

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Tim Stephan

Redaktion (national)

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

Redaktion international

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 154 – 177

154 | **Strafbare Vorbereitung mit Messer und Pkw**

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

162 | **Untreuetäter als Bundeskanzler – Reformbedarf in Deutschland**

von Anna Magdenko

169 | **Strafrechtlicher Tierschutz: Warum Zoophilie strafbar sein sollte**

von RD Dr. Christian Frick

172 | **Der Einsatz von V-Personen im Strafverfahren – Warum eine spezialgesetzliche Grundlage erforderlich ist**

von Akad. Rat a.Z. Damien Nippen

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 178 – 187

178 | **K.O.-Tropfen als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB?**

BGH, Beschl. v. 8.10.2024 – 5 StR 382/24

182 | **Die Entscheidung des BGH zu den K.o.-Tropfen und die prompte Reaktion der Kriminalpolitik**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

185 | **BGH bestätigt Verurteilung wegen Volksverhetzung aufgrund der Veröffentlichung einer Abbildung eines Konzentrationslagers mit der Aufschrift „Impfen macht frei“**

BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24

BUCHBESPRECHUNGEN | 188 – 191

188 | *Katharina Funke: Die Zulässigkeit der Legendierten Kontrollen unter besonderer Berücksichtigung der Legendierten Aktenführung*

von Prof. Dr. Anja Schiemann

190 | *Eva Kiel: Risiko als Konstruktion. Studien zu einer interdisziplinären Risikodogmatik im Strafrecht*

von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 192 – 204

192 | *Erlanger Cybercrime Tag 2024 – Hate Speech im Netz und die strafrechtliche Verfolgung*

von Ass. iur. Tabea Seum und Prof. Dr. Christian Rückert

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Strafbare Verbrechensvorbereitung mit Messer und Pkw

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Der Besitz eines scharfen Messers mit langer Klinge, das nicht unter das Waffengesetz fällt, ist erlaubt und nicht strafbar. In wahrscheinlich fast jeder Küche eines deutschen Haushalts befindet sich – mindestens – ein solcher Gegenstand. Niemand käme auf die Idee, dieser Zustand könnte rechtmäßig Anlass für präventive oder repressive polizeiliche, staatsanwaltschaftliche oder richterliche Maßnahmen sein. Das wird sich ändern, falls Pläne, über die bei den Koalitionsanbahnungsverhandlungen von CDU/CSU und SPD gesprochen wurde, in geltendes Recht umgesetzt werden. Der Koalitionsvertrag kündigt in Zeile 2846 an, dass der Anwendungsbereich des § 89a StGB auf Taten ausgedehnt werden soll, bei denen der Täter nicht Sprengstoff, sondern Gegenstände wie ein Messer oder einen Pkw benutzen will. Anknüpfungspunkt der Erweiterung staatlicher Eingriffsbefugnisse ist somit Absatz 2 des § 89a StGB. Wird der Objektskatalog der Nr. 2 dieses Absatzes ergänzt, kann künftig der Messerblock in der Küche oder der SUV in der Garage ein *corpus delicti* sein, dessen Wahrnehmung als Teil des Anfangsverdachts das Strafverfahren ins Rollen bringt. Das ist zum einen unverhältnismäßig. Zum anderen würde sich der Gesetzestext noch weiter von der nach Art. 103 Abs. 2 GG vorgeschriebenen Bestimmtheit entfernen, als das bereits im geltenden Recht der Fall ist. Kritikwürdig ist eine Vorschrift wie § 89a StGB vor allem, weil keine Klarheit über den Bedeutungsgehalt und Grenzen des Straftatmerkmals „vorbereitet“ besteht.

*The possession of a sharp knife with a long blade that does not fall under the Weapons Act is permitted and not criminal. Such an object is ubiquitous in the kitchen of a German household. No one would go so far as to believe this fact would warrant measures by the police, the prosecution or the judiciary. However, this situation may be subject to alteration should the plans under discussion in the coalition negotiations between CDU/CSU and SPD be enacted into law. In line 2846 of the coalition treaty it is announced that the scope of Section 89a StGB will be expanded to acts where a perpetrator does not use explosives but rather objects like a knife or an automobile. The expansion of state powers of intervention is connected to paragraph 2 of Section 89a StGB. Should the catalogue of objects referenced in paragraph 2 be supplemented, the knife block or the SUV in the garage will swiftly become a *corpus delicti*, thus serving as the basis for an initial suspicion in a criminal investigation. For once, this is dis*

proportionate. Conversely, the legal text under consideration would diverge even further from the requisite of legal certainty stipulated in Art. 103 para. 2 GG than is already the case under current law. A provision such as Section 89a StGB is particularly worthy of criticism because there is a lack of clarity about the meaning and limits of the constituent element "prepared".

I. Freiheit durch Sicherheit, Sicherheit durch Freiheitsbeschränkung

Was voreilig als einseitige Zumutung zu Lasten bürgerlicher Freiheit kritisiert werden kann, ist – was die Freiheit und ihre Bedrohung angeht – in Wahrheit komplex und ambivalent. Unter dem Eindruck zahlreicher tödlicher Anschläge an öffentlichen Orten ist zunächst einmal eine Erschütterung der objektiven Sicherheitslage und des subjektiven Sicherheitsgefühls der Bürger zu konstatieren. Messer und Kraftfahrzeuge als Tatwerkzeuge spielen dabei eine immer größer werdende Rolle, wie zuletzt der Vorfall in Bielefeld am 18. Mai 2025 bestätigte. Opfer dieser Taten sind neben den Getöteten und an körperlicher Unversehrtheit und Gesundheit Geschädigten die meisten Bürger, die nicht unmittelbar betroffen sind, aber davon erfahren haben. Viele von ihnen werden sich überlegen, ob es zu riskant ist, öffentliche Orte und Veranstaltungen aufzusuchen, wo viele Menschen zusammenkommen und die Gefahr besteht, dass terroristische Attentäter diese Gelegenheit zu Anschlägen nutzen. Auch diejenigen, die bereit sind das Risiko auf sich zu nehmen, werden in ihrer Freiheit massiv beeinträchtigt, wie man an weitreichenden Sicherheitsvorkehrungen im Umfeld von Weihnachtsmärkten, Karnevalsumzügen, Volksfesten bis hin zu deren Absage sehen kann. Angesichts dessen wird einen Verlust an individueller Freiheit nur bestreiten können, wer an Zusammenkünften dieser Art nicht interessiert ist, sich vielleicht „genervt“ fühlt durch Massenveranstaltungen in Karnevalshochburgen, auf der Münchener „Wies’n“ (Oktoberfest) oder bei „Hochrisiko“-Fußballspielen. Für eine beträchtliche Anzahl von Bürgern sind solche Gelegenheiten vergnüglicher und spannender Freizeitgestaltung jedoch wichtige Voraussetzungen von Lebensqualität. Zudem geht es bei manchen dieser Veranstaltungen um die Ausübung grundrechtlich garantierter Freiheiten gemäß Art. 8 GG und Art. 5 Abs. 1 GG. Betroffen ist also auch ein überindividuelles Interesse der Gemeinschaft. Wenn der Staat das Strafrecht ausdehnt, um bereits die Vorbereitung von Anschlägen zu verhindern, bezweckt er die

* Prof. Dr. Wolfgang Mitsch ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

Verhinderung dieser Freiheitseinbußen und die Gewährleistung der Möglichkeit risikofreier Persönlichkeitsentfaltung im öffentlichen Raum für jeden Bürger. Dass dazu Instrumente eingesetzt werden, die gegenüber dem Betroffenen eine zusätzliche Beschneidung seiner Freiheit bedeuten, liegt in der Natur der Sache. Freiheit durch den Staat und Freiheit vor dem Staat stehen in einem Spannungsverhältnis, das eine ist ohne Abstriche bei dem anderen nicht zu bekommen. Der Volksmund sagt „Wasch mir den Pelz, aber mach‘ mich nicht nass“. So versteht jeder, dass das eine – Schutz der Freiheit – ohne das andere – Eingriffe in die Freiheit – nicht zu haben ist. Ein Bürger, der vom Staat verlangt „in Ruhe gelassen zu werden“, kann nicht zugleich maximalen Schutz vor Kriminalität erwarten. Zudem kumulieren diese Freiheitsbeeinträchtigungen nicht, sondern sie sind gegenläufig und beeinflussen sich gegenseitig. Je stärker die kriminelle Bedrohung freiheitsliebender Bürger ist, zu desto gravierenderen Maßnahmen sieht sich der Staat aufgerufen, um die bedrohte Freiheit zu schützen. Umgekehrt schwindet der Verlust an Freiheit durch reale Kriminalitätsbelastung und gefühlte Kriminalitätsbedrohung, je erfolgreicher der Einsatz staatlicher kriminalitätsbekämpfender Mittel ist.

Kriminalpolitisch ist gegen die Ausdehnung der Strafbarkeit in die Zone der Deliktvorbereitung nichts Grundsätzliches einzuwenden. Quelle der Kritik ist das Verfassungsrecht. Zweifellos wird ein legitimer Zweck verfolgt. Die Frage ist nur, ob Vorfeld-Pönalisierung ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel ist. Strafrecht ist subsidiär, ultima ratio. Rechtlich zulässig sollte staatliches Einschreiten gegen Vorbereitungen schwerster Verbrechen auf der Grundlage von Polizeirecht auch ohne Strafbarkeit dieser Vorbereitungen sein. Ist es das nicht, besteht Regelungsbedarf nicht im Strafrecht, sondern im Polizeirecht. Polizeirecht ist für die Verhinderung von Straftaten durch Unterbindung von deren Vorbereitung prioritär zuständig. Das Strafrecht rückt erst in den Vordergrund, wenn die Gefahrabwendung fehlgeschlagen ist. Wird die schwere Straftat begangen, findet repressive Strafrechtsanwendung wegen dieser statt. Bestrafungsgrundlage ist dann nicht § 89a StGB, sondern z.B. § 211 StGB. Die strafbewehrte Vorbereitung tritt konkurrenzrechtlich zurück, soweit es um denselben Täter geht und ist nach § 27 StGB (i.V.m. § 211 StGB) strafbar, soweit ein Vorbereitender an der Tatausführung nicht täterschaftlich mitgewirkt hat. § 89a StGB kommt also gar nicht zur Anwendung. Eine eigenständige Bedeutung hat der Vorbereitungsstraftatbestand somit allein in Fällen, in denen die vorbereitete Tat nicht begangen wird. Das sind die kritischen, „pathologischen“ Fälle. Zweifelhaft ist der Unrechtsgehalt dessen, was bestraft werden soll und zweifelhaft ist, ob es dem Gesetz überhaupt gelungen ist, das Unrecht konturenscharf abzubilden. Da es in solchen Fällen am „Erfolg“ der Vorbereitung – der vorbereiteten Straftat – fehlt, entfällt auch ein wichtiger Anknüpfungspunkt für die Identifikation des inkriminierten Verhaltens als tatbestandsmäßige „Vorbereitung“. Begeht jemand mit einer Pistole einen Mord, wird man rückblickend leicht feststellen und begründen können, dass der Täter oder der Dritte, der diese Schusswaffe sich oder dem Täter verschafft hat, dadurch den Mord „vorbereitet“ hat. Wird aber der Mord

nicht einmal versucht, wird es viel schwieriger sein ex ante zu erklären, dass der Täter oder der Dritte dadurch, dass er die Schusswaffe besorgt hat, einen Mord vorbereitet hat. Bei der Beurteilung des § 89a StGB – insbesondere in der Fassung, die auf Grund der Koalitionsvereinbarung prognostizierbar ist – wird daher dieser Konstellation der folgenlosen Vorbereitung besondere Aufmerksamkeit zu widmen sein.

II. Strafbarkeit von Vorbereitungen

1. Strafbarkeitsvorverlagerung und Bestimmtheitsgrundsatz

Versuch und Vorbereitung – soweit diese ausnahmsweise strafrechtlich relevant ist – sind Strafbarkeitsausdehnungsgründe, die den Bereich des Strafbaren – und damit gemäß § 152 Abs. 2 StPO Verfolgbaren – über den nur vollendete Straftaten konfigurierenden Besonderen Teil einschließlich Nebenstrafrecht hinaus erweitern. Wie die Normierung der vollendeten Straftaten, also die Vorschriften des Besonderen Teils, unterliegen auch die Ausdehnungsgesetze des Allgemeinen Teils den Regeln des Art. 103 Abs. 2 GG, insbesondere dem Bestimmtheitsgebot. In Bezug auf den Versuch ist dies in § 22 StGB zufriedenstellend umgesetzt worden. Wenn die Beschreibung der vollendeten Tat im Besonderen Teil hinreichend bestimmt ist, strahlt das auch auf die Versuchsphase aus, d.h. die Feststellung des „unmittelbaren Ansatzens“ ist – von unvermeidbaren Grenz- und Zweifelsfällen abgesehen – relativ eindeutig möglich. Zu betonen ist allerdings, dass beim Versuchsdelikt die Identifizierung des einschlägigen Tatbestands stärker von der subjektiven Tatseite abhängt als bei der vollendeten Straftat. Ob ein objektiv unmittelbares Ansetzen zu weiterem Tun – z.B. die dicht vor dem Kopf eines anderen erhobene Faust – der Versuch einer Freiheitsberaubung, Körperverletzung, Vergewaltigung, eines Totschlags, einer Nötigung oder ob die Handlung vielleicht sogar überhaupt kein Versuch, sondern nur eine Geste ist („Sieh dir den schönen Ring an meinem Finger an!“), lässt sich bei vielen Handlungen, die taugliche Basis aller dieser genannten Delikte sind, nur anhand des Tatentschlusses, also des Tätersvorsatzes, eindeutig bestimmen. Da dem objektiven Teil der Tat beim Versuch naturgemäß ein mehr oder weniger großes tatbestandsmäßiges Stück (im Beispiel etwa der Kontakt der Faust des einen mit der Nase des anderen) fehlt, verliert auch ein Teil des Gesetzestextes, auf dessen Gestaltung der Gesetzgeber seine Konkretisierungsbemühungen konzentriert hat, nämlich der Text der Strafvorschrift im Besonderen Teil, seine Funktion als Maßstab für die korrekte tatbestandliche Einordnung der Tat. Das hat eine beträchtliche Ausdehnung der Fälle zur Folge, die einen „Anfangsverdacht“ begründen können. Der gemäß § 152 Abs. 2 StPO erforderliche Verdacht, dass jemand einen die Strafbarkeit wegen Versuchs begründenden Vorsatz hat, kann nicht unmittelbar aus dem Internum der Person erschlossen werden. Der direkte Zugriff auf Pläne, Absichten und Vorstellungen des Täters ist nicht möglich. Ein „rechtserschütternder Eindruck“ kann stets ausschließlich aus den objektiven Komponenten des „unmittelbaren Ansatzens“

gewonnen werden. Verdachtserregend können zwangsläufig auch solche Handlungen sein, denen kein Entschluss zur Begehung einer Straftat zugrunde liegt. Dies wird sich erst durch Ermittlungen klären lassen. Vor der Überziehung mit einem Strafverfahren ist der in Wahrheit Unschuldige also nicht geschützt.

Dieser Schwund an Bestimmtheit könnte sich bei strafbaren Vorbereitungen verschärfen, weil schon wegen des fehlenden „Unmittelbarkeits“-Erfordernisses naturgemäß die Menge der Handlungen, die das Potential zur Vorbereitung einer künftigen vollendeten Straftat haben, größer ist als die Menge der Handlungen, die „unmittelbares Ansetzen“ zu einer solchen Straftat sein können. Krafttraining im Fitnessstudio ist kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Körperverletzungstatbestandes, Vorbereitung einer Körperverletzung kann es aber sehr wohl sein. Um einer Ausuferung der Strafbarkeit durch Vorverlagerung ins Vorbereitungsstadium gegenzusteuern, darf sich der Gesetzgeber bei der Formulierung des Normtextes nicht mit dem Wort „vorbereitet“ begnügen. Das genügt selbst beim Versuch nicht. Eindeutig verfassungswidrig wäre § 23 StGB, wenn es § 22 StGB nicht gäbe. Die Formel des § 22 StGB bringt das gesetzgeberische Bemühen zum Ausdruck, die Versuchspönalisierung in Einklang mit Art. 103 Abs. 2 GG zu bringen und eine Grenze zum grundsätzlich straffreien Bereich der Planung und Vorbereitung von Straftaten zu ziehen. Eine abstrakte Definition von „Vorbereitung“ wäre also das mindeste, was an tatbestandlicher Konkretisierung von der Gesetzgebung zu verlangen wäre. Von einer Regelung im Allgemeinen Teil hat der Gesetzgeber abgesehen, wohl weil dies wegen der wenigen Anwendungsfälle im Besonderen Teil nicht lohnte. Die Normierung der Vorbereitung ist also der Gestaltung der BT-Tatbestandsvorschrift überlassen geblieben. Schon vor Einführung des § 89a StGB wurden vereinzelte Maßstäbe gesetzt und ziemlich konkrete Akte – sehr detailverliebt z.B. in §§ 149 Abs. 1 und 152c Abs. 1 StGB – zu strafrechtlich relevanten Vorbereitungsmaßnahmen qualifiziert. Deswegen ist der vorliegende Text ein Kommentar zu § 89a StGB und nicht zu einem imaginären § 22a StGB oder § 23 Abs. 4 StGB.

Die für den Begriff „Vorbereitung“ notwendige Verbindung mit dem noch in ungewisser Zukunft liegenden Verbrechen wird in § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB durch eine Beschränkung auf gefährliche Gegenstände wie Waffen oder Sprengstoffe hergestellt. Dass der Verdächtige sich mit derartigen für legale Alltagstätigkeiten eher ungeeigneten oder unnötigen Sachen (auf die Sachen, die Gegenstand von § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB sein können, trifft das nicht zu) beschäftigt, indiziert kriminelle Pläne, bei deren Umsetzung die Gegenstände eine zentrale Rolle spielen können. Der Sache nach wird damit zum Nachteil des Verdächtigen eine Art „Beweislastumkehr“ installiert, die den Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden den frühzeitigen Zugriff und damit im günstigsten Fall auch die Verhinderung eines Anschlags ermöglicht. Der Unschuldsvermutung wird das nicht gerecht. Strafrecht wird zu einem Hilfsmittel polizeilicher Gefahrenabwehrtätigkeit umfunktioniert, was bereits der geltenden Fassung des

§ 89a StGB massive Kritik eingebracht hat. Zur Berechtigung dieser Kritik an der *lex lata* soll hier nicht Stellung genommen werden. Bedenken sind aber gegen die geplante Erweiterung des Katalogs von Objekten zu erheben, die nach den Plänen der Koalition für die 21. Legislaturperiode den Vorbereitungstatbestand § 89a Abs. 2 StGB verbreitern sollen.

2. Das Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“

Der Vergleich von § 149 Abs. 1 StGB und § 127 Abs. 1 OWiG verdeutlicht die eigenständige strafbarkeitsbegründende Bedeutung des Wortes „vorbereitet“ im Text der Strafvorschrift. Die Bußgeldvorschrift stimmt mit dieser weitgehend überein. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass § 127 Abs. 1 OWiG das Wort „vorbereitet“ und die Beziehung zu einem – dem vorbereiteten – Anschlussdelikt nicht enthält. Man kann also nicht behaupten, dass z.B. die Herstellung von „Platten“ i.S.d. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB per se ein Akt der Vorbereitung eines Geldfälschungsdelikts ist. Anderenfalls wäre das Wort „vorbereitet“ im Gesetzestext überflüssig. Zwischen der Herstellung von Platten, die keine Vorbereitung eines Fälschungsdelikts ist (§ 127 Abs. 1 OWiG), und der Herstellung von Platten, mit denen ein Fälschungsdelikt vorbereitet wird (§ 149 Abs. 1 StGB), besteht ein Unterschied. Diesem Unterschied im Tatsächlichen muss ein Unterschied in der Fassung der gesetzlichen Tatbestände korrespondieren. Und der Gesetzestext muss es dem Rechtsanwender ermöglichen, im realen Sachverhalt die Umstände, auf denen die Hochstufung von der Ordnungswidrigkeit zur Straftat beruht, zu identifizieren. Tatsächlich beschränkt sich die gesetzliche Kennzeichnung der Abgrenzung der Ordnungswidrigkeit § 127 OWiG von der Straftat § 149 StGB auf die Verwendung des Wortes „vorbereitet“ und die Bezeichnung der Straftat, die vorbereitet wird. Eine Vorschrift mit einer Legaldefinition der Strafbarkeitsvoraussetzung „vorbereitet“ gibt es nicht. Verständlich ist das, billigenswert nicht unbedingt (näher dazu unten III.). Da nach dem Willen des Gesetzgebers die Strafbarkeit von Vorbereitungen strengen Ausnahmecharakter haben soll, wäre eine „vor die Klammer gezogene“ Definition im Allgemeinen Teil schwer zu konstruieren. Insbesondere wäre eine Norm, die weitgehend den Charakter einer Kopie von § 23 StGB hat, nicht geeignet. In Anlehnung an § 23 Abs. 1 StGB die Vorbereitung von „Verbrechen“ allgemein und ohne Ausnahme zu pönalisieren, ginge zu weit. Den engeren Kreis der erfassten Tatbestände mit Vorbereitungsstrafbarkeit anders zu definieren als durch Aufzählung der einschlägigen BT-Vorschriften, erscheint schwer vorstellbar. Deshalb ist für diese Grenzziehung der BT zuständig. Anders als ein Standort im Allgemeinen Teil, ist die Normierung in vereinzelten BT-Vorschriften zudem eher geeignet die Nachfrage zu unterdrücken, warum z.B. die Vorbereitung eines Mordes, der keine „schwere staatsgefährdende Gewalttat“ ist, nicht strafbar ist. Wenn diese Frage überhaupt beantwortbar ist, dann wohl nur mit einer überzeugenden Erklärung, was das „Besondere“ an § 89a StGB ist und wieso der Unterschied zum nicht staatsgefährdenden Mord die unterschiedliche Behandlung von vorbereitenden Akten rechtfertigt. Die Regelung der Vorbereitung

und ihrer Voraussetzungen im BT ist auch deswegen vernünftig, weil die Strafbarkeit nicht lückenlos auf jede denkbare Form der Vorbereitung erstreckt werden, sondern nur in Gestalt bestimmter konkreter Handlungen relevant sein soll. Schon der Vergleich des § 89a StGB mit § 149 StGB zeigt, dass dies keine geeignete Regelungsmaterie für den Allgemeinen Teil ist. Dass mit der Einfügung der speziellen Handlungsmerkmale in den Gesetzestext der Bedeutungsgehalt der Strafbarkeitsvoraussetzung „vorbereitet“ hinreichend festgelegt wäre, ist allerdings ein Trugschluss. Da es – nicht nur im Bereich von § 149 StGB, § 127 OWiG, sondern auch bei § 89a Abs. 2 StGB – Handlungen gibt, die den gesetzlich normierten Handlungstypen entsprechen und gleichwohl keine Vorbereitung sind, ist die Frage nach der tatsächlichen Substanz des entscheidenden Unterschieds, der durch das Wort „vorbereitet“ auf der sprachlichen Ebene indiziert wird, offen. Weder der Allgemeine Teil noch der Besondere Teil des StGB definiert, was unter „vorbereitet“ zu verstehen ist. Das also ist eine Aufgabe der Strafrechtsdogmatik, deren Erfüllung günstigstenfalls Handlungsanweisungen für den Gesetzgeber erzeugen kann. Dass solche Anweisungen in § 89a StGB bereits Spuren hinterlassen haben, kann man nicht behaupten. Eine Art „Rahmenregelung“ für alle Tatbestände des BT, in deren Beschreibung das Wort „vorbereitet“ enthalten ist, sollte im Allgemeinen Teil des StGB verankert werden (dazu unten III.). Diese wäre systematisch eine *lex generalis* im Verhältnis zur *lex specialis* § 89a Abs. 2 StGB.

