungen zu den Themen Suizidproblematik, Behandlungsverzicht, Behandlungsbegrenzung und Behandlungsabbruch (§ 3 AMHE), zur „aktiven Sterbehilfe“ (§ 6 AMHE), sowie zur „indirekten Sterbehilfe“ (§ 7 AMHE).⁹⁵ Im Folgenden erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Regelungen zum assistierten Suizid. Gemäß § 2 Abs. 1 AMHE hat jeder ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Voraussetzung für dieses Recht ist nach § 2 Abs. 2 AMHE, dass der Suizident seinen Willen frei bilden und nach diesem Willen handeln kann. § 5 Abs. 1 AMHE statuiert, dass die Suizidassistenz zulässig ist. Unter einschränkenden Voraussetzungen dürfen Ärzte nach § 5 Abs. 2 AMHE und geschäftsmäßig mitwirkende Vereinigungen nach § 5 Abs. 3 AMHE Hilfe leisten. Damit der Suizident die Unterstützung des Arztes bzw. der Vereinigung erhält muss er nach § 5 Abs. 2 AMHE mehrere Schritte durchlaufen. Er muss an einer Beratung nach § 8 Abs. 1 AMHE teilnehmen, die auf eine Vielzahl von Gesichtspunkten eingeht. Außerdem ist das Gutachten einer Kommission nach § 9

⁹³ Rostalski, GA 2022, 209 (223 f.).

⁹⁴ Eberbach, MedR 2022, 455 (464).

⁹⁵ Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch, AMHE-SterbehilfeG, 2021, S. 35 ff.

Abs. 1 AMHE über die Freiverantwortlichkeit des Suizidenten erforderlich. Danach bestehen für den Suizidwilligen zwei Möglichkeiten, um an ein tödlich wirkendes Medikament zu gelangen: Die erste Möglichkeit ist, zu seinen ihm gem. § 8 Abs. 2 AMHE unterstützenden Arzt zu gehen und ihm zu belegen, dass die Beratung nach § 9 AMHE erfolgt ist. Daraufhin kann der Arzt ihm nach § 10 Abs. 1 AMHE das zur Selbsttötung erforderliche Medikament verschreiben. Die zweite Möglichkeit des Suizidenten ist, dass die Kommission ihm nach § 9 Abs. 3 AMHE auf Antrag eine Bescheinigung ausstellt, die einer ärztlichen Verschreibung entspricht. Voraussetzung für die Ausstellung einer solchen Bescheinigung ist der Nachweis der Beratung und, dass die Kommission die Freiverantwortlichkeit festgestellt hat. Der Entwurf sieht in seinem Annex außerdem eine Aufhebung von § 216 StGB vor.⁹⁶

(2) Überprüfung des Entwurfes

Es gilt zu klären, ob der Entwurf den Anforderungen des *BVerfG* und des Verfassungsrechts genügt. Der Entwurf macht die Zulässigkeit von Suizidhilfe nicht von materiellen Kriterien abhängig. Darüber hinaus enthält er Maßnahmen zur Sicherstellung der Selbstbestimmung des Suizidwilligen. Nach § 8 Abs. 1 AMHE hat der Suizident sich einer Beratung nach § 8 Abs. 1 AMHE zu unterziehen. Fraglich ist, ob dies eine unzulässige Beratungspflicht darstellt.⁹⁷ Im Ergebnis ist dies zu verneinen, weil der Suizidwillige keiner Begründungs- und Rechtfertigungspflicht ausgesetzt ist, da Gegenstände der Beratung lediglich alternative Behandlungsmöglichkeiten, Versorgungsangebote, Hinweise auf die Palliativversorgung sowie Art und Ablauf eines Suizids sein müssen. Der Entwurf enthält sinnvollerweise keine Aussagen zum Berufsrecht der Ärzte und Apotheker. Hinsichtlich des Betäubungsmittelrechts soll § 10 AMHE *lex specialis* zu § 13 Abs. 1 BtMG darstellen.⁹⁸ § 10 Abs. 1 S. 1 AMHE konkretisiert das Merkmal der Begründetheit in § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG, indem die Norm festlegt, dass ein Arzt ein in Anlage Abs. 3 des BtMG bezeichnetes Betäubungsmittel zum Zweck des Suizids verschreiben kann, wenn die Voraussetzungen eines zulässigen ärztlich assistierten Suizids nach § 5 Abs. 3 AMHE oder einer rechtmäßigen aktiven Sterbehilfe nach § 6 AMHE vorliegen. § 12 Abs. 1 AMHE stellt klar, dass niemand zur Mitwirkung an einem freiverantwortlichen Suizid verpflichtet ist. Der Entwurf genügt somit teilweise den Anforderungen des *BVerfG*.

Der Entwurf müsste auch mit den Anforderungen des Verfassungsrechts in Einklang zu bringen sein. Er müsste den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) genügen. Eine Unklarheit ergibt sich aus § 5 Abs. 2 Nr. 3 AMHE. Dieser statuiert, dass ein Arzt nur dann Suizidhilfe leisten darf, wenn unter anderem eine Dokumentation nach § 8 Abs. 2 AMHE erfolgt ist. Allerdings ist dies widersprüchlich, da § 8 Abs. 2 AMHE davon ausgeht, dass der Suizid schon durchgeführt und anschließend dokumentiert wurde, sodass diese Dokumentation nicht Voraussetzung für die noch bevorstehende Suizidhilfe des Arztes sein kann.⁹⁹ Ansonsten entspricht der Entwurf dem Bestimmtheitsgebot.

Der Entwurf müsste der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten. Zunächst müsste der Entwurf einen legitimen Zweck verfolgen. Laut § 1 AMHE soll das Gesetz das Recht auf selbstbestimmtes Sterben gewährleisten und zugleich die Suizidprävention stärken. Die Regelungen des Sterbehilfegesetzes dienen somit dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), woraus laut *BVerfG* das Recht auf eine freie und selbstbestimmte Entscheidung von Menschen über ihr Leben

⁹⁶ Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch, S. 11.

⁹⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).

⁹⁸ Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch, S. 70.

⁹⁹ Eberbach, MedR 2022, 455 (462).

resultiert.¹⁰⁰ Dadurch, dass der Entwurf auch auf die Stärkung der Suizidprävention abzielt, soll den Personen Rechnung getragen werden, die aufgrund der Ausübung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben einen Menschen verlieren.¹⁰¹ Der Entwurf verfolgt folglich einen legitimen Zweck. Der Entwurf ist auch geeignet diesen Zweck zu erreichen. Des Weiteren ist der Entwurf erforderlich, da keine mildereren, gleich effektiven Mittel ersichtlich sind. Fraglich ist, ob der Entwurf auch angemessen ist. Damit der Suizident die Unterstützung des Arztes oder der Vereinigung erhält muss er zahlreiche Schritte durchlaufen. Infolge der Beratung nach § 8 Abs. 1 AMHE muss der Suizident – wie gesehen – ein Gutachten einer Kommission über die „Freiverantwortlichkeit“ einholen. Allerdings kann wohl angenommen werden, dass nach einer umfassenden Beratung i.S.d. § 8 Abs. 1 AMHE die geistige und psychische Verfassung des Suizidwilligen bereits deutlich geworden ist. Dadurch, dass der Suizident sich nochmal der Prozedur einer Begutachtung unterziehen muss, wird sein Recht eine freie und selbstbestimmte Entscheidung über sein Leben zu treffen unterlaufen. Es ist außerdem fragwürdig, aus welchem Grund die Kommission nach § 9 Abs. 2 S. 1 AMHE unter anderem mit einer Person mit Befähigung zum Richteramt und einem Laien besetzt sein soll. Inwiefern diese qualifiziert sind über die Freiverantwortlichkeit des Suizidwilligen zu entscheiden ist nicht ersichtlich. Der Entwurf ist folglich unangemessen und nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu vereinbaren. Der Entwurf genügt teilweise den Anforderungen des *BVerfG*, ist aber nicht mit dem Verfassungsrecht in Einklang zu bringen.

(3) *Stellungnahme*

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte lässt sich folgendes festhalten: Grundsätzlich genügt der Entwurf den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots, allerdings besteht Änderungsbedarf im Hinblick auf die Regelung des § 5 Abs. 2 Nr. 3 AMHE – eine Dokumentation nach § 8 Abs. 2 AMHE darf nicht Voraussetzung für die noch bevorstehende Suizidhilfe sein. Es ist empfehlenswert, in § 5 Abs. 2 Nr. 3 AMHE nicht auf § 8 Abs. 2 AMHE zu verweisen, sondern eine neue Regelung einzuführen, welche die Anforderungen an eine Dokumentation vor der Suizidhilfe regelt. Des Weiteren sollte das Erfordernis der Begutachtung durch eine Kommission (§ 8 Abs. 2 S. 3 Nr. 6 AMHE) gestrichen werden, da dadurch das Recht des Suizidenten eine freie und selbstbestimmte Entscheidung über sein Leben zu treffen unterlaufen wird.

bb) Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing

Ein weiterer Gesetzesvorschlag zur Regelung des assistierten Suizids ist der von Gian Domenico Borasio, Ralf J. Jox, Jochen Taupitz und Urban Wiesing.

(1) *Vorstellung des Entwurfes*

Der Entwurf enthält 3 Artikel. Artikel 1 regelt die Hilfe zur Selbsttötung (§ 217 StGB-E) und die Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung (§ 217a StGB-E). Darüber hinaus enthält Artikel 2 eine Änderung zu § 13 BtMG und Artikel 3 regelt das Inkrafttreten.¹⁰² § 217 StGB-E ist anschaulicher, wenn seine Absätze in umgekehrter Reihenfolge vorgestellt werden. In § 217 Abs. 3 StGB-E wird die Suizidhilfe grundsätzlich unter Strafe gestellt. Diese Strafandrohung gilt jedoch nicht, wenn die Voraussetzungen von § 217 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB-E erfüllt sind. Nach § 217 Abs. 2 StGB-E machen sich Angehörige oder nahestehende Personen eines freiverantwortlichen Volljährigen nicht strafbar, wenn sie die Selbsttötung auf sein ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen hin unterstützen.

¹⁰⁰ Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch, S. 35.

¹⁰¹ Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch, S. 35f.

¹⁰² Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, Selbstbestimmung im Sterben, 2. Aufl. (2020), S. 31 ff.

Ein Arzt bleibt im Falle des Hilfeleistens zur Selbsttötung gem. § 217 Abs. 1 StGB bei Erfüllung der 5 enumerierten Voraussetzungen straffrei. Voraussetzung ist, dass der Arzt nach einem persönlichen Gespräch mit dem Suizidwilligen von dessen reiflicher Überlegung, der Dauerhaftigkeit des Entschlusses, dem Fehlen psychischer Störungen sowie einer nur vorübergehenden Lebenskrise überzeugt ist (Nr. 1). Außerdem muss der Arzt sich sicher sein, dass der Entschluss zur Selbsttötung nicht auf Zwang, Drohung, Täuschung oder sonstige unzulässige Einflussnahme durch Dritte zurückzuführen ist (Nr. 2). Darüber hinaus muss der Suizidwillige „lebensorientiert“ und umfassend aufgeklärt werden (Nr. 3), sowie ein persönliches Gespräch mit mindestens einem weiteren Arzt führen, welcher die Feststellung des ersten Arztes bestätigt (Nr. 4). Nach diesem zweiten Gespräch muss eine Frist von 10 Tagen vergehen an deren Ende der Arzt nach wie vor davon überzeugt sein muss, dass der Sterbewunsch des Suizidenten „realitätsbezogen und am eigenen Selbstbild des Betroffenen orientiert ist“ (Nr. 5). § 217a StGB-E regelt das Verbot der Werbung für Suizidhilfe für Fälle des angestrebten Vermögensvorteils und für Werbung in grob anstößiger Weise.

(2) Überprüfung des Entwurfes

Nachfolgend gilt es zu klären, ob der Entwurf mit den Anforderungen des *BVerfG* und des Verfassungsrechts in Einklang gebracht werden kann. Entsprechend der Vorgabe des *BVerfG* macht der Entwurf die Zulässigkeit von Suizidhilfe nicht von materiellen Kriterien abhängig. Des Weiteren enthält er in fünf umfangreichen Unterpunkten Voraussetzungen für die Straffreiheit der Suizidhilfe (§ 217 I StGB-E), sodass Maßnahmen zur Sicherstellung der Selbstbestimmung des Suizidwilligen gegeben sind. Der Entwurf enthält keine Aussage hinsichtlich des ärztlichen Berufsrechts. In Artikel 2 des Entwurfes wird eine Anpassung des BtMG vorgesehen. Durch § 217 Abs. 4 StGB-E wird sichergestellt, dass niemand zur Suizidhilfe verpflichtet ist. Der Entwurf entspricht in Teilen den Vorgaben des *BVerfG*.

Darüber hinaus müsste der Entwurf auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Fraglich ist, ob die §§ 217, 217a StGB-E dem Schutz von Rechtsgütern dienen. Der Gesetzesvorschlag soll den Freiraum für selbstbestimmtes Sterben absichern und gleichzeitig dem Schutz des Lebens dienen, also nicht-freiverantwortliche Suizide verhindern.¹⁰³ Das Leben und die Willensfreiheit sind verfassungsrechtlich geschützte Individualinteressen und daher zu schützende Rechtsgüter. Hinsichtlich § 217a StGB-E kann auf die im Rahmen des „Castellucci-Entwurfes“ getätigten Ausführungen verwiesen werden.¹⁰⁴ Der vorliegende Entwurf ist mit den Anforderungen des ultima-ratio Prinzips zu vereinbaren. Auch hier kann auf die Argumentation im Rahmen des „Castellucci-Entwurfes“ verwiesen werden.¹⁰⁵

Die Regelungen des Entwurfs müssten außerdem hinreichend bestimmt sein (Art. 103 Abs. 2 GG). Unklarheit besteht insofern hinsichtlich § 217 Abs. 1 Nr. 5 StGB-E. Demnach muss „der Arzt“ weiterhin von der Realitätsbezogenheit und Freiverantwortlichkeit der Suizidentscheidung überzeugt sein. Offen bleibt jedoch, ob damit der erste oder der zweite Arzt gemeint ist.¹⁰⁶ Ansonsten genügt der Entwurf den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Der Entwurf müsste der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten. Der Vorschlag verfolgt den legitimen Zweck, den Freiraum für selbstbestimmtes Sterben abzusichern und das Leben zu schützen.¹⁰⁷ Der Entwurf ist auch geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Darüber hinaus müsste er erforderlich sein. Hier käme als milderes

¹⁰³ Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, S. 26.

¹⁰⁴ Siehe oben II.4.a.bb).

¹⁰⁵ Siehe oben II.4.a.bb).

¹⁰⁶ Eberbach, MedR 2022, 455 (463).

¹⁰⁷ Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, S. 26.

Mittel eine Regelung außerhalb des Strafrechts in Betracht. Der Entwurf ist dennoch erforderlich, da die strafrechtliche Abschreckungswirkung höher ist und eine strafrechtliche Regelung dementsprechend effektiver. Die Regelungen müssten auch angemessen sein. Positiv zu bewerten ist, dass der Entwurf im Vergleich zu den anderen dargestellten relativ wenige Regelungen enthält. Zwar sind auch hier die Voraussetzungen für eine straflose ärztliche Suizidassistenz umfangreich, aber durch sie wird sichergestellt, dass der Suizident seine Entscheidung selbstbestimmt und wohlüberlegt getroffen hat. Problematisch ist allerdings, dass gem. § 217 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E die Aufklärung durch den Arzt „lebensorientiert“ erfolgen muss. Eine solche „lebensorientierte“ Aufklärung könnte auf eine bevormundende Beeinflussung des Selbstbestimmungsrechts des Suizidenten angelegt sein.¹⁰⁸ In der Begründung des Entwurfs wird zwar auf das Verfahren nach § 630f BGB verwiesen,¹⁰⁹ dennoch ist die Voraussetzung einer lebensorientierten Aufklärung nur schwer mit dem Recht des Suizidwilligen selbst über seinen Tod zu entscheiden und sich einen entsprechenden freiverantwortlichen Willen zu bilden zu vereinbaren. Daher ist § 217 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E unangemessen. Hinsichtlich der Angemessenheit des § 217a StGB-E bestehen keine Probleme, da er die Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung nicht generell verbietet und Ärzten, Krankenhäusern oder anderen Leistungserbringern der gesundheitlichen Versorgung gestattet darüber zu informieren, welche Ärzte bereit sind unter den Voraussetzungen des § 217 Abs. 1 StGB-E Hilfe zur Selbsttötung zu leisten. Der Entwurf hält der Verhältnismäßigkeitsprüfung folglich teilweise stand. Der Entwurf entspricht somit nur teilweise den Anforderungen des *BVerfG* des Verfassungsrechts.

(3) Stellungnahme

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte lässt sich feststellen, dass der Entwurf durchaus ein brauchbares „Grundgerüst“ darstellt aber zugleich Verbesserungsbedarf besteht. Aus der Regelung des § 217 Abs. 1 Nr. 5 StGB-E sollte für den Betroffenen ohne Weiteres hervorgehen welcher der beiden beteiligten Ärzte genau weiterhin von der Realitätsbezogenheit und Freiverantwortlichkeit der Suizidentscheidung überzeugt sein muss. Außerdem sollte das Erfordernis einer „lebensorientierten“ Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Suizidwilligen aus § 217 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E gestrichen werden. Positiv zu vermerken ist allerdings das der Entwurf in seinen wenigen Regelungen umfangreich sicherstellt, dass der Suizident seine Entscheidung selbstbestimmt und wohlüberlegt getroffen hat. Aus Gründen der Verständlichkeit ist empfehlenswert, die Absätze 1 bis 4 des § 217 StGB-E in umgekehrter Reihenfolge zu nennen.

5. Lösungsvorschlag

Unter Berücksichtigung der vorgestellten Gesetzentwürfe ist dem deutschen Gesetzgeber folgendes zu empfehlen: Der Gesetzgeber sollte eine Neuregelung im StGB vornehmen. Die Regelung des § 217 Abs. 1 StGB n.F. würde die Suizidbeihilfe grundsätzlich unter Strafe stellen und in den darauffolgenden Absätzen eine Ausnahme für professionelle, ärztliche und private Suizidhilfe durch Angehörige und nahestehende Personen statuieren.¹¹⁰ Der Begriff der „nahestehenden Person“ muss im Gesetz selbst hinreichend konkretisiert werden. Nach § 217 StGB n.F. sollte auch ein neuer § 217a StGB n.F. eingeführt werden, welcher besonders anstößige Formen der Werbung für Suizidhilfe unter Strafe stellt. Beide Vorschriften sollten in Form von Verboten mit Erlaubnisvorbehalt konstruiert werden. Außerdem sollte der Gesetzentwurf eine Streichung von § 216 StGB vorsehen, da auch das Verbot der Tötung auf Verlangen in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben eingreift.¹¹¹ Zur Rechtfertigung eines solchen

¹⁰⁸ Eberbach, MedR 2022, 455 (462 f.).

¹⁰⁹ Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, S. 113.

¹¹⁰ Siehe auch Brunhöber, in MüKo-StGB, § 217 Rn. 53.

¹¹¹ Rostalski, GA 2022, 209 (228); Grünewald, JZ 2016, 938 (939).

Eingriffes kann lediglich die Gefahr angeführt werden, dass der Suizidwillige nicht selbstbestimmt von seinem Recht auf Tötung Gebrauch macht.¹¹² Allerdings rechtfertigt diese Gefahr es nicht, den Sterbewilligen immer auf die Möglichkeit zur Selbsttötung zu verweisen, da sich bei Ermächtigung eines Dritten zum Eingriff in die eigenen Güter und Interessen nie mit vollständiger Sicherheit aufklären lässt, ob die Entscheidung frei von Willensmängeln und selbstbestimmt ist.¹¹³

Darüber hinaus sollte ein eigenständiges Sterbehilfegesetz (StHG) eingeführt werden, in welchem die Verfahrensvoraussetzungen für eine straflose Suizidbeihilfe konkretisiert werden. Durch die Regelung im Rahmen des Strafrechts wird sichergestellt, dass die Voraussetzungen, die für eine Straffreiheit der Suizidhilfe zu erfüllen sind, ernst genommen und eingehalten werden. Des Weiteren müssen sowohl die strafrechtlichen als auch die Regelungen innerhalb des StHG so präzise und verständlich wie möglich gestaltet werden, sodass sich keine Probleme hinsichtlich ihrer Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) ergeben. Um keine unzulässige Begründungs- und Rechtfertigungspflicht zu statuieren, muss im Rahmen des StHG vorgeschrieben werden, dass in einer Beratung lediglich auf die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung hinzuwirken ist und eine Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten, Versorgungsangebote, Hinweise auf die Palliativversorgung sowie auf Art und Ablauf eines Suizids erfolgen muss. Empfehlenswert ist eine einmalige Beratung mit einer anschließenden Wartezeit von einem Monat, um sicherzustellen, dass der Suizidwillige an seiner Entscheidung festhält. Am Ende dieses Monats sollte sich ein weiterer (unabhängiger) Arzt nochmals von der Dauerhaftigkeit und Festigkeit des Sterbewunsches überzeugen. Im Zuge dessen soll aber keine erneute Aufklärung erfolgen. Eine Verkürzung dieser Frist auf zehn Tage sollte bei „Härtefällen“ (z.B. Sterbewillige in der Terminalphase) möglich sein. Eine entsprechende Anpassung des BtMG sollte ebenfalls erfolgen, indem das Kriterium der „Begründetheit“ in § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG auch dann erfüllt ist, wenn die Voraussetzungen einer zulässigen Suizidhilfe vorliegen.

III. Fazit

Nach einer umfangreichen Analyse von verschiedenen Gesetzesvorschlägen unter Berücksichtigung der vom *BVerfG* aufgestellten Vorgaben und der verfassungsrechtlichen Aspekte lässt sich festhalten, dass keiner der existierenden Entwürfe vollständig überzeugt. Der deutsche Gesetzgeber steht weiterhin vor der schweren Aufgabe ein „konsistentes Regelungskonzept“ zu entwickeln, durch welches das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Lebensschutz aufgelöst wird.¹¹⁴ Die Entwürfe enthalten brauchbare Ansätze, weisen aber auch zahlreiche, teils schwerwiegende, Schwächen auf. Der Gesetzgeber sollte bei einer Neuregelung, gemäß dem zuvor stehenden Lösungsvorschlag, die besten und sinnvollsten Elemente der verschiedenen Vorschläge miteinander verknüpfen und so eine in sich schlüssige Regelung konstruieren, die in jeglicher Hinsicht mit den Anforderungen des *BVerfG* und des Verfassungsrechts in Einklang gebracht werden kann.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹¹² Rostalski, JZ 2021, 477 (481).

¹¹³ Rostalski, JZ 2021, 477 (481).

¹¹⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Catharina Fritsch

Gefälschte Impfausweise und die Änderung der §§ 275, 277-279 StGB

Universität zu Köln

Institut für Straf- und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 13.10.2022

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	65
II. Gefälschte Impfausweise - Praxisbeispiele	65
III. Die §§ 275 und 277-279 StGB in ihrer alten Fassung	66
1. § 275 StGB a.F. - Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen	66
2. § 277 StGB a.F. - Fälschung von Gesundheitszeugnissen	68
3. § 278 StGB a.F. – Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse	71
4. § 279 StGB a.F. - Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse	73
5. Praxisbetrachtung nach der alten Fassung der §§ 275, 277-279 StGB.....	74
IV. Die §§ 275 und 277-279 StGB in ihrer neuen Fassung	75
1. § 275 StGB n.F. - Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen; Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen	75
a) Die Änderungen des § 275 StGB	75
b) Stellungnahme	76
2. § 277 StGB n.F. - Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen	77
a) Die Änderungen des § 277 StGB	77
b) Stellungnahme	78
3. § 278 StGB n.F. - Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse	79
a) Änderungen des § 278 StGB	79
b) Stellungnahme	80
4. § 279 StGB n.F. - Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse	80
a) Änderungen des § 279 StGB	80
b) Stellungnahme	80
5. Praxisbetrachtung nach der neuen Fassung der §§ 275, 277-279 StGB	81
V. Fazit	81

I. Einleitung

Die nunmehr seit über zwei Jahren anhaltende Corona-Pandemie ist wohl an keinem spurlos vorbei gegangen. Lockdowns und Ausgangssperren prägten das alltägliche Leben, Freizeitaktivitäten wurden auf ein Mindestmaß heruntergeschraubt. Mit Erscheinen der Corona-Schutzimpfung kam das Leben für geimpfte Personen aber schrittweise zurück. Seinen Impfausweis stets mitzuführen, was vor zwei Jahren noch unvorstellbar war, ist heute Alltag. Jedoch war oder ist nicht jeder bereit, sich zum Schutz der Bevölkerung einer solchen Impfung zu unterziehen. Daher verwundert es nicht, dass Menschen, die dennoch wieder am gesellschaftlichen Leben teilhaben wollten, schlicht vorgeben, sich einer Impfung unterzogen zu haben. Das Vorbereiten, Ausstellen und Gebrauchen von gefälschten Gesundheitszeugnissen stellen grundsätzlich die §§ 275 und 277-279 StGB a.F. unter Strafe. Je mehr solcher Fälle die Gerichte zu entscheiden hatten, desto schneller wurde deutlich, dass die Anwendung dieser Vorschriften auf Impfpassfälschungen zu unzuträglichen Ergebnissen führte. Aufsehen erregte insbesondere die Entscheidung des *LG Osnabrück*, nach der die Vorlage eines gefälschten Impfausweises straflos blieb.¹ Wie sehr solche Fälle in den letzten zwei Jahren an Brisanz gewonnen haben, lässt sich bereits an Zahlen demonstrieren: Lag der Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse gemäß § 279 StGB im Jahr 2019 mit 70 Fällen noch im zweistelligen Bereich, so stieg die Fallzahl im Jahr 2021 auf 4.541, also fast 65 mal so viel wie zwei Jahre zuvor.² Ähnlich verhält es sich auch mit den restlichen Delikten. Dem Gesetzgeber entging diese Entwicklung nicht, weshalb er im November 2021 das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Gesetze verabschiedete. Was die neue Gesetzeslage bewirkt hat und wie sich die Strafbarkeit rund um gefälschte Impfausweise geändert hat, wird im Folgenden untersucht und diskutiert.