3. „Vorbereitet“ im objektiven und im subjektiven Tatbestand

Vorbereitungsdelikte haben einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand. Nach geltendem Recht (§ 15 StGB) sind strafbare Vorbereitungen ausschließlich Vorsatzdelikte. Eine fahrlässige Vorbereitung ist zwar nicht denkunmöglich, ihre Pönalisierung wäre aber unverhältnismäßig. Zudem gäbe es einen Wertungswiderspruch zur Straflosigkeit „fahrlässiger Versuche“, die ausnahmslos nicht strafbar sind. Daher muss das Straftatmerkmal „vorbereitet“ im objektiven und im subjektiven Tatbestand verankert sein. Subjektiv kennzeichnet die Vorbereitung der auf die zukünftige Straftat gerichtete finale Vorsatz, also eine „überschießende Innentendenz“. Deliktsstrukturell entspricht dies dem „Tatentschluss“ des Versuchs. Auf die Stufe des objektiven Tatbestandes gehören die Komponenten des Vorbereitungs-Merkmals, die – ähnlich wie das „unmittelbare Ansetzen“ beim Versuch – den neutralen Beobachter einen Zusammenhang dessen, was er beobachtet, mit einer bevorstehenden Straftat („Vorbereitungszusammenhang“) erahnen lassen. Die objektiven Gegebenheiten müssen ihm zumindest den Eindruck von einer Vorbereitung dieser Straftat verschaffen. Erforderlich ist daher, sofern man nicht auch die „untaugliche Vorbereitung“ pönalisieren will, eine objektive Geeignetheit. Deshalb lässt sich der Charakter der Vorbereitung in Anlehnung an § 27 StGB verdeutlichen. Vorbereitung ist Ermöglichung, Erleichterung, Förderung der Tat, gleich ob sie von einem Dritten oder dem Vorbereitenden selbst ausgeführt werden soll. Wird die vorbereitete Tat von ei-

nem Dritten begangen, wird der Vorbereitende in der Regel wegen Beihilfe zu dieser Tat strafbar sein. Mittäterschaft ist dogmatisch nicht ausgeschlossen, dürfte aber faktisch allenfalls in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Dass der Vorbereitende qua Ingerenz Täter eines unechten Unterlassungsdelikts wird, ist ebenfalls zu verneinen, da anderenfalls so gut wie jeder Anstifter oder Gehilfe über § 13 StGB zum Täter hochgestuft würde. Objektiv ist Vorbereitung also Hilfeleistung. Im Folgenden wird versucht herauszufinden, welche Informationen der Gesetzestext des § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB zum objektiven und zum subjektiven Tatbestand enthält.

4. Der subjektive Tatbestand des § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB

a) Deliktsaufbau

Wie beim Versuch, bei dem Praxis und Lehre seit langem von der vollendeten Straftat abweichend den subjektiven Tatbestand („Tatentschluss“) vor dem objektiven Tatbestand („unmittelbares Ansetzen“) prüfen, hat auch bei der Feststellung der Strafbarkeitsvoraussetzungen einer Vorbereitung der subjektive Tatbestand gegenüber dem objektiven Tatbestand Vorrang. Da die vorbereitete Tat – das wichtigste Referenzobjekt für die Identifikation der tatbestandsmäßigen Vorbereitung – in den kritischen Fällen überhaupt nicht begangen worden ist, kann sie kein Bestandteil des objektiven Tatbestandes sein. Lediglich die virtuelle künftige Straftat gewinnt als Maßstab für die Vorbereitungstauglichkeit der Handlung objektiv tatbestandsmäßige Bedeutung. Die Tat selbst und ihre für die Strafbarkeit der Vorbereitung relevanten Eigenschaften sind als Gegenstand des „überschießenden“ Vorsatzes Teil des subjektiven Tatbestandes (unten c). Ob eine Handlung den objektiven Tatbestand des Vorbereitungsdelikts erfüllt, lässt sich ohne vorherige Würdigung dieses Vorsatzgegenstandes nicht feststellen. Daher befasst sich auch der vorliegende Text mit dem subjektiven Tatbestand vor dem objektiven Tatbestand.

b) Vorsatz, § 15 StGB

Der subjektive Tatbestand des § 89a StGB setzt Vorsatz voraus. Das folgt aus § 15 StGB. Gegenstand des Vorsatzes sind die Tatsachen, durch die der objektive Tatbestand erfüllt wird, also z. B. „Waffe“ und „herstell“, nicht aber – wie oben dargelegt – die „Gewalttat“. Ausreichend ist bedingter Vorsatz. Auch das objektive Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“ ist Vorsatzgegenstand. Wegen des unverzichtbaren Zusammenhangs mit der vorbereiteten Tat ist die Vorbereitung aber teilweise auch dem zweiten subjektiven Tatbestandsmerkmal, der „überschießenden Innentendenz“, zugeordnet (unten c). Gegenwärtig und damit vom Vorsatz i.S.d. § 15 StGB umfasst sind die Tatsachen, die Handlungen wie Herstellen, Sichverschaffen usw. als geeignete Vorbereitungsmaßnahmen für die künftige Straftat erscheinen lassen. Das sind Tatsachen, die über die Qualität des Objekts (z.B. „Waffe“) und der Handlung (z.B. „herstell“) hinausgehen. Der Vorsatz bezüglich „Herstellung einer Waffe“ umfasst also noch nicht die Tatsachen, durch die das objektive Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“ erfüllt wird. Der Gesetzestext erweckt

zwar den gegenteiligen Eindruck. Aber das ist falsch, wie oben schon dargelegt wurde. Welche Tatsachen das objektive Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“ erfüllen und deshalb Vorsatzgegenstand sind, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Schon deshalb verstößt dieses Gesetz gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

c) Intentionalität

aa) Vorbereitungsvorsatz

Wer sich vorsätzlich eine Schusswaffe kauft, bereitet damit nicht zwangsläufig eine Straftat vor. Er hat folglich beim Kauf der Schusswaffe nicht „automatisch“ den Vorsatz, eine Straftat vorzubereiten. Oben (b) wurde aber gesehen, dass der allgemeine Tatvorsatz des § 15 StGB nach dem Erscheinungsbild der Strafvorschrift § 89a Abs. 1, Abs. 2 StGB mehr als die Objekts-Eigenschaft „Schusswaffe“ und die Handlungs-Eigenschaft „sich verschafft“ nicht umfassen kann. Den Vorsatz in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“ muss es zwar geben, weil „vorbereitet“ ein objektives Tatbestandsmerkmal ist. Das Gesetz bezeichnet aber nicht die Tatsachen, die der Vorsatz umfassen muss, damit er sich auf das objektive Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“ bezieht. Deshalb wissen wir nicht, welche vergangenen oder gegenwärtigen Tatsachen der Täter kennen oder wenigstens für möglich halten muss, damit er Vorbereitungsvorsatz im Sinn des § 15 StGB hat. Eine fragmentarische subjektive Abbildung der Vorbereitung gibt es somit nur als „überschießende Innentendenz“. Was der Täter vorbereitet, teilt das Gesetz in § 89a Abs. 1 StGB mit, nicht aber, was „vorbereitet“ bedeutet. Immerhin erhält das Merkmal „vorbereitet“ durch Betrachtung der vorzubereitenden Straftat annäherungsweise Gestalt. Vorbereitung ist ein Mittel-Zweck-Zusammenhang, ein finaler Zusammenhang zwischen den im Gesetzestext zum objektiven Tatbestand beschriebenen Handlungen und der in der Zukunft liegenden Straftat.

bb) Allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzungen

Eine schwere staatsgefährdende Gewalttat ist eine „Straftat“, § 89a Abs. 1 S. 2 StGB. Straftat ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Tat. Dieser formale Straftat-Begriff ist aber sicher nicht gemeint, da ansonsten die Vorbereitung einer von einem gemäß § 20 StGB schuldunfähigen Attentäter geplanten Tat nicht erfasst wäre. Zu einigen Tätern der jüngsten Anschläge wurde ja berichtet, dass sie an schweren psychischen Störungen leiden und deren mangelnde Behandlung mitursächlich für die begangenen Verbrechen sei. Man erinnere sich an den bemerkenswerten Dialog einer jungen Frau aus dem Publikum mit Kanzlerkandidat *Friedrich Merz* in einer der ÖRR-„Wahlarena“-Sendungen während der Endphase des Bundestags-Wahlkampfes 2024/2025. Wenn mit § 89a StGB schwerwiegende Taten verhindert werden sollen, dann umfasst das selbstverständlich auch Taten, für die der Täter wegen Schuldunfähigkeit nicht verantwortlich gemacht werden kann. Wie bei der Haupttat von Anstiftung und Beihilfe kann bei der vorbereiteten Tat des § 89a StGB auf die Strafbarkeitsvoraussetzung „Schuld“ verzichtet werden. Terminologisch wäre deshalb in § 89a

Abs. 1 S. 1 StGB besser von „rechtswidrige Tat“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) die Rede.

cc) Vollendung

„Straftat“ ist auch der Versuch, der bei allen in § 89a Abs. 1 S. 2 StGB genannten Verbrechen-Tatbeständen mit Strafe bedroht ist, §§ 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB. Dennoch genügt der Vorsatz, einen Versuch vorzubereiten, nicht. Ein Vorbereiter, der sich als „agent provocateur“ betätigen will und davon überzeugt ist, dass die Vollendung der vorbereiteten Tat scheitern oder verhindert werde, hat nicht den erforderlichen Vorsatz.

dd) Täterschaft

Offen lässt der Gesetzestext die Täterschafts- oder Beteiligungsförm der vorbereiteten Gewalttat. Bereitet jemand eine Tat vor, die er selbst begehen will, kommt die Vorbereitung einem Täter zugute. Täter der Vorbereitung und Täter der vorbereiteten Tat können aber verschiedene Personen sein. An der Gewalttat können auch mehrere Personen beteiligt sein. Deshalb ist es denkbar, dass die Vorbereitung dazu geeignet und bestimmt ist, die Anstiftung oder die Beihilfe zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat vorzubereiten. Besorgt z.B. der Vorbereitungstäter einen Pkw, mit dem er selbst und/oder ein Dritter zum Tatort fahren will, um dort Menschen zu töten, erfüllt dies zweifellos die Strafbarkeitsvoraussetzungen des – nach Maßgabe des Koalitionsvertrags erweiterten – § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB. Will er aber den Pkw jemandem überlassen, der den Attentäter zum Tatort fahren, selbst aber keine Tötungshandlung ausführen soll, ist das die Vorbereitung einer Beihilfe zu § 89a StGB. Kommt es zu der Tat, sind beide Gehilfen aus §§ 211, 27 StGB strafbar, der das Fahrzeug beschaffende in Form der „Ketten-Beihilfe“. Diese ist ebenso wie die Ketten-Anstiftung und die aus Anstiftungs- und Beihilfekomponenten zusammengesetzte Ketten-Teilnahme strafbar. Das scheint dafür zu sprechen, auch im Kontext des § 89a StGB die Vorbereitung einer Beihilfe („Ketten-Vorbereitung“) ausreichen zu lassen. Dasselbe müsste für die Vorbereitung einer Anstiftung gelten, was allerdings keine praktische Bedeutung hätte, weil die in § 89a Abs. 2 Nr. 1 bis 3 StGB bezeichneten Handlungsformen zur Vorbereitung einer Anstiftung, die nicht zugleich Beihilfe ist, nicht geeignet sind. Gegen die Einbeziehung der Beihilfevorbereitung lässt sich der Wortlaut des Gesetzes und der Vergleich mit § 30 StGB anführen. Bei der Gestaltung des § 30 StGB hat der Gesetzgeber unmissverständlich die Beihilfe aus dem Anwendungsbereich herausgehalten. Selbst die Verabredung zu einer Anstiftung (§ 30 Abs. 2 Var. 3 StGB) ist strafbar nur, weil der Wortlaut der Norm dies explizit anordnet. Was der Wortlaut in § 89a Abs. 1 S. 2 StGB umschreibt, entspricht der täterbezogenen Regelung des § 25 StGB. Anstiftung und Beihilfe müssten im Text des § 89a StGB ausdrücklich erwähnt werden, wenn die Vorbereitung einer bloßen Gewalttat-Teilnahme strafbar sein sollte. Außerdem bedürfte es einer dem § 27 Abs. 2 S. 2 StGB entsprechenden Strafmilderungsvorschrift, die in § 89a StGB fehlt. Denn es wäre widersprüchlich, wenn die Sanktionierung der Beihilfe zu der vorbereiteten Tat gemäß § 49

Abs. 1 StGB zu mildern wäre, die Sanktionierung der Vorbereitung der Beihilfe hingegen nicht, nicht einmal fakultativ. „Gewalttat“ im Sinne des § 89a Abs. 1 S. 1 StGB ist also nur die Tat eines Täters, einschließlich der Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB. Die Beihilfe zu der Gewalttat ist keine Gewalttat. Natürlich gibt dieser Beschränkung des Tatbestandes auch das allgemeine Bedürfnis nach Restriktion der Vorfeldstrafbarkeit Rückhalt.

ee) Zeitlich-räumlicher Abstand

Anders als beim Versuch (§ 22 StGB: „...unmittelbar“) wird bei der strafbaren Vorbereitung weder vom Gesetzgeber noch von Rechtsprechung oder Strafrechtswissenschaft ein limitierendes Kriterium der Tatnähe gefordert. Zwischen der Vorbereitung und der vorbereiteten Tat kann daher ein beliebig großer zeitlicher und räumlicher Abstand bestehen. Der Vorbereitungsvorsatz kann auf eine in weiter Ferne liegende Gewalttat gerichtet sein. Das Strafrecht lässt also in § 89a StGB die Strafbarkeit von Vorbereitungen zu, die eindeutig unverhältnismäßig ist und dem ultima-ratio-Charakter des Strafrechts widerspricht. Strafbarkeit darf nicht beliebig und ohne Grenze im Vorfeld der abzuwendenden Rechtsgutsverletzung ausgedehnt werden. Wenn überhaupt, sind strafwürdig allein „versuchsnah“ Vorbereitungen. Insbesondere sofern geltendes Recht werden sollte, was der Koalitionsvertrag ankündigt, dass nämlich das Anschaffen und Besitzen von Alltagsgegenständen strafbare Vorbereitung sein soll, ist eine Begrenzung durch ein der „Unmittelbarkeit“ des § 22 StGB nachempfundenes Nähe-Merkmal dringend erforderlich. Weil dieses weder im Text des § 89 a StGB noch in sonstigen BT-Vorschriften enthalten ist, bedarf es einer allgemeinen Definition der „Vorbereitung“ im AT des StGB (unten III.).

ff) Vorsatzform

Die überschießende Innentendenz ist zwar ein Vorsatz, aber kein Vorsatz im Sinn des § 15 StGB. Bedingter Vorsatz kann zur Erfüllung dieser subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzung nicht ausreichen. Wer einem anderen seinen Pkw für eine Fahrt überlässt, kann nicht schon dann strafbar sein, wenn er es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass der andere mit diesem Fahrzeug in eine Menschenmenge rasen und viele Menschen töten und schwer verletzen wird. Für eine Strafbarkeit gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 StGB würde das auch nicht genügen. Daher sollte in den Text des § 89a StGB schon im Absatz 1 Satz hinter dem Wort „Wer“ eingefügt werden: „absichtlich oder wissentlich“.

5. Der objektive Tatbestand des § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB

a) Tatort Küche

Die von der Regierungs-Koalition geplante Erweiterung der vorbereitungsrelevanten Objekte in § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB durchbricht verfassungsrechtliche Schranken, wenn diesem Straftatbestand keine strafbarkeitsbegrenzenden Hindernisse entgegengesetzt werden. Kraftfahrzeuge und Messer sind alltägliche Gegenstände und das Herstellen,

Verschaffen, Verwahren und Überlassen solcher Sachen ist per se nicht sozialinadäquat. Das „Verwahren“ von Messern geschieht jeden Tag und jede Nacht in Millionen von Küchen. Da tatsächlich schwere Straftaten begangen werden, bei denen Messer und Fahrzeuge Tatinstrumente sind, kommen sie auch als Objekte von Vorbereitungen in Betracht. Ihre Einbeziehung in normative Institute der Vorfeld-Strafbarkeit ist daher nicht absolut illegitim. Dass sie diese Tatwerkzeug-Funktion im konkreten Fall haben, muss aber gegenwärtig – nicht erst ex post nach begangener Gewalttat – anhand der objektiv tatbestandsmäßigen Handlung (s.u. c) erkennbar sein. Eine Vorbereitung ist als solche nicht identifizierbar, wenn sie sich von einer neutralen Handlung, die keine Vorbereitung ist, nur durch den zielgerichteten Tatvorbereitungswillen im Kopf des Vorbereitenden unterscheidet. Notwendig ist somit ein objektives Tatbestandsmerkmal, das den Charakter der strafwürdigen Vorbereitung sichtbar macht. Dazu bedarf es einer allgemeinen Legaldefinition des Merkmals „vorbereitet“ im AT des StGB (unten III.).

b) Objekte

Die Gegenstände, auf die in der geltenden Fassung des Gesetzes Strafbarkeit gestützt wird, unterliegen auch außerhalb des Vorbereitungs-Kontextes rechtlichen Restriktionen, mit denen die Verhinderung von Straftaten bezweckt wird. Das Sichverschaffen und Besitzen von Waffen ist unter bestimmten Voraussetzungen strafbar, wenn damit nicht eine Straftat vorbereitet wird. Sofern es also gelingt, dem zusätzlichen Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“ im objektiven Tatbestand Konturen zu verleihen, schwinden die verfassungsrechtlich begründeten Einwände, die gegen die Strafnorm zu erheben sind. Auf neutrale dual-use-Gegenstände trifft das nicht zu, falls außer dieser Erweiterung am Text des § 89a Abs. 2 StGB nichts geändert wird. Nur in Verbindung mit einer restriktiv gefassten Vorbereitungs-Definition im AT des StGB wird man die Tatbestandsweiterung des § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB akzeptieren können.

c) Handlungen

Die objektsbezogenen Handlungsmerkmale im geltenden § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB haben einen neutralen Charakter, wenn sie sich auf Gegenstände beziehen, die ihrerseits neutral sind, weil ihre Verwendung zu sozialadäquaten Zwecken alltäglich ist. Zudem signalisieren sie nicht die zur Limitierung des Strafbaren notwendige Versuchsnähe der Vorbereitung. Herstellen, Verschaffen, Überlassen sind Handlungen, die typischerweise weit vor Begehung der vorbereiteten Tat ausgeführt werden. Dass sie der Vorbereitung einer schweren Straftat dienen, wird man jedenfalls bei dual-use-Objekten in diesem frühen Vorbereitungs-Stadium nicht erkennen können. Die strafbarkeitsbegründende Eigenschaft als Vorbereitungshandlung wird eine solche Handlung erst erlangen, wenn sich z.B. der Täter der Gewalttat einen Rucksack umschnallt, in dem er ein scharfes Küchenmesser mit sich führt, und damit auf den Weg zu einem Volksfest macht, wo er mit dem Messer Menschen töten will. Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „vorbereitet“ ist somit von dem Eintritt

in eine Phase des Tatgeschehens abhängig, die noch kein „unmittelbares Ansetzen“ (§ 22 StGB), diesem aber unmittelbar vorgelagert ist. Man kann daher von einem „doppelten Unmittelbarkeits-Erfordernis“ sprechen. Wo diese Phase beginnt und wie man diese „rote Linie“ im Gesetzeswortlaut sichtbar macht, ist zugegebenermaßen schwierig. Auf einen das nebulöse Tatbild der Vorbereitung allmählich aufhellenden Prozess, in dem Kasuistik, Gerichtsentscheidungen und Strafrechtswissenschaft Beiträge zur Konkretisierung leisten, wird man nicht verzichten können. Das ist jedoch der Strafrechtspflege nicht fremd, sondern bei der Bestimmung des Versuchsbeginns nach § 22 StGB oder der „Gegenwärtigkeit“ des notwehrfähigen Angriffs (§ 32 StGB) eine ähnliche zu erfüllende Aufgabe.

6. Tätige Reue

a) Zu schwache Rechtsfolge

Je größer die Entfernung zwischen dem von vorverlagter Pönalisierung erfassten Verhalten und der rechtsgutsverletzenden Tat ist, desto größer ist der Raum für Maßnahmen zur Verhinderung der Rechtsgutsverletzung. Das gilt auch für den Täter selbst, der seine Vorbereitung abbrechen bzw. rückgängig machen kann, bevor für das betroffene Rechtsgut eine konkrete Gefahrenlage entstanden ist. Im Interesse des Opferschutzes eröffnet § 89a Abs. 7 StGB verschiedene Möglichkeiten der Entschärfung der repressiven Einwirkung auf den Täter, wenn dieser tätige Reue geübt hat. Allerdings erlangt der reuige Vorbereitungstäter keine Straffreiheit, sondern nur die Aussicht, auf Grund fehlerfreier richterlicher Ermessensausübung von Bestrafung verschont zu bleiben. Im ungünstigsten Fall erlangt er nicht einmal eine Strafmilderung. Das entspricht § 83a StGB, dem die Regelung nachempfunden ist, nicht aber § 24 StGB. Der Vorbereitende steht also anscheinend besser, wenn er es nicht bei der Vorbereitung belässt, sondern ins Versuchsstadium vordringt und sodann das tut, was nach § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB erforderlich ist, um von der Strafbarkeit wegen Versuchs befreit zu werden. Welchen Einfluss dies auf die bereits zuvor begründete und nach § 89a Abs. 7 StGB nicht mehr aufhebbare Strafbarkeit aus § 89a Abs. 1 StGB hat, ist unklar. Zwar tritt auch die Vorbereitungsstrafbarkeit des § 89a Abs. 1 StGB hinter Versuchsstrafbarkeit wegen Subsidiarität zurück. Mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Begehung der Gewalttat hat der Täter diesen Subsidiaritätseffekt ausgelöst. Jedoch könnte dieser mit der Strafbefreiung gemäß § 24 StGB wieder erloschen sein. Im Fall des § 30 StGB ist anerkannt, dass die durch § 24 StGB bewirkte Straflosigkeit des Versuchs in das Vorbereitungsstadium des § 30 StGB ausstrahlt. Die auf Grund Subsidiarität untergegangene Strafbarkeit lebt also nicht wieder auf. Eine Gleichsetzung mit diesem Fall ist indes fraglich, weil § 89a Abs. 7 StGB anders als § 31 StGB die Strafbarkeit nicht aufhebt. Das spricht dafür, dass nach dem Rücktritt vom Versuch der Gewalttat die Vorbereitungsstrafbarkeit unberührt bleibt und lediglich die Erleichterungen im Sanktionenbereich, die § 89a Abs. 7 StGB dem gerichtlichen Ermessen anheimstellt, möglich sind. Materiell ist die Schlechterstellung, die § 89a Abs. 7

StGB im Vergleich mit § 24 StGB festlegt, jedoch nicht begründbar. Bei der Neufassung der ganzen Vorschrift § 89a StGB sollte sich der Gesetzgeber daher an § 149 Abs. 2, Abs. 3 StGB orientieren und § 89a Abs. 7 StGB entsprechend umgestalten.

b) Ausstieg vor dem Einstieg

In ihrer geltenden Fassung hat die Strafvorschrift des § 89a Abs. 1, Abs. 2 StGB keine zeitliche Beschränkung „nach hinten“ in die Vergangenheit. Die strafbare „vollendete“ Vorbereitung kann beliebig weit vorgelagert – d.h. von der vorbereiteten Tat entfernt – sein. Da zudem § 89a StGB und der Allgemeine Teil des StGB das objektive Tatbestandsmerkmal „vorbereitet“ nicht einmal andeutungsweise definieren, wird die Strafrechtspflege z.B. den Kauf eines Pkw, mit dem der Erwerber des Fahrzeugs vielleicht erst in einigen Monaten einen terroristischen Anschlag ausführen will, als vollendete Vorbereitung behandeln. Nach dieser Anschaffung kann während der Zeit bis zur Ausführung der Tat eine Abstandnahme von dem Plan nur noch auf der Grundlage des § 89a Abs. 7 StGB honoriert werden. Beginnt die Tatbestandsmäßigkeit der Vorbereitung hingegen – wie es hier vorgeschlagen wird – erst mit dem Eintritt in eine dem „unmittelbaren Ansetzen“ i.S.d. § 22 StGB unmittelbar vorgelagerte „versuchsnah“ Zone, bleibt der Täter straffrei, wenn er – freiwillig oder unfreiwillig – auf die Anschaffung des Fahrzeugs nicht die Handlungen folgen lässt, mit denen er sich in diesen Grenzbereich zwischen Vorbereitung und Versuch begibt. § 89a Abs. 7 StGB kommt also erst zur Anwendung, wenn der sich mit dem Fahrzeug dem ausgewählten Tatort annähernde Täter diese Fahrt abbricht, bevor er die Grenze des „unmittelbaren Ansetzens“ überschritten hat. In dieser Phase des Geschehens ist es zudem wesentlich leichter, den Willen zur Rückkehr in die Legalität durch eine klar erkennbare Umkehrleistung sichtbar zu machen. Ist hingegen bereits die Anschaffung eines Kraftfahrzeugs eine vollendete Vorbereitung, ist rätselhaft, wie der Täter sich verhalten muss, um die weitere Vorbereitung aufzugeben. Dass er nach mehreren Wochen immer noch nicht mit dem Fahrzeug zu einem potentiellen Tatort gefahren ist, wird dafür nicht ausreichen, weil dadurch nicht die endgültige Aufgabe des Tatplans kommuniziert wird.

c) Fehlgeschlagene Vorbereitung

Die h.M. hat im Bereich des § 24 StGB vor die Prüfung der gesetzlichen Rücktrittsmerkmale bekanntlich die Prüfung des „fehlgeschlagenen Versuchs“ gestellt. Vom fehlgeschlagenen Versuch kann nicht zurückgetreten werden, eine Prüfung des § 24 StGB findet in diesem Fall nicht statt. Dieser Vorfilter muss konsequenterweise auch die Anwendung des § 89a Abs. 7 StGB hemmen. Ist die Vorbereitung fehlgeschlagen, kommt weder Strafmilderung noch Absehen von Strafe in Betracht. Erklärt der Täter, dem der für das Attentat angeschaffte Sprengstoff gestohlen wurde, er wolle nun mit der Tat, die er vorbereitet hatte, nichts mehr zu tun haben, wird ihm dies die Vorteile des § 89a Abs. 7 StGB nicht verschaffen. Die h.M. wird das mit dem Argument des „Fehlschlags“ begründen. Andere werden erklären, der Verzicht auf eine Tat, deren

Ausführung unmöglich oder zumindest wesentlich schwerer geworden ist, sei kein „Aufgeben“. Wieder andere werden geltend machen, der Sinneswandel sei jedenfalls nicht freiwillig gewesen.

d) Gewalttat trotz tätiger Reue

Soll der im Vorbereitungsstadium des § 89a StGB tätige Reue übende Täter nicht schlechter stehen, als ein Täter oder Teilnehmer, der im Versuchsstadium zurücktritt, muss die Gewährung der Vorteile des § 89a Abs. 7 StGB in bestimmten Fällen möglich sein, obwohl eine staatsgefährdende Gewalttat begangen wurde. Das versteht sich von selbst und betrifft nicht das vorliegende Thema, wenn diese Tat eine andere ist als die, für die der Täter des § 89a Abs. 1 StGB Vorbereitungen geleistet hat. Es muss aber auch gelten, wenn die ausgeführte Gewalttat mit der vorbereiteten Tat im Wesentlichen identisch ist, die vorbereitenden Maßnahmen in dieser Tat aber keine tatfördernden Wirkungen gezeitigt haben. Besteht die tatbestandsmäßige Vorbereitung gemäß § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB (n.F.) zum Beispiel darin, dass der Täter einen Pkw besorgt hat, mit dem andere Täter die Gewalttat begehen wollen und beschädigt der Vorbereitungstäter dieses Fahrzeug, damit es als Tatwerkzeug der Gewalttat untauglich wird, stellt sich die Frage, ob diese Sabotage für die Anwendung des § 89a Abs. 7 StGB ausreicht, wenn die Gewalttat von den Komplizen mit einem anderen Fahrzeug ausgeführt wird. Hätte der Täter diesen Reueakt vollzogen, nachdem die Versuchsgrenze des § 22 StGB überschritten worden war, käme er in den Genuss der Strafbarkeitsaufhebung gemäß § 24 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 StGB. Dass sein ernsthaftes Bemühen um Verhinderung der Vervollendung fehlgeschlagen ist, stünde der Strafbefreiung nicht entgegen. Im Fall einer tätigen Reue vor Erreichen der Versuchsgrenze sollte es nicht anders sein. Ob aber der Wortlaut des § 89a Abs. 7 StGB dieses Ergebnis trägt, ist zweifelhaft. Trotz einiger Anklänge an den Text des § 24 StGB ist die entscheidende Variante (§ 24 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 StGB) nicht in § 89a Abs. 7 StGB übernommen worden. Nicht nur die Rechtsfolgen, sondern auch deren Voraussetzungen sollten im Zuge einer Novellierung des § 89a Abs. 7 StGB überarbeitet werden.

III. Regelung der Vorbereitung im Allgemeinen Teil

Wie oben wiederholt empfohlen wurde, sollte im Allgemeinen Teil des StGB in Anlehnung an § 22 StGB eine

allgemein die Vorbereitungsstrafbarkeit begrenzende Vorschrift installiert werden. Nur „versuchsnahe“ Vorbereitungen sollen strafbar sein. Wenn die Tat „unmittelbar bevorsteht“, beginnt die Strafzone der Vorbereitung. Die Vorbereitung hat eine Erfolgskomponente, für die dieses Unmittelbarkeits-Erfordernis gilt. Dagegen kann die vorbereitende Handlung – z.B. Herstellen oder Sichverschaffen eines Fahrzeugs – beliebig weit von der Gewalttat entfernt sein. Tatbestandsmäßig wird sie aber erst, wenn ihre Tauglichkeit zur Förderung der Gewalttat beim Eintritt in die versuchsnahe Zone noch anhält. Kennzeichen der Vorbereitungsqualität ist die Wirkung, die die Handlung in Bezug auf die vorbereitete Tat hat. Vorbereitung bedeutet Ermöglichung, Erleichterung, Verstärkung, Förderung der Straftat. Mit diesen Worten lässt sich eine allgemeine Rahmenregelung, deren Anwendbarkeit im Besonderen Teil durch zusätzliche Anforderungen wie in § 89a Abs. 2 StGB beschränkt werden kann, konstruieren. Sie könnte als zusätzlicher Absatz in § 22 StGB eingefügt werden und folgenden Wortlaut haben: „Eine rechtswidrige Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5) bereitet vor, wer die Begehung einer unmittelbar bevorstehenden Tat ermöglicht, erleichtert oder sonst fördert.“

IV. Schluss

Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD enthält kein ausgereiftes systematisches kriminalpolitisches Gesamtkonzept. Das ist in einer Findungsphase, in der es schwierig ist, eine neue Regierung überhaupt zustande zu bringen, nicht anders zu erwarten. An den zahlreichen Einzelankündigungen der Koalitionäre fällt auf, dass sie den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches weitgehend unberührt lassen. Überraschend ist das nicht, wenn man zum Beispiel bedenkt, welches Beharrungsvermögen einem eindeutig verfassungswidrigen Rechtszustand im Allgemeinen Teil wie der Pönalisierung der sogenannten „unechten Unterlassungsdelikte“ seit Jahrzehnten zugestanden wird. Auch der – wie gesehen – völlig regellose Umgang mit dem Straftatmerkmal „vorbereitet“ ist damit zu erklären, dass an einer Normierung im Allgemeinen Teil des StGB kein Interesse besteht. Die angedachten Erweiterungen des § 89a StGB sollten zum Anlass genommen werden, der Erklärungs-, Ergänzungs- und Entlastungsfunktion, die der Allgemeine Teil im Verhältnis zum Besonderen Teil hat, mehr Beachtung zu schenken.

Untreuetäter als Bundeskanzler – Reformbedarf in Deutschland

von Anna Magdenko*

Abstract

Die Verurteilung von Politikern wegen Haushaltsuntreue gem. § 266 StGB erregt mediales Aufsehen – zuletzt die der französischen Präsidentschaftskandidatin Marine Le Pen. Anders als im französischen Strafrecht tangiert die Verurteilung wegen Haushaltsuntreue gem. § 266 StGB in Deutschland nicht die Amtsfähigkeit und Wählbarkeit des Täters. Dies gibt Anlass dazu, die Frage der Strafbarkeit der Haushaltsuntreue gem. § 266 StGB zu evaluieren und die strafrechtlichen Statusfolgen nach § 45 StGB zu hinterfragen. Zur Schließung der bestehenden Gesetzeslücke im deutschen Strafrecht erarbeitet der Beitrag Reformvorschläge.

The conviction of politicians for breach of trust under Section 266 of the German Criminal Code (StGB) attracts media attention – most recently that of French presidential candidate Marine Le Pen. Unlike in French criminal law, a conviction for breach of trust under Section 266 of the German Criminal Code (StGB) does not affect the offender's ability to hold office or be elected in Germany. This provides reason to evaluate the question of whether breach of trust is punishable under Section 266 of the German Criminal Code and to question the criminal consequences under Section 45 of the German Criminal Code. To close the existing legal gap in German criminal law, this article develops reform proposals.

I. Einleitung

In den Umfragen liegt die Rassemblement National, deren Vorsitzende *Marine Le Pen* ist, vorne.¹ Aussichtsreich schien ihre Kandidatur zur Präsidentschaftswahl 2027; doch das Urteil vom 31.3.2025 des *Tribunal correctionnel de Paris* zerschlägt – zumindest vorerst – die Ambitionen von *Le Pen*, Frankreich zu regieren. Das Gericht verurteilte sie gem. Art. 19 Abs. 1 b) der *Loi Sapin II*² wegen Veruntreuung öffentlicher Gelder zu einer Geldstrafe von 100.000 Euro und zu vier Jahren Freiheitsstrafe. Als Nebenstrafe entzog es der Parteivorsitzenden mit sofortiger Wirkung das passive Wahlrecht. Die dreifache Präsidentschaftskandidatin (2012, 2017, 2022) darf sich nicht zur Wahl stellen lassen. Am 1.4.2025 legte sie Berufung gegen das Urteil ein, wobei das Berufungsgericht eine Entscheidung bis Sommer 2026 ankündigte.

Demgegenüber könnte jeder volljährige Deutsche³, der bereits wegen Haushaltsuntreue gem. § 266 StGB rechtskräftig verurteilt wurde, zur Wahl des Bundeskanzlers aufgestellt und durch den Bundestag gewählt werden (Art. 63 Abs. 1 GG). Denn nach § 45 Abs. 1 StGB verliert für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, wer wegen eines Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wird. Wer wegen Untreue (§ 266 StGB) verurteilt wird, erwartet eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Die Untreue ist damit kein Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB), sondern ein Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB).

Die leitende These der folgenden Überlegungen lautet, dass ein wegen Haushaltsuntreue rechtskräftig verurteilter Täter die Amtsfähigkeit und das passive Wahlrecht zeitweise verlieren muss. Nicht nur der Fall von *Le Pen* zeigt die Aktualität der Haushaltsuntreue. Hierzulande erregen entsprechende Verurteilungen von Politikern und Beamten bisweilen mediale Aufruhr. So wurden etwa *Ingolf Deubel*⁴ (SPD), *Rüdiger Schneidewind*⁵ (SPD) und *Marcus Held*⁶ (SPD) wegen Haushaltsuntreue rechtskräftig verurteilt. Ihr passives Wahlrecht tangierte dies indes nicht.

Allerdings ist ein öffentliche Gelder veruntreuender Täter zeitweise ungeeignet, die Interessen der Allgemeinheit zu vertreten, da sich die Untreue durch den Angriff von innen charakterisiert.⁷ Der wegen Haushaltsuntreue straffällige Täter instrumentalisiert die ihm vom Staat überantwortete Dispositionsfreiheit, um diesen vorsätzlich zu schädigen.⁸ In der Verletzung seiner anvertrauten Machtstellung exponiert er seine Unzuverlässigkeit und Illoyalität zur Allgemeinheit. Ein den Staat von innen vorsätzlich angreifender Täter kann nicht simultan die Interessen der Gesellschaft vertreten. Eingebüßt wird das Vertrauen der Bevölkerung in die Hoheitsgewalt durch die weiterhin mögliche Amtsfähigkeit und Wählbarkeit des die öffentliche Gelder veruntreuenden Täters. Doch ist dies nicht der einzige Widerspruch im geltenden Recht. Ein den Staat von außen schädigender Subventionsbetrüger kann die Amtsfähigkeit und Wählbarkeit gem. § 264 Abs. 7 S. 1 StGB verlieren. Hingegen darf ein den Staat von innen schädigender Täter, der die Subvention unrechtmäßig bewilligt, öffentliche Ämter innehaben und sich zur Wahl aufstellen

* Anna Magdenko studiert Rechtswissenschaft an der Universität Passau und ist studentische Hilfskraft am Institut für Rechtsdidaktik bei Prof. Dr. Urs Kramer.

¹ <https://politpro.eu/de/frankreich> (zuletzt abgerufen am 19.5.2025).

² <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033558528> (zuletzt abgerufen am 19.5.2025).

³ Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form genutzt, erfasst sind aber alle Geschlechter.

⁴ BGH, Beschl. v. 18.8.2020 – 3 StR 245/20.

⁵ BGH, Urte. v. 3.3.2022 – 5 StR 228/21, wistra 2022, 384.

⁶ BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 3 StR 167/22, NSTZ 2023, 416.

⁷ Saliger, in: Esser/Rübenstahl/Tsambakakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2020, § 266 Rn. 3.

⁸ Vgl. Perron, GA 2009, 219 (221).

lassen. Obschon eine Verurteilung von Politikern wegen Haushaltsuntreue eine Ausnahme darstellt, kann die bestehende Gesetzeslücke von der neuen Koalition geschlossen werden, um das rechtliche Paradoxon aufzulösen. Abschließend werden daher Reformmöglichkeiten betrachtet.

II. Zur Strafbarkeit der Haushaltsuntreue de lege lata

Die Haushaltsuntreue als Fallgruppe des § 266 StGB bezeichnet die vorsätzliche pflichtwidrige Verwendung von Mitteln aus öffentlichen Haushalten, wodurch ein Vermögensnachteil entsteht.⁹ Die Strafbarkeit der Haushaltsuntreue gem. § 266 StGB ist mittlerweile allgemein anerkannt.¹⁰ Im Folgenden werden die haushaltsuntreuespezifischen Besonderheiten erörtert.

1. Täterqualifikation

Als potenzielle Täter kommen Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB), die zur Bewirtschaftung des öffentlichen Haushaltes ermächtigt sind und jeder Hoheitsträger, der zur Beachtung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 6 HGrG, § 7 BHO) verpflichtet ist, infrage.¹¹

2. Vermögensbetreuungspflicht

Die tauglichen Täter haben im Innenverhältnis die „Vermögensinteressen“ des Geschäftsherrn „zu betreuen“ (§ 266 Abs. 1 StGB). Diese für den Missbrauchs- (Alt. 1) und Treuebruchtatbestand (Alt. 2) geltende Vermögensbetreuungspflicht¹² erfordert eine eigenverantwortliche Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen mit einem Handlungsspielraum und stellt eine Hauptpflicht dar.¹³ Ob eine Tathandlung pflichtwidrig ist, richtet sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.¹⁴ § 266 StGB ist insoweit nach überwiegender Ansicht akzessorisch zur gesamten Rechtsordnung,¹⁵ hier mithin zum Haushaltsrecht. Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

markieren lediglich eine Grenze im Verhältnis zum Geschäftsherrn, weswegen eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit nicht bereits dann besteht, wenn der Amtsträger bei Haushaltsentscheidungen mit Ermessensspielraum eine unökonomische Variante wählt.¹⁶ Vielmehr liegt eine untreuerelevante Verletzung des Sparsamkeitsgebots erst vor, wenn eine unangemessene Gegenleistung gewährt wird und der Täter so seine Vermögensbetreuungspflicht gravierend verletzt.¹⁷

Der BGH überträgt die für das Gesellschaftsrecht entwickelte Rechtsfigur der gravierenden Pflichtverletzung auf Fälle der Haushaltsuntreue,¹⁸ um den Wortlaut „Vermögensinteressen [...] zu betreuen hat“ (§ 266 StGB) restriktiv auszulegen. Nach dem BVerfG werden sich „gravierende Pflichtverletzungen nur dann bejahen [...] lassen, wenn die Pflichtverletzung evident ist“.¹⁹ Das unbestimmte Adjektiv „gravierend“ soll durch ein anderes vages Adjektiv „evident“ präzisiert werden, was zirkulär anmutet.²⁰ Das BVerfG betonte lediglich die tatbestandsbegrenzende Funktion der Rechtsfigur,²¹ ohne eine inhaltliche Bedeutung herauszuarbeiten. In der Praxis richtet sich die Evidenz der Pflichtwidrigkeit nach einer Gesamtschau aus der ex-ante Perspektive.²² In Fällen der Haushaltsuntreue geht der BGH dabei zweistufig vor; auf der ersten Stufe stellt er die Überschreitung des Haushaltsrechts fest und eruiert auf zweiter Stufe das Überschreiten einer strafrechtlich relevanten Schwelle.²³ Der Rechtsanwender muss also abwägen und das Restriktionsinstrument einer „gewichtigen“ bzw. „evidenten“ Pflichtverletzung berücksichtigen.²⁴

3. Vermögensnachteil

Angesichts des weitgefassten Tatbestandes und des in Art. 103 Abs. 2 GG konstituierten Verschleifungsverbot ist – im Ausgangspunkt – eine strenge Differenzierung zwischen der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und des Vermögensnachteils erforderlich.²⁵ Die Unterscheidung folgt bereits aus dem Wortlaut des § 266

⁹ Dies zeigt die rechtskräftige Verurteilung eines Oberstaatsanwaltes aus Frankfurt am Main unter anderem wegen Haushaltsuntreue, BGH, Beschl. v. 1.4.2025 – 1 StR 475/23.