II. Gefälschte Impfausweise - Praxisbeispiele

Spätestens seit geimpften, genesenen oder getesteten Personen das Privileg zu Teil wurde, wieder am öffentlichen Leben teilzuhaben, lies auch die Fälschung von Impfausweisen und der Handel mit solchen nicht lange auf sich warten.³ Die Fallzahlen des Fälschens, Ausstellens und Gebrauchs unechter Impfausweise stieg in den letzten beiden Jahren um ein vielfaches an.⁴ Die Erklärung dafür ist relativ simpel: Kriminalität verändert sich mit den Tatgelegenheiten und den Lebensbedingungen.⁵ Mit der Einführung von Selbstbedienungsläden stieg die Zahl der Ladendiebstähle, mit der Erfindung des Kraftfahrzeugs stiegen auch deren Diebstahl, mit der Erfindung des Internets stiegen die Betrugstaten und mit der erhöhten Bedeutung von Impfausweisen und damit verbundene Privilegien stieg die Zahl rund um die Urkundendelikte.⁶ Im Rahmen des Anti-Corona-Impfkonzepts waren die Menschen darauf angewiesen, einen Impfausweis mit einer durchgeführten Corona-Schutzimpfung vorzuweisen, um Einlass in Restaurants oder Einzelhandelsgeschäfte gewährt zu bekommen. In einigen Berufen wurde die Schutz-

¹ *LG Osnabrück*, BeckRS 2021, 32733 Rn. 1.

² Polizeiliche Kriminalstatistik 2019 und 2021, verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (zuletzt abgerufen am 1.10.2022).

³ siehe Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.

⁴ Die Fälle nach § 277 StGB stiegen von 31 Fällen im Jahr 2019 auf 1.052 Fälle im Jahr 2021, nach § 278 von 85 auf 1.693 Fälle und nach § 279 der höchste Anstieg von 70 auf 4.541 Fällen, Polizeiliche Kriminalstatistik 2019 und 2021, verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (zuletzt abgerufen am 1.10.2022); siehe auch: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/nordrheinwestfalen/grosseinsatz-gefaelschte-impfaesse-101.html> (zuletzt abgerufen am 1.10.2022).

⁵ *Neubacher*, Kriminologie, 4. Aufl. (2020), S. 68.

⁶ Schon *Cohen und Felsen* entwickelten 1979 den „Routine Aktivitäts Ansatz“, demzufolge sozialer Wandel und technischer Fortschritt mitursächlich für Kriminalität sein können, *Cohen/Felson*, *American Sociological Review* 1979, S. 589.

impfung sogar vorgeschrieben.⁷ Grund dafür ist die Annahme, dass geimpfte Personen das Virus weniger stark verbreiten als ungeimpfte Personen.⁸ Jedoch war oder ist nicht jeder bereit, sich zum Schutz der Bevölkerung einer solchen Impfung zu unterziehen. So verwundert es nicht, dass Menschen, die sich der Impfung verweigerten, aber dennoch nicht auf die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben verzichten wollten, den Anreiz hatten, diese Regelung durch unrichtige Impfausweise zu umgehen. Im Oktober 2021 hatte das *LG Osnabrück* darüber zu entscheiden, ob sich derjenige strafbar macht, der in einer Apotheke einen gefälschten Impfausweis mit dem Ziel vorlegt, ein digitales Impfzertifikat zu erhalten.⁹ Das *LG* kam zu dem Ergebnis, dass der Beschuldigte sich aufgrund eklatanter Strafbarkeitslücken weder wegen Urkundenfälschung nach § 267 StGB, noch wegen anderer Urkundendelikte (§§ 277-279 StGB) strafbar machte. Daraufhin kam eine Debatte in Gange, dessen Ergebnis schließlich das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

Im Wesentlichen kommen für eventuell strafbares Verhalten im Umgang mit gefälschten Impfausweisen vier relevante Fallkonstellationen, die so auch im heutigen Alltag vorkommen,¹⁰ in Frage:

1. Person (A) erstellt einen noch nicht personalisierten Blankett-Impfausweis und trägt in diesen eine tatsächlich nicht durchgeführte Schutzimpfung ein.
2. Person (B), die nicht Arzt oder approbierte Medizinalperson ist, fertigt in dem Namen eines tatsächlich existierenden Arztes einen Impfausweis an, in dem eine tatsächlich nicht durchgeführte Impfung eingetragen wurde.
3. Arzt (C), der einem Patienten eine Impfung bescheinigt, obwohl ihm bewusst ist, diese Impfung nicht durchgeführt zu haben.
4. Person (D) sucht mit einer Impfbescheinigung nach 3. eine Apotheke auf und bittet im Wissen darum, nicht geimpft zu sein, um die Ausstellung eines digitalen Impfzertifikats.

Die folgende Ausarbeitung behandelt die Änderungen der §§ 275 und 277-279 StGB. Im Rahmen dessen wird die Strafbarkeit im Umgang mit gefälschten Impfausweisen nach den jeweiligen Fallkonstellationen unter der Gesetzeslage vor und nach der Gesetzesänderung betrachtet.

III. Die §§ 275 und 277-279 StGB in ihrer alten Fassung

1. § 275 StGB a.F. - Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen

§ 275 der bis zum 23.11.2021 geltenden Fassung des Strafgesetzbuches stellte die Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen unter Strafe. War die praktische Bedeutung dieses Delikts mit 17 Fällen im Jahr 2020 noch sehr gering, so stieg die Fallzahl in 2021 mit 302 Fällen deutlich an, was nicht zuletzt auch in der Fälschung von Impfausweisen begründet ist.¹¹ Im ersten Absatz umschreibt er verschiedene Vorbereitungshandlungen für das Herstellen, Verschaffen, Feilhalten, Verwahren, einem anderen Überlassen oder Einführen oder Ausführen

⁷ Sogar für das Fußballtraining, hier erregte insb. der Profifußballtrainer *Markus Anfang* Aufsehen, der ein gefälschtes Covid-19-Impfzertifikat nutzte, *Fischinger/Kubicel/Orth*, SpuRt 2022, 70.

⁸ Siehe <https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/ImpfungenAZ/COVID-19/Impfempfehlung-Zusfassung.html?nn=2386228> (zuletzt abgerufen am 5.10.2022).

⁹ *LG Osnabrück*, BeckRS 2021, 32733 Rn. 1.

¹⁰ Siehe zur Fallkonstellation 1: *OLG Bamberg*, NJW 2022, 556; zu Fallkonstellation 2: *OLG Schleswig*, BeckRS 2022, 8590; zu Fallkonstellation 3: *LG Nürnberg-Fürth*, BeckRS 2022, 18720; zu Fallkonstellation 4: *LG Osnabrück*, BeckRS 2021, 32733.

¹¹ Polizeiliche Kriminalstatistik 2021, verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (zuletzt abgerufen am 1.10.2022).

von amtlichen Ausweisen. Die Vorbereitungshandlung als Grundtatbestand wurde nach Absatz 1 mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.¹² Absatz 2 stellt eine Qualifikation dar und widmet sich der gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung und erhöht das Strafmaß auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.¹³ Absatz 3 verweist auf § 149 Abs. 2 und 3 StGB, der bei Vorbereitung der Fälschung von Geld und Wertzeichen die Fälle erfasst, nach denen von einer Strafe abgesehen wird.

Schutzgut des § 275 StGB a.F. ist die Sicherheit im Rechtsverkehr, soweit sie durch die Fälschung von Ausweisen tangiert ist.¹⁴ Damit wird die Strafbarkeit gegenüber der sonstigen Urkundendelikte teilweise vorverlagert.¹⁵ Zum einen weil schon die Vorbereitung und nicht erst die Fälschung als solche geahndet wird. Dies erscheint sinnvoll, da es im Nachhinein schwierig festzustellen sein wird, dass in einer Fälscherwerkstatt Ausweise tatsächlich auch gefälscht wurden.¹⁶ Zum anderen und insbesondere weisen Ausweisfälschungen innerhalb der Urkundendelikte eine besondere Gefährlichkeit auf.¹⁷ Im Gegensatz zu sonstigen Urkundenfälschungen kann mit gefälschten Ausweisen nicht nur über verschiedene Merkmale einer Person, sondern gerade über die gesamte Identität getäuscht werden.¹⁸ Der Gesetzgeber hat bereits zu Zeiten der ersten Reformierung des § 275 StGB a.F. 1973 dessen Gefährdungspotential darin gesehen, dass Ausweise häufig in großem Umfang hergestellt werden, um so z.B. Agenten oder Ausländern die Einreise zu ermöglichen.¹⁹ Heute sind es zwar weniger aufregende, aber dennoch ebenso gefährliche Impfausweisfälscher, deren Ziel nicht die heimliche Einreise in andere Länder, sondern der banale Einlass in ein Restaurant sein kann. § 275 StGB a.F. gilt somit als abstraktes Gefährungsdelikt.²⁰

Amtliche Ausweise im Sinne des § 275 StGB a.F. sind zur Ermöglichung des Identitätsnachweises ausgestellte amtliche Urkunden, wie beispielsweise Pässe, Personal-, Dienst-, und Studentenausweise oder Führerscheine.²¹ Impfausweise sind jedoch gerade keine amtlichen Ausweise, da sie regelmäßig nicht von Behörden ausgegeben werden.²² Das Ausstellen und Aushändigen von Impfausweisen ist vielmehr Ärztinnen und Ärzten in Arztpraxen vorbehalten.²³ Identitätsnachweis meint die Beurkundung, dass verschiedene Angaben, wie z.B. Name, Geburtsdatum, Erscheinungsbild nach dem Lichtbild auf ein und dieselbe Person zutreffen.²⁴ Tatobjekt des Tatbestands von § 275 StGB a.F. sind die in Abs. 1 in Nr. 1 bis 3 genannten Fälschungsmittel mit dem Unterschied, dass die in Nr. 2 genannten zur Herstellung von amtlichen Ausweisen bestimmt sein müssen.²⁵ § 275 Nr. 3 StGB a.F. wurde erst durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 in den Katalog des § 275 Abs. 1 StGB a.F. aufgenommen und nennt als Tatobjekt Formulare, die zur Vervollständigung durch Einzelangaben bestimmt sind.²⁶

¹² Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 275 Rn. 1.

¹³ Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 275 Rn. 1; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 275 Rn. 8.

¹⁴ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 275 Rn. 2; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT I, 44. Aufl. (2020), § 18 Rn. 775; Zieschang, in: LK-StGB, Band 9, 12. Aufl. (2009), § 275 Rn. 1.

¹⁵ Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 275 Rn. 1; Erb, in: MüKo-StGB, Band 5, 4. Aufl. (2020), § 275 Rn. 1; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 275 Rn. 3.

¹⁶ Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 275 Rn. 1.

¹⁷ Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 275 Rn. 1.

¹⁸ Erb, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 1.

¹⁹ BT-Drs. 7/550, S. 254.

²⁰ Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 275 Rn. 1; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 275 Rn. 2; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 275 Rn. 3; Zieschang, in: LK-StGB § 275 Rn. 1.

²¹ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 275 Rn. 1; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 275 Rn. 3; Erb, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 3; Hecker, JuS 2014, 277 (278); Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 275 Rn. 4; BGH, NJW 1987, 2243 (2243).

²² Weidemann, in: BeckOK-StGB, 54. Edition (1.8.2022), § 275 Rn. 7; BT-Drs. 20/15, S. 33, so entschied auch das LG Kaiserslautern, BeckRS 2021, 41301 Rn. 7.

²³ BT-Drs. 20/15, S. 33; LG Kaiserslautern, BeckRS 2021, 41301 Rn. 7.

²⁴ Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 275 Rn. 4.

²⁵ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 275 Rn. 3; Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 275 Rn. 2.

²⁶ BT-Drs. 12/6853, S. 29; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 275 Rn. 5; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 275 Rn. 7.

Vollständig ausgefüllte Formulare dagegen fallen unter § 267 StGB.²⁷ Tathandlung ist die Vorbereitung der Fälschung der oben genannten Ausweise, namentlich das Herstellen, Verschaffen, Feilhalten, Verwahren und Überlassen.

Auf Ebene des subjektiven Tatbestands des § 275 StGB a.F. genügt *dolus eventualis*.^{28,29} Es reicht also aus, dass der Täter wusste oder damit rechnen durfte, dass die Fälschungsmittel irgendwann zur Fälschung gebraucht werden.³⁰ Einer ganz bestimmten Absicht bedarf es hier nicht. Die Vorbereitung darf sich aber dennoch nicht nur auf eine Teilfälschung beziehen.³¹ Nach der herrschenden Meinung tritt § 275 StGB a.F. wegen Subsidiarität als Vorbereitungshandlung hinter der Urkundenfälschung nach § 267 StGB zurück, sobald das vorbereitete Fälschungsdelikt versucht wird.³² Wenn jedoch die Qualifikation des Abs. 2 verwirklicht ist dürfte jedoch von Tateinheit auszugehen sein, weil ansonsten das „Unrecht des banden- oder gewerbsmäßigen Handelns nicht zum Ausdruck gebracht würde“³³.

2. § 277 StGB a.F. - Fälschung von Gesundheitszeugnissen

§ 277 StGB a.F. stellt die Fälschung von Gesundheitszeugnissen unter Strafe und schützt die Entscheidungsträger im Umgang mit Medizinalbescheinigungen.³⁴ Er enthält drei Tatvarianten, die allesamt zweiaktig ausgestaltet sind und neben der Fälschung ein Gebrauchmachen verlangen.³⁵

Gesundheitszeugnisse im Sinne der §§ 277 ff. StGB sind Bescheinigungen, „wenn sie Aussagen über den gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen, über frühere Krankheiten sowie ihre Spuren und Folgen oder über Gesundheitsaussichten trifft, wobei auch Angaben tatsächlicher Natur, so etwa über erfolgte Behandlungen bzw. deren Ergebnis, erfasst sind.“³⁶ Es muss weiterhin im Rechtsverkehr zum Beweis geeignet und bestimmt sein und einen Arzt oder eine andere approbierte Medizinalperson als Aussteller erkennen lassen.³⁷ Das können beispielsweise Krankenscheine³⁸, Berichte über Blutalkoholuntersuchungen³⁹ oder Gesundheitsgutachten⁴⁰ sein. Ob auch Impfausweise zu Gesundheitszeugnissen gezählt werden, ist umstritten. Legt man die Definition des Gesundheitszeugnisses eng aus, so wird durch die Information über die Impfung kein Gesundheitszustand eines Menschen *beschrieben*, sondern eine gesundheitsrelevante Tatsache bloß *festgestellt*.⁴¹ Demnach unterfielen Impfausweise nicht dem § 277 StGB a.F. Eine weite Auslegung lässt jedoch auch Prognosen über zukünftige Gesundheitsaus-

²⁷ OLG Köln, NStZ 1994, 289.

²⁸ Rengier, Strafrecht AT, 13. Aufl. (2021), § 14 Rn. 6.

²⁹ Erb, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 6; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 275 Rn. 6; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 275 Rn. 7; OLG München, NStZ-RR 2008, 280.

³⁰ Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 275 Rn. 6; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 275 Rn. 7; Erb, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 6.

³¹ OLG München, NStZ-RR 2008, 280 (280); Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 275 Rn. 11.

³² Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 275 Rn. 5; Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 275 Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 275 Rn. 4; Erb, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 7; OLG Köln, NStZ 1994, 289; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 275 Rn. 9; anderer Ansicht sind Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 275 Rn. 13 und Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 275 Rn. 7, nach denen „Idealkonkurrenz kraft Erfolgseinheit“ nur für Fälle gilt, in denen die Urkundenfälschung die dafür notwendigen Fälschungsmittel und -materialien nicht gänzlich verbraucht.

³³ Lichtenthäler, NStZ 2022, 138 (139); Erb, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 7.

³⁴ Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 277 Rn. 6; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 277 Rn. 3; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 2; Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 1.

³⁵ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 4; Erb, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 4; Maier, in: Matt/Renzikowski, § 277 Rn. 1; Rengier, Strafrecht BT II, 21. Aufl. (2020), § 38 Rn. 2.

³⁶ OLG Stuttgart, NJW 2014, 482 (483); Erb, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 2; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 277 Rn. 3.

³⁷ Zieschang, medstra 2020, 202 (202).

³⁸ BGH, NJW 1954, 1334 (1335).

³⁹ BGH, NJW 1954, 281.

⁴⁰ Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 3.

⁴¹ Jahn, JuS 2022, 178 (179); so auch Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (344); eine ähnliche Meinung vertrat auch das AG Kempten zu einem Attest zur Befreiung vom Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes: AG Kempten, COVuR 2021, 249; dazu auch Kraatz, NStZ-RR 2022, 33 (36).

sichten zu, also auch eine voraussichtlich durch die Impfung gesteigerte Immunabwehr.⁴² Von dieser Auslegung geht auch die herrschende Meinung aus.⁴³ Auch das *OLG Bamberg* beschäftigte sich Anfang diesen Jahres mit dieser Problematik und stellte klar, dass Impfausweise grundsätzlich Gesundheitszeugnisse im Sinne des § 277 StGB a.F. darstellen.⁴⁴ Dies gilt allerdings nur für Ausweise, die einen konkret individualisierbaren Menschen erkennen lassen.⁴⁵ Ein Blankett-Impfausweis der noch nicht personalisiert ist, fällt somit nicht unter den Tatbestand des § 277 StGB a.F.⁴⁶ Dieser Meinung ist zu folgen. Bereits das *RG* nahm 1893 an, dass es sich bei einer Impfbescheinigung um ein Gesundheitszeugnis handle.⁴⁷

§ 277 StGB a.F. sieht drei Tatmodalitäten vor und unterscheidet dabei zwischen dem Ausstellen und dem Verfälschen.⁴⁸ Die ersten beiden Varianten sehen das Ausstellen der Gesundheitszeugnisse vor, entweder unter richtigem Namen, aber falscher Berufsbezeichnung oder unter dem Namen eines Arztes bzw. der oben genannten Medizinalpersonen.⁴⁹ Die erste Alternative sieht eine Handlung im eigenen Namen vor, bei dem der Täter aber über seine Qualifikation täuscht.⁵⁰ Er gibt also beispielsweise an, über eine Approbation zu verfügen, über die er in Wahrheit nicht verfügt.⁵¹ Das Gesundheitszeugnis muss hier scheinbar von einem Arzt oder einer anderen approbierten Medizinalperson ausgestellt worden sein. Der Titel „Arzt“ entspricht derer nach dem § 2a der Bundesärzterordnung.⁵² Andere approbierte Medizinalpersonen sind die Angehörigen sonstiger Heilberufe, deren Ausbildung staatlich geregelt ist und mit einer Staatsprüfung abgeschlossen wird.⁵³ Das sind zum Beispiel Hebammen⁵⁴, Psychotherapeuten⁵⁵, Pflegefachkräfte⁵⁶, medizinisch-technische Assistenten⁵⁷ aber auch Masseure und Physiotherapeuten⁵⁸. Selten erwähnt, aber dennoch und aufgrund aktueller Brisanz vor allem auch zu den approbierten Medizinalpersonen gezählt werden Apotheker.⁵⁹ Schnell erkennt man, dass der Kreis der möglichen Aussteller von Gesundheitszeugnissen enorm weit gefasst ist. Schon *Puppe und Schumann* plädierten 2017 für eine Eingrenzung auf Ärzte und Leiter medizinischer Untersuchungsanstalten.⁶⁰ Ob der Inhalt des Attests falsch ist, ist unerheblich. Die erste Alternative des § 277 StGB a.F. beschreibt somit eine schriftliche Lüge.⁶¹ Die zweite Variante „unter dem Namen eines Arztes“ behandelt die Identitätstäuschung und ist ein Spezialfall der Herstellung einer unechten Ur-

⁴² *LG Osnabrück*, BeckRS 2021, 32733 Rn. 8; so auch *Fischer*, StGB, § 277 Rn. 3; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 2; *Weidemann*, in: BeckOK-StGB, § 277 Rn. 4.

⁴³ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 2; *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 3; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (482); ausführlich: *Ulsenheimer/Gaede*, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. (2021), Rn. 1135; *Lorenz*, medstra 2021, 210 (212); *Rau*, in: COVID-19, 3. Aufl. (2021), § 23 Rn. 62a; *Wittig*, in: SSW-StGB, 3. Aufl. (2016), § 277 Rn. 2; *Pschorr*, StraFo 2022, 135 (137); *Dastis*, HRRS 2021, 456 (457); anderer Ansicht allerdings *Jahn*, JuS 2022, 178 (179); *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343 (344).

⁴⁴ *OLG Bamberg*, NJW 2022, 556, Rn. 8.

⁴⁵ *OLG Bamberg*, NJW 2022, 556, Rn. 9.

⁴⁶ Blankett-Impfausweise werden jedoch seit der Neuregelung durch § 275 Abs. 1a StGB erfasst, siehe unter D. I.

⁴⁷ RGSt, Urt. v. 21.9.1893 – Rep. 2404/93, verfügbar unter: <https://rgst.staatsbibliothek-berlin.de/judgments/24%2Frgre924101284> (zuletzt abgerufen am 28.9.2022).

⁴⁸ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 5.

⁴⁹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 277 Rn. 3; *Maier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 277 Rn. 6; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 6.

⁵⁰ *Maier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 277 Rn. 6.

⁵¹ Wenn der Täter bspw. seinem Namen einen Dokortitel hinzufügt („Dr. med“) oder seinen Namen mit Briefkopf oder Stempel versieht, wodurch der Eindruck erweckt wird, er sei Arzt; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (484).

⁵² *Schreiner*, in: COVID-19, § 27 Rn. 21.

⁵³ *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 5.

⁵⁴ Hebammengesetz vom 22.11.2019.

⁵⁵ Psychotherapeutengesetz vom 15.11.2019.

⁵⁶ Pflegeberufgesetz vom 17.7.2017.

⁵⁷ Gesetz über technische Assistenten in der Medizin vom 2.8.1993.

⁵⁸ Gesetz vom 26.5.1994.

⁵⁹ *Gaede/Krüger*, medstra 2022, 13 (14); so bereits *Fischer*, StGB, § 277 Rn. 6; *Schreiner*, in: COVID-19, § 27 Rn. 21.

⁶⁰ *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 5.

⁶¹ *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 6; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 7; *Eisele*, Strafrecht BT I, 6. Aufl. (2021), Rn. 949; *Rengier*, Strafrecht BT II, § 38 Rn. 2.

kunde im Sinne des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB.⁶² Hier gibt der Täter vor, unter dem Namen eines Arztes, möglicherweise auch der eines Berufskollegen zu handeln.⁶³ Auch hier soll unerheblich sein, ob das Gesundheitszeugnis inhaltlich zutrifft oder nicht, da der Tatbestand lediglich die Echtheit des Dokuments schützt.⁶⁴ Zuletzt sieht der § 277 StGB a.F. eine dritte Variante vor: die des Verfälschens eines echten Gesundheitszeugnisses.⁶⁵ Dies setzt voraus, dass der inhaltliche Teil des Gesundheitszeugnisses verändert wird.⁶⁶ Diese Variante gleicht der des Verfälschens einer echten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁶⁷ Auch hier kommt es nicht drauf an, dass das Dokument durch die Fälschung unrichtig oder sogar korrigiert wird.⁶⁸

Der zweite Akt des § 277 StGB a.F. besteht für alle drei Tatvarianten in dem Gebrauchmachen. Das bedeutet, dem zu Täuschenden das Gesundheitszeugnis mit der Möglichkeit der Wahrnehmung zugänglich zu machen.⁶⁹ Dies kann durch Vorlegen, Übergeben oder Hinterlegen passieren.⁷⁰ Wegen des Charakters eines zweiaktigen Delikts muss der Täter das Gesundheitszeugnis selbst oder durch einen anderen gebrauchen.⁷¹ Es ist jedoch nicht tatbestandsmäßig, das Gesundheitszeugnis einem anderen zum Gebrauch zur Täuschung zu überlassen.⁷²

Das Gesundheitszeugnis muss zudem zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften gebraucht werden. Argumentum e contrario hieraus ist, dass die Vorlage vor einer Privatperson nicht von § 277 StGB a.F. erfasst ist. Damit unterfiele diese Konstellation grundsätzlich der Urkundenfälschung nach § 267 StGB.⁷³ Das wiederum führte dazu, dass die Herstellung eines unechten Attests zur Vorlage bei einer Privatperson unter einer schärferen Strafe stünde als jene zur Täuschung von Behörden und Versicherungsgesellschaften. Das Verhältnis zwischen § 277 StGB a.F. und § 267 StGB ist überdies umstritten. Nach der ganz herrschenden Meinung ist § 277 StGB a.F. *lex specialis* und entfaltet gegenüber § 267 StGB eine Sperrwirkung.⁷⁴ Diese Vorrangstellung ergibt sich aus der Systematik der Norm.⁷⁵ Könnte § 267 StGB also aufgrund der Sperrwirkung, die sich wohl auch auf einen Teilakt erstreckt⁷⁶, nicht angewendet werden, so blieben Fälle, in denen gegenüber Privatpersonen getäuscht wird, straflos. So verhält es sich mit Fällen, in denen der gefälschte Impfausweis gebraucht wird, um Zugang zu Restaurant, Kino oder Theater zu erhalten. Daraus ergibt sich eine ungerechtfertigte Privilegierung.⁷⁷ Auch fehlt dadurch die Möglichkeit des in § 267 StGB vorgesehenen besonders schweren Falles bzw. der Qualifikation, die

⁶² *Puppe/Schumann*, in NK-StGB, § 277 Rn. 8; *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 6; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 277 Rn. 12.