¹⁰ S. nur BGH, Urte. v. 1.8.1984 – 2 StR 341/84, NStZ 1984, 549; Urte. v. 21.10.1994 – 2 StR 328/94, NStZ 1995, 144; Urte. v. 14.12.2000 – 5 StR 123/00, NStZ 2001, 248; Beschl. v. 8.2.2023 – 3 StR 167/22, NStZ 2023, 416.

¹¹ Munz, Haushaltsuntreue, 2001, S. 24 ff.

¹² So die h.M., BGH, Urte. v. 26.7.1972 – 2 StR 62/72, NJW 1972, 1904; Urte. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85, MDR 1985, 950; Urte. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, wistra 2006, 137; Dunkel, GA 1977, 328 (333 f.); Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2022), § 266 Rn. 41; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafr BT/2, 46. Aufl. (2023), Rn. 815; Esser, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 266 Rn. 36. Angesichts des Wortlauts „dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ (§ 266 Abs. 1 a. E. StGB) und der systematischen Auslegung zu § 266b StGB überzeugt dies. Wenn § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB eine Vermögensbetreuungspflicht nicht verlangte, wäre § 266b StGB überflüssig.

¹³ BGH, Beschl. v. 29.1.2020 – 1 StR 421/19, NZWiSt 2020, 402.

¹⁴ Eingehend zur Akzessorietät im Zivilrecht Rönnau, ZStW 119 (2007), 887 (906 f.).

¹⁵ Saliger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 266 Rn. 35.

¹⁶ BGH, Urte. v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2006, 87.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, wistra 2016, 314; Beschl. v. 8.1.2020 – 5 StR 366/19, NStZ 2020, 422; Esser, in: AnwK-StGB, § 266 Rn. 116; Saliger/Schweiger, ZG 2018, 16 (20).

¹⁸ Erstmals explizit BGH, Urte. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01, ZIP 2002, 346 und durch BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, NJW 2010, 3209 gebilligt, streitig bleibt, ob sich die Rechtsfigur auf Ermessensentscheidungen beschränkt; verneinend Saliger, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 51 m.w.N.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, NJW 2010, 3209.

²⁰ Als „Substanzlosigkeit der Begrifflichkeiten“ ablehnend Safferling, NStZ 2011, 376 (377); mangels Anhaltspunkte im Wortlaut des § 266 StGB ablehnend Schünemann, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2025), § 266 Rn. 341.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, NJW 2010, 3209.

²² BGH, Urte. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, AG 2002, 347; näher Esser, in: AnwK-StGB, § 266 Rn. 100.

²³ BGH, Urte. v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87; Urte. v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, NStZ 2016, 600 m. Anm. Eidam; Saliger/Schweiger, ZG 2018, 16 (20).

²⁴ Instruktiv Soyka, JA 2011, 566 (568 f.).

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, NJW 2010, 3209; Beschl. v. 1.11.2012 – 2 BvR 1235/11, NJW 2013, 365; BGH, Urte. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97, NStZ 1998, 514; Urte. v. 8.4.2003 – 5 StR 448/02, wistra 2003, 299; Saliger, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 119; Wittig, WirtschaftsStR, 6. Aufl. (2023), Rn. 178.

Abs. 1 StGB („Vermögensinteressen [...] und dadurch [...] Nachteil“) sowie der Deliktsnatur als Erfolgsdelikt.

§ 266 StGB schützt privates und öffentliches Vermögen,²⁶ nicht jedoch die Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn.²⁷ Für eine Strafbarkeit gem. § 266 StGB genügt es grundsätzlich nicht, wenn der Täter gegen Regelungen des Haushaltsrechts (z.B. §§ 20 Abs. 2 S. 1, 27 Abs. 1 S. 1 BHO, § 45 Abs. 1 S. 1 HGrG) verstößt.²⁸ Vielmehr erfordert die Strafbarkeit, dass der Täter durch sein treuwidriges Verhalten dem Geschäftsherrn ohne eine unmittelbare Kompensation einen „Nachteil zufügt“. Zur Beurteilung eines Vermögensschadens ist eine Gesamtsaldierung von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen, wobei das zu betreuende Gesamtvermögen nach dem streitigen Rechtsgeschäft wirtschaftlich gemindert sein muss.²⁹ Nicht jede untreuerelevante Pflichtverletzung begründet einen Vermögensnachteil, da Ersteres eine notwendige, nicht jedoch eine hinreichende Bedingung für eine Strafbarkeit gem. § 266 StGB ist. Unstreitig macht sich wegen Haushaltsuntreue gem. § 266 StGB strafbar, wer als vermögensbetreuungspflichtiger Amtsträger öffentliche Gelder ohne Berechtigung für private Zwecke verwendet,³⁰ dies toleriert³¹ oder wer ohne Gegenleistung Zahlungen tätigt, auf die innerhalb des vertraglichen Rechtsverhältnisses kein Anspruch besteht.³²

a) Die Lehre von der materiellen Zweckwidrigkeit

Die rechtliche Handhabung der Haushaltsuntreue erweist sich in solchen Fällen als problematisch, in denen der Täter wider der haushaltsrechtlichen Zwecksetzung öffentliche Gelder umleitet. Ob ein Schaden vorliegt, beurteilt sich nach der Zweckwidrigkeit. Überwiegend wird dies materiell evaluiert.³³ Materiell zweckwidrig ist die Ausgabe öffentlicher Mittel, sofern sie außerhalb der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung erfolgt.³⁴ Die Verwendung öffentlicher Gelder bleibt kompensationslos und fügt dem Vermögensinhaber einen Vermögensnachteil gem. § 266 StGB zu. Im Umkehrschluss ist – prima facie – ein Vermögensnachteil abzulehnen, wenn der Täter nur formell pflichtwidrig öffentliche Gelder fehlerhaft,

doch Leistung und Gegenleistung sich wirtschaftlich aufheben.³⁵ Einzelne, wenn auch formell pflichtwidrige, das Vermögen aber nicht mindernde Transaktionen bleiben in der Regel unerheblich.³⁶

Das materielle Verständnis der Zweckwidrigkeit basiert auf dem Telos des § 266 StGB. Der Straftatbestand pönalisiert die vorsätzliche pflichtwidrige Schädigung des Vermögens des Geschäftsherrn, die Beeinträchtigung dessen Dispositionsbefugnis bleibt grundsätzlich straflos. Außerdem stellt ein materielles Verständnis eine konsequente Anwendung des Prinzips der Gesamtsaldierung dar, wonach ein negativer Saldo zur Schadensbejahung erforderlich ist. Ferner wird die strikte Trennung zwischen Pflichtverletzung und Schaden beibehalten. Diese tatbestandliche Restriktion des § 266 StGB im Rahmen der Haushaltsuntreue ist zu begrüßen. Zu den klaren Fällen gehören der Einsatz von Hochschulgeldern ohne Bezug zum universitären Betrieb³⁷ oder die Kosten für einen Theaterbesuch statt der vorgesehenen Parlamentsarbeit.³⁸

b) Die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag

Das Problem der zweckwidrigen Fehlleitung gewinnt an Virulenz, wenn der Täter zwar formell pflichtwidrig handelt, Leistung und Gegenleistung dennoch wirtschaftlich gleichwertig sind und damit kein Vermögensnachteil entsteht. In diesen Fällen wird die für § 263 StGB entwickelte Lehre vom individuellen Schadenseinschlag ausnahmsweise auf die Haushaltsuntreue übertragen.³⁹ Im Ausnahmefall ist ein Vermögensnachteil gem. § 266 StGB aus einer ex-ante Betrachtung dann zu erblicken, „wenn durch die Haushaltsüberziehung eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich wird, wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbeugnis beschnitten wird“⁴⁰.

Wenngleich die formelle Pflichtwidrigkeit und die damit verletzte Vermögensbetreuungspflicht zu missbilligen

²⁶ BGH, Urt. v. 1.8.1984 – 2 StR 341/84, NStZ 1984, 549; Urt. v. 6.5.1986 – 4 StR 124/86, NStZ 1986, 455; Urt. v. 21.10.1994 – 2 StR 328/94, NStZ 1995, 144; Urt. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97, NStZ 1998, 514; Saliger, ZStW 112 (2000), 563 (592); Saliger/Schweiger, ZG 2018, 16 (17).

²⁷ BGH, Urt. v. 17.11.1955 – 3 StR 234/55, NJW 1956, 151; Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, WM 2016, 926; Urt. v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, NStZ 2016, 600.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, NJW 2010, 3209; BGH, Urt. v. 21.10.1994 – 2 StR 328/94, NStZ 1995, 144; Urt. v. 14.12.2000 – 5 StR 123/00, NStZ 2001, 248; Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 292.

²⁹ BGH, Urt. v. 17.4.2002 – 2 StR 531/01, NStZ-RR 2002, 237; Wittig, in: BeckOK-StGB, 64. Ed. (Stand: 1.2.2025), § 266 Rn. 70; Maurach/Schröder/Maiwald/Hoyer/Mommsen/Maiwald, StrafR BT Teil 1, 11. Aufl. (2019), § 45 Rn. 43.

³⁰ BGH, Urt. v. 2.4.1963 – 1 StR 66/63, NJW 1963, 1259; Urt. v. 27.7.1982 – 1 StR 209/82, NJW 1982, 2881.

³¹ BGH, Urt. v. 8.1.1952 – 1 StR 527/51.

³² BGH, Urt. v. 9.12.2004 – 4 StR 294/04, wistra 2005, 178.

³³ BGH, Beschl. v. 23.10.1981 – 2 StR 477/80, NStZ 1982, 70; Urt. v. 21.10.1994 – 2 StR 328/94, NStZ 1995, 144; Urt. v. 14.12.2000 – 5 StR 123/00, NStZ 2001, 248; Urt. v. 12.12.2013 – 3 StR 146/13, wistra 2014, 186; Saliger, ZStW 112 (2000), 563 (594); Fischer, StGB, 72. Aufl. (2025), § 266 Rn. 88; Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2019), § 266 Rn. 111.

³⁴ Peters/Werndl, ZWH 2021, 309 (312); Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 31. Aufl. (2025), § 266 Rn. 44; Saliger, ZStW 112 (2000), 563 (595); ders. in SSW-StGB, § 266 Rn. 119; die Übertragung der Zweckverfehlungslehre ablehnend Krell, Untreue durch Stellenbesetzung, 2015, S. 206 f.

³⁵ Die formelle Zweckwidrigkeit befürwortend Schünemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 311 f.; ders., StV 2003, 463 (465); Wolf, Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel, 1997, S. 229.

³⁶ BGH, Urt. v. 21.10.1994 – 2 StR 328/94, NStZ 1995, 144.

³⁷ BGH, Beschl. v. 23.10.1981 – 2 StR 477/80, NStZ 1982, 70.

³⁸ OLG Koblenz, Beschl. v. 14.6.1999 – 1 Ss 75–99, NJW 1999, 3277.

³⁹ BGH, Urt. v. 1.8.1984 – 2 StR 341/84, NStZ 1984, 549; Urt. v. 6.5.1986 – 4 StR 124/86, NStZ 1986, 455; Urt. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97, NStZ 1998, 514.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97, NStZ 1998, 514; Urt. v. 14.12.2000 – 5 StR 123/00, NStZ 2001, 248; Urt. v. 8.4.2003 – 5 StR 448/02, wistra 2003, 299.

sein mögen, so verlangt der Wortlaut des § 266 StGB einen „Nachteil“. Die Rechtsprechung durchbricht mit der Übertragung der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag die von ihr proklamierte Feststellung, § 266 StGB schütze das Vermögen, nicht die Dispositionsbefugnis.⁴¹ Dass § 266 StGB ausweislich seines Wortlauts („Vermögensinteressen“, „dadurch Nachteil“), seiner systematischen Stellung (22. Abschnitt) und Teleologie – Schutz des Vermögens als Ganzes⁴² – ein reines Vermögensdelikt ist, wird für einen formellen Haushaltsrechtsschutz ausgeklammert. Zu beachten ist weiter die Vagheit der vom BGH aufgeführten Anforderungen. Wann liegt eine „gewichtige“ Kreditaufnahme oder „schwerwiegende“ Beeinträchtigung der Dispositionsfähigkeit vor?

Zudem wurde die im Rahmen des § 263 StGB entwickelte Lehre vom individuellen Schadenseinschlag für Privatvermögen ausgearbeitet.⁴³ Der Grundgedanke dieser normativen Schadensbewertung ist, dass der private Vermögensinhaber in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt wird. Während Privatpersonen trotz wirtschaftlich gleichwertiger Leistung belastet werden können, ist dem Staat die Erhöhung seiner Einnahmen etwa durch Steuererhebungen möglich. Für die Übertragung der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag ermangelt es daher an der Vergleichbarkeit.⁴⁴

Letztlich wird durch unklare Voraussetzungen die formell zweckwidrige Tathandlung sanktioniert, die Dispositionsfähigkeit des Vermögensträgers geschützt und der – eigentlich von der Pflichtverletzung streng zu trennende – Vermögensschaden dann doch mit Wertungen der Pflichtverletzung und Haushaltspolitik aufgeladen.⁴⁵ Im Lichte des im Art. 103 Abs. 2 GG manifestierten Bestimmtheitsgrundsatzes und der bereits bedenklichen Unbestimmtheit des § 266 StGB ist der dogmatische Widerspruch nicht überzeugend.⁴⁶ Die für § 266 StGB unpassende Lehre vom individuellen Schadenseinschlag sollte nicht herangezogen werden, um einen Schaden zu konstruieren. Für die Strafbarkeit der Haushaltsuntreue nach § 266 StGB sollte – mit Rücksicht auf das Verschleifungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) – die Trennung zwischen der Vermögensbetreuungspflicht und dem Schaden nicht nivelliert werden.

Gleichwohl ist die Übertragung der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag auf Fälle der Haushaltsuntreue vom *BVerfG* anerkannt, da die drei genannten Anforderungen das Substantiv des „Nachteils“ konkretisierten und den Anwendungsbereich des § 266 StGB entsprechend des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG) begrenzten.⁴⁷

Methodisch ist die praktizierte Übertragung der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag auf die Haushaltsuntreue im Ausnahmefall durch eine restriktive Auslegung der Adjektive „gewichtig“ und „schwerwiegend“ zu erzielen, wobei die Voraussetzungen kumulativ („und“⁴⁸) vorliegen müssen. Selten dürfte ein Vermögensnachteil nach der für die Haushaltsuntreue modifizierten Lehre zu bejahen sein.⁴⁹

III. Das Paradox des dem Staat untreuen Wahlberechtigten

Trotz der aufgezeigten dogmatischen Probleme und der Subsumtionsschwierigkeiten besteht über die Strafbarkeit der Haushaltsuntreue Einigkeit.⁵⁰ Indessen erwarten einen den Staat von innen angreifenden Täter nach geltendem Recht keine Statusfolgen nach § 45 StGB.

1. Die in § 45 StGB angeordneten Nebenfolgen

Als Nebenfolge⁵¹ ipso iure bestimmt § 45 Abs. 1 StGB den zeitlich begrenzten Verlust der Amtsfähigkeit und des passiven Wahlrechts aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung (§ 45a Abs. 1 StGB) wegen eines Verbrechens. Zudem – die anderen Rechtsfolgen sind nicht weiter bedeutend – ermöglicht § 45 Abs. 2 StGB eine richterliche Ermessensentscheidung, die Amtsfähigkeit und die Wahlbarkeit für die Dauer von zwei bis fünf Jahren abzuerkennen, soweit das Gesetz es besonders vorsieht.

a) Ungerechtfertigte Kritik

Kriminalpolitisch sehen Kritiker § 45 StGB als „vormoderne[s] und grds. stigmatisierend[es]“⁵² „Relikt früherer Ehrenstrafen“⁵³ als „fragwürdig“⁵⁴ an. Mitunter wird § 45 StGB aufgrund einer behaupteten Verletzung der in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG statuierten Allgemeinheit der Wahl als verfassungswidrig klassifiziert.⁵⁵

⁴¹ Befürwortend *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 125; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 266 Rn. 113; *Rübenstahl/Wasserburg*, NStZ 2024, 521 (525).

⁴² *BVerfG*, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, NJW 2010, 3209; *BGH*, Urte. v. 17.11.1955 – 3 StR 234/55, NJW 1956, 144; Urte. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97, NStZ 1998, 514; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 266 Rn. 1.

⁴³ *BGH*, Beschl. v. 16.8.1961 – 4 StR 166/61, NJW 1963, 309; eingehend *Tiedemann*, in: LK-StGB, § 263 Rn. 177.

⁴⁴ *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 311; *Coenen*, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000, S. 48 f.

⁴⁵ Die Frage der Zweckwidrigkeit stattdessen im Rahmen der Pflichtverletzung eruiierend *Saliger/Schweiger*, ZG 2018, 16 (34).

⁴⁶ Ebenso *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 311; *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 298; *Saliger/Schweiger*, ZG 2018, 16 (28); *Coenen*, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000, S. 48; *Munz*, Haushaltsuntreue, 2001, S. 172.

⁴⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 1.11.2012 – 2 BvR 1235/11, NJW 2013, 365.

⁴⁸ *BGH*, Urte. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97, NStZ 1998, 514; Urte. v. 14.12.2000 – 5 StR 123/00, NStZ 2001, 248; Urte. v. 8.4.2003 – 5 StR 448/02, wistra 2003, 299.

⁴⁹ Ebenso *Bittmann*, NStZ 1998, 495 (497); *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 315; zuletzt erwogen *BGH*, Beschl. v. 8.1.2020 – 5 StR 366/19, wistra 2020, 288.

⁵⁰ *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 292 m.w.N.

⁵¹ Zur bislang unklaren dogmatischen Einordnung von „Nebenfolgen“, *Nelles*, JZ 1991, 17 (18 ff.); *Sobota*, ZIS 2017, 248 ff.

⁵² *Albrecht*, in: NK-StGB, § 45 StGB Rn. 1.

⁵³ *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 45 StGB Rn. 1; ebenso auf Ehrenstrafen rekurrend *Albrecht*, in: NK-StGB, § 45 StGB Rn. 1.

⁵⁴ *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 45 StGB Rn. 1.

⁵⁵ *Meyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. (2005), § 46 Rn. 4; *Holste*, RuP 2015, 220 (222); *Stein*, GA 2004, 22 (32).

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist eine „erheblich straffällig gewordene Person von der Wahrnehmung besonderer Aufgaben im Staat fern[zu]halten“⁵⁶. § 45 StGB dient der Generalprävention und dem Schutz des öffentlichen Rechtsbereichs. Eine wegen Verbrechens rechtskräftig verurteilte Person soll nicht in den Genuss einer herausragenden Stellung und besonderer Rechte kommen, da sie durch die Begehung eines Verbrechens das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Integrität vorerst verlor.⁵⁷ Wer fundamentale Werte des Grundgesetzes missachtet, soll zeitweise keine Vorbildrolle mehr kleiden – dieser wurde er vorübergehend verlustig. Die Mitgestaltung des Gemeinwesens wird ihm verwehrt, bis die zu vollstreckende Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, § 45a Abs. 2 S. 1 StGB.

Ferner verteidigt § 45 StGB die Rechtsordnung. Für die Allgemeinheit wird deutlich, dass die Begehung eines Verbrechens weitreichend sanktioniert wird. Das von der Öffentlichkeit zugesprochene Ansehen und Vertrauen in „politisch[e] Aufgaben, [...] Verwaltungs- und Rechtsprechungsaufgaben, Aufgaben auf dem Gebiet der Verteidigung und sonstige öffentliche Aufgaben“⁵⁸ soll nicht aufgrund von Straftaten einbüßen. Angesichts der zeitlich begrenzten Amtsunfähigkeit und Unwählbarkeit ist von der Verfassungsmäßigkeit des § 45 StGB auszugehen.⁵⁹

b) Schutz des öffentlichen Lebens vor Innenangriffen

Frappierend ist – angesichts der Teleologie des § 45 StGB – die weiterhin bestehende Amtsfähigkeit und Wählbarkeit eines wegen Haushaltsuntreue verurteilten Täters. Dem ließe sich entgegen, dass der politische Schaden genügt und der Bürger – zumindest das passive Wahlrecht betreffend – autonom entscheiden kann, ob er die wegen Haushaltsuntreue verurteilte Person wählt.