⁶³ *Maier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 277 Rn. 8; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 5; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 7.

⁶⁴ *Maier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 277 Rn. 8; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 7.

⁶⁵ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 6; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 8; *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 8.

⁶⁶ *Maier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 277 Rn. 9.

⁶⁷ *Puppe und Schumann* sehen auch und vor allem in § 267 die Problematik, dass die Variante, „eine echte Urkunde (zu) verfälschen“ (in § 277 das Zeugnis) überflüssig sei, da jede Verfälschung einer echten Urkunde, also eine inhaltliche Veränderung der Herstellung einer unechten Urkunde gleichstehe, siehe *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 267 Rn. 84.

⁶⁸ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 6; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 277 Rn. 13.

⁶⁹ hier analog zu § 267 mit dem Unterschied, dass in § 267 StGB eine Urkunde und in § 277 StGB ein Gesundheitszeugnis gebraucht wird, *BGH*, NJW 1989, 1099 (1100); *Otto*, JuS 1995, 761; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 267 Rn. 23.

⁷⁰ *Weidemann*, in: BeckOK-StGB, § 267 Rn. 30; *LG Osnabrück*, BeckRS 2021, 32733 Rn. 12, hier das „Verbringen des Dokumentes in den Machtbereich der Behörde mit der Möglichkeit jederzeitiger sinnlicher Wahrnehmung bzw. Kenntnisnahme“.

⁷¹ *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 13; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 11, a.A. *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 10.

⁷² *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 11; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 7; *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 13; *OLG Frankfurt*, NSZ 2009, 700; *Fischer*, StGB, § 277 Rn. 9; anderer Ansicht sind unter Verweis auf den Wortlaut, der dies nicht explizit vorschreibt: *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 277 Rn. 3; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 10.

⁷³ *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 12; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 9.

⁷⁴ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 9, 11; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 11; *Eisele*, Strafrecht BT I, Rn. 949; *Wittig*, in: SSW-StGB, § 277 Rn. 10; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 277 Rn. 20; *Lorenz*, medstra 2021, 210 (212); *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483); so auch *OLG Bamberg*, NJW 2022, 556 Rn. 11.

⁷⁵ *Schmidhäuser*, medstra 2022, 21 (25); *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 277 Rn. 2; *OLG Bamberg*, NJW 2022, 556 (558).

⁷⁶ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 9; *LG Kaiserslautern*, BeckRS 2022, 864; *Pschorr*, StraFo 2022, 135 (139); a.A. *OLG Hamburg*, BeckRS 2022, 864 Rn. 20; *OLG Bamberg*, NJW 2022, 556 Rn. 11.

⁷⁷ *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 9; so auch *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343 (345); *Zieschang*, in: LK-StGB, § 277 Rn. 1; *Kudlich*, JA 2022, 345.

jedoch bereits wegen der schwer nachzuweisenden Absicht der Täuschung gegenüber Behörden und Versicherungsgesellschaften kaum durch den § 277 StGB a.F. erfasst sein dürfte.⁷⁸ Gleichwohl kann man von einer Spezialität des § 277 StGB a.F. absehen. Denn bei der Spezialität handelt es sich um einen Fall des Normenkonflikts, wenn also auf einen Sachverhalt mehrere Normen anwendbar sind. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall, da mangels Einschlägigkeit des § 277 StGB a.F. nur noch § 267 StGB anwendbar sei.⁷⁹ Wäre es nicht also sachdienlicher, von einer Sperrwirkung in Fällen, in denen nicht gegenüber Behörden oder Versicherungsgesellschaften getäuscht wird, abzusehen? Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass Sinn und Zweck des Gesetzgebers bei der Einführung des Gesetzes war, Gesundheitszeugnisse, die nicht gegenüber Behörden und Versicherungsgesellschaften gebraucht werden als nicht schützenswert zu behandeln.⁸⁰ Dem ist jedoch hinzuzufügen, dass die Bedeutung von Fällen, in denen die Gesundheitszeugnisse gegenüber Privaten vorgelegt wurde, wohl zum Zeitpunkt der ursprünglichen Einführung höchst gering gewesen sein dürfte und diese Fälle schlechthin nicht in Betracht gezogen wurden.⁸¹ So hat auch das *OLG Hamburg* entschieden, dass gefälschte Gesundheitszeugnisse gerade nicht gesondert und privilegiert im Gegensatz zu sonstigen Urkunden zu behandeln sind.⁸² Dieser Auffassung schloss sich auch die Generalstaatsanwaltschaft Celle in einer Pressemitteilung vom 28.10.2021 zum Beschluss des *LG Osnabrück* an.⁸³ Diese konstituierte, dass statt einer Strafbarkeitslücke vielmehr nach dem Willen des Gesetzgebers entschieden werden sollte. Demnach sei der § 277 StGB a.F. zwar nur für den Gebrauch gegenüber Behörden und Versicherungsgesellschaften einschlägig. Für den Gebrauch gegenüber einer Apotheke oder anderer privater Einrichtungen sei aber nicht gleich eine Strafflosigkeit anzunehmen, sondern eine Strafbarkeit nach § 267 StGB.⁸⁴ Die Sperrwirkung für diese Fälle würde somit aufgehoben. Nehme man diese Handhabung an, so würden diese Taten gemäß § 267 StGB schärfer bestraft als die zur Täuschung von Behörden und Versicherungsgesellschaften. Dies führt wiederum zu eklatanten Wertungswidersprüchen. Um diesem zu entgehen, bleibt hier noch die weniger verbreitete Möglichkeit der Rechtsfolgenlösung, nach der die Sperrwirkung aufgehoben und stattdessen für die genannten Fälle zwar eine Strafbarkeit nach § 267 StGB angenommen, jedoch der Strafrahmen des § 277 StGB a.F. angewendet wird.⁸⁵ Ganz gleich ob man der Systematik, oder dem Telos der Norm folgt - jede Anwendung, ob Sperrwirkung oder nicht gipfelt in unbilligen Ergebnissen und schreit förmlich nach einer Reformierung. Im subjektiven Tatbestand muss neben zumindest bedingtem Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale ebenso die Täuschungsabsicht vorliegen.⁸⁶

3. § 278 StGB a.F. – Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse

§ 278 StGB a.F. ist ein Sonderdelikt, welches nur von Ärzten und approbierten Medizinalpersonen begangen wer-

⁷⁸ Lorenz, medstra 202, 210 (213); Schmuck/Kother/Hecken, NJOZ 2022, 193 (196); Wäre § 267 StGB einschlägig und würde ein Fall der gewerbsmäßigen, bandenmäßigen Begehung vorliegen, so läge sogar ein Verbrechen vor, Pschorr, StraFo 2022, 135 (139).

⁷⁹ Dastis, HRRS 2021, 456 (459); siehe dazu im Detail Barczak, JuS 2015, 969 (973); Früh, JuS 2021, 905 (909).

⁸⁰ OLG Hamburg, BeckRS 2022, 864 Rn. 24.

⁸¹ Schmuck/Kother/Hecken, NJOZ 2022, 193 (195); OLG Bamberg, NJW 2022, 556 (558).

⁸² OLG Hamburg, BeckRS 2022, 864 Rn. 26f.

⁸³ Pressemitteilung der Generalstaatsanwaltschaft Celle v. 4.11.2021: <https://generalstaatsanwaltschaft-celle.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/falschung-und-vorlage-von-impfausweisen-bei-apotheken-straftbar-205623.html> (zuletzt aufgerufen am 2.10.2022).

⁸⁴ Fischer, StGB, § 277 Rn. 11; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 277 Rn. 12.

⁸⁵ Schmidhäuser, medstra, 2022, 21 (25); Jahn, JuS 2022, 178 (179); so auch Fischer, StGB, § 277 Rn. 11; Dastis, HRRS 2021, 456 (458); Schmidhäuser nennt hier als Vergleichsfall die Anwendung des Strafrahmens des § 216 StGB aus Verhältnismäßigkeitsgründen auf den Fall einer vollendeten gefährlichen oder schweren Körperverletzung nach §§ 224, 226 StGB.

⁸⁶ Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 277 Rn. 13; Erb, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 10; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 277 Rn. 11.

den kann.⁸⁷ Geschützt wird hier, anders als bei § 267 StGB oder § 277 StGB a.F., die inhaltliche Richtigkeit ärztlicher Gesundheitszeugnisse.⁸⁸ Der Tatbestand pönalisiert also eine schriftliche Lüge.⁸⁹ Mit 85 Fällen im Jahr 2019 ist die Bedeutung etwas weitreichender als bei den vorherigen Vorschriften, nimmt jedoch mit 1.693 im Jahr 2021 wesentlich an Gewicht zu.⁹⁰ Zudem sollte hier eine große Anzahl an „Gefälligkeitsattesten“, die niemals in der Polizeiliche Kriminalstatistik auftauchen, nicht außer Acht gelassen werden.⁹¹

Der Täter, auch hier nur Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, muss das unrichtige Attest unter der für ihn maßgeblichen Berufsbezeichnung ausstellen.⁹² Unrichtig ist das Gesundheitszeugnis, wenn eine in ihm enthaltene Aussage über Befundtatsache oder sachverständige Schlussfolgerungen in einem wesentlichen Punkt nicht der Wahrheit entspricht.⁹³ Unrichtig ist das Attest auch dann, wenn die für die Beurteilung des Gesundheitszustandes erforderliche Untersuchung nicht durchgeführt wurde, bspw. der Arzt den Patienten niemals gesehen hat.⁹⁴ Ausnahme dieses Untersuchungserfordernisses war jedoch das im Rahmen der COVID-19-Pandemie zeitweise ausdrücklich vorgesehene „telefonische Krankschreiben“ bei Atemwegsinfektionen.⁹⁵ Im Ergebnis ist ein Impfausweis, in dem eine Impfung eingetragen ist, die in Wahrheit gar nicht stattgefunden hat, somit ein unrichtiges Gesundheitszeugnis.

Tathandlung ist das Ausstellen des unechten Gesundheitszeugnisses zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft.⁹⁶ Wie schon bei § 277 StGB a.F. vermag es auch hier nicht zu überzeugen, wieso der Gebrauch auf nur diese beiden Gruppen beschränkt und nur dessen Vertrauen geschützt wird.⁹⁷ Vor allem die Corona-Pandemie hat bewiesen, dass dieses Vertrauen in die Wahrheitspflicht auch anderen Personen wie Geschäftsinhabern, Krankenhäusern oder Konzertveranstaltern entgegen gebracht werden sollte. Ungeklärt ist, ob die Tathandlung des Ausstellens der Bescheinigung alleine ausreichend ist oder ob es zusätzlich der Begebung bedarf. Die Tathandlung besteht, wie in den ersten beiden Varianten des § 277 StGB a.F., in dem Ausstellen, genauer dem körperlichen Herstellen des unrichtigen Gesundheitszeugnisses.⁹⁸ Richtigerweise bedarf es hier über den Wortlaut hinaus zusätzlich der Entäußerung, also bspw. der Übergabe an einen Empfänger, weil das Gesundheitszeugnis erst dann in den Rechtsverkehr gelangt und erst so die Gefahr entfaltet.⁹⁹

⁸⁷ Erb, in: MüKo-StGB, § 278 Rn. 1; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 278 Rn. 1; Gercke, MedR 2008, 592 (592).

⁸⁸ Schumann, in: GS Tröndle, 2019, S. 483 (497); Weidemann, in: BeckOK-StGB, § 278 Rn. 3; Zieschang, in: LK-StGB, § 278 Rn. 1; BGH, NJW 1957, 718 (719).

⁸⁹ Zieschang, medstra 2020, 202 (202); Gercke, MedR 2008, 592 (592); Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 278 Rn. 1; Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (346); Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 2. Aufl. (2009), § 33 Rn. 26.

⁹⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik 2019 und 2021, verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (zuletzt abgerufen am 1.10.2022).

⁹¹ Schumann, GS Tröndle, S. 483 (483); Ulsenheimer/Gaede, ArztStrR, Rn. 1132; siehe auch Zieschang, medstra 2020, 202 (202).

⁹² Zieschang, in: LK-StGB, § 278 Rn. 2; Erb, in: MüKo-StGB, § 278 Rn. 2; Gercke, in: MedR 2008, 592 (592); Gaede/Ulsenheimer, in: Gaede/Ulsenheimer, ArztStrR, Rn. 1133.

⁹³ Erb, in: MüKo-StGB, § 278 Rn. 4; Zieschang, medstra 2020, 202 (204); Schuhr, in: Spickhoff MedR, StGB § 278 Rn. 7; siehe ausführlich Gercke, in: MedR 2008, 592 (593); OLG Zweibrücken, NStZ 1982, 467.

⁹⁴ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 278 Rn. 2; Erb, in: MüKo-StGB, § 278 Rn. 4; OLG Frankfurt, NJW 1977, 2128.

⁹⁵ Erb, in: MüKo-StGB, § 278 Rn. 4; Zieschang sieht daher die grundsätzlich ausnahmslose Annahme, dass ein Attest aufgrund telefonischer Befunderhebung unrichtig sei, als nicht mehr zeitgemäß an: Zieschang, medstra 2020, 202 (203); dazu auch Hoffmann, öAT 2022, 51; anderer Ansicht: Schuhr, in: Spickhoff MedR, StGB, Band 64, 3. Aufl. (2018), § 278 Rn. 11.

⁹⁶ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 278 Rn. 4.

⁹⁷ Zieschang, ZIS 2021, 481 (484).

⁹⁸ Erb, in: MüKo-StGB, § 278 Rn. 5; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 278 Rn. 5; Schuhr, in: Spickhoff MedR, StGB § 278 Rn. 2; Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede ArztStrR, Rn. 1138; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 278 Rn.7; Weidemann, in: BeckOK-StGB, § 278 Rn. 7.

⁹⁹ Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 278 Rn. 2; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 275 Rn. 4; Gercke, in: MedR 2008, 592 (594); Hafter, in: ZStW 1911, 271 (283).

Angesichts der „Relativität medizinischer Erkenntnisse“¹⁰⁰ verlangt der subjektive Tatbestand des § 278 StGB a.F. hinsichtlich der Unrichtigkeit des Gesundheitszeugnisses Handeln wider besseren Willens, also die sichere Kenntnis von der Unwahrheit des Zeugnisses in einem maßgeblichen Punkt.¹⁰¹ Hinsichtlich der Veranlassung des Gebrauchs bei Behörden oder Versicherungsgesellschaften genügt bedingter Vorsatz.¹⁰² Das bedeutet gleichzeitig, dass nur bestraft wird, wer es zumindest für möglich hält, dass das jeweilige Dokument auch gegenüber einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft genutzt werden wird.¹⁰³

4. § 279 StGB a.F. - Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse

§ 279 StGB a.F. ist ein einaktiges Delikt und schützt Behörden oder Versicherungsgesellschaften vor der Täuschung mit nach § 277 StGB a.F. und § 278 StGB a.F. gefälschten Gesundheitszeugnissen.¹⁰⁴ Auch hier stehen die in der PKS erfassten 70 Fälle im Jahr 2019 wohl einer Dunkelziffer hinsichtlich missbräuchlich verwendeter Gefälligkeitsatteste gegenüber.¹⁰⁵ Und auch hier hat sich die Zahl in den darauffolgenden zwei Jahren vervielfacht. Auffällig ist, dass sie im Gegensatz zu den §§ 277 und 278 StGB mit einem Anstieg um das fast 65-fache auf 4.541 Fälle im Jahr 2021 am bedeutendsten zugenommen hat.¹⁰⁶

Tatobjekt des § 279 StGB a.F. ist das Gesundheitszeugnis, das entweder im Sinne des § 277 StGB a.F. objektiv falsch oder im Sinne des § 278 StGB a.F. unrichtig sein muss.¹⁰⁷ Im Rahmen der überschießenden Innentendenz muss das Gesundheitszeugnis neben der Unechtheit auch unwahre Tatsachen über den Gesundheitszustand enthalten, da es andernfalls nicht zur Täuschung im Sinne des § 279 StGB a.F. geeignet ist.¹⁰⁸ Es wäre hier verfehlt, nur die subjektiven Vorstellungen des Täters heranzuziehen, da ein objektiv wahres Gesundheitszeugnis, das der Täter zur Täuschung nutzt, nicht mehr dem Schutzzweck des § 279 StGB a.F. entspräche.¹⁰⁹ Das Attest muss gebraucht werden, um eine Behörde oder Versicherungsgesellschaft zu täuschen.¹¹⁰ Das bedeutet nicht, dass die Nutzung gegenüber einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft tatsächlich erfolgen muss. Der Täter muss dies aber jedenfalls beabsichtigen.¹¹¹ Im Gegensatz zu § 277 StGB a.F. ist das Handeln gegenüber einer Behörde nicht objektives Tatbestandsmerkmal, sondern Bestandteil überschießender Innentendenz, wird aufgrund des Täuschungscharakters aber wie jenes behandelt.¹¹² Der Wortlaut „um zu“ verlangt auf der subjektiven Tatbestandsseite die Absicht der Täuschung im Sinne eines zielgerichteten Wollens.¹¹³ Bezüglich des Wissens um die Unechtheit des Gesundheitszeugnisses genügt bedingter Vorsatz.¹¹⁴

¹⁰⁰ Jung, in: Jung/Meiser/Müller, Aktuelle Probleme und Perspektiven des Arztrechts, 1989, S. 76 (84).

¹⁰¹ Erb, in: MüKo-StGB, § 278 Rn. 6; Pschorr, StraFo 2022, 135 (138); Joecks/Jäger, StGB, 12. Aufl. (2018), § 278 Rn. 2; OLG Frankfurt, BeckRS 2006, 6301.

¹⁰² Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 278 Rn. 4; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 275 Rn. 5; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 278 Rn. 6; Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede ArztStrR, Rn. 1139; Pschorr, StraFo 2022, 135 (138); Fischer, StGB § 278 Rn. 7.

¹⁰³ Lichtenthäler, NSTz 2022, 138 (139); Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2163); Gercke, in: MedR 2008, 592 (594).

¹⁰⁴ Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (345).

¹⁰⁵ Siehe bspw. Gefälligkeitsatteste in Bezug auf die Masernimpfung auf Wunsch von „impfkritischen“ Eltern, Schroth, in: Roxin/Schroth, 4. Aufl. (2010), Vorb. II. 5.

¹⁰⁶ Polizeiliche Kriminalstatistik 2019 und 2021, verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (zuletzt abgerufen am 1.10.2022).

¹⁰⁷ Erb, in: MüKo-StGB, § 279 Rn. 2.

¹⁰⁸ Erb, in: MüKo-StGB, § 279 Rn. 2; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 279 Rn. 6; Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 279 Rn. 1.

¹⁰⁹ Erb, in: MüKo-StGB, § 279 Rn. 2; hier könnte man zwar einen Versuch annehmen. Dieser bleibt jedoch für § 279 StGB straflos.

¹¹⁰ siehe hierzu Erläuterungen zu § 277 StGB.

¹¹¹ Pschorr, StraFo 2022, 135 (139).

¹¹² Erb, in: MüKo-StGB, § 279 Rn. 3; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 279 Rn. 1; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 279 Rn. 1; Vormbaum, GA 2011, 167 (168).

¹¹³ Erb, in: MüKo-StGB, § 279 Rn. 4; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 279 Rn. 3; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 279 Rn. 1; anders: Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 279 Rn. 5.

¹¹⁴ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 279 Rn. 2; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 279 Rn. 3; Erb, in: MüKo-StGB, § 279 Rn. 4.

5. Praxisbetrachtung nach der alten Fassung der §§ 275, 277-279 StGB¹¹⁵

In Fallkonstellation 1 kommt zunächst eine Strafbarkeit nach § 275 StGB a.F. in Betracht. Impfausweise stellen jedoch keine amtlichen Ausweise nach § 275 StGB a.F. dar. Mangels konkreter Individualisierbarkeit des Ausweises kann sich A auch nicht nach §§ 277 oder 279 StGB a.F. strafbar gemacht haben. A bleibt hier also straflos. In Fallkonstellation 2 könnte B sich zunächst wegen Urkundenfälschung nach § 267 StGB strafbar gemacht haben. Die Eintragung eines Aufklebers des Impfstoff-Charge in dem Impfausweis stellt eine Gedankenerklärung dar.¹¹⁶ Diese Erklärung ist zudem dauerhaft, lässt den Verfasser erkennen und ist zum Beweis geeignet und bestimmt.¹¹⁷ Sie stellt somit eine Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 dar.¹¹⁸ Da B eine Urkunde hergestellt hat, bei der der erkennbare Aussteller nicht mit dem tatsächlichen Aussteller übereinstimmt, hat er den Tatbestand des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB insoweit erfüllt. In Fallkonstellation 3 scheidet § 267 StGB von vornherein aus, weil der Arzt C hier die Impfdokumentation mit seinem eigenen Namen unterzeichnet. Damit sind tatsächlich Ausstellender und aus dem Impfausweis hervorgehender Aussteller identisch und die Urkunde nicht mehr unecht.¹¹⁹ Auch für D scheidet eine Strafbarkeit nach § 267 StGB aus, weil er die Urkunde zwar gebraucht, diese aber nicht unecht ist. Fallkonstellation 2 unterfällt zudem § 277 Var. 2 StGB a.F., weil in diesem Fall der B selbst kein Arzt ist, sondern die Signatur eines Arztes fälscht und sich dessen Bezeichnung anmaßt. Nicht ersichtlich ist aber, dass B vorhatte, den Impfausweis gegenüber einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft zu gebrauchen. Eine Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. liegt ebenso nicht vor. C könnte sich in Fallkonstellation 3 wiederum nach § 278 StGB a.F. strafbar gemacht haben, weil hier der C tatsächlich ein Arzt ist und den Impfausweis wider besseren Wissens unrichtig ausstellt. Bezüglich des Täuschungs-vorsatzes gegenüber Behörde oder Versicherungsgesellschaft genügt Eventualvorsatz. Hier hat C es billigend in Kauf genommen, dass der Impfausweis gegenüber einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft genutzt werden könnte. Er hat sich mithin nach § 278 StGB a.F. strafbar gemacht. In der 4. Fallkonstellation könnte sich D nach § 279 StGB a.F. strafbar gemacht haben, weil er den nach § 278 StGB a.F. gefälschten Impfausweis gegenüber der Apotheke gebraucht. Aber auch fehlt es einer Apotheke an der Eigenschaft einer Behörde bzw. Versicherungsgesellschaft. Eine Strafbarkeit nach § 279 StGB a.F. ist also ausgeschlossen.

Übrig bliebe damit neben der Strafbarkeit des C, einzig eine Strafbarkeit des B nach § 267 StGB, weil der Tatbestand des § 277 Var. 2 StGB a.F. nicht erfüllt ist. § 277 Var. 2 und 3 StGB a.F. sind nach herrschender Meinung der Literatur *lex specialis* zu § 267 StGB. § 277 StGB a.F. entfaltet somit - auch wenn bloß ein Teilakt des § 277 StGB a.F. erfüllt ist, Sperrwirkung. Diese schließt eine Strafbarkeit nach § 267 StGB aus. Das Ergebnis fällt damit reichlich lückenhaft aus. Von vier Fällen, die grundsätzlich einem Tatbestand unterfallen, steht nur eine Tat tatsächlich unter Strafe. Grund für das Ausfiltern möglicher Straftaten ist zum einen die enge Voraussetzung, dass nur gegenüber Behörden und Versicherungsgesellschaften getäuscht werden kann. Zum anderen die Privilegierung des § 277 StGB a.F., die eine mögliche Strafbarkeit nach § 267 StGB ausschließt. Diese unglückliche Rechtslage hat der Gesetzgeber als Handlungsbedarf erkannt und das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite verabschiedet.

¹¹⁵ Etwaige Strafbarkeiten nach dem IfSG bleiben hier außer Betracht.

¹¹⁶ *Schmuck/Kothen/Hecken*, NJOZ 2022, 193 (193); *Pschorr*, *StraFo* 2022, 135 (136).

¹¹⁷ *Schmuck/Kothen/Hecken*, NJOZ 2022, 193 (193); *Pschorr*, *StraFo* 2022, 135 (136).

¹¹⁸ *OLG Hamburg*, BeckRS 2022, 864 Rn. 9; *LG Würzburg*, BeckRS 2022, 540 Rn. 20; *Pschorr*, *StraFo* 2022, 135 (137); *Schmuck/Kothen/Hecken*, NJOZ 2022, 193 (193); *Schmidhäuser*, *medstra* 2022, 21 (24); *Kudlich*, *JA* 2022, 345.

¹¹⁹ *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 267 Rn. 27; *Puppe/Schumann*, in: *Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen*, *StGB*, § 267 Rn. 79; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 267 Rn. 160.