Gleichwohl liegt der Unrechtsgehalt der Haushaltsuntreue darin, dass er die ihm vom Staat übertragene Dispositionsfreiheit zur pflichtwidrigen Schädigung instrumentalisiert.⁶⁰ Als Teil der Hoheitsgewalt ist er in die Sphäre des Staates eingebunden.⁶¹ Die Verantwortung und das Vertrauen ungeachtet nutzt der Täter seine Machtstellung aus, um „das Vermögen von innen auszuhöhlen“⁶². Wie kann ein die öffentliche Gelder verschwendender Täter zugleich den Staat repräsentieren? Er demonstriert seine Gleichgültigkeit, die von der Hoheitsgewalt anvertraute Verantwortung wahrzunehmen und sorgsam mit deren Vermögen umzugehen; er demonstriert seine Illoyalität zum Staat. Er ist bereit, seine überantwortete Freiheit auszunutzen, die ihm auferlegten Grenzen zu ignorieren und den Staat als seinen Geschäftsherrn zu schädigen. Dem

wegen Haushaltsuntreue straffälligen Täter fehlt die für ein öffentliches Amt unerlässliche Zuverlässigkeit. Aufgrund seines vorsätzlichen Innenangriffs gegen den Staat ist er ungeeignet, weiterhin die Interessen der Allgemeinheit zu vertreten.⁶³

2. Reformmöglichkeiten

Gleichwohl kann ein den Staat von innen angreifender Täter nach geltendem Recht weiterhin öffentlich Ämter bekleiden und sich zur Wahl aufstellen lassen. Seine Illoyalität und Unzuverlässigkeit gegenüber der Hoheitsgewalt steht jedoch in einem inneren Widerspruch zur von § 45 StGB bezweckten Generalprävention, Schutz des öffentlichen Rechtsbereichs und Verteidigung der Rechtsordnung. Um die Gesetzeslücke zu schließen, bedarf es einer Reform des geltenden Rechts.

a) Neuer Straftatbestand der Haushaltsuntreue

Zur Strafbarkeitserweiterung der Haushaltsuntreue wird die Statuierung eines § 349 StGB befürwortet.⁶⁴ Der Gesetzesvorschlag von *Schünemann* lautet:

„Abs. 1: Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der die Ausgabe öffentlicher Mittel bewilligt oder vornimmt und dabei wesentliche haushaltsrechtliche Vorschriften missachtet, die zur Sicherung des Entscheidungsmonopols der für die Aufstellung des Haushaltsplanes zuständigen Stelle oder der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Haushaltsführung dienen, ohne durch ein unabweisbares Bedürfnis hierzu gezwungen zu sein, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Abs. 2: Ebenso wird ein Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter bestraft, der im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs über die Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel entscheidet, wenn zwischen dieser und dem mit dem Haushaltsansatz verfolgten Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht.“

Abs. 3: Folgende haushaltsrechtlichen Vorschriften sind wesentlich im Sinne von Abs. 1: Die Beschränkung von Verpflichtungsermächtigungen und die Einhaltung der für Ausnahmen geltenden Bedingungen (§ 22 HGrG); die Begrenzung von Gewährleistungen und Kreditzusagen (§ 23 HGrG); die Bedingungen für die Gewährung von Zuwendungen (§ 26 HGrG); die Regelung der sachlichen und zeitlichen Bindung (§ 27 HGrG) und die Regelungen über

⁵⁶ BT-Drs. V/4094, 15.

⁵⁷ *Sobota*, ZIS 2017, 248 (256).

⁵⁸ BT-Drs. V/4094, 16.

⁵⁹ Ebenso *Claus*, in: SSW-StGB, § 45 Rn. 2; *Schneider*, in: LK-StGB, § 45 Rn. 5; *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 45 StGB Rn. 44.

⁶⁰ Vgl. *Lindemann*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. (2024), 7. Teil, 2. Kap. Rn. 10; *Wittig*, in: BeckOK-StGB, § 266 Rn. 5.

⁶¹ Vgl. *Saliger*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch, des Strafrechts, 2020, § 35 Rn. 5; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 3.

⁶² *Mitsch*, StrafR BT 2, 3. Aufl. (2015), S. 359.

⁶³ Freilich ließe sich das Argument undifferenziert auf jedes Amtsdelikt übertragen, ohne die Spezifika der jeweiligen Delikte zu berücksichtigen. Ob für die Amtsunterschlagung oder die Körperverletzung im Amt das Gleiche gilt, zwischen Vermögens- und Nichtvermögensdelikten zu unterscheiden ist oder andere Differenzierungskriterien zu erwägen sind, sprengt den Rahmen dieses Beitrags. Er beleuchtet nur die Haushaltsuntreue.

⁶⁴ *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 358 f.; ebenso befürwortet *Coenen* die Normierung eines eigenen Straftatbestandes, will dagegen die Leichtfertigkeit für eine Strafbarkeit genügen lassen, *ders.*, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000, S. 117 f.

Baumaßnahmen und größere Beschaffungen (§ 29 HGrG).

*Abs. 4: Die Strafbarkeit entfällt, wenn der Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete die geplante Maßnahme der zur Rechnungsprüfung berufenen Stelle mitgeteilt und diese die Unbedenklichkeit bestätigt hat.*⁶⁵

Während § 349 Abs. 1 StGB auf das Erfordernis eines Vermögensnachteils verzichten soll, kommt nach § 349 Abs. 1 StGB für eine Pflichtverletzung nur die Missachtung „wesentliche[r] haushaltsrechtlicher Vorschriften“⁶⁶ infrage. Eine Legaldefinition findet sich in § 349 Abs. 3 StGB für das Adjektiv „wesentlich“. Der Verzicht auf einen Vermögensnachteil wird damit legitimiert, dass die formelle Zweckwidrigkeit – also das Zuwiderhandeln haushaltsrechtlicher Vorgaben – einen strafwürdigen Unrechtsgehalt aufweise.⁶⁷

Allerdings berührt die Einführung des vorgeschlagenen § 349 StGB nicht die Amtsfähigkeit und Wählbarkeit des Täters, sodass der Reformvorschlag den bestehenden Widerspruch nicht behebt. Bedenklich ist weiter die Deliktsnatur des konzipierten § 349 StGB. Das Erfolgsdelikt des § 266 StGB verwandelt sich für Amtsträger und einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten in ein Tätigkeitsdelikt, wodurch nicht mehr das Vermögen, sondern die Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn geschützt wird.⁶⁸ Häufig basiert die zweckwidrige Ausgabe öffentlicher Gelder auf der Überbelastung, der veralteten Infrastruktur und der langwierigen Entscheidungsprozesse in der Verwaltung.⁶⁹ Das Erfordernis des Vermögensnachteils in § 266 StGB weist eine tatbestandsbegrenzende Funktion auf, dessen Verzicht die Ineffizienz und Zögerlichkeit in der Verwaltung verschärft.⁷⁰ Statt einer strafrechtlichen Sanktionierung wegen der bloß formellen Zweckwidrigkeit bietet das Disziplinarrecht ein angemessenes Instrumentarium.⁷¹

b) Heraufstufung als Verbrechen

Ein einfaches Mittel, wodurch das rechtskräftige Urteil der Haushaltsuntreue zugleich den Verlust der Amtsfähigkeit und der Wählbarkeit gem. § 45 Abs. 1 StGB anordnet, ist, § 266 StGB als Verbrechenstatbestand (§ 12 Abs. 1 StGB) zu novellieren.

Dagegen streitet allerdings die systematische Auslegung. Alle im 22. Abschnitt normierten Delikte sind Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB). Weshalb gerade die Untreue als Verbrechen bestraft werden sollte, ist besonders rechtfertigungsbedürftig. Zwar ist der für die Untreue charakteristische Angriff von innen verwerflich, Gleiches gilt aber auch für den vom Betrüger begangenen Außenangriff. In

teleologischer Hinsicht schützen beide Delikte das Vermögen als Ganzes.⁷² Der Betrüger täuscht das Opfer und schädigt es zur (Dritt-)Bereicherung.⁷³ Hingegen nutzt der Untreuetäter seine vom Geschäftsherrn eingeräumte Dispositionsfreiheit zu dessen Nachteil aus. Verglichen mit § 263 StGB ist kein die Heraufstufung des § 266 StGB als Verbrechenstatbestand rechtfertigender Unterschied zu verzeichnen.

Schließlich führt die Bestrafung als Verbrechen zu methodischen Schwierigkeiten. Angesichts des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG) wird der Tatbestand des § 266 StGB restriktiv ausgelegt. Erwarteten den Untreuetäter eine Mindeststrafe von einem Jahr (§ 12 Abs. 1 StGB), müsste der Tatbestand des § 266 StGB noch restriktiver ausgelegt werden. Wenn bereits bei der Auslegung – genannt sei die „gravierende“ Pflichtverletzung – Rechtsunklarheit herrscht, wird dies erst recht durch die Heraufstufung als Verbrechen verschärft.

c) Zusätzlicher Qualifikationstatbestand

Denkbar ist stattdessen die Normierung eines Qualifikationstatbestandes. Ein § 266 Abs. 3 StGB könnte das Merkmal des „Amtsträgers oder für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Person“ mit dem gleichen Strafraumen wie § 263 Abs. 5 StGB vorsehen.

Allerdings steht dem entgegen, dass es an einem für die Haushaltsuntreue anzuknüpfenden Qualifikationsmerkmal fehlte. Das eingangs vorgeschlagene Merkmal qualifiziert die Person erst als tauglichen Täter des Sonderdelikts, was dem Wortlaut „kraft behördlichen Auftrags“ zu entnehmen ist. Dieses Qualifikationsmerkmal verstieße gegen das Verbot der Doppelverwertung, § 46 Abs. 3 StGB.

Ein weiterer Anknüpfungspunkt könnte ein „Vermögensverlust großen Ausmaßes durch einen Amtsträger oder eine für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Person“ bieten. Die Formulierung „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ findet sich zwar im Strafgesetzbuch, in §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 Alt. 1, 266 Abs. 2, 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB ist die Anforderung aber als Regelbeispiel formuliert. Gesetzgebungstechnisch erweist sich der Reformvorschlag also als untypisch.

Außerdem widerspräche es dem Telos des § 45 StGB, eine bestimmte Schadenshöhe für das Eingreifen der Nebenfolgen nach § 45 StGB zu verlangen. Die Vorschrift dient der Generalprävention und dem Schutz der Rechtsordnung. Erfasst werden soll daher der den Staat vorsätzlich schädigende Innenangriff als solcher, nicht eine bestimmte Schadenshöhe. Die strafrechtlichen Statusfolgen sollen dem Täter und der Allgemeinheit signalisieren,

⁶⁵ Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 358.

⁶⁶ Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 358.

⁶⁷ Schönemann, Gutachten für den Bund der Steuerzahler e. V., 2011, S. 43.

⁶⁸ Rojas, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, S. 58.

⁶⁹ Zu Reformvorhaben s. Bundesregierung, Digitale Verwaltung 2020 – Evaluierungsbericht 2016.

⁷⁰ Saliger/Schweiger, ZG 2018, 16 (33).

⁷¹ Etwa §§ 47 BeamtStG, 77 BBG.

⁷² BGH, Beschl. v. 18.7.1961 – 1 StR 606/60, NJW 1961, 1876; Köbel/Nefel, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 7. Teil Kap. 1 Rn. 9; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 1; Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rn. 1.

⁷³ Mitsch, StrafR BT 2, S. 256.

dass eine vorsätzliche Schädigung des Staates von innen inakzeptabel ist.

d) Verweis auf § 45 Abs. 2 StGB

Die Gesetzeslücke der fehlenden strafrechtlichen Statusfolgen für die Haushaltsuntreue kann durch einen Verweis des § 266 StGB für Fälle der Haushaltsuntreue auf § 45 Abs. 2 StGB gelöst werden. Hiernach steht es im gerichtlichen Ermessen die in Abs. 1 bezeichneten Fähigkeiten abzuerkennen, soweit es das Gesetz besonders vorsieht. Das Vorliegen eines Verbrechenstatbestandes bedarf es damit nicht. Vorgesehen ist die mögliche Aberkennung etwa in §§ 92a, 101, 102 Abs. 2, 108c, 109i, 129a Abs. 8 StGB und – systematisch bei § 266 StGB – in § 264 Abs. 7 S. 1 StGB.

Dass § 264 Abs. 7 S. 1 StGB auf § 45 Abs. 2 StGB verweist, leuchtet ein. Ein Täter, der sich vorsätzlich zu Unrecht öffentliche Mittel verschafft, ist eines öffentlichen Amtes und des passiven Wahlrechts vorerst unwürdig.⁷⁴ Dass die Haushaltsuntreue (§ 266 StGB) ungleich behandelt wird, leuchtet indes nicht ein.⁷⁵ Einem Amtsträger, der vorsätzlich zu Unrecht eine Subvention bewilligt und den Staat dadurch schädigt, drohen keine strafrechtlichen Statusfolgen nach § 45 Abs. 2 StGB – einem Subventionsbetrüger dagegen schon. In beiden Fällen schädigt der Täter den Staat und somit die Allgemeinheit vorsätzlich – sei es von außen oder von innen. Analysiert man die auf § 45 Abs. 2 StGB verweisenden Delikte, so lässt sich der Schutz des Staates vor Angriffen als gemeinsamer Rechtsgedanke abstrahieren.

Ein § 266 Abs. 3 StGB, der Fälle der Haushaltsuntreue erfasst, wäre stringent. Dieser könnte wie folgt lauten:

(3) ¹*Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen Haushaltsuntreue kann das Gericht, die Fähigkeit öffentliche Ämter zu bekleiden, und die Rechte aus*

öffentlichen Wahlen zu erlangen, aberkennen (§ 45 Abs. 2). ²Die Haushaltsuntreue bezeichnet die vorsätzliche pflichtwidrige Verwendung von Mitteln aus öffentlichen Haushalten, wodurch ein Vermögensnachteil entsteht.

Dieser Vorschlag orientiert sich an dem in § 264 Abs. 7 S. 1 StGB vorgesehenen Strafraumen. Dies soll der Einheitlichkeit im 22. Abschnitt des StGB dienen und weitere Widersprüche vermeiden. Ein abweichender Strafraumen in einem § 266 Abs. 3 StGB wäre im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG besonders rechtfertigungsbedürftig. Die ratio legis des § 264 Abs. 7 S. 1 StGB ist, dass Personen, die den Staat angreifen, mit dem möglichen Verlust des passiven Wahlrechts rechnen sollen.⁷⁶ Dieser Rechtsgedanke lässt sich ebenso auf den vorgeschlagenen § 266 Abs. 3 StGB übertragen, weshalb die Übertragung des für § 264 Abs. 7 S. 1 StGB normierten Strafraumens konsequent ist. Die Ungleichbehandlung zwischen einem Subventionsbetrüger und einem Täter der Haushaltsuntreue verstieße wohl gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

V. Fazit

Die neue Bundesregierung plant die innere Stärkung der Bundesrepublik. In ihrer Koalitionsvereinbarung⁷⁷ findet sich das Reformvorhaben zur Änderung des § 130 StGB. Der Straftatbestand soll als Verbrechenstatbestand normiert werden, um den vorzeitigen Verlust der Amtsfähigkeit und des passiven Wahlrechts zu ermöglichen.⁷⁸ Angesichts des Telos des § 45 StGB und der un schlüssigen Ungleichbehandlung im Vergleich zu § 264 StGB bleibt zu hoffen, dass die rechtskräftige Verurteilung wegen Haushaltsuntreue (§ 266 StGB) ebenfalls strafrechtliche Statusfolgen gem. § 45 Abs. 2 StGB nach sich zieht. Der im Beitrag erarbeitete Vorschlag eines § 266 Abs. 3 StGB kann als Anregung dienen.

⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 7/3441 S. 27.

⁷⁵ Zustimmung und ebenfalls auf § 263 StGB erstreckend *Kubi ciell/Tiedemann*, in: LK-StGB, § 264 Rn. 180; *Ceffinato*, in: MüKo-StGB, § 264 Rn. 154 f.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 StGB Rn. 80; *Hellmann*, in: NK-StGB, § 264 Rn. 179.

⁷⁶ *Ceffinato*, in: MüKo-StGB, § 264 Rn. 154.

⁷⁷ Weshalb das Substantiv „Koalitionsvertrag“ unpräzise ist, s. *Magdenko*, ZParl 2024, 282 (285).

⁷⁸ CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland, 21. Legislaturperiode, S. 90 Zeile 2890 ff.

Strafrechtlicher Tierschutz: Warum Zoophilie (wieder) strafbar sein sollte

von RD Dr. Christian Frick*

Abstract

Sexuelle Handlungen von Menschen an und mit Tieren, weiterhin ein Tabu in unserer Gesellschaft über das nicht diskutiert wird. Eine strafrechtliche Neubewertung der Thematik ist aber auf Grundlage des Tierwohl angezeigt.

Sexual acts by humans on and with animals continue to be a taboo in our society that is not discussed. Due to animal welfare, a reassessment of the issue under criminal law is more than necessary.

I. Einleitung

Dieser kurze Beitrag beschäftigt sich mit einem gesellschaftlichen Tabuthema. Zoophilie, auch als Sodomie bekannt, also sexuelle Handlungen an und mit Tieren.¹ Es wird Zeit auch aus strafrechtlicher Sicht eine Neubewertung durchzuführen, liegt die letzte doch immerhin mehr als 50 Jahre zurück.² In der folgenden Ausführungen wird der Begriff zunächst näher erläutert (II.), danach folgt ein Blick auf die Rechtslage (III.), bevor die Argumente für eine erweiterte Strafbarkeit (IV.) präsentiert werden. Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung (V.) ab.

II. Begriffsbestimmung und Problemdarstellung

Essentiell für eine etwaige erneute Strafbarkeit ist zunächst eine Definition, was unter Zoophilie zu verstehen ist. Dazu kann das in § 3 S. 1 Nr. 13 Tierschutzgesetz (TierSchG) normierte Verbot herangezogen werden. Danach ist das Nutzen eines Tieres für eigene sexuelle Handlungen, dessen Abrichten für sexuelle Handlungen Dritter oder die Zurverfügungstellung eines Tieres, um das Tier dadurch zu artwidrigem Verhalten zu zwingen, untersagt. Diese Handlungen sind gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 4 TierSchG eine Ordnungswidrigkeit. Unter Zoophilie fallen also sexuelle Handlungen von Menschen an und mit Tieren oder Handlungen, bei denen Tiere von Menschen veranlasst werden, sexuelle Handlungen vorzunehmen.³ Entgegen

der Behauptungen einiger Befürworter, sind die vorgenommenen sexuellen Akte für die betroffenen Tiere keineswegs harmlos oder einvernehmlich.⁴ Die Idee, partnerschaftliche Liebe von Mensch und Tier zu praktizieren, ohne ein Tier zu von ihm nicht gewollten Handlungen zu zwingen, ist faktisch nicht möglich. Das Tier kann seinen Willen als Sexualpartner nicht objektiv erkennbar äußern und sich weder gegen ihm zugefügte Schmerzen oder Leiden adäquat schützen noch zur Wehr setzen. Die betroffenen Tiere leiden unter schwerwiegenden körperlichen und psychischen Folgen.⁵ Damit widerspricht Zoophilie bereits der grundsätzlichen Wertung, die dem TierSchG zugrunde liegt. Das Gesetz bezweckt gemäß § 1 S. 1 TierSchG aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. Nach § 1 S. 2 TierSchG darf niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen. Mangels Kommunikationsmöglichkeit können Tiere weder ihre Zustimmung geben noch ihre Ablehnung bezüglich sexueller Handlungen äußern. Im Zusammenhang von Zoophilie also vermeintliche Freiwilligkeit des Tieres als Argument anzuführen, ist per se absurd. Menschen haben aus einem einzigen Grund sexuelle Kontakte mit Tieren, und zwar, weil diese Menschen es wollen und ihre dominierende Stellung gegenüber dem Tier dafür ausnutzen.⁶ Diese Herabsetzung der Tiere als Mitgeschöpf steht nicht im Einklang mit der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes, wie die Staatszielbestimmung Art. 20a GG⁷ eindeutig unterstreicht.⁸ Der Staat hat danach Tiere u.a. durch die Gesetzgebung zu schützen. Der Schutz des Wohlbefindens von Tieren vor artwidrigen sexuellen Übergriffen ist zudem ein legitimes Ziel, dem gem. Art. 20 a GG auch Verfassungsrang zukomme.⁹ Es liegt also im Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, ob er den Schutz vor sexuellen Übergriffen auf Tiere durch Menschen sanktioniert wird und auch in welcher Form (also z.B. durch einen Ordnungswidrigkeiten- oder aber durch einen Straftatbestand).

* Dr. Christian Frick ist Referent im BMVg in Berlin und Oberstlt. d.R. (Heimatschutzkompanie Oberrhein). Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter, es sei denn im konkreten Einzelfall wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nur ein bestimmtes Geschlecht gemeint ist.
¹ „Zoophilie: Was ist das eigentlich?“, abrufbar unter: https://www.focus.de/gesundheit/praxistipps/zoophilie-was-ist-das-eigentlich_id_7705534.html, (zuletzt abgerufen am 10.4.2025).

² Im Rahmen der großen Strafrechtsreform 1969 wurde die Strafbarkeit von Zoophilie gemäß § 175b StGB a.F. ersatzlos aufgehoben, vgl. BGBl. I 1969, S. 645 (654).

³ Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, 4. Aufl. (2023), Rn. 147.

⁴ KG, Beschl. v. 19.10.2011 –25 W 73/11, BeckRS 2011, 27141; Baumgarten, Sexualpsychologie über Zoophilie: "Von Einvernehmlichkeit kann keine Rede sein", abrufbar unter: <https://www.zeit.de/zett/2019-11/sexualpsychologie-ueber-zoophilie-von-einvernehmlichkeit-kann-keine-rede-sein>, (zuletzt abgerufen am 10.4.2025); Stille Opfer: Der Kampf gegen Zoophilie und wie wir Tiere schützen können, abrufbar unter: <https://tierschutz-dresden.de/zoophilie/> (zuletzt abgerufen am 10.4.2025).

⁵ Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, Rn. 147.

⁶ Baumgarten, Fn. 4.

⁷ Art. 20a GG: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

⁸ Höfling, JuS 2017, 617 (618 f.).

⁹ BVerfG, NJW 2016, 1229 (1230).