IV. Die §§ 275 und 277-279 StGB in ihrer neuen Fassung

Noch bis vor Kurzem fristeten die §§ 277 ff. StGB in der Kriminalpolitik ein Schattendasein. Mit steigenden Fallzahlen stieg jedoch das Interesse und man setzte sich mit den seit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches am 1. Januar 1872 nicht mehr veränderten¹²⁰ Vorschriften auseinander. Angetrieben wurde die Reformierung durch Bitten der Justizministerinnen und Justizminister, die in ihrer Frühjahrskonferenz vom 16.6.2021 die nicht gerechtfertigte Privilegierung der Fälschung von Gesundheitszeugnissen gegenüber der Fälschung anderer Urkunden und die unzureichenden Regelungen zur Versuchsstrafbarkeit und gewerbs- und bandenmäßigen Tatbegehung stark kritisierten, als „nicht mehr zeitgemäß“ bezeichnet und für eine Reformierung plädiert haben.¹²¹ Darauf hat die Politik in einem enormen Tempo reagiert: Die Ampel-Koalition hat noch während der Koalitionsverhandlungen am 8.11.2021 einen umfassenden Entwurf zu einem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vorgelegt¹²², welcher bereits am 15.11.2021 durch den federführenden Hauptausschuss¹²³ angehört und ergänzt und am 18.11.2021 vom Bundestag mit Wirkung zum 24.11.2021 verabschiedet wurde.¹²⁴ Ergebnis war das „Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetz und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“¹²⁵. Neben den Änderungen des Infektionsschutzgesetzes, des Bundesausbildungsförderungsgesetzes und Regelungen zum Arbeitsschutz hat sich der Gesetzgeber im Artikel 2 dieses Gesetzes den Urkundenfälschungen im Strafgesetzbuch gewidmet. Verändert bzw. ergänzt wurde der § 275 StGB und die §§ 277-279 StGB, die Regelungen zur Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen und Herstellen von unrichtigen Impfausweisen sowie das Ausstellen und den Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse enthalten. Sinn, Zweck und Ziel dieser Änderungen sind insbesondere die Vermeidung von bisher bestehenden Strafbarkeitslücken und Wertungswidersprüchen, die jedoch vom Gesetzgeber angesichts der bis dato geringen praktischen Bedeutung weitestgehend ignoriert wurden.¹²⁶ Die §§ 275 bis 279 StGB a.F. erschienen „teilweise nicht mehr als zeitgemäß und frei von Widersprüchen zu anderen Vorschriften des Dreiundzwanzigsten Abschnitts“.¹²⁷ Die neuen strafrechtlichen Änderungen greifen seit längerem unterbreitete Vorschläge aus der Literatur auf und sollen diese Mängel nun abdecken und den Rechtsverkehr vor falschen Gesundheitszeugnissen schützen. Ob dieser Fall eingetreten ist, soll nachfolgend diskutiert werden.

1. § 275 StGB n.F. – Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen; Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen

a) Die Änderungen des § 275 StGB

Dass die Bekämpfung der Corona-Pandemie wesentlicher Antrieb für die Novellierung war, wird insbesondere an der Erweiterung des § 275 StGB a.F. deutlich. Durch den neu eingeführten Abs. 1a des § 275 StGB wurde nun auch speziell die Vorbereitung der Herstellung unrichtiger *Impfausweise* berücksichtigt, was sich in der neuen amtlichen Überschrift „Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen; Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen“ widerspiegelt. Demnach wird mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wer die

¹²⁰ Mit Ausnahme des § 275, der 1973 und 1994 nochmal reformiert wurde; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, § 277 Rn. 1. §§ 277-279 StGB blieben jedoch auch von der grundlegenden Neugestaltung der Vorschriften zur Urkundenfälschung des Reichsministers der Justiz vom 29.5.1943 unberührt; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (481).

¹²¹ TOP II.21 der 92. JUMIKO v. 16.6.2021.

¹²² BT-Drs. 20/15, alternativ dazu hat die CDU/CSU den Entwurf eines „Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes vor Impfpasfälschungen vorgeschlagen“: BT-Drs. 20/27.

¹²³ BT-Drs. 20/78, S. 25 f.

¹²⁴ BGBl. 2021 I, S. 4906.

¹²⁵ BGBl. 2021 I, S. 4906.

¹²⁶ BT-Drs. 20/15, S. 2; *Lichtenthaler*, NStZ 2022, 138.

¹²⁷ BT-Drs. 20/15, S. 2.

Herstellung eines unrichtigen Impfausweises vorbereitet, indem er in einem Blankett-Impfausweis eine nicht durchgeführte Schutzimpfung dokumentiert oder einen auf derartige Weise ergänzten Blankett-Impfausweis sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt, einem anderen überlässt oder einzuführen oder auszuführen unternimmt. Zum einen werden hier speziell Blankett-Impfausweise geschützt, also Impfausweise, bei denen noch keine Personalisierung stattgefunden hat.¹²⁸ Damit hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass ein Impfausweis, der noch keine Angaben zur Person enthält, in der jedoch eine tatsächlich nicht durchgeführte Impfung eingetragen wurde, nach bis dato geltender Rechtslage kein Gesundheitszeugnis darstellte und damit auch nicht unter Strafe stand.¹²⁹ Angesichts des „effektiven Schutzes des Rechtsverkehrs vor unrichtigen Impfausweisen“¹³⁰ und der hohen Gefahreneigtheit wurde die Strafbarkeit durch die Einführung des Abs. 1a so vorverlagert und setzt bereits bei der Herstellung solcher Blankett-Impfausweise an.¹³¹ Dies verhindert, dass eine Strafbarkeit davon abhängt, ob in die Impfausweise später Namen und anderer Angaben zur Person eingetragen werden, was am Ende nur einen minimalen Aufwand und keine reale Hürde mehr darstellt.¹³² Zum anderen eröffnet der neue Abs. 1a den Tatbestand weiterhin darum, dass Impfausweise nicht, wie im Abs. 1 ursprünglich vorgesehen, durch Behörden ausgegeben und ausgefüllt werden („amtliche Ausweise“).¹³³ Das berücksichtigt den Umstand, dass Impfbescheinigungen zumeist durch Ärztinnen und Ärzte oder deren Hilfspersonal ausgefüllt und an die geimpfte Person ausgehändigt werden.¹³⁴ Die Vorbereitungshandlungen gleichen im Wesentlichen dem Abs. 1, werden aber vorneweg durch die Dokumentation eines Blankett-Impfausweises mit einer nicht durchgeführten Impfung ergänzt.¹³⁵

Weiterhin wurde mit Absatz 2 die Qualifikationsvorschrift bzgl. der gewerbs- oder bandenmäßige Herstellung unrichtiger Impfausweise auch auf Konstellationen des Abs. 1a erstreckt.¹³⁶ Das Konkurrenzverhältnis von § 267 StGB zu § 275 Abs. 1a StGB entspricht dem von § 267 zu § 275 Abs. 1 StGB. Dabei tritt § 275 StGB dort zurück, wo der Täter den Blankett-Impfausweis zu einer unechten Urkunde vervollständigt.¹³⁷ Gleiches müsste dann ebenso für das Verhältnis zu § 277 StGB gelten, weil § 275 Abs. 1a StGB auch hier eine Vorbereitungshandlung darstellt.¹³⁸ § 275 Abs. 1a StGB droht jedoch für die vorbereitende Handlung eine schärfere Strafe an als § 277 Abs. 1 StGB für die vorbereitete selbst, was am Ende zu einem unglücklichen Ergebnis führt.¹³⁹ Hier hätte der Gesetzgeber konsequenterweise mit der Einführung des Abs. 1a den Strafraum hinsichtlich des § 277 StGB anpassen können.

b) Stellungnahme

Erfreulich an der neuen Ergänzung des § 275 StGB ist die Einbeziehung der Impfausweise, die in der alten Fassung nicht durch den Tatbestand gedeckt wurden. Gleichzeitig kommt man nicht an der Frage vorbei, ob es kriminal-

¹²⁸ BT-Drs. 20/15, S. 32; kritisch zu der Qualifikation eines Blanko-Impfausweises als Urkunde bzw. Gesundheitszeugnis: *Gaede/Krüger*, medstra 2022, 13 (17) und *Krüger/Sy*, medstra 2021, 628; *Lorenz/Rehberger*, NJW 2022, 1295 (1298).

¹²⁹ BT-Drs. 20/15, S. 32.

¹³⁰ BT-Drs. 20/15, S. 32.

¹³¹ *Gaede/Krüger*, medstra 2022, 13 (18); *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343 (344); kritisch dazu: *Schreiner*, in: COVID-19, § 27 Rn. 15.

¹³² BT-Drs. 20/15, S. 32.

¹³³ BT-Drs. 20/15, S. 33.

¹³⁴ BT-Drs. 20/15, S. 33.

¹³⁵ BT-Drs. 20/15, S. 33.

¹³⁶ BT-Drs. 20/15, S. 33.

¹³⁷ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 7; *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (139); *OLG Köln*, NStZ 1994, 289; anderer Meinung, mit Ausnahme des Abs. 2, da andernfalls das Unrecht des banden- und gewerbsmäßigen Handelns nicht zum Ausdruck gebracht würde: *Erb*, in: MüKo-StGB, § 275 Rn. 7.

¹³⁸ *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (139).

¹³⁹ *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (139).

politisch tatsächlich nötig war, auch einzelne, intern bleibende Vorbereitungen zu erfassen.¹⁴⁰ Der Gesetzgeber hätte bspw. die im Rahmen der geschäftsmäßigen Tatvorbereitung durch die §§ 153 ff. StPO erfassten Konstellationen um den § 275 StGB begrenzen können.¹⁴¹ Zudem grenzt der Wortlaut des § 275 Abs. 1a StGB die Fälle gefälschter Impfausweise nur auf „nicht durchgeführte“ Schutzimpfungen ein. Der Tatbestand ist demnach nicht erfüllt, wenn der Name irgendeiner tatsächlich geimpften Person eingetragen wäre.¹⁴² Auch führt es zu nicht stimmigen Ergebnissen, dass die gewerbs- oder bandenmäßige Vorbereitungshandlung schärfer bestraft wird als das eigentliche Ausstellen. Der Gesetzgeber hat es bei dieser Gelegenheit versäumt, einige dieser Punkte zu bereinigen. Die Neuerung hat aber insgesamt ihr Ziel, auch die Vorbereitung der Fälschung von Impfausweisen unter Strafe zu stellen, erreicht.

2. § 277 StGB n.F. – Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen

a) Die Änderungen des § 277 StGB

Der Reformgesetzgeber hat die Strafbestimmung des § 277 StGB insgesamt am stärksten umgestaltet. Der neue § 277 StGB enthält im Wesentlichen drei bedeutende Änderungen: Die Beschränkung auf schriftliche Lügen, die Einaktigkeit des Tatbestands und die Erweiterung des Adressatenkreises.¹⁴³ Der neue § 277 StGB soll nun der Privilegierung der Urkundenfälschung Rechnung tragen, indem er nicht mehr die „Fälschung“, sondern nur noch das „Ausstellen“ erfasst.¹⁴⁴ Dies lässt sich bereits aus der neuen amtlichen Überschrift „Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen“ erkennen. Damit wurden alle Handlungsmodalitäten, die bereits durch die Urkundenfälschung nach den §§ 267 ff. StGB erfasst sind, genauer gesagt die zweite und dritte Variante aus dem § 277 StGB a.F. gestrichen.¹⁴⁵ So findet nun in Fällen des unberechtigten Ausstellens eines Gesundheitszeugnisses unter dem Namen eines Arztes oder einer anderen approbierten Medizinalperson und des Verfälschens eines derartigen echten Zeugnisses der § 267 StGB Anwendung, was zuvor zu großem Diskurs führte und nach der herrschenden Meinung wegen der Sperrwirkung gegenüber § 267 StGB nicht möglich war. Die damit verbleibende erste Variante stellt eine Sonderkonstellation der schriftlichen Lüge dar. Weiterhin entfällt im objektiven Tatbestand die Handlungsvoraussetzung des Gebrauchmachens, womit der § 277 StGB nun zum einaktigen Delikt wurde.¹⁴⁶ Der Gesetzgeber erkennt hier die Gefahr für den Rechtsverkehr, die bereits bei der Erstellung unrichtiger Zeugnisse und nicht erst bei dem Gebrauch gegeben ist.¹⁴⁷ Zudem wird die Strafbarkeit nicht mehr davon abhängig gemacht, dass lediglich gegenüber Behörden und Versicherungsgesellschaften getäuscht wird. Dieser Satzteil wurde nun ersetzt durch die vorangestellte Passage „zur Täuschung im Rechtsverkehr“.¹⁴⁸ Der Täter handelt zur Täuschung im Rechtsverkehr, „wenn sie oder er davon ausgeht, dass das unrichtige Gesundheitszeugnis gegenüber einer anderen Person zum Einsatz kommen wird, um diese zu einem rechtliche erheblichen Verhalten zu veranlassen“.¹⁴⁹ Dabei hat sich der Gesetzgeber an dem subjektiven Tatbestand des § 267 StGB orientiert und betont, dass hier keineswegs Absicht erforderlich sein soll.¹⁵⁰ Damit wird gleichzeitig der Weg frei gemacht, auch das Ausstellen

¹⁴⁰ Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (18).

¹⁴¹ Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (18).

¹⁴² Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (345).

¹⁴³ Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (345).

¹⁴⁴ BT-Drs. 20/15, S. 33.

¹⁴⁵ Zieschang, ZStW 2022, 140 (140); Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (14).

¹⁴⁶ BT-Drs. 20/15, S. 34; Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (345).

¹⁴⁷ BT-Drs. 20/15, S. 34.

¹⁴⁸ BT-Drs. 20/15, S. 34.

¹⁴⁹ BT-Drs. 20/15, S. 34; siehe rekurrend Erb, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 203.

¹⁵⁰ BT-Drs. 20/15 S. 34.

von Gesundheitszeugnissen, die zur Täuschung von Privatpersonen gedacht sind, unter Strafe zu stellen.¹⁵¹ Neu ist zudem der Zusatz, dass die Bestrafung nach § 277 StGB hinter einer anderen Vorschrift zurücksteht, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist“. Diese Passage erscheint nicht in dem Gesetzentwurf selber, sondern wurde auf Beschlussempfehlung des Hauptausschusses ergänzt.¹⁵² Diese Subsidiaritätsklausel wurde ergänzt, um den Fall abzudecken, bei dem der Täter nicht nur unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder anderer approbierter Medizinalperson, sondern auch unter falschem Namen agiert. Dann läge zusätzliche eine Identitätstäuschung vor, womit neben § 277 StGB wiederum auch § 267 StGB einschlägig wäre. Die neue Subsidiaritätsklausel verhindert so eine sachwidrige Sperrwirkung und lässt aufgrund des Strafrahmens § 277 StGB hinter § 267 StGB zurücktreten.¹⁵³ § 277 StGB kommt damit im Verhältnis zu § 267 StGB nur noch eine „ergänzende“ Funktion zu.¹⁵⁴

Zuletzt wurde der § 277 in seinem zweiten Absatz um einen besonders schweren Fall ergänzt.¹⁵⁵ Dieser soll in der Regel vorliegen, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von unbefugtem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen verbunden hat, Impfnachweise oder Testzertifikate betreffend übertragbare Krankheiten unbefugt ausstellt. Aus dieser ergänzenden Formulierung kann endgültig geschlossen werden, dass sich Impfnachweise unter Gesundheitszeugnisse im Sinne der §§ 277-279 StGB subsumieren lassen.¹⁵⁶

b) Stellungnahme

Die Verkürzung des Tatbestands zur Einaktigkeit ist zu begrüßen. Damit passt sich der § 277 StGB dem § 267 StGB an, der bereits seit 1943 kein Gebrauchmachen mehr verlangt.¹⁵⁷ Die Einaktigkeit des § 277 StGB stellt nun keine systemfremde Abweichung der anderen Urkundendelikte mehr da.¹⁵⁸ Nach *Lichtenthäler* hätte die Änderung im Rahmen der Reform jedoch auch darin bestehen können, den § 267 StGB dem § 277 StGB anzupassen, in dem dieser (wieder) ein Gebrauchmachen verlangt.¹⁵⁹ Dies träge dem Umstand Rechnung, dass das Herstellen oder Verfälschen von Urkunden weit im Vorfeld des eigentlichen Angriffs auf das geschützte Rechtsgut liege. Kriminalpolitisch gesehen ist diese Überlegung durchaus denkbar, da mit „nur“ gefälschten, aber nicht genutzten Impfausweisen noch niemand getäuscht wurde. Der Gesetzgeber hat hier aber richtigerweise erkannt, dass die Gefahr schon dort beginnt, wo gefälscht wird und nicht erst da, wo getäuscht wird.¹⁶⁰ Zudem wird der Gebrauch selber speziell durch § 278 StGB geschützt. Dadurch, dass die 2. und 3. Variante des § 277 StGB a.F. entfallen, besteht im Verhältnis zu § 267 StGB keine Sperrwirkung mehr. Allerdings begrenzt sich der neue Tatbestand damit auf die Konstellation, in der jemand seinen richtigen Namen benutzt und gleichzeitig unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder anderer approbierte Medizinalperson agiert.¹⁶¹ Dieser Fall dürfte wohl recht selten vorkommen, da die Person, die unbefugt eine solche Bezeichnung wählt, in aller Regel nicht seinen eigenen Namen

¹⁵¹ Wengleich die Abgrenzung des „Rechtsverkehrs“ zum rein privaten Bereich im Einzelfall schwierig werden könnte, der Anwendungsbereich für die Verwendung alleine im privaten Bereich, z.B. für eine Geburtstagsfeier unbedeutend bleiben wird: *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343 (345); *Erb*, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 206.

¹⁵² BT-Drs. 20/78, S. 25.

¹⁵³ *Zieschang*, ZStW 2022, 140 (141); BT-Drs. 20/89, S. 20.

¹⁵⁴ BT-Drs. 20/15, S. 34; *Gaede/Krüger*, medstra 2022, 13 (14).

¹⁵⁵ Auch dieser Zusatz wurde erst auf Beschlussempfehlung des Hauptausschusses eingeführt, BT-Drs. 20/78, S. 25. Er geht ursprünglich auf den Entwurf der Fraktion der CDU/CSU: BT-Drs. 20/27, S. 4 f., 8 ff.

¹⁵⁶ *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (140), so bereits *BGH*, NJW 1963, 1318.

¹⁵⁷ Und auch im E62 schon 1962 angeregt wurde; ebenso: *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483).

¹⁵⁸ *Pschorr*, StraFo 2022, 135 (138); *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (484).

¹⁵⁹ *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (140).

¹⁶⁰ BT-Drs. 20/15, S. 34; so auch *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343 (345).

¹⁶¹ *Schreiner*, in: COVID-19, § 27 Rn. 25.

dafür wählt.¹⁶² Bedarf es für diesen geringen Anwendungsbereich, der überdies teilweise schon durch § 132a StGB geschützt ist, also noch einer eigenen Vorschrift? Der Gesetzgeber begründet die Daseinsberechtigung damit, dass § 132a StGB keine approbierten Medizinalpersonen erfasse und darüber hinaus unterschiedliche Rechtsgüter schütze.¹⁶³ Dem ist insoweit zuzustimmen. Der Anwendungsbereich des § 277 StGB wurde nicht nur eingegrenzt, sondern durch Täuschung auch gegenüber Privaten ausgeweitet. Es wäre nicht ausreichend, den § 277 StGB schlicht zu streichen. Dadurch würden neue Strafbarkeitslücken geschaffen, die mit der Reform gerade geschlossen werden sollten. Weiterhin erfreulich ist die soeben genannte Erweiterung der Täuschungsadressaten auf den gesamten Rechtsverkehr, somit auch Privaten. Dies trägt der hoch aktuellen Situation Rechnung, dass Impfausweise vor allem zur Täuschung gegenüber Apotheken aber auch Restaurants, Krankenhäuser, usw. vorgelegt werden. Die Beschränkung auf Behörden und Versicherungsgesellschaften stammte aus einer Zeit, in der es keinen Anlass für eine Täuschung gegenüber Privaten gab und war aus heutiger Sicht schlicht nicht mehr zeitgemäß.¹⁶⁴

3. § 278 StGB n.F. – Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse

a) Änderungen des § 278 StGB

Auch bei § 278 StGB wurde der potentielle Adressatenkreis dahingehend erweitert, dass das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse schon dann strafbar ist, wenn es zur Täuschung im Rechtsverkehr gedacht ist.¹⁶⁵ Das besondere persönliche Merkmal des Arztes oder einer anderen approbierten Medizinalperson wurde aus der alten Fassung des § 278 StGB a.F. übernommen. Damit bleibt der Kreis potentieller Täter, nämlich sämtlicher approbierter Medizinalpersonen, enorm weit gefasst.¹⁶⁶

Im subjektiven Tatbestand hat der Gesetzgeber den Passus „zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft“, wie auch bei § 277 StGB durch „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ ersetzt.¹⁶⁷ Der Gesetzgeber war hier der Auffassung, dass durch diese Änderung die Voraussetzung „wider besseres Wissen“ redundant würde, da diese bereits voraussetze, dass der Täter die Unrichtigkeit des erstellten Zeugnisses erkannt habe.¹⁶⁸ Damit wird hinsichtlich der Unechtheit des Zeugnisses kein sicheres Wissen mehr, sondern nur noch dolus eventualis vorausgesetzt.¹⁶⁹ Allerdings wird durch den neuen Zusatz auch ein weiteres Absichtsmerkmal ergänzt: Jenes um das Wissen oder die Absicht, dass das unrichtige Gesundheitszeugnis gegenüber anderen Personen zur Täuschung zum Einsatz kommt. Orientiert man sich zur Auslegung der Vorsatzform an dem § 267 StGB, so gibt es zwei wesentliche Standpunkte. Der Wortlaut „zur Täuschung“ lässt darauf schließen, dass hier eine Täuschungsabsicht im Sinne des dolus directus 2. Grades verlangt wird.¹⁷⁰ Bloße böse Hintergedanken dürften nicht schon die Missbilligung eines Verhaltens begründen.¹⁷¹ Aus teleologischen Gesichtspunkten gibt es jedoch keinen Grund dafür,

¹⁶² Zieschang, ZStW 2022, 140 (141); Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (346); Pschorr, StraFo 2022, 135 (142); § 277 kommt nach Schreiner nur noch eine Auffangfunktion zu: Schreiner, in: COVID-19, § 27 Rn. 25; so auch Schmuck/Kothen/Hecken, NJOZ 2022, 193 (196).

¹⁶³ Der Gesetzentwurf nennt zum Beispiel von einer Hebamme ausgestellte Dokumente zur Meldung einer Hausgeburt beim Standesamt, die der § 132a nicht erfasst, BT-Drs. 20/15 S. 34.

¹⁶⁴ so auch Zieschang, ZIS 2021, 481 (483) und ZStW 2022, 140 (141).

¹⁶⁵ Lichtenthäler, NStZ 2022, 138 (140).

¹⁶⁶ Lichtenthäler schlägt eine Orientierung am Gesetzentwurf von 1952 (BT-Drs. IV/650, S. 486) vor, nach der der Täterkreis auf bestimmte Personengruppen eingegrenzt wurde, Lichtenthäler, NStZ 2022, 138 (140).

¹⁶⁷ BT-Drs. 20/15, S. 34; so auch schon der Gesetzentwurf 1962, BT-Drs. IV/650, S. 487.

¹⁶⁸ BT-Drs. 20/15, S. 34; kritisch dazu: Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (17), nach denen die Tatbestanderweiterung zu einer unangemessenen Ausdehnung der Strafbarkeit allgemein führt.

¹⁶⁹ Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (16); Zieschang, ZStW 2022, 140 (142); Lichtenthäler, NStZ 2022, 138 (140).

¹⁷⁰ Weidemann, in: BeckOK-StGB, § 267, Rn. 32; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 267 Rn. 91; Zieschang, ZStW 2022, 140 (142); zur radikalen Ansicht, dass sogar Absicht i.S.d. dolus directus 1. Grades gemeint ist: BayObLG, NJW 1967, 1476; die Ansicht führte jedoch dazu, dass professionelle Fälscher, die nur im Auftrag eines Dritten fälschen, nicht mehr den Tatbestand erfüllt, weil für diesen i.d.R. meist nur nebensächlich ist, ob das Falsifikat am Ende tatsächlich zu Täuschungszwecken verwendet wird (Erb, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 209). Diese radikale Ansicht ist daher abzulehnen.

¹⁷¹ Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. (2010), Rn. 214.

nicht auch schon *dolus eventualis* genügen zu lassen.¹⁷² Man denke hier bloß an den professionellen Fälscher, dem im Zweifel gleich ist, ob mit seiner Fälschung auch tatsächlich im Rechtsverkehr getäuscht wird, der dies aber jedenfalls für möglich hält. Erforderlich soll lediglich sein, dass der Täter auf das Rechtsleben Einfluss nimmt, es muss ihm somit nicht darauf ankommen, gerade im Rechtsverkehr zu täuschen.¹⁷³ Kriminalpolitisch lassen sich nur so Strafbarkeitslücken vermeiden.¹⁷⁴

Auch bei § 278 StGB wurde der Straftatbestand wie bei § 277 StGB um einen besonders schweren Fall ergänzt. Nach diesem soll mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft werden, wer gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von unrichtigem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen verbunden hat, Impfnachweise oder Testzertifikate betreffend übertragbarer Krankheiten unrichtig ausstellt. Hier erscheint zweifelhaft, warum der Strafraum nicht gleich dem Verhältnis der Grundstrafen von § 277 und § 278 „aufgesattelt“ wird.¹⁷⁵ Auch hier blieb eine Begründung des Gesetzgebers unglücklicherweise aus.

b) Stellungnahme

Auch die Neuerung des § 278 StGB ist in der Gesamtbetrachtung zu befürworten. Die Strafbarkeit wurde um die Täuschung im Rechtsverkehr erweitert, was zu begrüßen ist. Gleichzeitig weitet sich hierbei aber auch die Strafbarkeit für Ärzte aus, da (wohl) bereits *Eventualvorsatz* genügt. Aus den bereits genannten Erwägungen ist diese Erweiterung jedoch vertretbar. Weiterhin wäre es angesichts des technischen Fortschritts wünschenswert gewesen, bei dieser Gelegenheit die Frage nach der Anwendbarkeit auf digitale Corona-Impfzertifikate zu beantworten.¹⁷⁶

4. § 279 StGB n.F. – Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse

a) Änderungen des § 279 StGB

Auch hier ist ein Gebrauchmachen von einem Gesundheitszeugnis der in den §§ 277 und 278 StGB bezeichneten Art bereits dann strafbar, wenn es zur Täuschung im Rechtsverkehr erfolgt und nicht erst wenn es geschieht, um eine Behörde oder Versicherungsgesellschaft zu täuschen.¹⁷⁷ Der dafür vorgesehene Strafraum kommt jedoch wie bei § 277 StGB nur zur Anwendung, wenn die Tat nicht durch andere Strafvorschriften des 23. Abschnitts mit schärferer Strafe bedroht ist. Damit wurde klargestellt, dass für die §§ 267 ff. StGB keine Sperrwirkung mehr anzuerkennen ist, soweit diese Delikte zu einer schwereren Strafe führen.¹⁷⁸

b) Stellungnahme

Richtigerweise wurde auch hier die Begrenzung der Täuschung auf Behörden und Versicherungsgesellschaften gestrichen und durch eine Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr ersetzt.¹⁷⁹ So verhält es sich auch mit der Subsidiaritätsklausel, die hier eine sinnvolle Ergänzung war, um eine Sperrwirkung in Bezug auf § 267 StGB aufzuheben.