III. Überblick über die bisherige Rechtslage

Wie werden Tiere vor Zoophilie de lege ferenda geschützt? Zivilrechtlich gesehen, sind Tiere gem. § 90a BGB keine Sachen und werden durch besondere Gesetze geschützt. Allerdings sind die für Sachen geltenden Vorschriften für Tiere gem. § 90a S. 2 BGB entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Durch die Aufhebung des § 175b StGB¹⁰ a.F. im Jahr 1969 blieben sexuelle Handlungen an Tieren lange Zeit in Deutschland ohne Sanktion. Als die Strafbarkeit aufgehoben wurde, spielte die Vorschrift nach der Bewertung des Gesetzgebers in der Praxis keine Rolle mehr und der Strafzweck knüpfte an den moralisch als „widernatürlich“ eingestuften Handlungen der Täter an¹¹. Seit dem Jahr 2013 können sexuelle Handlungen an Tieren aber gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 4 TierSchG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Nach § 17 TierSchG sind dagegen sexuellen Handlungen an Tieren lediglich dann strafbar, wenn ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund getötet bzw. einem Wirbeltier aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt werden. Interessanterweise kann nach § 184a StGB¹² schon jetzt die Verbreitung tierpornographischer Inhalte mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Der Straftatbestand bezweckt den Schutz Jugendlicher vor der negativen Beeinträchtigung ihrer psychischen Entwicklung.¹³ Der § 184a StGB enthält jedoch keine jugendschutzspezifischen Altersgrenzen, sondern schreibt ein absolutes Verbreitungsverbot auch unter Erwachsenen vor. Neben der Furcht vor Nachahmung und anderer schädlicher Auswirkungen nach Konsum gewalttätiger oder sodomitischer Pornographie, beabsichtigte der Gesetzgeber durch die Ausweitung des strafbewährten Verhaltens auf alle Altersgruppen offenbar, etwaige Lücken im Jugendschutz, die mit der Freigabe einfacher Pornographie an Erwachsene zwangsläufig entstehen, zu schließen. Dazu müssen die pornografischen Inhalte i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB sexuelle Handlungen mit Tieren zum Gegenstand haben. Die Handlungen müssen als Ausübung menschlicher Sexualität erscheinen, dazu genügt jedes sexuell erhebliche Verhalten, Körperkontakt ist jedoch erforderlich.¹⁴ Festzuhalten bleibt, dass Zoophilie in Deutschland derzeit nicht grundsätzlich als strafbewehrte Handlung angesehen wird.

IV. Mehr Tierschutz durch einen Straftatbestand für Zoophilie

Nachfolgend wird ausgeführt, wie von einer Strafbarkeit von Zoophilie ein positiver Effekt für den Tierschutz aus-

gehen könnte (1.) und wie konkret eine Lösung (2.) aussehen könnte.

1. Aufwertung der Tiere gegenüber Sachen

Die in Art. 20a GG formulierte Staatszielbestimmung, die Tiere zu schützen, wird selbstverständlich nur in einem interdisziplinären Ansatz gelingen und kann nicht allein durch die Schaffung eines Straftatbestands gelöst werden. Daneben müssen sich z.B. Haltungs- und Zuchtbedingungen gerade im Bereich der Massentierhaltung, der Erhalt der natürlichen Lebensräume von Tieren oder aber auch das Verantwortungsgefühl verändern (etwa, weil überforderte Halter ein Tier aussetzen oder in die überfüllten Tierheime abgeben, da sie den Umfang der Sorgerepflichtung für das Tier unterschätzt hatten). Gleichwohl sollte die Wirkung eines strafbewehrten Verbots im Kampf gegen Zoophilie nicht unterschätzt werden. Es geht hierbei nicht um moralische Wertevorstellungen, die sich im Laufe der letzten 50 Jahre verändert haben. Leitgedanken der Streichung des erwähnten § 175b StGB a.F. in 1960er Jahren war es, dass sich ein liberales Strafrecht, nicht um moralische Fragen zu kümmern habe.¹⁵ Kritisch gegen eine fortwährende Straflosigkeit ist jedoch einzuwenden, dass bspw. die Anlehnung an das Konzept der Einvernehmlichkeit in ähnlicher Weise schon früher im Bereich der Pädophilie herangezogen wurde.¹⁶ Vertreter einer Forderung nach Legalisierung oder Teillegalisierung pädophiler Handlungen beriefen sich u.a. auf in den 1970er und 1980er Jahren entwickelten sexualwissenschaftlichen Theorien. *Kentler* und *Bornemann* vertraten z.B. die Meinung, pädosexuelle, physisch wie psychisch gewaltfreie Sexualhandlungen, würden nicht unbedingt negative Folgen für das Kind haben.¹⁷ Glücklicherweise gehört die Argumentation zur Pädophilie mittlerweile der Vergangenheit an. Weder bei Pädophilie noch bei Zoophilie kann von Einvernehmlichkeit die Rede sein. Vielmehr sollten durch eine Strafbarkeit von sexuellen Handlungen an Tieren, deren Leid und Ausnutzung in den Mittelpunkt gestellt werden. Tiere würden dadurch gerade anders behandelt als Sachen. Sie verletzende Handlungen wären nicht mehr nur im Rahmen einer Sachbeschädigung gem. § 303 StGB strafbar oder würden nicht lediglich als Ordnungswidrigkeit geahndet. Ein eigenständiger Straftatbestand würde die Stellung des Tieres, als besonders zu schützendes Lebewesen, aufwerten.

2. Vorschlag für eine Neuregelung

Anknüpfend an die Aufwertung des Tierwohls als Rechtsgut gegenüber leblosen Sachen sollte die Strafbarkeit von Zoophilie fortan nicht im StGB, sondern im TierSchG geregelt. Es bietet sich daher an, den § 17 TierSchG wie folgt

¹⁰ § 175b StGB a.F.: „Die widernatürliche Unzucht, welche von Menschen mit Thieren begangen wird, ist mit Gefängniß zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.“

¹¹ BT-Drs. 5/4094, S. 33.

¹² Die Vorschrift ist durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften am 1.4.2004 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 2003 I, S. 3007 (3007 ff.).

¹³ *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), Rn 1.

¹⁴ *Ziegler*, in: *BeckOK-StGB*, 64. Ed. (Stand: 1.2.2025), § 184a Rn. 6.

¹⁵ *Kohl*, "Moralische Fragen gehen den Staat nichts an", Interview mit *Prof. Dr. Joachim Renzikowski*, abrufbar unter: <https://www.lto.de/karriere/podcast/folge/sodomie-zoophilie-strafrechtler-zum-verbot-von-sex-mit-tieren> (zuletzt abgerufen am 10.4.2025).

¹⁶ „Zoophilie: Was ist das eigentlich?“, abrufbar unter: https://www.focus.de/gesundheit/praxistipps/zoophilie-was-ist-das-eigentlich_id_7705534.html, (zuletzt abgerufen am 10.4.2025).

¹⁷ *Bornemann*, *Das Geschlechtsleben des Kindes – Beiträge zur Kinderanalyse und Sexualpädagogie*, 2. Aufl. (1988); *Kentler*, in: *Rutschky/Wolff* (Hrsg.): *Handbuch sexueller Mißbrauch*, 1994, S. 208.

zu ergänzen:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

- 1. ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet,*
- 2. einem Wirbeltier*
 - a) aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder*
 - b) länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt oder*

3. ein Tier für eigene sexuelle Handlungen nutzt oder für sexuelle Handlungen Dritter abrichtet oder zur Verfügung stellt und das Tier dadurch zu artwidrigem Verhalten zwingt“.

Konsequenterweise müsste in der Folge der Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 4 TierSchG angepasst werden:

„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...]

4. einem Verbot nach § 3 Satz 1 Nr. 1. bis 12. zuwiderhandelt.“.

Die moderaten Änderungen des TierSchG sollten zudem auch die erforderlichen politischen Mehrheiten finden. Die Neuregelungen sind anschlussfähig, sorgen sie doch für einen besseren Tierschutz, ohne dass die eigenen agrar- bzw. tierpolitischen Standpunkte, z.B. bezüglich der artgerechten Haltung von Nutztieren, von den Parteien aufgegeben werden müssten.

V. Zusammenfassung

Das Tabuthema Zoophilie und das damit verbundene Leid der betroffenen Tiere sollten nicht verschwiegen oder verharmlost werden. Daher muss das Thema, auch rechtswissenschaftlich, betrachtet und diskutiert werden. Zoophilie steht im direkten Widerspruch zu den Prinzipien des Tierschutzes und der Achtung vor der Würde jedes Lebewesens. Durch die vorgeschlagene Wiedereinführung der Strafbarkeit, wird der Stellenwert von Tieren in unserer Gesellschaft gestärkt und das entstehende Unrecht kann tat- und schuldangemessen sanktioniert werden.

Der Einsatz von V-Personen im Strafverfahren

Warum eine spezialgesetzliche Grundlage erforderlich ist

von Akad. Rat a.Z. Damien Nippen*

Abstract

Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD plant, die Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden teilweise deutlich auszubauen. Was er indessen nicht vorsieht: Eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen zu schaffen. Ein Einsatz ohne spezielle Rechtsgrundlage ist jedoch verfassungswidrig. Das macht die Entscheidung des BVerfG zur Regelung des Einsatzes von V-Personen im Polizeigesetz Mecklenburg-Vorpommerns deutlich. Um den Kernbereich privater Lebensgestaltung ausreichend zu schützen, sind gesetzliche Vorkehrungen erforderlich, die die Strafprozessordnung momentan nicht bereithält.

The coalition agreement between the CDU, CSU and SPD plans to significantly expand the investigative powers of law enforcement authorities. However, it does not plan to create a legal basis for the use of private persons as undercover agents. But their deployment without a specific legal basis is unconstitutional. This is made clear by the decision of the Federal Constitutional Court on the regulation of the use of private undercover agents in the Police Act of Mecklenburg-Vorpommern. To adequately protect the core area of private life, legal precautions are required, which the German Code of Criminal Procedure does not currently provide.

I. Einleitung

Das „Vertrauen“ in „Vertrauensperson“ („V-Person“) ist mindestens ein dreifaches: Es ist erstens das Vertrauen des Staates in die V-Person und zwar konkret das der Polizeibeamten in eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der V-Person und später das des Gerichts in die Glaubwürdigkeit der V-Person; zweitens ist es das Vertrauen, das die V-Person gegenüber dem Beschuldigten erlangen oder

ausnutzen soll, um jenen dazu zu bringen, selbstbelastende Informationen zu offenbaren; und drittens ist es in der Regel das Vertrauen der V-Person in den Staat, ihre Identität geheim zu halten und sie vor Repressalien durch die Bespitzelten zu beschützen. Für einen erfolgreichen V-Personen-Einsatz muss also einiges an Vertrauen zusammenkommen. Aber das hält die Praxis nicht davon ab, in vielen Fällen genau hierauf zu setzen. Denn in vielen Milieus erhalten die Behörden ohne Personen aus den Milieus keine Einblicke.¹ Hier kommt eine andere, wenn auch seltenere Bedeutung des „V“ in V-Person zum Ausdruck: die der Verbindung.² Während der Einsatz von V-Personen im Gefahrenabwehrrecht (mittlerweile) an vielen Stellen gesetzlich geregelt ist, fehlt im Strafprozessrecht eine entsprechende Regelung.³ Dabei ist eine Gesetzesgrundlage verfassungsrechtlich erforderlich.

Laut dem Koalitionsvertrag „Verantwortung für Deutschland“⁴ von CDU/CSU/SPD ist eine „grundlegende Überarbeitung der Strafprozessordnung unumgänglich“.⁵ Was damit genau gemeint ist, bleibt offen. Im Abschnitt „3.2 Recht“ finden sich lediglich einzelne Vorhaben, die alle darauf abzielen, Ermittlungsbefugnisse auszubauen.⁶ Zu dieser politischen Agenda würde es nicht passen, das Gesetzesvorhaben⁷ von Bundesjustizminister a.D. Dr. Marco Buschmann (FDP), eine gesetzliche Regelung für den Einsatz von V-Personen zu schaffen, fortzusetzen. Es steht daher zu befürchten, dass die neue Bundesregierung nicht den Willen hat, eine solche Grundlage zu schaffen.⁸ Der Gesetzgeber erlauge jedoch einem Irrtum, wenn er davon ausginge, er müsse nicht tätig werden. Denn der Einsatz von V-Personen im Strafverfahren ist ohne gesetzliche Grundlage verfassungswidrig. Diese Sichtweise, die viele Stimmen aus der Wissenschaft und der Praxis teilweise schon lange vertreten,⁹ scheint nun auch Einkehr in die Rechtsprechung des BVerfG gehalten zu haben. Um die

* Der Autor ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht – deutsches, europäisches und internationales Wirtschafts-, Steuer- und Medizinstrafrecht von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Waßmer.

¹ Decker, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 8.

² BMJV, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 4; genauer zur Herkunft des „V“ Decker, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 5.

³ Kretschmer, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), StPO, 2025, § 110a Rn. 40.

⁴ Abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag2025_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 29.4.2025).

⁵ CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland, S. 64.

⁶ CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland, S. 88-89.

⁷ BT-Drs. 20/11312 „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation“.

⁸ Suliak, Wie brutalistisch handelt Schwarz-Rot im Strafrecht?, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/56922 (zuletzt abgerufen am 29.4.2025).

⁹ Vgl. Bockemühl, in: KMR-StPO, 95. Lfg., § 110a Rn. 9; Decker, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 145; Dutte, KriPoZ 2024, 189 (193); Erb, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2018), § 163 Rn. 65; Eschelbach, in: SSW-StPO, 5. Aufl. (2023), § 136 Rn. 24; B. Gercke, StV 2017, 615 (624); Hauschild, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), § 110a Rn. 28; Hefendehl, StV 2001, 700 (704); Lagodny, StV 1996, 167 (171); Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. (2024), § 11 Rn. 42 „rechtsstaatliches Defizit“; Weiler, Grundlagen und Grenzen des polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen im Strafverfahren, 2001, S. 242; Zöller, ZRP 2024, 79 (79); sowie einen Verstoß gegen das *nemo tenetur*-Prinzip annehmend Roxin, NSTZ 1995, 465 (466-467); a.A. Ambos, in: HK-GS, 5. Aufl. (2022), § 163 Rn. 13; Weingarten, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 163 Rn. 18.

Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zu begründen, verweist die Literatur oft auf die Entscheidung des *BVerfG* zum BKA-Gesetz aus dem Jahr 2016, in der das *BVerfG* den Einsatz von V-Personen als einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff bezeichnet.¹⁰ Hinzu kommt der Beschluss des *BVerfG* vom 9.12.2022 zum Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommerns („MV-SOG“).¹¹ Dieser Beschluss hat bis dato weniger Beachtung unter Strafrechtlern gefunden.¹² Er macht jedoch – wie *Duttge* erkennt – unmissverständlich deutlich, dass für den Einsatz von V-Personen eine gesetzliche Grundlage zwingend erforderlich ist.¹³ Ohne eine gesetzliche Regelung ist ein ausreichender Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht gewährleistet.¹⁴ Die Entscheidung betrifft zwar das Gefahrenabwehrrecht, aber ihre Argumentation lässt sich ohne Weiteres auf das Strafverfahrensrecht übertragen.

II. Wie setzen die Strafverfolgungsbehörden V-Personen ein?

Während Informanten Privatleute sind, die im Einzelfall gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen offenbaren, werden V-Personen als Privatleute *unter Führung* der Polizei tätig, um diese bei der Aufklärung von Straftaten zu unterstützen.¹⁵ Ihre Zusammenarbeit mit der Behörde ist Dritten grundsätzlich nicht bekannt und ihr Einsatz ist in der Regel auf einen längeren Zeitraum angelegt.¹⁶ Ebenso wie ein Verdeckter Ermittler – bei dem es sich um einen Polizeibeamten handelt, der unter einer falschen Identität („Legende“) agiert – kann eine V-Person mit Tarnpapieren ausgestattet werden (§ 5 ZSHG).¹⁷ Die V-Person steht mit einem besonders geschulten Beamten bei der Polizei in Verbindung, dem sog. V-Mann- oder V-Personen-Führer.¹⁸ Oftmals ist die wahre Identität der V-Person nur dem V-Personen-Führer bekannt.¹⁹ Ihr typisches Einsatzgebiet ist die organisierte Kriminalität, deren Straftaten sich ohne den Einsatz von Insidern oftmals nicht aufklären ließen.²⁰ Aufgabe der V-Person ist es, das Vertrauen der Zielpersonen zu erlangen oder ein bereits vorhandenes Vertrauen auszunutzen, um Einblicke in Sachverhalte zu erhalten, die andere Ermittlungsmaßnahmen nicht ermöglichen. Sie berichtet ihrem V-Personen-Führer regelmäßig von Erkenntnissen über die Zielperson.²¹ Im besten Fall erlangt die V-Person ein Geständnis des Beschuldigten oder beobachtet ihn unmittelbar bei der Begehung einer Straftat.

Beispielhaft kann ein Fall der V-Person mit dem Codenamen „VP01“ herangezogen werden. Die VP01 operierte unter dem Tarnnamen *Murat Cem* und wurde zum Politikum, weil sie vergeblich vor der Anschlagsgefahr durch *Anis Amri* warnte.²² Schon bevor *Murat Cem* Informationen über *Anis Amri* sammelte, war er V-Person. Einer seiner ersten Fälle war der Kölner Mordfall Rebecca aus dem Jahr 2002.²³ Der Verdacht der Strafverfolgungsbehörden fiel schnell auf einen 17-jährigen Berufsschüler, der als letztes mit Rebecca gesehen wurde und sich in den Vernehmungen in Widersprüche verstrickte. Da die Polizei jedoch keine handfesten Beweise hatte, setzten sie *Murat Cem* auf ihn an, um ihm ein Geständnis zu entlocken. Tatsächlich schaffte es *Murat Cem* das Vertrauen des Verdächtigen zu gewinnen und nach einem Besuch im Kölner Großbordell „Pascha“ (auf Staatskosten) gestand der Verdächtige die Tat gegenüber seinem vermeintlichen, neuen Freund.

Natürlich hat *Murat Cem* diese Aufträge nicht (nur) aus detektivischer Freude angenommen, sondern weil er hierfür Geld erhielt. Ihn wie andere V-Personen bezahlen die Behörden, bieten Erfolgsprämien und volle Auslagenerstattung.²⁴ Weitere Anreize bieten Hilfestellungen in eigenen Strafverfahren oder bei anderen rechtlichen Angelegenheiten.²⁵ Auch persönliche Motive, wie bspw. Rache, sind denkbar.²⁶ Sofern die V-Person im Bereich der organisierten Kriminalität im Einsatz ist, dürfte für sie die Geheimhaltung ihrer Identität von entscheidender Bedeutung sein. In der Praxis wird dies durch eine Sperrerklärung sichergestellt. Die oberste Dienstbehörde erklärt damit, dass sie die Identität der V-Person gegenüber dem Gericht nicht offenlegt, weil ihr Bekanntwerden „dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde“ (analog § 96 StPO). Bei polizeilichen Ermittlungen auf Länderebene ist die oberste Dienstbehörde das Innenministerium des Landes. Der Dienstherr kann den beteiligten Polizisten zudem versagen, über die Identität der V-Person auszusagen (§ 54 StPO i. V. m. § 37 BeamStG). Die Gerichte haben kaum Möglichkeiten, die Rechtmäßigkeit der Sperrklärung zu überprüfen. Mit einer Gegenvorstellung können sie allenfalls versuchen, das Innenministerium zum Umdenken zu bewegen.²⁷ In der Regel kann sich das Ministerium mit unwiderleglichen Floskeln begnügen, dass Gefahren für die V-Person drohten und ein Bekanntwerden von deren Identität ihrem weiteren Einsatz entgegenstehe, was gewichtige Nachteile für die Arbeit der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden

¹⁰ BVerfGE 141, 220 Rn. 160; sowie beispielhaft für die Rezeption durch die Literatur *B. Gercke*, StV 2017, 615 (623 f.); *Soiné*, ZRP, 2021, 47 (48); *Zöllner*, ZRP 2024, 79 (79).

¹¹ BVerfGE 165, 1.

¹² Kurze Besprechungen von *Schneider*, JR 2023, 459, (468 ff.); *Duttge*, KriPoZ 2024, 189 (189).

¹³ *Duttge*, KriPoZ 2024, 189 (189).

¹⁴ BVerfGE 165, 1 Rn. 100 ff.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 26-27; *Soiné* ZRP 2021, 47 (48); *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 17. Aufl. (2025), Rn. 650.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 26; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2023), § 21 Rn. 120; *Soiné*, ZRP 2021, 47 (49).

¹⁷ *Engelstätter*, in: BeckOK-StGB, 54. Ed. (Stand: 1.1.2025), RiStBV Anlage D, Rn. 5.

¹⁸ *Engelstätter*, in: BeckOK-StGB, RiStBV Anlage D, Rn. 9

¹⁹ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 12.

²⁰ Vgl. *BVerfG*, NJW 1981, 1719 (1724); *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 13 f.

²¹ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 44.

²² <https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2019/kw46-pa-breitscheidplatz-666832> (zuletzt abgerufen am 29.4.2025).

²³ <https://www.ksta.de/koeln/grauesames-verbrehen-wie-eine-mordkommission-arbeitet-der-koelner-fall-rebecca-284828> (zuletzt abgerufen am 29.4.2025).

²⁴ Vgl. BT-Drs. 17/12470, S. 3.

²⁵ Vgl. *B. Gercke*, StV 2017, 615 (616).

²⁶ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 24.

²⁷ Vgl. *BGH*, NJW 2007, 3138 (3140).

bedeute. Jedenfalls sind in bestimmten kriminellen Bereichen diese Einwände praktisch nicht zu widerlegen – und vermutlich meistens tatsächlich nicht unbegründet. Völlig außer Acht bleibt dabei jedoch, dass die Strafprozessordnung bereits *de lege lata* Möglichkeiten vorsieht, gefährdete Zeugen zu schützen. Genügen diese Vorkehrungen, wäre eine vollständige Sperrung der V-Person nicht erforderlich.