¹⁷² Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 267 Rn. 103; Erb, GA 1999, 344 (345); Erb, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 209; Neuhaus, GA 1994, 224 (233); Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 267 Rn. 24; Im Ergebnis auch BayObLG, NJW 1998, 2917; Heghmann, Strafrecht BT, 2. Aufl. (2021), Rn. 1558.

¹⁷³ Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 267 Rn. 24.

¹⁷⁴ Erb, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 209; Vormbaum, GA 2011, 167 (175).

¹⁷⁵ Lichtenthäler, NSZ 2022, 138 (141).

¹⁷⁶ Dafür: Erb, in: MüKo-StGB, § 277 Rn. 3; Schuhr, in: Spickhoff MedR, StGB, § 278 Rn. 5; Lichtenthäler, NSZ 2022, 138 (140); Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (14); dagegen: Zieschang, ZIS 2021, 481 (482); Leifeld, NZV 2013, 422 (422).

¹⁷⁷ BT-Drs. 20/15, S. 34.

¹⁷⁸ Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (16).

¹⁷⁹ Zieschang, ZStW 2022, 140 (143).

5. Praxisbetrachtung nach der neuen Fassung der §§ 275, 277-279 StGB¹⁸⁰

Fallkonstellation 1 unterfällt nunmehr § 275 Abs. 1a StGB. Der neu eingefügte Abs. 1a erfasst auch die Vorbereitung der Herstellung unrichtiger Impfausweise. In Fall 2 steht auch der Strafbarkeit des B zwar nach § 277 StGB nicht mehr die Eingrenzung zur Täuschung gegenüber Behörden oder Versicherungsgesellschaften entgegen. Der erneuerte § 277 StGB wurde aber auf den Fall begrenzt, im eigenen Namen unter Anmaßung einer Berufsbezeichnung zu fälschen. Der B handelt aber im Namen eines anderen (Arztes).¹⁸¹ Weil § 277 StGB aber keinen Spezialfall der Urkundenfälschung mehr darstellt, macht B sich allein wegen § 267 StGB strafbar. C kann weiterhin nach § 278 Abs. 1 StGB bestraft werden. Wenn er schon eine Täuschung speziell gegenüber Behörden und Versicherungsgesellschaft billigend in Kauf genommen hat, dann erst recht eine gegenüber dem sonstigen Rechtsverkehr. D kann nun nach § 279 StGB bestraft werden, weil eine Apotheke ebenso tauglicher Täuschungsadressat sein kann.

V. Fazit

Anhand der Ergebnisse Praxisbeispiele vor und nach der Novellierung lässt sich erkennen, dass die Neuerungen der §§ 275 und 277-279 StGB keineswegs vergebens waren. Der Gesetzgeber wollte eine Rechtslage schaffen, die mit der Zeit geht und sich neuen Phänomenen anpasst. Positiv ist zudem, wie rasch die Änderungen umgesetzt wurden, ohne dass darunter die Qualität gelitten hat. Es bleiben einige wenige Kritikpunkte, wie zum Beispiel die fehlende Berücksichtigung von digitalen Impfnachweisen oder die Anpassung der Strafrahmen. Dass einige Entscheidungen möglicherweise zudem übereilt waren, lässt sich daran erkennen, dass der neue § 275 Abs. 1a StGB auf den ganz speziellen Fall der Impfausweise abstellt. Im Augenblick ist der Nachweis einer Corona-Schutzimpfung nur noch in den wenigsten Bereichen erforderlich. Dadurch dürfte auch die Nachfrage nach unechten Impfausweisen deutlich gesunken sein. Man könnte sich also fragen, ob eine komplette Neuerung der Urkundendelikte insbesondere vor dem Hintergrund des ultima-ratio-Gedanken des Strafrechts erforderlich war, um nur einen kurzen Moment in der Geschichte des Strafrechts abzudecken. Entscheidend ist aber, dass der Schutz des Rechtssystems vor der Unechtheit von Impfausweisen in der Zeit, in der es geboten war, gewährleistet war. Darüber hinaus sind die erneuerten §§ 277-279 StGB wesentlich allgemeiner gehalten und schützen nicht nur Impfausweise als solche. Jedenfalls ist der Großteil der Straftaten in Verbindung mit der Fälschung von Impfausweisen abgedeckt, so dass das Ziel des Gesetzgebers, Wertungswidersprüche und Ungereimtheiten zu beseitigen, insgesamt erreicht sein dürfte. Es bleibt abzuwarten, ob das, was heute schon nahezu in Vergessenheit geraten ist, nicht bald schon wieder alltäglich wird.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹⁸⁰ Strafbarkeiten nach dem IfSG bleiben hier außer Betracht.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Stefanie Brück

Gesichtsverhüllung in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens

Universität zu Köln

Institut für Straf- und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 15.11.2022

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	83
II. Das Verbot der Gesichtshüllung nach § 176 Abs. 2 S. 1 GVG	83
1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	83
2. Zeitlicher und räumlicher Anwendungsbereich	83
3. Persönlicher Anwendungsbereich	84
4. Der Ausnahmetatbestand des § 176 Abs. 2 S. 2 GVG	84
III. Verfassungsmäßigkeit des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt	86
1. Religionsfreiheit.....	86
a) RichterIn	87
aa) Staatliche Neutralitätspflicht	87
bb) Funktionsfähigkeit der Rechtspflege	87
cc) Negative Religionsfreiheit.....	88
b) Schöffen	89
c) Staatsanwaltschaft	89
d) Angeklagte	90
e) Zeugin	91
aa) Funktionsfähigkeit der Rechtspflege	91
bb) Konfrontationsrecht des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 d) EMRK.....	92
f) VerteidigerIn.....	92
2. Nemo tenetur Grundsatz	93
IV. Maskenpflicht im Gerichtssaal trotz des § 176 Abs. 2 S. 1 GVG	94
1. Zulässigkeit einer Anordnung nach § 176 Abs. 1 GVG.....	94
a) Befürworter	94
b) Gegner	95
2. Generelle Ausnahme nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG.....	97
a) Befürworter	97
b) Gegner	98
c) Stellungnahme zu der Ausnahme nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG	98
V. Mögliche Maßnahmen zur Verbotsdurchsetzung	99
1. Spezielle Rechtsgrundlagen für ein Vorgehen gegen den Zeugen.....	99
2. Allgemeine Rechtsgrundlagen	100
VI. Fazit	102

I. Einleitung

Mit dem „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens“¹ vom 10. Dezember 2019 wurde der § 176 GVG, der die Sitzungspolizei durch den Vorsitzenden regelt, um einen zweiten Absatz ergänzt, nach dem an der Verhandlung beteiligte Personen ihr Gesicht während der Sitzung weder ganz noch teilweise verhüllen dürfen. Der Vorsitzende war schon vor dieser Reform nach einhelliger Ansicht durch § 176 GVG a.F. dazu befugt, für die Verfahrensbeteiligten ein Verhüllungsverbot anzuordnen.² Die Regelung soll heute zu einer – schon längere Zeit ersehnten – Rechtseinheitlichkeit führen.³ Auch im Hinblick auf die Zahl von Zuwanderern aus Kulturkreisen, in denen eine Vollverschleierung nicht unüblich ist, wurde die Regelung als dringlich erachtet.⁴

In der Literatur wird aber die Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung als generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im Hinblick auf Frauen, die aus religiösen Gründen eine Vollverschleierung tragen, bezweifelt.

Die Gesetzesänderung birgt außerdem eine höchstumstrittene Problematik, die durch die Corona-Pandemie zu Tage getreten ist. Ist eine Anordnung des Richters, dass in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens ein Mund-Nasen-Schutz⁵ getragen werden muss, trotz des Gesichtsverhüllungsverbots zulässig?

Die Gesetzesbegründung gibt keine Auskunft darüber, wie das Verhüllungsverbot durchgesetzt werden kann, wenn sich ein Verfahrensbeteiligter in Widerspruch dazu setzt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Durchsetzung auf bestehende Rechtsgrundlagen in der Strafprozessordnung und dem Gerichtsverfassungsgesetz gestützt werden kann.

II. Das Verbot der Gesichtsverhüllung nach § 176 Abs. 2 S. 1 GVG

Zunächst ist der Anwendungsbereich des Gesichtsverhüllungsverbots aus § 176 Abs. 2 S. 1 GVG zu konkretisieren.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der Begriff der Gesichtsverhüllung umfasst alle Formen der Verhüllung. Unerheblich ist die Motivation für das Tragen oder das Material, aus dem die Verhüllung besteht. Beispiele für eine Gesichtsverhüllung sind eine Sturmhaube, ein Motorradhelm, eine Burka, medizinische Verbände und sogar eine Sonnenbrille.⁶ Nicht erfasst ist die Bedeckung von Haar und Hals.⁷

2. Zeitlicher und räumlicher Anwendungsbereich

Nach § 176 Abs. 2 GVG gilt das Gesichtsverhüllungsverbot während der Sitzung. Für die „Sitzung“ gibt es in der StPO keine Legaldefinition, sie erfährt darin aber vielerorts Erwähnung, so beispielsweise im Begriff „Sitzungssaal“ in § 244 Abs. 2 StPO.⁸ Zudem ergibt sich aus dem Wortlaut des § 176 Abs. 2 GVG, dass sich das Verbot auf

¹ BGBl. I 2019, S. 2121 ff.

² Vgl. *BVerfG*, NJW 2007, 56 (57); BT-Drs. 19/14747, S. 43; *Allgayer*, in: BeckOK-GVG, 16. Edition (15.8.2022), § 176 Rn. 17; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. (2022), § 176 GVG Rn. 6a; *Kulhanek*, in: MüKo-StPO, Band 3/2, 2018, § 176 GVG Rn. 17; *Burhoff*, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 10. Aufl. (2022), Rn. 2948; *Reuters*, SÖR 2021, 119; *Burhoff*, ZRP 2020, 199 (212); *Claus*, NSiZ 2020, 57 (62); *Michael/Dunz*, DÖV 2017, 125 (126); *Mitsch*, KriPoZ, 2020, 99 (99); *Nestler*, HRRS 2016, 126 (131 f.).

³ *Fischer*, JoJZG 2019, 10 (10); *Leitmeier*, ZRP 2018, 246 (247); *Löffler*, „Freies Gesicht im Strafverfahren“ – die Zulässigkeit der Vollverschleierung muslimischer Frauen in der strafrechtlichen Hauptverhandlung am Beispiel der Zeugin, 2018, S. 61.

⁴ BR-Drs. 408/18, S. 4.

⁵ Im Folgenden als „Maske“ bezeichnet.

⁶ *Allgayer*, in: BeckOK-GVG, § 176 Rn. 18a.

⁷ BT-Drs. 19/14747, S. 43.

⁸ *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (100).

an der „Verhandlung“ beteiligte Personen bezieht, sich also auf die in den §§ 226-275 StPO geregelte Hauptverhandlung beschränkt. Die Hauptverhandlung beginnt mit dem Aufruf der Sache nach § 243 Abs. 1 S. 1 StPO und endet mit der vollständigen Verkündung des Urteils spätestens zwei Wochen nach Schluss der Verhandlung gem. § 268 Abs. 3 S. 1 StPO. Zu beachten ist, dass der Begriff der Sitzung weiter ist als der Begriff der Verhandlung.⁹ Die Sitzung beginnt mit dem Öffnen des Zugangs zum Sitzungssaal, schließt Beratungs- und Sitzungspausen ein und endet, sobald das Gericht den Saal verlassen hat.¹⁰ Räumlich erfasst sind der Bereich des Sitzungssaals, das Beratungszimmer, ein Zeugenraum sowie der unmittelbar angrenzende Teil des Gebäudes z.B. Flur, Vorraum und Fensterbereich.¹¹

3. Persönlicher Anwendungsbereich

§ 176 Abs. 2 GVG gilt für alle an der Verhandlung beteiligten Personen. Dazu zählt, wer zur Anwesenheit oder zur Mitwirkung an der Wahrheits- und Entscheidungsfindung im gerichtlichen Verfahren verpflichtet oder befugt ist.¹²

Am Strafverfahren sind stets Richter, Staatsanwaltschaft und Angeklagter beteiligt. Daneben sind aber oft auch Zeugen, Sachverständige, Verteidiger oder Nebenkläger vor Ort. Diese sind ebenfalls am Verfahren beteiligte Personen i.S.d. § 176 Abs. 2 S. 1 GVG.¹³ Neben dem Berufsrichter sind gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GVG zwei Schöffen an einem Strafverfahren beteiligt, sobald ein Strafmaß von über zwei Jahren bis zu vier Jahren erwartet wird, §§ 24, 25 Nr. 2, 28 GVG. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich nicht, dass § 176 Abs. 2 GVG auch für ehrenamtliche Richter Gültigkeit hat.¹⁴ Aus dem Telos des § 176 Abs. 2 GVG, die offene Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten zu ermöglichen, ergibt sich jedoch, dass die Regelung sich auf alle anwesenden Verfahrensbeteiligten erstreckt.¹⁵

Zuschauer sind hingegen keine an der Verhandlung Beteiligte i.S.d. § 176 Abs. 2 S. 1 GVG.¹⁶ Sie erfüllen im Rahmen des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 169 GVG nur eine rechtsstaatliche Überwachungsfunktion, wobei sie nach der Strafprozessordnung nicht mit darüber hinausgehenden Rechten und Pflichten ausgestattet sind, für deren Wahrnehmung es auf ein von Verhüllung befreites Gesicht ankäme. Allein hinsichtlich der Vornahme einer Maßnahme zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung gem. § 176 Abs. 1 GVG müssen Zuschauer trotz Gesichtsverhüllung identifizierbar bleiben.¹⁷

4. Der Ausnahmetatbestand des § 176 Abs. 2 S. 2 GVG

Gem. § 176 Abs. 2 S. 2 GVG kann der Vorsitzende Ausnahmen gestatten, wenn und soweit die Kenntlichmachung des Gesichts weder zur Identitätsfeststellung noch zur Beweiswürdigung notwendig ist. Über einzelfallbezogene Ausnahmen entscheidet der Vorsitzende nach pflichtgemäßem Ermessen.¹⁸ Die Identitätsfeststellung erfolgt durch den visuellen Abgleich zwischen der betroffenen Person und der Vorlage eines Personaldokuments.¹⁹ Gem. § 243

⁹ Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl. (2021), § 176 Rn. 9.

¹⁰ BT-Drs. 19/14747, S. 43; OLG Hamm, NJW 1956, 1452 (1452).

¹¹ Kangarani, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 176 GVG Rn. 2.

¹² Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, § 176 Rn. 51.

¹³ BT-Drs. 19/14747, S. 43.

¹⁴ Reuters, SÖR 2021, 119.

¹⁵ Diemer, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 176 GVG Rn. 3 f.; Kulhanek, in: MüKo-StPO, § 176 GVG Rn. 5; Allgayer, in: BeckOK-GVG, § 176 Rn. 3; Schmidt, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, GVG, 6. Aufl. (2019), § 176 Rn. 5; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 1, 10.

¹⁶ BT-Drs. 19/14747, S. 43; Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, § 176 Rn. 52; Allgayer, in: BeckOK-GVG, § 176 Rn. 17; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 19; Reuters, SÖR 2021, 119.

¹⁷ BVerfG, NJW 2007, 56 (57).

¹⁸ Zscheschack, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. (2021), § 15 Rn. 71.

¹⁹ BT-Drs. 19/14747, S. 46.

Abs. 1 S. 2 StPO stellt der Vorsitzende fest, ob der Verteidiger und der Angeklagte anwesend sind. Zudem wird der Angeklagte gem. § 243 Abs. 2 S. 2 StPO über seine persönlichen Verhältnisse befragt. Dies dient dazu festzustellen, dass der Anwesende mit der in der zugelassenen Anklage bezeichneten Person identisch ist.²⁰ Für den Zeugen kann die Identitätsfeststellung im Strafverfahren in zwei Zusammenhängen relevant werden: als erstes im Rahmen der Ladung gem. § 48 StPO und als zweites im Rahmen der Zeugenvernehmung nach § 68 StPO. Diese Vorschriften sind nach § 72 StPO auch auf den Sachverständigen entsprechend anzuwenden.

Für die Ladung genügt das „Erscheinen“, wobei der Richter feststellen soll, dass es sich um die richtige Person handelt.²¹ Es wird keine Vorgabe über die Art und Weise getroffen, wie der Richter festzustellen hat, dass es sich um die richtige Person handelt.²² Die Vorschrift sieht außerdem keine Mitwirkungs- oder Duldungspflicht einer Person mit Gesichtsverhüllung vor.²³ Dies könnte darauf hindeuten, dass das Ablegen der Gesichtsverhüllung nicht zu den Zeugenpflichten des § 48 StPO gehört. Die personenbezogene Formulierung „ihrer“ Vernehmung und der Begriff der „Ladung“, die einen Zeugen dazu auffordert, an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit zur Vernehmung als Zeuge zu erscheinen,²⁴ zeigen Gegenteiliges.²⁵

Ein Streitentscheid kann jedoch dahinstehen, da jedenfalls nach § 68 Abs. 1 S. 1 StPO zu Beginn der Vernehmung die Identitätsfeststellung erfolgt. Dazu ist der Zeuge auch verpflichtet, wenn er von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.²⁶ Den Zeugen trifft eine Mitwirkungspflicht, da bei Unterlassen die Verwirklichung des § 111 OWiG droht.²⁷ Verschleierungen, die eine Identitätsfeststellung gem. § 68 Abs. 1 S. 1 StPO verhindern, müssen daher zumindest gegenüber dem Gericht und für die Dauer der Feststellung abgenommen werden.²⁸

Die freie richterliche Beweiswürdigung ist in § 261 StPO geregelt. Das Gericht ist dabei an keinerlei objektive Beweisregeln gebunden.²⁹ Ihm sind nur insofern Grenzen gesetzt, als dass die Beweismittel vollständig ausgewertet werden und *gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse*, die *Gesetze der Logik und Erfahrungssätze* des täglichen Lebens eingehalten werden müssen.³⁰ In subjektiver Hinsicht muss der Richter überzeugt sein. Diese Überzeugung vom Geschehen erwächst als innere Stellungnahme zum Gegenstand der Untersuchung aus dem Inbegriff der Verhandlung und kann oftmals von Gefühlen beeinflusst worden sein.³¹ Wegen der erheblichen Freiheit, die dem Richter durch § 261 StPO eingeräumt wird, ist davon auszugehen, dass es dem Richter auch frei steht, aus Reaktionen der Verfahrensbeteiligten Rückschlüsse zu ziehen und sie in der Beweiswürdigung zu verwerten.³² Jede Reaktion seitens des Verfahrensbeteiligten könnte im Rahmen einer Beweiswürdigung relevant werden. Eine Differenzierung nach Bedeutsamkeit einer möglichen Aussage ist im Vorfeld schwierig und taugt daher nicht als Restriktionskriterium.³³ Selbst die Gesetzesbegründung des Bundesrates geht davon aus, dass der Anwendungsbereich für Ausnahmen in der Praxis kaum relevant sein wird, weil die Wahrheitserforschungspflicht regelmäßig vorgeht.³⁴ Gleichzeitig betont die Gesetzesbegründung des Bundestages, dass bestimmten Personengruppen im Hinblick auf ihre Grundrechte eine Ausnahme von dem Gesichtsverhüllungsverbot unter den Voraussetzungen

²⁰ Schneider, in: KK-StPO, § 243 Rn. 18.

²¹ Nestler, HRRS 2016, 126 (127).

²² Löffler, S. 70; Nestler, HRRS 2016, 126 (127).

²³ Nestler, HRRS 2016, 126 (127); a.A.: für eine Mitwirkungspflicht: Heuser/Bockemühl, KriPoZ 2020, 342 (347); Löffler, S. 92.

²⁴ Huber, in: BeckOK-StPO, 44. Ed. (1.7.2022), § 48 Rn. 1.

²⁵ Löffler, S. 79.

²⁶ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 68 Rn. 2; Monka, in: BeckOK-StPO, § 68 Rn. 1.

²⁷ OLG Hamburg, Beschl v. 8.2.2002 – 2 Ws 32/02, juris Rn 16.

²⁸ Nestler, HRRS 2016, 126 (127).

²⁹ Ott, in: KK-StPO, § 261 Rn. 1.

³⁰ BGHSt 17, 382 (385).

³¹ Sander, in: LR-StPO, Band 7, 27. Aufl. (2021), § 261 Rn. 7.

³² Brehmeier-Metz, in: HK-GS, StPO, § 261 Rn. 3.

³³ Reuters, SÖR 2021, 132.

³⁴ BR-Drs. 408/18, S. 7.

des § 176 Abs. 2 S. 2 GVG zu gestatten ist.³⁵ Ausdrücklich erwähnt wird dabei die Ausnahme für verdeckte Ermittler, da diesen regelmäßig die Aussage nicht erlaubt wird und der Zweck der umfassenden Beweiswürdigung daher nicht zum Tragen kommt.³⁶ Hinsichtlich des Zeugen ist eine Ausnahme zu gestatten, wenn er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, da er dann nicht mehr als Beweismittel dient.³⁷ Mangels Rechtsgrundlage ist es dabei auch nicht zulässig, auf die weitere Anwesenheit des Zeugen zu bestehen, nur um seine Mimik beobachten zu können.³⁸

In jedem anderen Fall ist die Formulierung als Ausnahmetatbestand wegen der kumulativen Voraussetzungen, der fehlenden Notwendigkeit sowohl für die Identitätsfeststellung als auch für die Beweiswürdigung, problematisch.

III. Verfassungsmäßigkeit des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt

Die Ausgestaltung der Gesichtsverhüllung als generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gem. § 176 Abs. 2 S. 1 GVG ist verfassungswidrig, wenn es die Verfahrensbeteiligten in ihren Grundrechten, namentlich der Religionsfreiheit oder dem Nemo tenetur Grundsatz verletzt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht tritt hinter der Religionsfreiheit zurück, weil sich die Ausübung der freien Persönlichkeitsentfaltung im Hinblick auf religiös motivierte Kleidung in dem Gebrauchmachen von der Religionsfreiheit erschöpft.³⁹

1. Religionsfreiheit

Den Verfahrensbeteiligten steht es im Rahmen ihrer Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG grundsätzlich frei, nach der Überzeugung ihres Glaubens zu handeln.⁴⁰ Ob es sich dabei tatsächlich um ein religiöses Verhalten handelt, hängt von dem Selbstverständnis der Grundrechtsberechtigten ab, wofür erforderlich ist, dass diese plausibel darlegen, dass das Verhalten zu ihrer Religion gehört.⁴¹ Anerkannt ist, dass das Tragen bestimmter symbolischer Kleidung wie Burka oder Nikab von der Religionsfreiheit geschützt ist.⁴² Diese Freiheit beschränkt sich nicht nur auf die allgemeine Öffentlichkeit, sondern erfasst ist auch der Fall, dass die Betroffene als Angeklagte, Zeugin, sonstige Verfahrensbeteiligte oder nur als ZuhörerIn aus religiösen Gründen im Gerichtssaal eine Vollverschleierung trägt.⁴³

Das Gesichtsverhüllungsverbot macht es den Verfahrensbeteiligten grundsätzlich unmöglich, eine Gesichtsverhüllung vor Gericht zu tragen, sodass ein Eingriff in deren Religionsfreiheit vorliegt. Die Religionsfreiheit wird vorbehaltlos gewährleistet, insbesondere gilt der Gesetzesvorbehalt des Art. 136 Abs. 1 WRV nach herrschender Auffassung nicht.⁴⁴ Sie kann daher nur durch kollidierende Grundrechte Dritter oder sonstige Rechtsgüter mit Verfassungsrang begrenzt werden.⁴⁵ Die in Betracht kommenden Schranken variieren danach, in welcher Rolle die Person am Verfahren beteiligt ist.

³⁵ BT-Drs. 19/14747, S. 44.

³⁶ BT-Drs 19/14747, S. 47; BR-Drs. 408/18, S. 6; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 23a.

³⁷ *Bader*, in: KK-StPO, § 52 Rn. 43.

³⁸ *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (101).

³⁹ Vgl. *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Band I, 7. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 160.

⁴⁰ BVerfGE 153, 1 (33 f.); BVerfGE 138, 296 (329); BVerfGE 108, 282 (297).

⁴¹ BVerfGE 108, 282 (282, 298 f.); BVerfGE 138 296 (329); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 4 Rn. 12; *Morlok*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. (2013), Art. 4 Rn. 92.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. (2013), § 9 Rn. 189.

⁴² *VGH München*, Beschl. v. 22.4.2014 – 7 C 13.2593 – juris Rn. 17; *Kokott*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 4 Rn. 33; *Michael/Morlok*, § 9 Rn. 189.

⁴³ *BVerfG*, NJW 2007, 56 (57); *Leitmeier*, ZRP 2018, 246 (248); *Michael/Dunz*, DÖV 2017, 125 (127).

⁴⁴ *Kokott*, in: Sachs, GG, Art. 4 Rn. 133 f.