Ist eine V-Person gesperrt, kann das Gericht nur die Beamten, die im Austausch mit der V-Person standen, als Zeugen vom Hörensagen vernehmen oder ein Protokoll von der polizeilichen Vernehmung der V-Person nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO verlesen, da eine gesperrte V-Person im Sinne dieser Vorschrift ein unerreichbarer Zeuge ist.²⁸ Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, dass es nicht das sachnächste Beweismittel verwerten kann, wie es die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) theoretisch geböte.²⁹ Ferner wird dem Angeklagten so sein Recht genommen, Fragen an Belastungszeugen zu stellen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK). Die Rechtsprechung verlangt für eine Verurteilung in diesem Fall eine kritische Beweiswürdigung und dass andere „gewichtige Gesichtspunkte“ die mittelbar eingeführten Angaben der V-Person bestätigen.³⁰ In Anlehnung an die Rechtsprechung des *EGMR*³¹ fordern deutsche Gerichte, dass die Angaben der V-Person die Verurteilung nicht in „entscheidendem Maße“ trügen.³² Hiermit wird wohl kaum gemeint sein, dass eine Verurteilung ohne die Angaben nicht möglich wäre.³³ In einem weiten Sinne ist diese Voraussetzung eher so zu verstehen, dass die Verurteilung nicht nur auf die Angaben der V-Person gestützt werden darf, sondern weitere wichtige Indizien hinzukommen müssen, ohne dass es darauf ankäme, ob eine Verurteilung ohne die Angaben der V-Person möglich gewesen wäre. Da V-Personen grundsätzlich in größeren Verfahren eingesetzt werden, dürfte zweifelhaft sein, dass es viele Fälle gibt, in denen sich dieser theoretisch erhöhte Beweismaßstab praktisch auswirkt, da bei umfangreichen Ermittlungen in aller Regel viele weitere Indizien vorliegen.

Nicht immer bleiben V-Personen geheim. Insbesondere wenn V-Personen gezielt nur in einem Fall abseits der organisierten Kriminalität zum Einsatz kommen, haben weder sie noch die Behörden ein Interesse an der Geheimhaltung ihrer Identität. Im Fall des ermordeten Schauspielers *Walter Sedlmayr* sagten z.B. die beiden eingesetzten V-Personen selbst vor Gericht aus.³⁴ In diesem Fall konnte sich das Gericht einen eigenen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der V-Personen machen. Die Zuverlässigkeit einer gesperrten V-Person kann das Gericht hingegen nur anhand der Angaben des V-Person-Führers beurteilen.³⁵ Dieser hat indessen ein erhebliches Eigeninteresse, die

V-Person als zuverlässig darzustellen, da er beim Einsatz einer unzuverlässigen V-Person selbst unzuverlässig erschiene.

Ein Verbot, die Angaben der V-Person (auch mittelbar über Zeugen vom Hörensagen oder Protokolle) zu verwenden, nimmt die Rechtsprechung nur äußerst zurückhaltend an. Die Angaben der V-Person sollen bspw. dann nicht verwertbar sein, wenn die V-Person den Beschuldigten gezielt und in vernehmungsmähnlicher Weise befragt, nachdem jener von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat.³⁶ Aus der Rechtswidrigkeit einer Sperrerklärung soll nur dann ein Beweisverwertungsverbot folgen, wenn sie willkürlich oder offensichtlich rechtsfehlerhaft ist.³⁷

III. Wieso hat der Gesetzgeber den Einsatz noch nicht geregelt?

Das Gesetz zur Bekämpfung organisierter Kriminalität (OrgKG) hat die §§ 110a-110c StPO eingeführt, die den Einsatz Verdeckter Ermittler regeln. Im Gesetzgebungsverfahren wurde diskutiert, ob auch eine gesetzliche Regelung für V-Personen erforderlich sei. Das lehnte der Gesetzgeber ab, da sie strafprozessual Zeugen seien und daher die „notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im Ermittlungs- und Strafverfahren gegeben“ sei.³⁸ Diese Argumentation war bereits nach damaligen Maßstäben unzutreffend. Zwar stimmt es, dass V-Personen Zeugen sind und dass das Gericht sie, falls sie nicht gesperrt werden, in der Hauptverhandlung letztlich wie andere Zeugen vernehmen kann. Aber auch einen Polizisten, der bei einer Durchsuchung tätig war, kann das Gericht in der Hauptverhandlung als Zeuge vernehmen. Es wäre abwegig, hieraus Schlussfolgerungen zur Zulässigkeit der Durchsuchung als Ermittlungsmaßnahme ziehen zu wollen. Die Verwertung von Beweisen in der Hauptverhandlung und die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen, die eine Straftat aufklären sollen und in die Rechte der Betroffenen eingreifen, sind getrennt zu betrachten.

Entscheidend ist ein anderer Punkt: Dürfen sich die Ermittlungsbehörden V-Personen bedienen? Dürfen sie V-Personen bezahlen, instruieren und führen, um Erkenntnisse über private Sachverhalte der Zielpersonen zu erlangen? Man stelle sich vor, die Strafverfolgungsbehörden würden ein privates Sicherheitsunternehmen beauftragen, eine Wanze in der Wohnung des Beschuldigten zu installieren. Natürlich müssten in diesem Fall die Voraussetzungen des § 100c StPO vorliegen, auch wenn eine Privatperson die Veranzug vornimmt. Sie würde nur im Auftrag und nach Weisung der Behörde tätig werden. Im Verwaltungsrecht spräche man von einem Verwaltungshelfer.³⁹ Und dessen Verhalten ist der Behörde zuzurechnen.

²⁸ Vgl. *BVerfG*, NJW 1981, 1719 (1723); *Kreicker*, in: MüKo-StPO, § 251 Rn. 56.

²⁹ Vgl. *Krehl*, in: KK-StPO, § 244 Rn. 28.

³⁰ *BGH*, NStZ 2023, 560 (562-563); *OLG Nürnberg*, NStZ-RR 2015, 252.

³¹ Vgl. *EGMR*, StV 1997, 617 (619).

³² *OLG Nürnberg*, NStZ-RR 2015, 251 (251-252).

³³ Vgl. *T. Walter*, StraFo 2004, 224 (227).

³⁴ *BGH*, NJW 1994, 2904.

³⁵ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 64.

³⁶ *BGH* NStZ 2023, 560 (562).

³⁷ *BGH*, NStZ 1989, 380 (381).

³⁸ BT-Drs. 129/989, S. 41.

³⁹ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 43, qualifiziert die V-Person als Verwaltungshelfer der Polizei.

nen, weil sie „in weitgehendem Maße auf die Durchführung“ Einfluss nimmt.⁴⁰ Auch die Polizei nimmt in weitgehendem Maße Einfluss auf die Tätigkeit der V-Person, indem sie sie zielgerichtet einsetzt und führt.⁴¹ Sie vergütet die V-Person, zahlt ihr Erfolgsprämien, erstattet ihre Auslagen und versorgt sie mit Informationen über die Zielperson, die ein normaler Bürger nicht hat. Sie wirbt die V-Person an und lässt sich von ihr genau Bericht erstatten. Hierin ist die Ermittlungstätigkeit zu sehen, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt. Die V-Person ist staatliches Ermittlungsinstrument und ihr Handeln ist dem Staat als dessen „verlängerter Arm“ zuzurechnen.⁴²

Die Behörden machen selbst deutlich, dass sie im Einsatz einer V-Person die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben sehen.⁴³ Denn sie können ihre V-Personen nach § 1 VerpflG auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten verpflichten, weil jene, ohne Amtsträger zu sein, für eine Behörde tätig sind.⁴⁴ Hiermit unterwerfen die Behörden V-Personen dem Recht, das nur für Amtsträger gilt, insbesondere der Strafbarkeit beim Verrat von Dienstgeheimnissen (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB i.V.m. § 353b StGB).⁴⁵ Die Tätigkeit der V-Person ist im materiellen Strafrecht hoheitlich und im Strafverfahrensrecht kann nichts anderes gelten.⁴⁶ Im Fall von *Murat Cem* vergaß man anscheinend die Verpflichtungserklärung,⁴⁷ weswegen er für das Buch „Undercover: Ein V-Mann packt aus“ den Spiegel-Journalisten *Diehl/Lehberger/Schmid* über seine V-Person-Tätigkeit berichten konnte, ohne sich strafbar zu machen. Letztlich gehen auch die Gerichte davon aus, dass der Einsatz einer V-Person nicht gleichzusetzen ist mit der Erlangung von Erkenntnissen, die Privatpersonen ohne staatlichen Auftrag erhalten und den Behörden mitteilen. Denn Aussagen, die der Beschuldigte gegenüber der V-Person macht, sind jedenfalls dann unverwertbar, wenn der Beschuldigte in einer förmlichen Vernehmung von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat und die Behörde dann eine V-Person einsetzt, um dem Beschuldigten in vernehmungähnlicher Weise selbstbelastende Aussagen zu entlocken.⁴⁸ Verwertbar wären in diesem Fall unstrittig Aussagen, die der Beschuldigte gegenüber einem Zeugen macht, den die Ermittlungsbehörde nicht auf den Beschuldigten angesetzt hat.

IV. Warum ist ein Gesetz erforderlich?

Eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO auf den Einsatz von V-Personen kommt aufgrund des klaren entgegenstehenden Gesetzgeberwillens nicht in Betracht.⁴⁹ Der *BGH* stützt den Einsatz von V-Personen auf die Ermittlungsgeneralklausel des § 163 Abs. 1 S. 2 StPO, die die Polizei zu „Ermittlungen jeder Art“ berechtigt, und hält eine spezielle gesetzliche Grundlage ausdrücklich für nicht erforderlich.⁵⁰ Die Ermittlungsgeneralklausel kann jedoch selbst nach seiner Ansicht nur als Rechtsgrundlage für Maßnahmen dienen, die „lediglich geringfügig in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen“.⁵¹

Der Einsatz einer V-Person kann in unterschiedliche Grundrechte eingreifen. Sofern die V-Person im staatlichen Auftrag die Wohnung der Zielperson betritt, kann Art. 13 GG betroffen sein.⁵² Ein anderes Grundrecht ist indessen immer und in besonderer Weise betroffen: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Grundrecht, das das *BVerfG* als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im sog. Volkszählungsurteil entwickelt hat, schützt die Befugnis des Einzelnen, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“⁵³ Es kann die Freiheit der Bürger wesentlich beeinträchtigen, wenn sie „nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“⁵⁴ Der Staat greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, wenn er ohne Einwilligung des Betroffenen personenbezogene Daten erhebt, speichert oder sonst verwendet.⁵⁵ Spätestens, wenn die V-Person Erkenntnisse über die Zielperson an die Polizei berichtet, liegt demnach ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor.⁵⁶

In Anbetracht der Entscheidungen des *BVerfG* zum BKA-Gesetz und insbesondere zum MV-SOG kann der Einsatz von V-Leuten in keiner Weise mehr als „lediglich geringfügiger“ Grundrechtseingriff bezeichnet werden.⁵⁷

In der BKA-Entscheidung spricht das *BVerfG* explizit von „schwerwiegenden Grundrechtseingriffen“⁵⁸, die „so tief

⁴⁰ *BGH*, NJW 1993, 1258 (1259).

⁴¹ *Duttge*, KriPoZ 2024, 189 (190).

⁴² *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018 S. 45; *Dietrich/Fahrner/Gazeas/von Heintzel-Heinegg*, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, § 28 Rn. 35; BT-Drs. 20/11312, S. 27; *Duttge*, KriPoZ 2024, 189 (190).

⁴³ Vgl. hierzu *Weiler*, Grundlagen und Grenzen des polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen im Strafverfahren, S. 168-170.

⁴⁴ Die Verpflichtung ist jedoch für den hoheitlichen Charakter nicht konstitutiv, vgl. *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018 S. 43-45.

⁴⁵ Zu weiteren Rechtsfolgen s. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, WD 3 - 3000 - 193/20.

⁴⁶ *Weiler*, Grundlagen und Grenzen des polizeilichen Einsatzes von Vertrauenspersonen im Strafverfahren, S. 168.

⁴⁷ *Diehl/Lehberger/Schmid*, Undercover: Ein V-Mann packt aus, 2020, S. 298.

⁴⁸ *BGH*, NSTZ 2023, 560 Rn. 22.

⁴⁹ BT-Drs. 12/989, S. 41; *B. Gercke*, StV 2017, 615 (622); *Lagodny*, StV 1996, 167 (171); sowie gegen eine vergleichbare Interessenlage *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 141 und *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 651.

⁵⁰ *BGH*, NSTZ 2023, 560 Rn. 20 f.

⁵¹ *BGH*, NJW 2007, 930 Rn. 21.

⁵² *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 107 ff. und 202.

⁵³ BVerfGE 65, 1 (43).

⁵⁴ BVerfGE 65, 1 (43).

⁵⁵ *Eichberger*, in: Huber/Voßkuhle, GG., 8. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 289-292.

⁵⁶ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 98.

⁵⁷ Vgl. *Duttge*, KriPoZ 2024, 189 (189-190).

⁵⁸ BVerfGE 141, 220 Rn. 160.

in die Privatsphäre“ eindringen könnten, dass deren erstmalige Anordnung einer unabhängigen Stelle, wie einem Gericht, vorbehalten bleiben müsse.⁵⁹ Die Entscheidung des *BVerfG* zum Amri-Untersuchungsausschuss bekräftigt diese Rechtsansicht: „Der Einsatz von V-Personen zählt zu den schwersten denkbaren informationellen Eingriffen.“⁶⁰ Dabei könne der Staat „hochsensible Informationen“ zu der Zielperson erlangen.⁶¹ Das deutet bereits an, was die Entscheidung des *BVerfG* zum MV-SOG nun unmissverständlich deutlich macht: Der Einsatz von V-Personen hat Kernbereichsrelevanz.⁶² Bereits der Einsatz von V-Personen als solcher könne den Kernbereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen.⁶³ Das sei in der Regel dann der Fall, wenn die V-Person eine persönliche Beziehung zur Zielperson aufbaue, „die ansonsten nur Familienangehörige, Partner oder allerengste Freunde haben“.⁶⁴ Erlange die V-Person das Vertrauen der Zielperson, sei nie auszuschließen, dass sie der V-Person spontan „innerste Vorgänge“ offenbare.⁶⁵

Unabhängig von der Frage, ab wann der Einsatz einer V-Person sogar in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingreift, wird man annehmen müssen, dass bereits dann ein staatlicher und nicht nur geringfügiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vorliegt, wenn die V-Person in Kontakt mit der Zielperson steht und Erkenntnisse über sie an ihren V-Person-Führer berichtet.⁶⁶ Ab diesem Zeitpunkt sammelt der Staat personenbezogene Daten über die Zielperson, und zwar systematisch und zielgerichtet. Insoweit gilt nichts anderes, als wenn der Staat durch den Einsatz von Überwachungstechnik Daten sammelt. Zwar ist die Datenübermittlung durch die V-Person nur eine mittelbare, aber zum einen ändert das nichts an dem Umstand, dass der Staat personenbezogene Daten sammelt, und zum anderen kann eine V-Person sogar aktiv Einfluss auf das Verhalten der Zielperson nehmen, wodurch deren Einsatz sogar eine größere Intensität gewinnen kann als der reine Einsatz überwachender Technik.⁶⁷ *Decker* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass der V-Personen-Einsatz verschiedene Ermittlungsmethoden bündelt.⁶⁸

Kurzfristige Observationen kann die Polizei auf die Ermittlungsgeneralklausel stützen.⁶⁹ Für solche rein passiven Beobachtungen von außen braucht sie aber auch keine V-Person. Ihr Einsatzgebiet ist ein anderes. Denn auch wenn die V-Person nur beobachtet, so ist der Sinn ihres Einsatzes, dass sie durch das Vertrauen der Zielperson Einblicke in Sachverhalte erhält, die von außen nicht wahrnehmbar sind. Ihr Einsatz zielt darauf ab, in die Privatsphäre der Zielperson einzudringen.⁷⁰ Sobald die V-Person in Kontakt mit der Zielperson steht und Informationen über sie an die Polizei berichtet, ist ihr Einsatz

als erheblicher Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu bewerten.⁷¹ Für ein hohes Eingriffsgewicht spricht außerdem das heimliche Vorgehen.⁷²

In Bezug auf den Kernbereichsschutz konstatiert das *BVerfG* in seiner Entscheidung zum MV-SOG: „Der Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckt Ermittelnden kann *typischerweise* zur Erhebung kernbereichsrelevanter Daten führen oder *schon an sich* kernbereichsrelevant sein.“⁷³ Und in diesen Fällen „muss der Gesetzgeber Regelungen schaffen, die einen wirksamen Schutz normenklar gewährleisten.“⁷⁴ Der Einsatz von V-Personen wiege auf Dauer nicht weniger schwer als der von Verdeckten Ermittlern.⁷⁵ Und für deren Einsatz hat der Gesetzgeber – richtigerweise – eine spezielle gesetzliche Grundlage geschaffen, weil die „Regelung durch bloße Verwaltungsvorschrift vielfach nicht als zureichend angesehen und eine ausdrückliche gesetzliche Basis gefordert“ worden sei.⁷⁶

Es kann festgehalten werden: Der Einsatz von V-Personen betrifft wesentliche Fragen, die der Gesetzgeber durch ein formelles Gesetz klären muss. Die angesprochenen Entscheidungen des *BVerfG* betreffen zwar das Gefahrenabwehrrecht, aber die Argumentation lässt sich ohne Weiteres auf den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren übertragen. Der zielgerichtete Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das „typische“ Risiko, in den Kernbereich privater Lebensgestaltung einzudringen, liegen unabhängig davon vor, ob der Auftrag der V-Person ist, eine Straftat aufzuklären oder zu verhindern. Die V-Person dringt unter staatlicher Leitung in die Privatsphäre der Zielperson ein, um für den Staat Informationen zu sammeln, die dieser auf anderem Wege nicht erheben könnte. Für die Intensität dieses Grundrechtseingriffs ist es ohne Belang, ob sein Ziel ist, Informationen über bereits begangene oder erst noch bevorstehende Straftaten zu erlangen. In Bezug auf den Schutz des Kernbereichs kann der Einsatz von V-Personen im Strafverfahren sogar verletzungsgeneigter sein als im Gefahrenabwehrrecht, da die Strafverfolgungsbehörden V-Personen oftmals gezielt auf einen Beschuldigten ansetzen und nicht nur in einem bestimmten Milieu, wie es im Gefahrenabwehrrecht öfters der Fall sein dürfte.⁷⁷ In Strafverfahren dringen V-Personen demnach typischerweise tiefer in das Privatleben einzelner Personen ein. Hier ist eine spezialgesetzliche Grundlage noch dringender erforderlich als im Recht der Nachrichtendienste oder im Gefahrenabwehrrecht, wo auf Seiten der Gesetzgeber die Notwendigkeit einer Regelung mittlerweile allgemein anerkannt ist. In einem *obiter dictum* hat auch das *BVerfG* selbst anklängen lassen, dass der Einsatz von V-Personen

⁵⁹ BVerfGE 141, 220 Rn. 174.

⁶⁰ BVerfGE 156, 270 Rn. 100.

⁶¹ BVerfGE 156, 270 Rn. 100.

⁶² BVerfGE 165, 1 Rn. 101.

⁶³ BVerfGE 165, 1 Rn. 103.

⁶⁴ BVerfGE 165, 1 Rn. 107.

⁶⁵ BVerfGE 165, 1 Rn. 112.

⁶⁶ Vgl. *Hefendehl*, StV 2000, 700 (701).

⁶⁷ BVerfGE 165, 1 Rn. 106.

⁶⁸ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 193.

⁶⁹ *Ziegler*, in: SSW-StPO, § 163 Rn. 36.

⁷⁰ *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018, S. 71 und 75.

⁷¹ Vgl. *Hefendehl*, StV 2000, 700 (701).

⁷² Vgl. *Eichberger*, in: Huber/Voßkuhle, GG., Art. 2 Rn. 292.

⁷³ BVerfGE 165, 1 Rn. 108 (Hervorhebungen durch Verf.).

⁷⁴ BVerfGE 165, 1 Rn. 108.

⁷⁵ BVerfGE 165, 1 Rn. 105.

⁷⁶ BT-Drs. 12/989, S. 41.

⁷⁷ Vgl. *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 35-36 und 174.

im Strafverfahren jedenfalls dann einer speziellen Ermächtigungsgrundlage bedürfe, wenn die V-Person die Zielperson aktiv befrage.⁷⁸

V. Wie könnte ein Gesetz aussehen?

Der Gesetzgeber muss tätig werden, um den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren zu legalisieren. Er sollte sich nicht darauf verlassen, dass Verurteilungen, die auf Angaben von V-Personen beruhen, Bestand haben. Es ist zwar ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, dass aus einer rechtswidrigen Beweiserhebung nur ausnahmsweise ein Beweisverwertungsverbot folgt.⁷⁹ Aber in Anbetracht der gestiegenen Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und der Intensität des Eingriffes, ist nicht auszuschließen, dass das *BVerfG* einen Grundrechtsverstoß annimmt und in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung⁸⁰ ein Beweisverwertungsverbot fordert.

Mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation“⁸¹ aus der vergangenen Legislaturperiode hat der Gesetzgeber eine brauchbare Diskussionsgrundlage.⁸² Verfassungskonforme Anpassungen an dem Entwurf sind auch im Sinne der Justiz möglich. So könnte der neue Gesetzgeber darüber nachdenken, die Einsatzzeit, nach der eine weitere gerichtliche Anordnung erforderlich ist, von drei auf sechs Monate zu erhöhen.⁸³ Denn gerade in Bereichen der organisierten Kriminalität dürften längere Einsätze die Regel sein. Ferner ist ein Ausbau der Vorkehrungen denkbar, die dem Schutz der Geheimhaltungsinteressen der V-Person und des Staates dienen. *De lege lata* kann die V-Person ihre Identität, falls das Gericht sie als Zeugin vernimmt, gem. § 68 Abs. 3 StPO geheim halten und das Gericht kann die Öffentlichkeit nach § 172 Nr. 1 oder 1a GVG ausschließen. Der Gesetzentwurf sah bereits vor, dass die V-Person die Antwort auf solche Fragen verweigern kann, die ihre Identität offenbaren könnten (§ 69 Abs. 4 StPO-E). Ferner kann gem. § 247a Abs. 1 S. 1 StPO eine Videovernehmung möglich sein, so dass sie sich für ihre Vernehmung nicht im Gerichtssaal aufhalten muss. Der Angeklagte hat hierbei – jedenfalls über seinen Verteidiger – die Möglichkeit, den Belastungszeugen zu befragen.⁸⁴ Eine solche Videovernehmung ist möglich, wenn „die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen“ besteht oder unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO. Als weiteren Anwendungsfall könnte der Gesetzgeber festlegen, dass die Videovernehmung erforderlich ist, um die Identität einer V-Person geheimzuhalten. Denn das kann auch dann geboten sein, wenn die Voraussetzungen des § 247a Abs. 1 S. 1 StPO noch nicht erfüllt sind.