⁴⁵ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. EL (März 2022), Art. 4 Rn. 85.

a) RichterIn

Eine RichterIn verliert, so wie alle anderen Staatsbediensteten, ihre Grundrechtsberechtigung nicht dadurch, dass sie in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat steht.⁴⁶ Auswirkungen hat die besondere Stellung erst auf Ebene der Rechtfertigung.⁴⁷ Deswegen muss auch das Gesichtsverhüllungsverbot durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Als sonstige Rechtsgüter mit Verfassungsrang kommen die staatliche Neutralitätspflicht, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten in Betracht.

aa) Staatliche Neutralitätspflicht

Dem Staat ist es wegen des Gebots der weltanschaulichen Neutralität, das sich aus der Zusammenschau der Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und Abs. 2 WRV ergibt, versagt, sich mit einem bestimmten Glauben zu identifizieren und dessen Symbole zur Schau zu stellen.⁴⁸ Zu beachten ist, dass die Neutralitätspflicht für Richter zugunsten der Bürger durch das Recht auf den gesetzlichen Richter in Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG besonders abgesichert ist.⁴⁹

Die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit des Richters gem. Art. 97 GG impliziert, dass Richter als unbeteiligte Dritte gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und dem Verfahrensgegenstand die Gewähr dafür bieten, dass sie Neutralität und Distanz wahren.⁵⁰ Das Gewährbieten beinhaltet, dass schon im Vorhinein der Verdacht der Voreingenommenheit vermieden wird. Das zeigt auch die einfachgesetzliche Befangenheitsvorschrift des § 22 StPO, die keinen inneren Konflikt des Richters voraussetzt, sondern schon objektive äußere Umstände genügen lässt.⁵¹ Als Ausdruck der Neutralität sind Richter auch dazu verpflichtet eine Amtstracht zu tragen.⁵² Diese soll bewirken, dass die Persönlichkeit hinter dem Amt zurücktritt.⁵³ Das äußere Erscheinungsbild mit religiöser Gesichtsverhüllung könnte von anderen Verfahrensbeteiligten so interpretiert werden, dass die eigene religiöse Haltung für sie wichtiger sei, als die durch die Robe vermittelte Neutralität.⁵⁴ Durch das Gesichtsverhüllungsverbot wird dieser Eindruck vermieden und verhindert, dass Verfahrensbeteiligte die Religionsausübung dem Staat zurechnen.⁵⁵ Für eine Rechtfertigung durch die Neutralitätspflicht spricht auch, dass das Gerichtsverfahren einer starken Formalisierung unterliegt⁵⁶ und daher wenig Raum für private Selbstdarstellung bleibt.⁵⁷ Es muss die Ausstrahlungswirkung des Gerichts geschützt werden, die impliziert, dass die Entscheidung frei und allein aufgrund des Gesetzes getroffen wird.⁵⁸

bb) Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege wird aus dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet.⁵⁹ Zu ihr gehört die Ermöglichung einer effektiven Rechts- und Wahrheitsfindung,⁶⁰ die eine offene Kommunikation

⁴⁶ BVerfGE 39, 334 (366 f.).

⁴⁷ Weidemann, ZJS 2016, 286 (287).

⁴⁸ Morlok, in: Dreier, GG, Art. 4 Rn. 78.

⁴⁹ Reuters, SÖR 2021, 94.

⁵⁰ BVerfG, NJW 2017, 2333 (2336); Häberle, DVBl 2018, 1263 (1265); Weidemann, ZJS 2016, 286 (293).

⁵¹ Weidemann, ZJS 2016, 286 (294).

⁵² Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 4 Rn. 207.

⁵³ Weidemann, ZJS 2016, 286 (294); Häberle, DVBl 2018, 1263 (1266).

⁵⁴ Heinig, BDVR-Rundschreiben 2019, 17 (18); Weidemann, ZJS 2016, 286 (295).

⁵⁵ Reuters, SÖR 2021, 90 f.

⁵⁶ Vgl. Weidemann, ZJS 2016, 286 (293).

⁵⁷ BayVerfGH, NJW 2019, 2151 (2153).

⁵⁸ Weidemann, ZJS 2016, 286 (294).

⁵⁹ BT-Drs. 19/14747, S. 43.

⁶⁰ Diemer, in: KK-StPO, § 176 GVG Rn. 1; Velten, in: SK-StPO, Band IX, 5. Aufl. (2016), § 176 GVG Rn. 1, 5.

zwischen allen Verfahrensbeteiligten voraussetzt.⁶¹ Würde die Richterin mit verschleiertem Gesicht die Verhandlung führen, würde dies ein Gefühl der Anonymität erwecken und könnte das Vertrauens des Angeklagten reduzieren.⁶² Es bestünde die Gefahr, dass der Angeklagte die Richterin i.S.d. § 24 StPO für befangen hält und das gesamte Verfahren in Frage stellt.⁶³ Gleichzeitig könnten dem Angeklagten durch die Verhüllung aber auch Anzeichen dafür verborgen bleiben, dass die Richterin befangen ist oder dass gar ein Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 1 StPO vorliegt, weil die Richterin schläft.⁶⁴ Wenn der Angeklagte die Mimik der Richterin nicht erkennen kann, ist es ihm auch nicht möglich, angemessen auf ihre Fragen zu reagieren,⁶⁵ weshalb er in seinen Verteidigungsmöglichkeiten beeinträchtigt ist. So fordert auch der aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgende Grundsatz der Waffengleichheit, dass der Angeklagte gleichwertige Möglichkeiten zur Einwirkung auf die Entscheidungsfindung hat.⁶⁶ Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege rechtfertigt daher auch den Eingriff in die Religionsfreiheit der Richterin.

cc) Negative Religionsfreiheit

Daneben könnte die negative Religionsfreiheit der am Verfahren beteiligten Personen den Eingriff in die Religionsfreiheit rechtfertigen.

Einerseits hat das Gericht, anders als eine Schule, keine Integrationsfunktion. Den Beteiligten sollte es daher grundsätzlich freistehen, über das eigene Tragen einer Gesichtsverhüllung zu befinden. Das bloße Tragen der religiösen Bekleidung des anderen Verfahrensbeteiligten als Privatperson berührt die eigene negative Religionsfreiheit nicht. Die womöglich als Störung empfundene Fremdheit der Bekleidung kann kein Verbot begründen.⁶⁷ Der Staat macht sich ein religiöses Symbol nicht schon dadurch zu eigen, dass er es duldet, weil die Entscheidung des Individuums im Vordergrund steht.⁶⁸

Der Schutz der negativen Glaubens- und Religionsfreiheit ist jedoch dann berührt, wenn die religiöse Handlung von solcher Intensität ist, dass die Situation für den Betroffenen unausweichlich ist und über eine bloße Konfrontation hinaus geht.⁶⁹ Der *BayVerfGH* hat kürzlich entschieden, dass ein Kreuz im Eingangsbereich einer öffentlichen Behörde keine missionierende Wirkung auf Bürger hat, die daran vorbeilaufen, da dieser Moment sehr flüchtig ist.⁷⁰

Die Verfahrensbeteiligten haben, anders als Besucher in einer Behörde keine Wahl, ob sie an der Verhandlung teilnehmen. § 230 StPO verpflichtet den Angeklagten zu seiner Anwesenheit, da gegen ihn sonst keine Hauptverhandlung stattfindet.⁷¹ Selbst der Zeuge ist gem. § 48 Abs. 1 StPO dazu verpflichtet, vor Gericht zu erscheinen und auszusagen. Dies kann gem. § 51 StPO sogar zwangsweise durchgesetzt werden.

Das Strafverfahren ist für den Angeklagten ein belastendes Ereignis, das nicht nur einen kurzen Moment dauert, sondern durch die stattfindende Interaktion zwischen den Beteiligten und letztlich die Urteilsverkündung für den Betroffenen besonders einprägsam bleibt. Eine bloße Flüchtigkeit des Momentes kann bei einer Richterin im Gerichtsverfahren, sowohl für den Zeugen als auch vor allem hinsichtlich des Angeklagten, mithin nicht vertreten werden. Die Religionsausübung durch die Richterin wird der Angeklagte dem Staat sehr wohl zurechnen. Daher

⁶¹ BT-Drs. 19/14747, S. 44.

⁶² Reuters, SÖR 2021, 83 f.

⁶³ Heuser/Bockemühl, KriPoZ 2020, 342 (345).

⁶⁴ Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (100); Spatschek/Feldle, StraFo 2021, 354 (356).

⁶⁵ Weidemann, ZJS 2016, 404 (407).

⁶⁶ Lohse/Jakobs, in: KK-StPO, Art. 6 EMRK Rn. 45.

⁶⁷ Vgl. *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (182).

⁶⁸ BVerfGE 138, 296 (336 f.); BVerfGE 108, 282 (305).

⁶⁹ *BayVerfGH*, NJW 2019, 2151 (2152).

⁷⁰ *VGH München*, Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, BeckRS 2022, 23724 Rn. 33.

⁷¹ Weidemann, ZJS 2016, 404 (410).

rechtfertigt die negative Religionsfreiheit ebenfalls ein Gesichtverhüllungsverbot.

b) Schöffen

Den Eingriff in die Religionsfreiheit der Schöffen könnten ebenfalls die staatliche Neutralitätspflicht rechtfertigen. Ob die staatliche Neutralitätspflicht eine taugliche Schranke für die Religionsfreiheit der Schöffen darstellt, ist fraglich. Die Besonderheit der Schöffen liegt darin, dass sie anders als der Berufsrichter bei Ausübung ihres Ehrenamtes Privatpersonen bleiben und ihre wesentliche Aufgabe darin liegt, die Vielfalt der Gesellschaft mit ihrer kulturellen und religiösen Herkunft zu repräsentieren.⁷² Ehrenamtliche Richter nehmen mit Berufsrichtern die rechtsprechende Gewalt wahr, weshalb sie gem. Art. 97 Abs. 1 GG zur Unparteilichkeit verpflichtet sind.⁷³ Aus Art. 92 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG ergibt sich für sie eine Verfassungstreuepflicht.⁷⁴

Gegen eine Neutralitätspflicht spricht nach teilweise vertretener Meinung, dass Schöffen nur als Kontrollinstanz des hoheitlichen Handelns des Richters dienen.⁷⁵ Zudem sei in der Bevölkerung allgemein bekannt, dass es sich bei Schöffen um juristische Laien handle und daher keine strikte Neutralität erwartet werde.⁷⁶ Außerdem stünden Schöffen dem Staat als solchem nicht so nahe wie Berufsrichter, da sie in kein Beamten- oder sonstiges Dienstverhältnis zum Staat eingebunden seien.⁷⁷ Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass Schöffen zur Ausübung ihres Amtes verpflichtet werden könnten und es nur wenige Ausnahmen zu der Befreiung von dieser Pflicht für Religionsdiener gebe. Als Schöffen könnten damit auch grundsätzlich Personen berufen werden, die sich aus religiösen Gründen vollverschleiern.⁷⁸

Zugunsten der Anwendbarkeit ist wiederum anzuführen, dass es für den Bürger keinen Unterschied macht, ob Berufsrichter oder Ehrenamtliche entscheiden. Auch lässt sich dem § 34 Abs. 1 Nr. 6 GVG, der Religionsdiener vom Amt der Schöffen ausschließt, der Rechtsgedanke entnehmen, dass Religion im Gerichtssaal gegenüber dem Vertrauen in die Neutralität der Justiz keine Daseinsberechtigung hat.⁷⁹ Es wäre widersprüchlich, Schöffen einer höchst staatlichen Aufgabe gem. Art. 97 GG verpflichtet anzusehen, sie gleichzeitig aber von der staatlichen Neutralitätspflicht zu befreien.⁸⁰ Demzufolge beschränkt die staatliche Neutralitätspflicht die Religionsfreiheit der Schöffen.

Die Erwägungen zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der negativen Religionsfreiheit bei der Richterin gelten wegen der ähnlichen Funktion der Schöffen für diese gleichermaßen, sodass der Eingriff in die Religionsfreiheit der Schöffen ebenso gerechtfertigt ist.

c) Staatsanwaltschaft

Auch der Eingriff in die Religionsfreiheit der Staatsanwältin könnte durch die staatliche Neutralitätspflicht gerechtfertigt sein. Dazu müsste sie aber überhaupt zur Neutralität verpflichtet sein. Die Staatsanwaltschaft ist keine übliche Verwaltungsbehörde, weil sie zwar Aufgaben der Verwaltung wahrnimmt, aber gleichzeitig auch Organ der Rechtspflege ist.⁸¹ Dennoch zeigt § 160 Abs. 2 StPO, wonach sie im Rahmen ihrer Ermittlungen sowohl be-

⁷² Schmitt, in: Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 52 Rn. 1; Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, § 28 Rn. 2; Heinig, BDVR-Rundschreiben 2019, 17 (19).

⁷³ Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97 Rn. 1; Morgenthaler, in: BeckOK-GG, 52. Ed. (15.8.2022), Art. 97 Rn. 4.

⁷⁴ BVerfG, NJW 2008, 2568 (2569 f.).

⁷⁵ Reuters, SÖR 2021, 121.

⁷⁶ Köhler, VerwArch 2019, 21 (33).

⁷⁷ Weidemann, ZJS 2016, 404 (404).

⁷⁸ Weidemann, ZJS 2016, 404 (405).

⁷⁹ Köhler, VerwArch 2019, 21 (27).

⁸⁰ Vgl. Feldmann, NRV-Info, 27 (29).

⁸¹ Brocke, in: MüKo-StPO, Vorbem. zu § 141 Rn. 8.

als auch entlastende Beweise zu sammeln hat, dass ihr eine objektive Position zukommt.⁸² Gegen die Geltung der strengen Neutralitätspflicht könnte zwar eingewendet werden, dass am Ende des Verfahrens der Richter das Urteil fällt und nicht der Staatsanwalt.⁸³

Anders als für Richter gibt es jedoch auf einfachgesetzlicher Ebene keine Möglichkeit, die Befangenheit einer Staatsanwältin festzustellen und sie aufgrund dessen abzulösen.⁸⁴ Die §§ 22 f. StPO, die die Befangenheit des Richters regeln, sind wegen der wesentlich anderen verfahrensrechtlichen Stellung der Staatsanwältin keiner Analogie zugänglich.⁸⁵ Zur Vermeidung des Anscheins von Voreingenommenheit rechtfertigt die staatliche Neutralitätspflicht den Eingriff in die Religionsfreiheit durch das Verhüllungsverbot.

Des Weiteren steht der Staatsanwältin ein Fragerecht zu und auch ihr Einfluss auf die endgültige Entscheidung des Richters durch ihr Schlussplädoyer darf nicht unterschätzt werden.⁸⁶ Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege rechtfertigt damit ebenfalls den Eingriff in die Religionsfreiheit der Staatsanwältin.⁸⁷

Diese Erwägungen sind auf die Rechtsreferendarin, die im Vorbereitungsdienst die Sitzungsververtretung der Staatsanwaltschaft übernehmen darf, übertragbar.⁸⁸ Dafür spricht die sog. Kopftuch III Entscheidung des BVerfG⁸⁹, wonach die gesetzgeberische Entscheidung für eine Pflicht, sich im Rechtsreferendariat in weltanschaulich-religiöser Hinsicht neutral zu verhalten, aus verfassungsrechtlicher Sicht zu respektieren ist.⁹⁰

d) Angeklagte

Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege könnte den Eingriff in die Religionsfreiheit des Angeklagten durch das Gesichtsverhüllungsverbot rechtfertigen. Im Strafprozess ist die Wahrheitsermittlungspflicht so wesentlich wie in keinem anderen gerichtlichen Verfahren. Ihrer Einhaltung ist wegen der erheblichen Folgen, die mit einer Verurteilung der Angeklagten einhergehen, grundsätzlich umfassend Folge zu leisten.⁹¹ Dafür spricht die effektive Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs sowie das Ziel, den Täter einer nur der Schuld angemessenen Strafe zuzuführen.⁹² Auch das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verlangt die Ermittlung des wahren Sachverhalts, da sich ohne diesen das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt.⁹³ Dem Richter ist es nicht möglich, seine Aufgabe sachgerecht zu erfüllen, wenn die Angeklagte verschleiert ist.⁹⁴ Er muss die Mimik der Angeklagten auf ihre Glaubwürdigkeit hin untersuchen können.⁹⁵ Sie ist auch für strafschärfende und strafmildernde Umstände von Relevanz.⁹⁶ Der Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 244 Abs. 2 StPO verpflichtet den Richter zur Erforschung der materiellen Wahrheit und Aufklärung des Sachverhalts nach optimal abgesicherter Erkenntnis.⁹⁷

Fraglich ist aber der Fall, in dem die Angeklagte gem. § 243 Abs. 5 S. 1 StPO zulässigerweise die Aussage voll-

⁸² Vgl. BVerfGE 133, 168 (219 f.); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 4 Rn. 207; *Kissel/Mayer*, GVG, § 141 Rn. 3.

⁸³ *Weidemann*, ZJS 2016, 404 (409).

⁸⁴ *Weidemann*, ZJS 2016, 404 (409).

⁸⁵ *BGH*, NStZ 1991, 595 (595).

⁸⁶ *Reuters*, SÖR 2021, 125 f.; *Weidemann*, ZJS 2016, 404 (408).

⁸⁷ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 4 Rn. 207; *Reuters*, SÖR 2021, 125 f.

⁸⁸ *Reuters*, SÖR 2021, 126 f.; *Feldmann*, NRV-Info, 27 (30); a.A.: für eine Lockerung der Neutralitätspflicht: *Weidemann*, ZJS, 2016, 404, (411).

⁸⁹ BVerfGE 153, 1; *BVerfG*, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17.

⁹⁰ BVerfGE 153, 1 (2).

⁹¹ *Reuters*, SÖR 2021, 131; *Michael/Dunz*, DÖV 2017, 125 (129); *Nestler*, HRRS 2016, 1368; *Weidemann*, ZJS, 2016, 404, (405).

⁹² BVerfGE 130, 1 (26 f.); *BVerfG*, NJW 2022, 2389 (2393); *Schule-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. (2015), Art. 20 Rechtsstaat Rn. 214, 218; *Kulhanek*, in: MüKo-StPO, § 176 GVG Rn. 17; *Michael/Dunz*, DÖV 2017, 125 (129).

⁹³ BVerfGE 140, 317 (345); BVerfGE 133, 168 (199).

⁹⁴ *Weidemann*, ZJS 404 (411).

⁹⁵ BR-Drs. 408/18, S. 4; BT-Drs. 19/14747, S. 44; *Reuters*, 130; *Weidemann*, ZJS 404 (411).

⁹⁶ *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (343).

⁹⁷ *Roxin/Sühnemann*, Juristische Kurz-Lehrbücher, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 10 Rn. 5.

ständig verweigert. Wenn diese keine Aussage tätigt, ist es auch nicht notwendig, ihre Glaubwürdigkeit zu untersuchen. Die Kenntlichmachung des Gesichts ist dann für die Beweiswürdigung nicht notwendig. Um eine Verletzung der Religionsfreiheit der Angeklagten zu vermeiden muss der Vorsitzende stets die Möglichkeit einer Ausnahmegestattung nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG ohne vorherigen Antrag im Blick haben, sodass er der Angeklagten, die die Aussage verweigert, die Gesichtsverhüllung nach der Identitätsfeststellung gestatten wird.⁹⁸ Im Übrigen rechtfertigt die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege den Eingriff in die Religionsfreiheit des Angeklagten.

e) Zeugin

Die Zeugin ist eines der Beweismittel im Strengbeweisverfahren nach den §§ 244- 256 StPO, das für alle Schuld- und Straffragen gilt und daher wesentliche Bedeutung für das Ergebnis des Verfahrens hat.⁹⁹ Der Fall der vollverschleierte Zeugin, die sich weigerte ihre Burka bzw. ihren Nikab abzulegen, hatte zudem bereits praktische Relevanz.¹⁰⁰

aa) Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege könnte den Eingriff in die Religionsfreiheit der Zeugin rechtfertigen. Dagegen spricht nach teilweise vertretener Meinung, dass das Auftreten ohne Vollverschleierung für die Betroffene sehr unangenehm sein könne. Dies wiederum könne das Bild von ihrer Person verfälschen und ihre Gesprächsbereitschaft negativ beeinträchtigen.¹⁰¹ Es sei außerdem zweifelhaft, ob Richter überhaupt dafür qualifiziert seien, durch Beurteilung von Gesichtsausdrücken Lüge von Wahrheit zu unterscheiden.¹⁰² Der Zeuge sei aufgrund der hohen Fehleranfälligkeit seiner Aussagen auch generell ein schwaches Beweismittel.¹⁰³

Ausschlaggebend für die Verhältnismäßigkeit des generellen Gesichtsverhüllungsverbot sind dennoch die Besonderheiten des Strafprozesses. Die Wahrheitserforschung ist für die Bestrafung des Täters und damit letztlich für einen funktionierenden Rechtsstaat unverzichtbar.¹⁰⁴ Zwar ist eine Zeugenaussage nicht das zuverlässigste Beweismittel, die Mimik kann aber Anlass geben, weitere Nachforschungen zur Erschütterung der Glaubhaftigkeit einer Aussage anzustellen.¹⁰⁵ Oftmals ist der Zeuge auch das einzige zur Verfügung stehende Beweismittel.¹⁰⁶ Auch hier ist der § 244 Abs. 2 StPO anzuführen, nach dem das Gericht zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Zudem muss eine exakte Klärung der Identität der Zeugin erfolgen, um auf eine Aussage vertrauen zu können.¹⁰⁷ Außerdem ergibt sich für das Gericht nicht die geringste Möglichkeit, einen persönlichen Eindruck von der Person zu gewinnen, wenn die Zeugin vollverschleiert ist.¹⁰⁸ Die Verschleierung stellt daher eine beachtliche Verkürzung der freien Beweiswürdigung nach § 261 StPO dar.

Die Gesichtsverhüllung einer Zeugin würde dem Angeklagten auch eine effektive Verteidigung erschweren und folglich dem Urteil eine ausreichende Tatsachengrundlage entziehen.¹⁰⁹ So könnte eine Revision gegen das Urteil mit der Begründung Erfolg haben, dass eine willkürliche und lückenhafte Beweiserhebung stattgefunden habe,

⁹⁸ BT-Drs. 19/14747, S. 44.

⁹⁹ König, in: HK-GS, § 244 Rn. 11.

¹⁰⁰ So geschehen vor dem AG und OLG München, vgl. Löffler, S. 47.

¹⁰¹ Michael/Dunz, 125 (128); Reuters, SÖR 2021, 131.

¹⁰² Fischer, JoJZG 2019, 10 (11).

¹⁰³ Krause, in: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 7 Rn. 210; Burhoff, HV, Rn. 4073.

¹⁰⁴ Leitmeier, ZRP 2018, 246 (247).

¹⁰⁵ Löffler, S. 278.

¹⁰⁶ Löffler, S. 64.

¹⁰⁷ Kulhanek, in: MüKo-StPO, § 176 GVG Rn. 17.

¹⁰⁸ Nestler, HRRS 2016, 126 (134).

¹⁰⁹ Löffler, S. 235.

nur weil die Zeugin mit Gesichtsverhüllung vernommen wurde.¹¹⁰ Neben dem Gesichtsverhüllungsverbot steht kein milderes gleich geeignetes Mittel zur Verfügung. Eine Vernehmung, bei der die Zeugin optisch und akustisch abgeschirmt bleibt, scheidet außerhalb der Fälle des § 247a StPO aufgrund des § 250 S. 1 StPO aus.¹¹¹ Als Ausdruck des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatzes ordnet § 250 S. 1 StPO den Vorrang des Personalbeweises an, der es dem Gericht zugunsten eines höheren Beweiswerts ermöglichen soll,¹¹² sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen.¹¹³

Zudem besteht im islamischen Glauben keine Pflicht zur Vollverschleierung, bei der die Gläubige mit Sanktionen zu rechnen hätte.¹¹⁴ Sogar die Vollverschleierungsverbote für die gesamte Öffentlichkeit in Frankreich und Belgien zu dem Zwecke, die Voraussetzungen für ein Leben in der Gemeinschaft zu garantieren, halten der EMRK stand.¹¹⁵ Daneben ist die Intensität des Eingriffs in die Religionsfreiheit wegen der kurzen Zeitspanne einer Aussage gering.¹¹⁶ Des Weiteren besteht die Möglichkeit, den Grundrechtseingriff abzuschwächen, indem die Betroffene nur gegenüber Verfahrensbeteiligten ihr Gesicht unverhüllt zeigen muss, nicht aber gegenüber am Verfahren unbeteiligten Personen. Festzuhalten ist somit, dass die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege den Eingriff in die Religionsfreiheit der Zeugin rechtfertigt.

bb) Konfrontationsrecht des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 d) EMRK

Ein weiteres kollidierendes Recht ist das Konfrontationsrecht des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 d) EMRK. Es ist eine besondere Ausprägung des Prinzips der Waffengleichheit im Strafverfahren und soll dem Angeklagten für das besonders wichtige Beweismittel des (Belastungs- und Entlastungs-)Zeugen die gleichen Befugnisse wie der Staatsanwaltschaft gewähren.¹¹⁷

Eine Art. 6 Abs. 3 d) EMRK genügende Zeugenbefragung verlangt eine unmittelbare Konfrontation, die es der Verteidigung ermöglicht, die Reaktion des Zeugen auf direkte Fragen zu beobachten und seine Glaubwürdigkeit zu überprüfen.¹¹⁸ Der Staatsanwalt darf die Zeugin schon aufgrund der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ohne Gesichtsverhüllung befragen, sodass eine Beeinträchtigung des Frage- und Konfrontationsrechts vorliegt.¹¹⁹ Es bleibt jedoch zu berücksichtigen, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 d) EMRK im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK zu würdigen ist. Ein Verstoß liegt nur dann vor, wenn das Verfahren in seiner Gesamtheit unfair war.¹²⁰ Eine Gesamtschau des Verfahrensrechts muss ergeben, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.¹²¹ Dann rechtfertigt auch das Konfrontationsrecht des Angeklagten den Eingriff in die Religionsfreiheit des Zeugen.

f) Verteidigerin

Die Verteidigerin ist eigenverantwortliche und unabhängige Interessenvertreterin des Angeklagten.¹²² Gem. § 140 StPO wird dem Angeklagten im Rahmen der notwendigen Verteidigung wegen der Schwere der zu erwartenden

¹¹⁰ Löffler, S. 280.

¹¹¹ Nestler, HRRS 2016, 126 (135).

¹¹² Kreicker, in: MüKo-StPO, Band 2, 2. Aufl. (2016), § 250 Rn. 2.

¹¹³ Granter, in: BeckOK-StPO, § 250 Rn. 1.

¹¹⁴ Nestler, HRRS 2016, 126 (135).

¹¹⁵ EGMR, NVwZ 2018, 1037 (1039); EGMR, NJW 2014, 2925 (2931).

¹¹⁶ Löffler, S. 235; Reuters, S. 132.

¹¹⁷ Valerius, in: BeckOK-StPO, Art. 6 EMRK Rn. 47.

¹¹⁸ EGMR, StV 1990, 481 (482); EGMR, NJW 1992, 3088 (3089); Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 16; Lohse/Jakobs, in: KK-StPO, Art. 6 EMRK Rn. 96.

¹¹⁹ Nestler, HRRS 2016, 126 (132).

¹²⁰ Lohse/Jakobs, in: KK-StPO, Art. 6 EMRK Rn. 95.

¹²¹ BVerfGE 133, 168 (200); BVerfGE 122, 248 (272).

¹²² Krause, in: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, § 1 Rn. 118.

Rechtsfolgen – in Höhe von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe¹²³ eine Verteidigerin beigeordnet. Im Übrigen steht es dem Angeklagten gem. § 137 Abs. 1 S. 1 StPO frei, sich eines Verteidigers zu bedienen. Zwar ist die Verteidigerin gem. § 1 BRAO unabhängiges Organ der Rechtspflege. Dies unterstreicht aber nur ihre Unabhängigkeit vom Staat.¹²⁴ Sie unterliegt keiner staatlichen Neutralitätspflicht,¹²⁵ und kann sich auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berufen.¹²⁶ Gem. § 239 Abs. 1 S. 1 StPO kann sie allerdings in der Hauptverhandlung Zeugen und Sachverständige vernehmen und gem. § 240 Abs. 2 StPO steht ihr ein Fragerecht zu. Gem. § 234 StPO besteht sogar die Möglichkeit, dass die Verteidigerin den abwesenden Angeklagten vertritt. In all diesen Konstellationen sichert das Gesichtsverhüllungsverbot die von der Gesetzesbegründung verlangte offene Kommunikationsatmosphäre, sodass der Eingriff in die Religionsfreiheit gerechtfertigt ist.¹²⁷

2. *Nemo tenetur* Grundsatz

Das Gesichtsverhüllungsverbot könnte auch gegen den *Nemo tenetur* Grundsatz verstoßen. Der Grundsatz wird auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Gestalt der informationellen Selbstbestimmung¹²⁸ und das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG gestützt.¹²⁹

Der *Nemo tenetur* Grundsatz beinhaltet, dass jede natürliche Person vom Staat grundsätzlich nicht in eine Konfliktlage gebracht werden soll, in der sie sich selbst strafbarer Handlungen bezichtigen muss oder wegen ihres Schweigens in Gefahr kommt, Zwangsmitteln unterworfen zu werden.¹³⁰ Er verbietet die Erzwingung einer aktiven Mitwirkung des Beschuldigten an seiner Überführung, nicht hingegen die Erzwingung einer passiven Duldung von Eingriffen zur Sachverhaltsaufklärung.¹³¹ Eine Verletzung liegt jedenfalls dann vor, wenn aus dem vollständigen Schweigen des Beschuldigten nachteilige Schlüsse gezogen werden.¹³² Fraglich ist jedoch, inwiefern das Ablegen der Gesichtsverhüllung eine Gefahr der Selbstbezichtigung begründet. Denkbar wäre es, dass die Aufforderung zur Selbstenthüllung bei Verweigerung mit Zwangsmitteln durchgesetzt wird, um die Feststellung der Identität durch das Gericht zu ermöglichen.¹³³ Die Identitätsfeststellung allein begründet aber angesichts der Unschuldsvermutung noch keinen Verdacht der Begehung der angeklagten Straftat. Nach der Unschuldsvermutung gilt der Angeklagte bis zum Ende des Strafverfahrens als unschuldig und die Strafverfolgung muss im Gegenteil die Schuld des Angeklagten positiv feststellen.¹³⁴ Außerdem sind die Verfahrensbeteiligten in der Beweiswürdigung nur passiv als Augenscheinobjekt betroffen.¹³⁵ Sie werden nicht dazu verpflichtet, an ihrer eigenen Überführung mitzuwirken. Für den Schuldnachweis genügt es nicht, Rückschlüsse aus Gestik und Mimik zu ziehen. Das Recht zu schweigen begründet daher kein „Recht auf optische Abwesenheit“.¹³⁶ Das Gesichtsverhüllungsverbot verletzt nicht den *Nemo tenetur* Grundsatz. Es ist verfassungsgemäß.

¹²³ Weiler, in: HK-GS, § 140 Rn. 17.

¹²⁴ Brüggemann, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. (2020), § 1 Rn. 14.

¹²⁵ Feldmann, NRV-Info, 27 (30); Reuters, S. 128.

¹²⁶ Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (102).

¹²⁷ Reuters, S. 128; vgl. Weidemann, ZJS 2016, 404 (410); a.A. Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (102).

¹²⁸ BVerfGE 96, 171 (181); Michael/Morlok, § 26 Rn. 906.

¹²⁹ BVerfGE 133, 168 (181).

¹³⁰ BVerfGE 95, 220 (241).

¹³¹ Lindemann, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Band 7 (2020), § 2 Rn. 58.

¹³² BVerfG, NJW 1996, 449 (449 Ls.); BGHSt 45, 363 (364); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 78.

¹³³ Vgl. Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (100).

¹³⁴ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 150.

¹³⁵ Murmann, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, III Rn. 287 f.; Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (101).

¹³⁶ Michael/Dunz, DÖV 2017, 125 (129).

IV. Maskenpflicht im Gerichtssaal trotz des § 176 Abs. 2 S. 1 GVG

Seit Beginn der Corona-Pandemie im Jahr 2020 gilt in Deutschland vielerorts die Maskenpflicht, um die Übertragung des Virus zu verhindern. Es stellt sich nun die Frage, ob ein „sitzungspolizeiliches Gebot der Gesichtsverhüllung“¹³⁷ im Gerichtssaal mit dem grundsätzlichen Gesichtsverhüllungsverbot des § 176 Abs. 2 S. 1 GVG zu vereinbaren ist. Die Mehrheit in der Literatur und Rechtsprechung spricht sich dafür aus, dass das Gesichtsverhüllungsverbot des § 176 Abs. 2 S. 1 GVG dem Tragen einer Maske im Gerichtssaal nicht entgegensteht. Im Rahmen des breiten Meinungsspektrums zeigen sich zwei verschiedene Begründungsansätze.

1. Zulässigkeit einer Anordnung nach § 176 Abs. 1 GVG

Überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Anordnung, eine Maske zu tragen, als sitzungspolizeiliche Maßnahme nach § 176 Abs. 1 GVG möglich ist.¹³⁸

a) Befürworter

§ 176 Abs. 1 GVG regelt die Sitzungspolizeigewalt des Vorsitzenden, deren Inhalt es ist, den störungsfreien äußeren Sitzungsablauf zu sichern.¹³⁹ Als Rechtsgrundlage für die Anordnung, eine Maske zu tragen, wird § 176 Abs. 1 GVG vereinzelt durch § 238 StPO ergänzt, der verfahrensleitende Anordnungen durch den Vorsitzenden regelt.¹⁴⁰ Zur äußeren Ordnung nach § 176 Abs. 1 GVG gehört nach Ansicht der Befürworter der Schutz der Gesundheit der Verfahrensbeteiligten und Dritten vor einer Corona-Infektion.¹⁴¹

Das Tragen der Maske könne im Rahmen der Sitzungspolizei nach § 176 Abs. 1 GVG angeordnet werden, wenn das Ablegen der Verhüllung nicht zur Erfüllung der Aufgabe der Wahrheitsfindung notwendig sei.¹⁴² Ob es sich um eine Gestattung, also um die Gewährung einer Ausnahmeerlaubnis von dem grundsätzlichen Verhüllungsverbot oder um eine verpflichtende Anordnung handele, mache dabei keinen Unterschied.¹⁴³ § 176 Abs. 2 S. 2 GVG bewirke nämlich, dass das Verhüllungsverbot unter den dort genannten Maßgaben zur Disposition des Vorsitzenden stehe.¹⁴⁴

Zudem seien die Beweggründe für das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens zu berücksichtigen. Zweck des Verhüllungsverbots sei nicht, die Befugnisse des Vorsitzenden zur Aufrechterhaltung der Ordnung zu beschränken, sondern lediglich, den Vorsitzenden dahingehend zu entlasten, dass er nicht mehr dazu verpflichtet ist, im Interesse der Sachaufklärung ein Verbot der Gesichtsverhüllung auszusprechen und begründen zu müssen.¹⁴⁵

¹³⁷ Heuser/Bockemühl, KriPoZ 2020, 342 (343).

¹³⁸ OLG Celle, Beschl. v. 15.4.2021 – 3 Ws 91/21, BeckRS 2021, 8318, Rn. 10; OLG München, Beschl. v. 17.5.2022 – 4d Ws 166/22, BeckRS 2022, 11731, Rn. 29; BayObLG, Beschl. v. 9.8.2021 – 202 ObOWi 860/21, BeckRS 2021, 25633, Rn. 9; OLG Hamburg, Beschl. v. 14.4.2020 – 2 Ws 54 - 55/20, BeckRS 2020, 7013, Rn. 19; LG Braunschweig, Urt. v. 12.1.2022 – 7 Ns 906 Js 65257/20 (306/21), juris Rn. 12; vgl. LG Frankfurt/Main, Beschl. v. 5.11.2020 – 2-03 T 4/20, BeckRS 2020, 30205, Rn. 12; LG München, Verf. v. 25.3.2020 – 1 JKLS 28 Js 12509/19 jug. BeckRS 2020, 4902, Rn. 15; AG Hamburg, Einstw. Anordnung v. 8.11.2021 – 248a Ds 155/21, BeckRS 2021, 44296, Rn. 1; Burhoff, HV, Rn. 2955; Kangarani, in: HK-GS, § 176 GVG Rn 4; Allgayer, in: BeckOK-GVG, § 176 Rn. 4; Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, § 176 Rn. 15a; Pschorr, jurisPR-StrafR 2022, 2; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 6a, 23a; Rau, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 23 Rn. 86; vgl. Deuring, GVRZ 2020, 22 (Rn. 57); Kulhanek, NJW 2020, 1183 (1184).

¹³⁹ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 1, 4.

¹⁴⁰ LG Chemnitz, Beschl. v. 12.4.2021 – 730 Js 39632/20, BeckRS 2021, 7845, Rn. 10; Burhoff, HV, Rn. 2941.

¹⁴¹ LG München II, Beschl. v. 27.3.2020 – 1 JKLS 28 Js 12509/19 jug. BeckRS 2020, 4900 Rn. 13; vgl. Deuring, GVRZ 2020, 22 (Rn. 49).

¹⁴² BayObLG, Beschl. v. 9.8.2021 – 202 ObOWi 860/21, BeckRS 2021, 25633, Rn. 10; OVG Bautzen, Beschl. v. 9.9.2022 – 3 A 293/22, BeckRS 2022, 24841, Rn. 8; vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 6a, 23a.

¹⁴³ BayObLG, Beschl. v. 9.8.2021 – 202 ObOWi 860/21, BeckRS 2021, 25633, Rn. 10.

¹⁴⁴ OVG Bautzen, Beschl. v. 9.9.2022 – 3 A 293/22, BeckRS 2022, 24841, Rn. 8.

¹⁴⁵ OLG München, Beschl. v. 17.5.2022 – 4d Ws 166/22, BeckRS 2022, 11731, Rn. 44; BayObLG, Beschl. v. 9.8.2021 – 202 ObOWi 860/21, BeckRS 2021, 25633, Rn. 10; OVG Bautzen, Beschl. v. 9.9.2022 – 3 A 293/22, BeckRS 2022, 24841, Rn. 8; Allgayer, in: BeckOK-GVG, § 176 Rn. 17; Claus, NSTZ 2020, 57 (62).

Daneben stelle § 176 Abs. 2 GVG sicher, dass die Frage nach der Gesichtshüllung nicht im Belieben der Verfahrensbeteiligten stehe.¹⁴⁶ Des Weiteren seien die Gerichte aufgrund der staatlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dazu angehalten, den Schutz der Verfahrensbeteiligten zu gewährleisten.¹⁴⁷ Dabei komme ihm ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, in dessen Rahmen es dem Gericht auch frei stehe, das Tragen einer Maske anzuordnen, sofern dies nicht offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sei, die Beteiligten zu schützen.¹⁴⁸ Das Gleiche ergebe sich auch aus der prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts¹⁴⁹ und der richterlichen Unabhängigkeit.¹⁵⁰ Seitdem die §§ 28a ff. IfSG, insbesondere die Anordnung einer Maskenpflicht nach § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG, nicht mehr anwendbar seien, liege es in der Verantwortung der Gerichte, den Schutz der körperlichen Unversehrtheit im Saal zu gewährleisten, ohne dass diese dabei an die Entscheidung des Gesetzgebers gebunden seien.¹⁵¹

Auch das *BVerfG* hat eine Verfassungsbeschwerde gegen die Anordnung des Maskentragens im Gerichtssaal nicht zur Entscheidung angenommen, mit der Begründung, dass die Anordnung des Gerichts auf erkennbar vernünftigen Gründen des Gemeinwohls beruhe, weil das Tragen einer Maske nach den Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts das Infektionsrisiko verringern könne und kein gleich geeignetes, milderer Mittel ersichtlich sei, mögliche Infektionen im Gerichtssaal zu reduzieren.¹⁵² Dass kein gleich geeignetes und milderer Mittel zur Verfügung stehe, zeige auch der Vergleich mit dem Zivilprozess, in dem im Unterschied zum Strafverfahren eine Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung gem. § 128a ZPO möglich sei.¹⁵³ Die in § 247a StPO geregelte mildere audiovisuelle Vernehmung von Zeugen stelle demgegenüber die Ausnahme zur unmittelbaren Vernehmung des Zeugen im Gerichtssaal gem. § 250 S. 1 StPO dar und sei streng restriktiv auszulegen.¹⁵⁴ Zudem könne sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der richterlichen Überzeugungsbildung führen, weshalb ihre Geeignetheit zu bezweifeln sei.¹⁵⁵

b) Gegner

Einige Stimmen in Literatur und Rechtsprechung gehen von einer generellen Unzulässigkeit einer Anordnung durch den Richter nach § 176 Abs. 1 GVG aus.¹⁵⁶ Gegen die Zulässigkeit spreche der Ausnahmecharakter des § 176 Abs. 2 S. 2 GVG.¹⁵⁷ Die Gesundheit sei dort nicht gesondert aufgeführt, sondern nur die fehlende Notwendigkeit der Kenntlichmachung des Gesichts für die Identitätsfeststellung und Beweiswürdigung. § 176 Abs. 2 GVG sehe daneben lediglich einen Erlaubnisvorbehalt vor, der es ermögliche, die (teilweise) Gesichtshüllung zu gestatten. Die Verfahrensbeteiligten zur teilweisen Gesichtshüllung zu verpflichten, sei nicht von der gesetzgeberischen Intention gedeckt.¹⁵⁸ Außerdem sei es widersprüchlich, wenn der Vorsitzende durch seine sitzungspolizeiliche Anordnungen nach § 176 Abs. 1 GVG das ausdrückliche Verhüllungsverbot des § 176 Abs. 2 GVG entwerte.¹⁵⁹ Auch dem Nichtannahmebeschluss des *BVerfG* sei keine gegenteilige Bedeutung beizumessen,

¹⁴⁶ *BayObLG*, Beschl. v. 9.8.2021 – 202 ObOWi 860/21, BeckRS 2021, 25633, Rn. 10.

¹⁴⁷ *LG Chemnitz*, Beschl. v. 12.4.2021 – 730 Js 39632/20, BeckRS 2021, 7845, Rn. 14; *Deuring*, GVRZ 2020, 22 (Rn. 57);

¹⁴⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 16.11.2020 – 2 BvQ 87/20, BeckRS 2020, 31134 Rn. 52; *BVerfG*, Nichtannahmebeschl. v. 19.5.2020 – 2 BvR 483/20, BeckRS 2020, 10583, Rn. 8.

¹⁴⁹ *Krumm*, NJ 2022, 110 (113).

¹⁵⁰ *VG Schwerin*, Urt. v. 21.4.2021 – 6 A 1841/19 SN, BeckRS 2021, 14893 Rn. 15.

¹⁵¹ *Pschorr*, jurisPR-StrafR 2022, 5.

¹⁵² *BVerfG*, Nichtannahmebeschl. v. 28.9.2020 – 1 BvR 1948/20, BeckRS 2020, 25212, Rn. 4.

¹⁵³ Vgl. *LG Frankfurt*, Beschl. v. 5.11.2020 – 2-03 T 4/20, BeckRS 2020, 30205 Rn. 16; *Pschorr*, jurisPR-StrafR 2022, 2.

¹⁵⁴ *Schork*, in: HK-GS, § 247a Rn. 2.

¹⁵⁵ *Diemer*, in: KK-StPO, § 247a Rn. 5.

¹⁵⁶ *LG München II*, Verfüg. v. 2.7.2020 – W5 KLs 64 Js 22724/19, S. 10 f.; *AG Meiningen*, Beschl. v. 27.5.2021 – 14 C 568/20 –, juris Rn. 17; vgl. *Pabst*, in: MüKo-ZPO, Band 3, 6. Aufl. (2022), § 176 GVG Rn. 21; *Auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024); *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (347); *Krumm*, NJ 2022, 110 (113); *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (357).

¹⁵⁷ *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (346); *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (357).

¹⁵⁸ Vgl. *Pabst*, in: MüKo-ZPO, § 176 GVG Rn. 71.

¹⁵⁹ Vgl. *Pabst*, in: MüKo-ZPO, § 176 GVG Rn. 71.

da das Gericht sich darin nicht bezüglich des Gesetzestexts des § 176 Abs. 2 GVG geäußert habe, sondern nur zu den Grundrechten.¹⁶⁰

c) Stellungnahme zur Zulässigkeit der Anordnung nach § 176 Abs. 1 GVG

Man könnte argumentieren, dass die medizinische Maske, die aus Gründen des Infektionsschutzes getragen wird, keine Gesichtsverhüllung sei und § 176 Abs. 1 S. 1 GVG daher schon nicht einschlägig ist.¹⁶¹ Dann wäre eine Anordnung nach § 176 Abs. 1 GVG unproblematisch möglich.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch impliziert der Begriff „Verhüllung“, dass das eigene Aussehen oder gar die eigene Identität verborgen werden soll, was bei einer Maske nicht der Fall ist. Auch ist über Augen und Stirn im Gegensatz zum Nikab noch eine gewisse Mimik erkennbar. Dies spricht gegen die Einordnung der Maske als Gesichtsverhüllung gem. § 176 Abs. 2 S. 1 GVG. Nach der Gesetzesbegründung ist jedoch kein restriktives, sondern ein weites Verständnis der Gesichtsverhüllung geboten.¹⁶² Für das Vorliegen einer Gesichtsverhüllung spricht auch der Zweck des Gesichtsverhüllungsverbots, eine umfassende Wahrheitsfindung zu ermöglichen. Daher ist die Maske vom Verhüllungsverbot des § 176 Abs. 2 S. 1 GVG umfasst.

Für die Zulässigkeit der Anordnung nach § 176 Abs. 1 GVG, eine Maske zu tragen, können die Schutzzwecke von § 176 Abs. 1 GVG und § 176 Abs. 2 GVG angeführt werden.¹⁶³ § 176 Abs. 2 GVG bezweckt die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, § 176 Abs. 1 GVG die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung. Die Sitzungspolizei nach § 176 Abs. 1 GVG soll den ungestörten Ablauf der Hauptverhandlung sicherstellen. Zweck des § 176 Abs. 1 GVG ist es, Beeinträchtigungen des auf Wahrheits- und Rechtsfindung und die Gewährleistung eines fairen Verfahrens ausgerichteten Verfahrensgangs zu verhindern.¹⁶⁴ Sie dient damit auch der Erreichung des Prozesszwecks, „innerhalb angemessener Frist“ (Art. 6 Abs. 1 EMRK) die Wahrheit erforscht zu haben.¹⁶⁵ Erkrankt ein Verfahrensbeteiligter an Corona, würde er – zum Schutze der anderen - nicht mehr an der Verhandlung teilnehmen dürfen. Dies könnte dazu führen, dass das Verfahren verschoben werden muss. Die Maske trägt daher auch zu einer Vermeidung von Verzögerungen des Verfahrens bei. Dies spricht dafür, dass eine Anordnung nach § 176 Abs. 1 GVG ergehen kann. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Maske grundsätzlich nur dem Gesundheitsschutz der Verfahrensbeteiligten dienen soll und der Beitrag zur Wahrung des Art. 6 Abs. 1 EMRK ein bloßer Reflex der Anordnung ist.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob nicht dem Gerichtspräsidenten im Rahmen seines Hausrechts die Entscheidung obliegt, eine Maskenpflicht im gesamten Gerichtsgebäude anzuordnen. Insofern ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Hausrecht im Gerichtsgebäude durch die Sitzungspolizei verdrängt wird¹⁶⁶ und es nur zur Anwendung kommt, soweit die sitzungspolizeiliche Zuständigkeit nicht begründet ist.¹⁶⁷ Der Vorsitzende kann auch nicht eine hausrechtliche Maskenpflicht durch eine Anordnung in der Verhandlung aufrechterhalten, weil der Begriff „Verhandlung“ in § 176 Abs. 2 S. 1 GVG aufzeigt, dass es sich um einen eigenen Regelungsgegenstand handelt und sich die Anordnung der Maskenpflicht kraft Hausrechts nicht auf diese erstreckt. Zudem ermächtigt § 176 Abs. 2 S. 2 GVG den Vorsitzenden ausdrücklich nur dazu, Ausnahmen von dem Verbot zu gestatten und schließt

¹⁶⁰ *AG Meiningen*, Beschl. v. 19.2.2021 – 14 C 432/20, juris Rn. 8; *Spatschek/Feldle*, *StraFo* 2021, 354 (357).

¹⁶¹ *Lutzeböck/Mehmel*, *JA* 2020, 614 (621).

¹⁶² *BT-Drs. 19/14747*, S. 43; *Allgayer*, in: *BeckOK-GVG*, § 176 Rn. 3; *Deuring*, *GVRZ* 2020, 22 (Rn. 56); *Auf der Heiden*, *NJW* 2020, 1023 (1024); *Heuser/Bockemühl*, *KriPoZ* 2020, 342 (344); *Spatschek/Feldle*, *StraFo* 2021, 354 (355).

¹⁶³ *Zschieschack*, in: *Schmidt*, § 15 Rn. 71.

¹⁶⁴ *Kangarani*, in: *HK-GS*, § 176 GVG Rn. 1.

¹⁶⁵ *Wickern*, in: *LR-StPO*, Band 10, 26. Aufl. (2010), § 176 GVG Rn. 1.

¹⁶⁶ *BGHSt* 24, 329 (330).

¹⁶⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 14.3.2012 – 2 BvR 2405/11, *BeckRS* 2012, 49885 Rn 24; *BVerwG*, Beschl. v. 17.5.2011 – 7 B 17/11 *BeckRS* 2011, 51732, Rn. 8; *Wickern*, in: *LR-StPO*, § 176 GVG Rn. 3.

damit das Gegenteil, die Anordnung, eine Maske zu tragen, aus. Im Falle der Ausnahmegestattung entscheidet der Verfahrensbeteiligte letztlich selbst darüber, ob er von der erteilten Erlaubnis, die Maske zu tragen, Gebrauch macht. Bei einer Anordnung entscheidet hingegen der Vorsitzende darüber, ob eine Maske getragen werden muss. Aufgrund dieses Gegensatzes ist es auch widersprüchlich, die Anordnung der Maskenpflicht von den Voraussetzungen einer Ausnahmegestattung nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG abhängig zu machen. Der Anwendungsbereich des § 176 Abs. 2 S. 2 GVG ist für Anordnungen gerade nicht eröffnet.

Außerdem stellt § 176 Abs. 1 GVG als Generalklausel eine bloße Aufgabenorm dar, weshalb sie vor allem dann restriktiv auszulegen ist, wenn es um die Definitionskompetenz hinsichtlich des Störungsbegriffs geht.¹⁶⁸ Mit der Einordnung der Anordnung der Maskenpflicht als eine sitzungspolizeiliche Maßnahme erweitern die Gerichte den Begriff der äußeren Ordnung und legen den § 176 Abs. 1 GVG damit zu extensiv aus.

Nach alledem handelt es sich bei § 176 Abs. 2 GVG um eine Spezialvorschrift, die die Gesichtsverhüllung vollständig und abschließend regelt, sodass gerade nur eine Ausnahmegestattung nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG möglich ist. Die Generalklausel des § 176 Abs. 1 GVG wird damit nach der juristischen Auslegungsregel „lex specialis derogat legi generali“ verdrängt.¹⁶⁹ In diese bundesrechtliche Regelung kann der Landesgesetzgeber nach Art. 31 GG auch nicht eingreifen, indem er Verstöße gegen eine Maskenpflicht regelt oder dem Vorsitzenden die Befugnis einräumt, eine Maskenpflicht anzuordnen.¹⁷⁰

Eine richterliche Anordnung nach § 176 Abs. 1 GVG, eine Maske zu tragen, ist deshalb unzulässig.

2. Generelle Ausnahme nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG

Sieht man die Maske als eine Gesichtsverhüllung an und hält Anordnungen nach § 176 Abs. 1 GVG für unzulässig, stellt sich die Frage, ob § 176 Abs. 2 S. 1 GVG ihr Tragen verbietet. Vereinzelt wird vertreten, dass für die Maske eine generelle Ausnahme vom Verhüllungsverbot gem. § 176 Abs. 2 S. 2 GVG zu machen ist.¹⁷¹

a) Befürworter

Als Hauptargument wird genannt, dass der derzeitige virusbedingte Ausnahmezustand ein hinreichender Grund für das Entfallen des Verbots sei.¹⁷² Es wird sogar vertreten, dass sich die Ausnahmegestattung in eine Handlungsverpflichtung zur Anordnung des (teilweisen) Verhüllens umwandeln könne, sofern besonders gewichtige Schutzgüter wie das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Verfahrensbeteiligten betroffen seien, und sich dadurch sowohl Entschließungs- als auch Auswahlermessen des Vorsitzenden zunehmend einschränke.¹⁷³ Manche halten die Fragestellung, ob die Anordnung einer Maske gegen § 176 Abs. 2 S. 1 GVG verstößt, gar für eine rein akademische Diskussion.¹⁷⁴ So sei in der aktuellen Corona-Pandemie ein Verzicht auf Masken zur Identitätsfeststellung regelmäßig nicht erforderlich. Die Maske bedecke nicht das ganze Gesicht, sodass die Person noch ausreichend erkennbar sei. Es handele sich nur um eine teilweise Verhüllung, weshalb die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege nicht gravierend beeinträchtigt werde.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Vgl. *Velten*, in: SK-StPO, § 176 GVG Rn. 10.

¹⁶⁹ *AG Meinigen*, Beschl. v. 27.5.2021 – 14 C 568/20 –, juris Rn. 17; *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (348).

¹⁷⁰ *AG Meinigen*, Beschl. v. 27.5.2021 – 14 C 568/20 –, juris Rn. 25.

¹⁷¹ Vgl. *VG Schwerin*, Urt. v. 21.4.2021 – 6 A 1841/19 SN, BeckRS 2021, 14893 Rn. 15; vgl. *Bork*, AnwBl 2021,30 (33); vgl. *Zscheschack*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 15 Rn. 71.

¹⁷² *Zscheschack*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 15 Rn. 71.

¹⁷³ *OLG Celle* v. 15.4.2021 – 3 Ws 91/21, BeckRS 2021, 8318, Rn. 12.

¹⁷⁴ *Zscheschack*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 15 Rn. 71.

¹⁷⁵ Vgl. *Duttge/Kangarani*, in: HK-GS, § 176 GVG Rn. 9; vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 23.

b) Gegner

Manche halten dem Wortlaut entsprechend die Gestattung des Tragens einer Maske nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG nur dann für möglich, wenn die Kenntlichmachung des Gesichts weder zur Identitätsfeststellung noch zur Beweiswürdigung notwendig ist.¹⁷⁶ Die Zeugenschutzvorschrift des § 68 Abs. 3 S. 1 StPO verlange, dass der Zeuge eine Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit für sich oder eine andere Person befürchtet, damit ihm ausnahmsweise entgegen § 176 Abs. 2 S. 1 GVG die Gesichtsverhüllung gestattet bleiben dürfe. Das seien hohe Hürden für die Gestattung einer Ausnahme und bedeute für § 176 Abs. 2 S. 2 GVG, dass der Schutz der Gesundheit der Verfahrensbeteiligten ohne ausdrückliche Erwähnung keine Ausnahme von dem Verbot begründe.¹⁷⁷

Die Einführung des § 10 EGStPO, der die Unterbrechung der Hauptverhandlung während der Pandemie vereinfacht, zeige, dass der Gesetzgeber auch im Strafprozess zur schnellen Reaktion in der Lage sei und dementsprechend § 176 GVG nicht ergänzen wolle.¹⁷⁸ Die gesetzgeberische Entscheidung zu Lasten einer allgemeinen Maskenpflicht sei zu respektieren.¹⁷⁹

c) Stellungnahme zu der Ausnahme nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG

Die Gesetzesbegründung des Bundestags geht ausdrücklich davon aus, dass wenn das Recht der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG z.B. aufgrund eines medizinischen Verbands betroffen ist, eine Ausnahme nur unter den Voraussetzungen des § 176 Abs. 2 S. 2 GVG gestattet werden kann.¹⁸⁰ Dies muss erst recht für die Maske gelten, die die Verhinderung einer Beeinträchtigung der Gesundheit bezweckt. Des Weiteren bleibt bei der Argumentation, dass eine teilweise Verhüllung die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege nicht gravierend beeinträchtigt, unberücksichtigt, ob die Maske nicht der freien Beweiswürdigung schadet und deshalb nicht getragen werden darf.

Auch ist einzuwenden, dass neben der Maske weitere Maßnahmen denkbar sind, um einer objektiv gesteigerten Infektionsgefahr Rechnung zu tragen, wie beispielsweise Mindestabstände, regelmäßiges Lüften oder Abtrennungen durch Plexiglasscheiben zwischen den Verfahrensbeteiligten.¹⁸¹

Außerdem spricht gegen eine generelle Ausnahme, dass sogar solche Gesichtsverhüllungsverbote in der Pandemie konsequent durchgesetzt werden, die weniger sensible Schutzzwecke verfolgen wie beispielsweise § 23 Abs. 4 StVO, der nur die Verfolgung von Rechtsverstößen im Straßenverkehr bezweckt.¹⁸² Hinsichtlich des Schutzzwecks des § 176 Abs. 2 GVG ist auf die Ausführungen zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege im Kontext der Religionsfreiheit zu verweisen: Die Kommunikation „von Angesicht zu Angesicht“ ist essenziell für das rechtsstaatliche Gerichtsverfahren¹⁸³ und wird durch die Verdeckung von Mund und Nase grundlegend beeinträchtigt, sodass das Verbot hier umso mehr für jeden Verfahrensbeteiligten gelten muss.

Die Gerichte können sich zudem nicht einfach dem Wortlaut des Gesetzes widersetzen und eine effiziente Strafrechtspflege gefährden, nur weil die Allgemeinheit eine Maskenpflicht im Gerichtssaal fordert.¹⁸⁴ Dem Vorsitzenden ist es somit nur möglich, das Tragen einer Maske zu gestatten, wenn und soweit die Kenntlichmachung des Gesichts weder zur Identitätsfeststellung noch zur Beweiswürdigung notwendig ist.

¹⁷⁶ *AG Meiningen*, Beschl. v. 27.5.2021 – 14 C 568/20 –, juris Rn. 17; vgl. *Pabst*, in: MüKo-ZPO, § 176 GVG Rn. 21; *Auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024); *Burhoff*, ZRP 2020, 199 (213); *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (346); *Krumm*, NJ 2022, 110 (114); *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (357).

¹⁷⁷ *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (346).

¹⁷⁸ *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (357).

¹⁷⁹ Vgl. *Pabst*, in: MüKo-ZPO, § 176 GVG Rn. 71; vgl. *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (357).

¹⁸⁰ BT-Drs. 19/14747, S. 44.

¹⁸¹ Vgl. *Pabst*, in: MüKo-ZPO, § 176 GVG Rn. 71; vgl. *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (348).

¹⁸² *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (356 f.).

¹⁸³ BR-Drs. 408/18, S. 5.

¹⁸⁴ *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (356 f.).

V. Mögliche Maßnahmen zur Verbotsdurchsetzung

Trägt ein Verfahrensbeteiligter trotz des Verbots eine Gesichtsverhüllung, soll dieser nach den Gesetzesbegründungen zunächst aufgefordert werden, die Verhüllung zu entfernen.¹⁸⁵ Der Vorsitzende könne gegebenenfalls auch Ordnungsmittel gem. §§ 177 und 178 GVG androhen. Dabei sei aber auch eine mögliche Ausnahme nach § 176 Abs. 2 S. 2 GVG zu prüfen, ohne dass dies ausdrücklich beantragt wurde.¹⁸⁶

Auch in der Literatur und der Rechtsprechung wird mehrheitlich ein Vorgehen nach §§ 177, 178 GVG für zulässig erachtet,¹⁸⁷ wobei jedoch das Gericht über die Anordnung der dort geregelten Maßnahmen gem. §§ 177 S. 2, 178 Abs. 2 GVG durch Beschluss entscheidet.¹⁸⁸ Fraglich bleibt, ob dieses Vorgehen zweckmäßig ist und ob eine zwangsweise Durchsetzung des Verbots in Form der Enthüllung auf die §§ 177, 178 GVG oder speziellere Rechtsgrundlagen in der Strafprozessordnung gestützt werden kann.

1. Spezielle Rechtsgrundlagen für ein Vorgehen gegen den Zeugen

Für die Enthüllung zum Zwecke der Identitätsfeststellung scheidet § 48 StPO als spezielle Rechtsgrundlage für das Vorgehen gegen den Zeugen aus, da es wegen der Zwangswirkung im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 Abs. 3 GG einer konkreteren Regelung bedarf.¹⁸⁹ Gleiches gilt für § 68 StPO.¹⁹⁰

§ 51 StPO könnte eine taugliche Maßnahme zur Enthüllung des Zeugen darstellen. Die durch § 48 StPO auferlegte Pflicht zu erscheinen kann mit Hilfe des § 51 StPO erzwungen werden.¹⁹¹ Als Zwangsmittel sieht § 51 StPO die Auferlegung der Kosten, die Festsetzung von Ordnungsgeld und -haft sowie die zwangsweise Vorführung vor. Der mit Maske erschienene Zeuge ist noch identifizierbar und damit „erschienen“ i.S. § 48 Abs. 1 StPO. Eine Zeugin, die hingegen mit Gesichtsverhüllung an der Vernehmung teilnimmt, gilt trotz ihrer körperlichen Anwesenheit rechtlich als nicht erschienen.¹⁹²

Ordnungsgeld und -haft können allenfalls mittelbar dafür sorgen, dass der Zeuge als Reaktion auf deren Androhung die Verhüllung ablegt. Sie berechtigen nicht zu anderweitiger Zwanganwendung. Die zwangsweise Vorführung könnte jedoch so ausgelegt werden, dass sie zu einer Zwanganwendung in Form der Enthüllung bei einer nicht erschienenen, aber dennoch körperlich anwesender Person berechtigt.¹⁹³ Dafür spreche eine Wortlautauslegung in dem Sinne, dass der Zeuge dem Gericht „präsentiert“ werde.¹⁹⁴

Dagegen ist aber der Hauptanwendungsfall der Vorschrift anzuführen. Eine zwangsweise Vorführung erfolgt, wenn der Zeuge körperlich nicht im Gerichtssaal anwesend ist und er erst dorthin gebracht werden muss, damit die Vernehmung überhaupt stattfinden kann. Die Vorführung stellt eine Freiheitsbeschränkung i.S. Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 1 GG dar und dient der Beschleunigung des Verfahrens.¹⁹⁵ Die zwangsweise Enthüllung hingegen stellt keinen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 1 GG aber unter Umständen in Art. 4 Abs. 1 GG dar, was von den betroffenen Personen als noch intensiver empfunden werden könnte. Die Vollstreckung des Gesichtsverhüllungsverbotens dient zudem vorrangig der Ermöglichung einer umfassenden Beweiswürdigung und nicht nur der

¹⁸⁵ BR-Drs. 408/18, S. 7; BT-Drs. 19/14747, S. 44.

¹⁸⁶ BT-Drs. 19/14747, S. 44.

¹⁸⁷ *Allgayer*, in: BeckOK-GVG, § 176 Rn. 21; *Duttge/Kangarani*, in: HK-GS, § 176 GVG Rn. 4, 5; *Mayer*, in: Kissel/Mayer, GVG, § 176 Rn. 54; *Rau*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 23 Rn. 87; kritisch: *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (100).

¹⁸⁸ *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (100).

¹⁸⁹ *Löffler*, S. 95.

¹⁹⁰ *Löffler*, S. 114.

¹⁹¹ *Percic*, in: MüKo-StPO, Band 1, 2014, § 48 Rn. 1.

¹⁹² *Löffler*, S. 107.

¹⁹³ *Löffler*, S. 102 f.

¹⁹⁴ *Löffler*, S. 103.

¹⁹⁵ *Monka*, in: BeckOK-StPO, § 135 Rn. 2.

bloßen Durchführbarkeit der Hauptverhandlung. Zwangsweise Enthüllung und Vorführung sind daher wesensverschieden. Gegen eine Anwendung des § 51 StPO als Rechtsgrundlage für eine zwangsweise Enthüllung spricht auch, dass die Zwanganwendung ultima ratio ist und daher erst zur Anwendung kommen sollte, nachdem der Betroffene zur Ablegung der Verhüllung aufgefordert wurde und die Möglichkeit hatte, selbst die Verhüllung abzunehmen.¹⁹⁶ Ein solch abgestuftes Vorgehen ist in § 51 StPO nicht vorgesehen. Vielmehr könnte sofort zur zwangsweisen Enthüllung geschritten werden, was dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuwiderlaufen würde. Folglich kann die Enthüllung des Zeugen nicht unter die zwangsweise Vorführung gem. § 51 Abs. 2 S. 3 StPO gefasst werden.

2. Allgemeine Rechtsgrundlagen

Fraglich ist, welche anderen Rechtsgrundlagen für eine zwangsweise Durchsetzung des Gesichtsverhüllungsverbots bei den Verfahrensbeteiligten herangezogen werden könnten.

§ 230 Abs. 2 StPO bietet mit der Anordnung der Vorführung des Angeklagten keine Rechtsgrundlage. Das vorausgesetzte „Ausbleiben“ ist anders als das „Erscheinen“ beim Zeugen keiner extensiven Auslegung zugänglich. Außerdem sind die zum Zeugen angestellten Erwägungen bezüglich der Vorführung übertragbar.

In § 176 Abs. 1 GVG eine Ermächtigung für die Anwendung unmittelbaren Zwangs zu sehen, würde die von §§ 177, 178 GVG vorgegebene Zuständigkeit des Gerichts für die zwangsweise Durchsetzung ausblenden.

Gem. § 177 GVG können Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen, die den zur Aufrechterhaltung der Ordnung getroffenen Anordnungen nicht Folge leisten, aus dem Sitzungszimmer entfernt sowie zur Ordnungshaft abgeführt und während einer zu bestimmenden Zeit, die vierundzwanzig Stunden nicht übersteigen darf, festgehalten werden.

Die Entfernung aus dem Sitzungszimmer bewirkt aber nicht, dass der Betroffene die Gesichtsverhüllung abnimmt.¹⁹⁷ Im Gegenteil könnte er sich durch diese Kränkung dazu angehalten fühlen, noch hartnäckiger auf der weiteren Gesichtsverhüllung zu beharren. Auch eine Ordnungshaft würde den Fortgang des Verfahrens behindern. Selbst mit Blick auf § 231b StPO, der eine Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten ermöglicht, ist das Vorgehen nach § 177 GVG nicht zielführend. Die zwangsweise Enthüllung soll eine umfassende Beweisaufnahme ermöglichen, für die es aber zuträglicher ist, wenn der Angeklagte sich zumindest mit Gesichtsverhüllung äußert, als wenn er gar nicht als Beweismittel zur Verfügung steht.

Einer Ansicht nach berechtigt § 177 GVG, außer zu den ausdrücklich genannten auch zu anderen geeigneten Maßnahmen, auch in Gestalt von unmittelbarem Zwang.¹⁹⁸ Es sei daher möglich, „die Vollverschleierung aus dem Sitzungssaal zu entfernen“ als teilweises Entfernen aus dem Sitzungssaal anzusehen und damit im Sinne einer Minus-Maßnahme nach § 177 S. 1 Alt 1 GVG vorzugehen.¹⁹⁹ Dafür spreche der Zweck der §§ 176 f. GVG, den störungsfreien Ablauf der Hauptverhandlung zu gewährleisten.²⁰⁰

Gegen diese Auffassung spricht aber die Systematik der §§ 177 f. GVG. Erstens gibt die Gesetzessystematik – wie oben ausgeführt – vor, dass es sich nicht um eine nach § 176 Abs. 1 GVG getroffene Anordnung handelt, sondern um die Durchsetzung der durch § 176 Abs. 2 S. 1 GVG auferlegten Pflicht, ohne Gesichtsverhüllung zur Verhandlung zu erscheinen. Selbst wenn der Vollstreckung eine Androhung vorangeht, beruht diese auf dem spezielleren § 176 Abs. 2 S. 1 GVG und nicht auf § 176 Abs. 1 GVG.

¹⁹⁶ Vgl. Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (102).

¹⁹⁷ Mitsch, KriPoZ 2020, 99 (100).

¹⁹⁸ Diemer, in: KK-StPO/GVG, § 177 Rn. 4; a.A.: Pabst, in: MüKo-ZPO, § 177 GVG Rn. 7.

¹⁹⁹ Löffler, S. 187.

²⁰⁰ Löffler, S. 186.

Zweitens tangieren alle Maßnahmen nach § 177 GVG die Beschränkung der Bewegungsfreiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 1 GG.²⁰¹ Die zwangsweise Enthüllung hingegen beschränkt bei Verschleierung die Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG oder im Falle der Maske die körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Auch heißt es in der Gesetzesbegründung, dass es Aufgabe des Vorsitzenden ist, auf die Einhaltung des Verbots hinzuwirken.²⁰² Das widerspricht aber einem Vorgehen nach § 177 Abs. 1 Alt. 1 GVG, da dort hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten das Gericht zuständig ist. Folglich kann § 177 GVG nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden.

Gem. § 178 GVG kann gegen Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen, die sich in der Sitzung einer Ungebühr schuldig machen, ein Ordnungsgeld oder Ordnungshaft festgesetzt und sofort vollstreckt werden. Dafür müsste das Tragen einer Gesichtsverhüllung grob ungebührlich sein. Mehrheitlich wird darunter jede Verhaltensweise gefasst, die die Würde des Gerichts angreift²⁰³ oder in erheblicher Weise die Ordnung in der Sitzung und deren justizmäßigen Ablauf beeinträchtigt.²⁰⁴ Teilweise wird vertreten, dass die Würde des Gerichts, durch das Tragen einer Gesichtsverhüllung aus rein religiösen Motiven nicht verletzt wird,²⁰⁵ es sei denn die Verschleierung soll gleichzeitig mangelnden Respekt und fehlende Akzeptanz gegenüber dem konkreten Spruchkörper bzw. der Justiz insgesamt zum Ausdruck bringen.²⁰⁶ Andere sehen die Würde jedoch - in Übereinstimmung mit dem *BVerfG* – schon dann als beeinträchtigt an, wenn der Beteiligte durch die Gesichtsverhüllung nicht mehr identifizierbar ist.²⁰⁷ Auf einen Streitentscheid kommt es jedoch nicht an, da die religiöse Vollverschleierung jedenfalls erheblich die Beweisaufnahme und damit den justizmäßigen Ablauf beeinträchtigt, sodass Ungebühr vorliegt.²⁰⁸ Das Tragen einer Maske stellt aus dem gleichen Grund Ungebühr dar.²⁰⁹

§ 178 GVG dient anders als der präventive § 177 GVG der repressiven Ahndung²¹⁰ und soll durch Sanktionierung mittelbar für den justizmäßigen Ablauf sorgen.²¹¹ Das Ordnungsgeld ist nicht von vornherein ungeeignet, den Verfahrensbeteiligten zum Ablegen der Gesichtsverhüllung zu bewegen,²¹² sodass es als Sanktionsmittel in Betracht kommt. Eine zwangsweise Enthüllung auf Grundlage des § 178 GVG scheidet jedoch aufgrund des Wortlauts des § 178 GVG, der nur Ordnungsgeld und Ordnungshaft nennt, aus.²¹³ Grund dafür ist das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG, das die Anwendung einer strafrechtlichen Vorschrift, die über den Wortlaut einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, verbietet.²¹⁴ Festzuhalten ist daher, dass ein Vorgehen nach §§ 177, 178 GVG für die Zwangsenthüllung weder geeignet noch zulässig ist.

Selbst wenn man die Anwendung der §§ 177, 178 GVG als zielführend ansieht, bleibt weiterhin ungeklärt, welche Maßnahmen gegenüber Richtern, Schöffen, Staatsanwälten und Verteidigern getroffen werden können, um das

²⁰¹ Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, § 177 Rn. 1.

²⁰² BT-Drs. 19/14747, S. 43.

²⁰³ *BVerfG*, NJW 2007, 56 (57); *Burhoff*, HV, Rn. 2955; *Diemer*, in: KK-StPO, § 178 GVG Rn. 2; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 178 GVG Rn. 2; *Schmidt*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, GVG, § 177 Rn. 2; *Kulhanek*, in: MüKo-StPO, § 178 GVG Rn. 4; *Quentin*, in: SSW-StPO, 4. Aufl. (2020), § 178 GVG Rn. 2.

²⁰⁴ *BVerfG*, NJW 2007, 2839 (2840); *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 3.8.2016 – 11 W 75/16, BeckRS 2016, 15375 Rn. 12; *Burhoff*, HV, Rn. 2955; *Diemer*, in: KK-StPO, § 178 GVG Rn. 2; *Mayer*, in: Kissel/Mayer, GVG, § 178 Rn. 6; *Wickern*, in: LR-StPO, § 178 GVG Rn. 4; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 178 GVG Rn. 2; *Kulhanek*, in: MüKo-StPO, § 178 GVG Rn. 4; *Schmidt*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, GVG, § 177 Rn. 2; *Velten*, in: SK-StPO, § 178 GVG Rn. 2; *Quentin*, in: SSW-StPO, § 178 GVG Rn. 2.

²⁰⁵ *Löffler*, S. 151; *Nestler*, HRRS 2016, 126 (132); *Weidemann*, ZJS 2016, 404 (408).

²⁰⁶ *Nestler*, HRRS 2016, 126 (132).

²⁰⁷ Vgl. zum Zuschauer *BVerfG*, NJW 2007, 56 (57); *Wickern*, in: LR-StPO, § 178 GVG Rn. 29.

²⁰⁸ *Löffler*, S. 193.

²⁰⁹ Vgl. *Krumm*, NJ 2022, 110 (113), der es für möglich hält, maskierten Zeugen Ordnungsgelder aufzuerlegen; a.A.: Weigerung, eine Maske zu tragen, als Ungebühr, *OLG Oldenburg*, Beschl. v. 3.1.2022 – 2 Ss(Owi) 240/21, BeckRS 2022, 9 Rn. 12.

²¹⁰ *Duttge/Kangarani*, in: HK-GS, § 178 GVG Rn. 1.

²¹¹ *Allgayer*, in: BeckOK-GVG, § 176 Rn. 1-12.

²¹² *Mitsch*, KriPoZ 2020, 99 (100).

²¹³ *Löffler*, S. 195.

²¹⁴ *Radtke*, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 38.

Verbot durchzusetzen. Die §§ 177, 178 GVG sind nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht auf diese Verfahrensbeteiligten anwendbar. Eine Analogie scheidet mangels vergleichbarer Interessenlage aus,²¹⁵ weil der Gesetzgeber unterstellt, dass sich die am Verfahren beteiligten Organe der Rechtspflege von selbst an rechtmäßige sitzungspolizeiliche Anordnungen halten²¹⁶ und das Verfahren ohne deren Beteiligung keinesfalls fortgeführt werden könnte. Es besteht daher auch in diesem Bereich eine Klärungsbedürftigkeit.

VI. Fazit

Die Ausgestaltung des Gesichtsverhüllungsverbotes als generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist im Strafverfahren bezüglich aller Verfahrensbeteiligten verfassungsgemäß.

Im Hinblick auf eine weitere Corona-Welle besteht zumindest bei rechtsdogmatischer Konformität mit dem Gesetzestext und der Gesetzessystematik des § 176 GVG keine Möglichkeit des Vorsitzenden, eine Maskenpflicht anzuordnen.²¹⁷ Aufgrund der alltäglich gegenteilig ausgeübten Praxis wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber für die Gerichte eine Rechtsgrundlage schafft, die nicht mit dem Verhüllungsverbot in Konflikt gerät. § 176 GVG könnte beispielsweise um einen weiteren Absatz drei ergänzt werden, der wie folgt lautet: „*Abweichend von Absatz 2 kann der Vorsitzende das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes anordnen, sofern der Gesundheitsschutz aller Verfahrensbeteiligten nicht durch andere Maßnahmen sichergestellt werden kann.*“.

Die Vorschriften der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes sehen keine geeignete Rechtsgrundlage für die zwangsweise Durchsetzung des Gesichtsverhüllungsverbots vor. Es besteht insofern eine Gesetzeslücke, die mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes unverzüglich zu schließen ist. So wäre ein vierter Absatz des § 176 GVG denkbar: „¹ Weigert sich der Angeklagte, Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens, die Gesichtsverhüllung abzulegen, entscheidet das Gericht über die zwangsweise Enthüllung. ² Sie ist vorher anzudrohen. ³ Das Gericht kann vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung ein Ordnungsgeld bis zu eintausend Euro festsetzen und sofort vollstrecken. ⁴ Die Enthüllung ist von einer Person gleichen Geschlechts vorzunehmen.“.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

²¹⁵ Speziell zum Verteidiger: *OLG Hamm*, Beschl. v. 6.3.2003 – 2 Ws 122/03; juris, Rn. 50; *LAG Niedersachsen* v. 29.9.2008 – 16 Ta 333/08, juris, Rn. 14 f.; im Übrigen: *Schmidt*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, GVG, § 177 Rn. 2; *Duttge/Kangarani*, in: HK-GS, § 177 GVG Rn. 1; *Kulhanek*, in: MüKo-StPO, § 177 GVG Rn. 5.

²¹⁶ *OLG Celle*, Beschl. v. 15.4.2021 – 3 Ws 91/21, BeckRS 2021, 8318, Rn. 20.

²¹⁷ *Heuser/Bockemühl*, KriPoZ 2020, 342 (347); *Krumm*, NJ 2022, 110 (113); *Spatschek/Feldle*, StraFo 2021, 354 (357).