Für die Vernehmung der V-Person könnte der Gesetzgeber die Möglichkeit einer audiovisuellen Verfremdung ausdrücklich vorsehen.⁸⁵ Eine Verfremdung ist zwar bereits nach jetziger Rechtslage möglich,⁸⁶ aber eine gesetzliche Regelung wäre der Rechtsklarheit zuträglich. Sie würde der Praxis verdeutlichen, dass eine vollständige Sperrung der V-Person in vielen Fällen nicht erforderlich ist, weil das Gericht sie vernehmen und ihre Identität trotzdem schützen kann.⁸⁷ Eine derartige Vernehmung könnte einen brauchbaren Kompromiss zwischen den legitimen Geheimhaltungsinteressen auf der einen Seite und dem Konfrontationsrecht des Angeklagten (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) und der Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO) auf der anderen Seite darstellen.

Letztere ist von besonderer Bedeutung: Sie dient der Ermittlung der Wahrheit, die Voraussetzung für ein materiell gerechtes Urteil ist.⁸⁸ V-Personen sollen bei der Ermittlung der Wahrheit helfen. Das *BVerfG* erkennt jedoch, dass ein „hohes Risiko für Fehlsteuerungen, Zielkonflikte und Missbrauch“ besteht.⁸⁹ Ein besonderes Risiko resultiert aus dem Umstand, dass die Polizei ihren V-Personen Erfolgsprämien zahlt. Derartige Prämien erhöhen den Anreiz, bewusst oder unbewusst Ergebnisse zu liefern, wo keine sind. Jedenfalls erhöhen sie das Risiko, dass V-Personen Informationen in einem Licht darstellen, das ihren eigenen Einsatz (und damit auch Bezahlung) rechtfertigt. Das Gesetz sollte daher vorsehen, dass die Zahlung von Erfolgsprämien unzulässig ist. Zudem liegt es nicht vollends in der Hand der V-Person, ob ihr Einsatz erfolgreich ist, weswegen eine erfolgsabhängige Vergütung ungerrecht ist.

VI. Schlussbemerkungen

Die Entscheidungen des *BVerfG* zum BKA-Gesetz und insbesondere zum MV-SOG lassen keinen anderen Schluss zu: Der Gesetzgeber muss den Einsatz von V-Personen spezialgesetzlich regeln. Dabei hat er insbesondere den hohen Anforderungen an den Kernbereichsschutz Rechnung zu tragen. Auch die Justiz sollte ein Interesse an einer gesetzlichen Regelung haben. Über dem Einsatz von V-Personen im Strafverfahren hängt das Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit und über der Verwertung der hieraus gewonnen Erkenntnisse das der Unverwertbarkeit. Eine gesetzliche Regelung kann zudem die Interessen der Praxis berücksichtigen, so dass nicht zu befürchten steht, dass sie den Einsatz von V-Personen im Strafverfahren verhindere oder auch nur wesentlich erschwere.

⁷⁸ *BVerfG*, NStZ 2000, 489 (490).

⁷⁹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2012, 907 (910); *BGH*, NJW 2022, 2126 (2128).

⁸⁰ *BVerfG*, NStZ 2000, 489 (490).

⁸¹ BT-Drs. 20/11312.

⁸² Kritische Würdigungen von *Duttge*, KriPoZ 2024, 189 (193 ff.) und *Zöller*, ZRP 2024, 79.

⁸³ So bereits der Vorschlag von *Soiné*, ZRP 2021, 47 (49) und *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, S. 210 f. jeweils vor Schaffung des Gesetzentwurfes.

⁸⁴ *BGH*, NStZ 2007, 534.

⁸⁵ Vgl. *Duttge*, KriPoZ 2024, 189 (196).

⁸⁶ *T. Walter*, StraFo 2004, 224 (226).

⁸⁷ Vgl. auch *T. Walter* StraFo 2004, 224 (228) mit einer ähnlichen Argumentation in Bezug auf die audiovisuelle Verfremdung.

⁸⁸ *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, § 244 Rn. 4.

⁸⁹ *BVerfGE* 156, 270 Rn. 101.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

K.O.-Tropfen sind kein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB

BGH, *Beschl. v. 8.10.2024 – 5 StR 382/24*

[...]

Gründe:

⁴ Das *LG* hat den Angeklagten wegen besonders schweren sexuellen Übergriffs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen gefährlicher Körperverletzung unter Einbeziehung einer Geldstrafe aus einer rechtskräftigen Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und fünf Monaten verurteilt. Dagegen wendet sich der Angeklagte mit der auf die Sach- und eine Verfahrensrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen erweist es sich als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

⁵ I.

⁶ Der verfahrensrechtlichen Beanstandung bleibt der Erfolg versagt. Denn die auf eine Verletzung der Hinweispflicht nach § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO gestützte Verfahrensrüge ist nicht zulässig erhoben.

⁷ Nach dieser Vorschrift bedarf es eines Hinweises auf eine geänderte Sachlage nur, wenn er zur genügenden Verteidigung des Angeklagten erforderlich ist. Unter dieser Voraussetzung besteht für das Gericht die Rechtspflicht, einen Hinweis zu erteilen. Um dem Revisionsgericht die Prüfung eines Verstoßes gegen § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO zu ermöglichen, muss der Revisionsführer deshalb – wenn sich dies nicht von selbst versteht – gemäß § 344 Abs. 2 S. 2 StPO auch vortragen, warum der Angeklagte durch das Unterlassen des Hinweises in seiner Verteidigung beschränkt gewesen sei und wie er sein Verteidigungsverhalten nach erteiltem Hinweis anders hätte einrichten können (vgl. *BGH*, *Urt. v. 25.3.1992 – 3 StR 519/91*, *BGHR StPO § 265 Abs. 1 Hinweispflicht 9 m.w.N.*; *Beschl. v. 8.5.2018 – 5 StR 65/18*, *NStZ 2019, 239 f. m.w.N.*). An einem solchen Vortrag fehlt es; er war auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil sich die Beschränkung der Verteidigung und insbesondere ihre anderweitigen Verteidigungsmöglichkeiten dem Senat auch ohne ausdrückliche Darlegung erschlossen hätten.

⁸ II.

⁹ Die sachlich-rechtliche Nachprüfung des Urteils führt zur Aufhebung des Schuld- und Strafausspruchs im Fall II.3 der Urteilsgründe sowie des Gesamtstrafenausspruchs.

¹⁰ 1. Das *LG* hat – soweit hier von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

¹¹ Der Angeklagte und die Lebensgefährtin der Nebenklägerin kannten sich aus der sogenannten Swinger-Szene; spätestens seit 2018 oder 2019 gab es indes keine sexuellen Kontakte mehr zwischen ihnen. Am Vorabend eines Konzertes, das im August 2022 in der Nähe des Wohnorts des Angeklagten stattfand, besuchten die Nebenklägerin und ihre Freundin den Angeklagten und dessen Verlobte, um bei ihnen zu übernachten. Der Austausch sexueller Handlungen war nicht vorgesehen.

¹² Im Laufe des Abends entschloss sich der Angeklagte gleichwohl, der bereits stark angetrunkenen Nebenklägerin und seiner Verlobten heimlich Gamma-Butyrolacton (GBL) zu verabreichen. Er wollte die Frauen dadurch sexuell enthemmen, um dann mit und an ihnen sexuelle Handlungen zu vollziehen und sich durch gegenseitige sexuelle Handlungen der Frauen sexuell zu erregen. Er tropfte das GBL mittels einer Pipette in ein nicht alkoholisches Getränk, das er der Nebenklägerin gab, die es nichtsahnend austrank. Ein weiteres "sehr wahrscheinlich" ebenfalls mit GBL versetztes Getränk gab er "sehr wahrscheinlich" seiner ebenso ahnungslosen Verlobten, die es ebenfalls austrank. Dabei erkannte er und nahm billigend in Kauf, dass die Frauen in einen Bewusstseinszustand bis zur Bewusstlosigkeit versetzt werden könnten, in dem sie sich gegen solche Handlungen nicht wehren können. Ihm war bewusst, dass die Verabreichung der Tropfen, insbesondere in Verbindung mit Alkohol, erhebliche gesundheitliche Risiken bis hin zu einer Todesgefahr in sich barg.

¹³ Das GBL, das im Körper zu Gamma-Hydroxybuttersäure (GHB; gemeinhin bekannt als "Liquid Ecstasy" und "K.O.-Tropfen") umgewandelt wird, zeitigte die vom Angeklagten erwünschte Wirkung. Die ansonsten verschlossene Nebenklägerin begann zunächst im Wohnzimmer mit der Verlobten des Angeklagten ausgelassen zu tanzen. Im weiteren Verlauf zogen sich die Frauen gegenseitig aus, legten sich auf die Couch und küssten sich. Während die Nebenklägerin dieses ihr gänzlich wesensfremde Verhalten an den Tag legte, lag oder stand ihre Lebensgefährtin neben den beiden anderen Frauen. Im weiteren Verlauf trat der Angeklagte hinzu, küsste die Nebenklägerin und streichelte sie zumindest an ihrer mit einem BH bedeckten Brust und über ihrer mit einem Slip bedeckten Vulva. Er erkannte, dass die Nebenklägerin aufgrund der Wirkung des GBL nicht mehr in der Lage war, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu äußern. Ohne die heimliche Gabe der GBL-Tropfen hätte die Nebenklägerin sich nicht auf den erheblich älteren und ihr erst seit kurzer Zeit bekannten Angeklagten eingelassen.

- ¹⁴ Nach Beendigung dieser sexuellen Handlungen war die Nebenklägerin zunächst nicht mehr auffindbar. Sie wurde schließlich im Garten des Wohngrundstückes auf der Erde liegend, schlafend, nicht ansprechbar und nur mit einem durchnässten Bademantel bekleidet gefunden. Aufgrund der starken Bewusstseinsentrübung und der Übelkeit bestand das Risiko des Ersticken durch Bewusstlosigkeit und das Rutschen der Zunge in den Schlund oder durch das Aspirieren von Fremdkörpern infolge Erbrechens.
- ¹⁵ 2. Auf der Grundlage dieser Feststellungen hat die Verurteilung wegen besonders schweren sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB keinen Bestand.
- ¹⁶ a) Zu Recht hat die *Strafkammer* allerdings angenommen, dass der Angeklagte den Tatbestand des § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB verwirklichte. Ebenso wenig bestehen rechtliche Bedenken dagegen, dass sie das heimliche Verabreichen von GBL-Tropfen als Anwendung von Gewalt im Sinne des § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB gewertet hat (vgl. *BGH*, Urt. v. 22.1.1991 – 5 StR 498/90, BGHR StGB § 177 Abs.1 Gewalt 9 [zum unbemerkten Beibringen von LSD]; v. 15.9.1998 – 5 StR 173/98 [zur Verabreichung bewusstseinstrübender Mittel]).
- ¹⁷ b) Es hält aber der materiell-rechtlichen Prüfung nicht stand, dass die *Strafkammer* das Verabreichen von GBL mittels einer Pipette als ein Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des Qualifikationstatbestands des § 177 Abs. 8 Nr. 1 Alt. 2 StGB gewertet hat.
- ¹⁸ aa) GBL-Tropfen stellen für sich genommen kein Werkzeug dar. Eine solche Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut der Norm nicht in Einklang bringen (vgl. zur Bedeutung der Wortlautgrenze *BVerfG*, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20; *BVerfGE* 160, 284; *NJW* 2022, 1160 Rn. 96 ff.); auf die Frage der konkreten Dosierung oder der Gefährlichkeit des Mittels kann es daher nicht maßgeblich ankommen (in diesem Sinne aber möglicherweise *BGH*, Beschl. v. 6.3.2018 – 2 StR 65/18, *NStZ-RR* 2018, 141; v. 15.7.1998 – 1 StR 309/98). Insoweit gilt:
- ¹⁹ (1) Bei einem Werkzeug handelt es sich nach allgemeinem Sprachgebrauch um einen für bestimmte Zwecke geformten Gegenstand, mit dessen Hilfe etwas bearbeitet wird (Duden, Bd. 10, Das Bedeutungswörterbuch, 5. Aufl., Stichwort "Werkzeug" unter 1.a, S. 1121). Unter einem Gegenstand versteht man gemeinhin nur feste Körper. Da Flüssigkeiten, wie hier die GBL-Tropfen, aber auch Gase keine feste Form haben, sind sie keine Gegenstände und ihnen kann damit auch keine Werkzeugqualität zukommen. GBL-Tropfen können mithin ohne eine Verletzung der sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Wortlautgrenze nicht als Werkzeug im Sinne der strafrechtlichen Vorschriften bewertet werden (vgl. zu alldem *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. (2021), § 224 Rn. 15 m.w.N.; ebenso *Grünwald*, in: *LK-StGB*, 13. Aufl. (2023), § 224 Rn. 20).
- ²⁰ (2) Dies wird von systematischen Erwägungen gestützt. Das Merkmal des gefährlichen Werkzeugs wird auch in anderen insoweit wortlautgleichen Qualifikationstatbeständen genutzt; für denjenigen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB hat der *BGH* bereits entschieden, dass ein Mittel, das erst nach einem Stoffwechselprozess im Körper sedierend oder narkotisierend wirkt, kein (gefährliches) Werkzeug ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 6.3.2018 – 2 StR 65/18 Rn. 4; v. 27.1.2009 – 4 StR 473/08 Rn. 2; a.A. *Hörnle*, in: *LK-StGB*, § 177 Rn. 305; wohl auch – indes nicht tragend – *BGH*, Beschl. v. 20.4.2017 – 2 StR 79/17, *StV* 2019, 93 [94]). Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb für § 177 Abs. 8 Nr. 1 Alt. 2 StGB etwas anderes gelten sollte, zumal ein Gleichlauf dem Willen des Gesetzgebers entspricht, der den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 177 StGB nicht anders verstanden haben wollte als in dem – wiederum an § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB angelehnten – Qualifikationstatbestand des § 250 StGB (vgl. *BT-Drs.* 13/9064, S. 13, 18).
- ²¹ bb) Dass der Angeklagte die GBL-Tropfen mittels eines Gegenstandes, hier einer Pipette, in ein für die Nebenklägerin bestimmtes Getränk träufelte, führt nicht zu einer anderen Beurteilung.
- ²² (1) Für § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, an den die Vorschrift des § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB angelehnt ist, gilt:
- ²³ Eine Körperverletzung wird "mittels" einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs begangen, wenn sie unmittelbar durch ein von außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes potentiell gefährliches Tatmittel verursacht wird (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa *BGH*, Urt. v. 14.6.2018 – 3 StR 585/17, *BGHSt* 63, 138 [153]; Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22 Rn. 17; jeweils m.w.N.). Ein Gegenstand ist danach gefährlich, wenn er nach Art seiner konkreten Anwendung im Einzelfall geeignet ist, unmittelbar eine erhebliche Verletzung herbeizuführen. Dies kann beim Einsatz von Flüssigkeiten, Gasen oder auch Strahlen der Fall sein, wenn sie durch einen Gegenstand auf den Körper gerichtet und mit diesem in Verbindung gebracht werden. Voraussetzung ist indes, dass durch den Gegenstand unmittelbar von außen auf den Körper eingewirkt wird (vgl. *BGH*, Beschl. v. 12.6.2012 – 3 StR 186/12, *NStZRR* 2012, 308; Urt. v. 27.1.2011 – 4 StR 487/10, *NStZ-RR* 2011, 275 [276]; *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, § 224 Rn. 15; *Grünwald*, in: *LK-StGB*, § 224 Rn. 20; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 30. Aufl. [2019], § 224 Rn. 6 m.w.N.).
- ²⁴ Daran fehlt es hier. Denn der Angeklagte verwendete die Pipette lediglich als Dosierungshilfe und brachte mit ihr die Tropfen weder unmittelbar dem Körper der Nebenklägerin bei, noch hatte dieses – für sich genommen in der konkreten Verwendungsart ungefährliche – Instrument (insoweit möglicherweise weitergehend zur besonderen Form der Verabreichung eines Narkosemittels per Infusion: *BGH*, Beschl. v. 9.10.2018 – 1 StR 418/18, *NStZ* 2019, 273) selbst Kontakt zum Körper der Nebenklägerin. Die Pipette war hier lediglich ein Mittel, um die GBL-Tropfen mit dem Körper der Nebenklägerin mittelbar in Verbindung zu bringen, die ihre gesundheitsschädliche Wirkung – nach Konsum des Getränks über einen Stoff-

wechselform – erst noch entfalten mussten. Sie war daher nicht geeignet, unmittelbar und von außen einwirkend eine Körperverletzung zu verursachen; ihr haftete die erforderliche potentielle Gefährlichkeit nicht an. Die Pipette war danach kein gefährliches Werkzeug, sondern lediglich Mittel der Beibringung eines gesundheitsgefährdenden Stoffes; Handlungen unter Verwendung solcher Art Tatmittel unterfallen aber § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. *Grünwald*, in: LK-StGB, § 224 Rn. 11 m.w.N.). Für die Tasse als bloßes Trinkgefäß, aus der die Nebenklägerin den mit GBL versetzten Apfelsaft selbständig trank, gilt erst recht nichts anderes.

- ²⁵ Dies steht im Einklang mit früherer Rechtsprechung zu der Einordnung von ätzender Säure, die dem Opfer ins Gesicht gegossen wird, als gefährliches Werkzeug (vgl. *BGH*, Urte. v. 21.11.1950 – 4 StR 20/50, BGHSt 1, 1; vom 22.12.1993 – 3 StR 419/93), die der Gesetzgeber bei der Überführung und Erweiterung des Tatbestandes der Vergiftung (§ 229 StGB a.F.) in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26.1.1998 (BGBl. I 1998, S. 164) übernommen hat (vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18), und der entsprechenden rechtlichen Bewertung eines Pfefferspraysesatzes (*BGH*, Urte. v. 12.1.2012 – 4 StR 499/11). Denn anders als bei der Beibringung der Tropfen vermittelt über ein Getränk können die mit einem Gegenstand von außen auf den Körper gebrachten Stoffe unmittelbar zu erheblichen Körperverletzungen führen.
- ²⁶ (2) Es handelt sich bei der Variante "Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs" in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch nicht um den "Oberbegriff" zur Variante der Begehung durch "Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen" in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit der Folge, dass ein gesundheitsschädlicher Stoff stets auch ein gefährliches Werkzeug wäre; § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nicht *lex specialis* zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 224 Rn. 6; *Krüger/Maurer*, JA 2018, 321 [323]; a.A. für den Fall, dass Flüssigkeiten, Gase oder gar Strahlen mit einem Gegenstand auf den Körper gerichtet und mit diesem in Verbindung gebracht werden *Grünwald*, in: LK-StGB, § 224 Rn. 20; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 62. Ed., 224 Rn. 29).
- ²⁷ Spezialität als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den infrage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren Gesichtspunkt erfasst, also spezieller ist (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa *BGH*, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, NJW 2023, 1973 [1976 m.w.N.]).
- ²⁸ Dies ist im Verhältnis von § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB schon mit Blick auf den aufgezeigten Wortlaut nicht der Fall. Aber auch ungeachtet des Umstands, dass Gift oder ein anderer gesundheitsgefährdender Stoff für sich genommen keine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug darstellen, gibt es auch kein weiteres, den Sachverhalt genauer erfassendes Merkmal in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB, das in Nr. 2 nicht enthalten ist; vielmehr stehen sich einerseits die "Beibringung" in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB und andererseits die Begehung der Körperverletzung "mittels" der Waffe oder dem gefährlichen Werkzeug in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegenüber, ohne dass das eine im anderen enthalten wäre.
- ²⁹ Gegen ein Spezialitätsverhältnis spricht zudem, dass der Gesetzgeber durch das 6. StrRG zwar den in § 229 StGB a.F. geregelten Tatbestand der Vergiftung abschaffen und dieses Unrecht (unter anderen Voraussetzungen) in § 224 Abs. 1 StGB integrieren wollte, die Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen als weiterer Qualifikationstatbestand aber hinzukommen sollte (vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 15 f.). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich kein Anhalt, dass die neu in § 224 Abs. 1 StGB eingeführte Variante lediglich ein Unterfall der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs sein sollte. Es folgt hieraus vielmehr nur, dass der Gesetzgeber trotz Abschaffung des Vergiftungstatbestands in § 229 StGB a.F. dem erhöhten Unrechtsgehalt einer Giftbeibringung durch eine Verschärfung des § 223 StGB-E Rechnung tragen wollte (BT-Drs. 13/8587, S. 35 f.). Es wäre systematisch im Hinblick auf die Regelungstechnik jedenfalls unüblich (vgl. allerdings *BGH*, Beschl. v. 20.2.2018 – 3 StR 612/17, NSTZ-RR 2018, 140; Urte. v. 5.3.2003 – 2 StR 494/02, NSTZ 2003, 604 zum Verhältnis von § 249 und §§ 253, 255 StGB), die "Auffangvariante" des gefährlichen Werkzeugs in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu regeln, zugleich dieser den "Spezialfall" in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB aber voranzustellen. Schließlich spricht auch der Rechtszustand vor der Reform nicht für ein Spezialitätsverhältnis, da es sich bei § 223a StGB a.F. und § 229 StGB a.F. um zwei unterschiedliche Strafvorschriften handelte.
- ³⁰ (3) Für die Auslegung des Merkmals des gefährlichen Werkzeugs in § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB kann nichts anderes gelten.
- ³¹ Die von der *Strafkammer* angestellten teleologischen Erwägungen, nach der angesichts vergleichbarer Gefährlichkeit die Gleichbehandlung der Verwendung von sedierend wirkenden Substanzen und beispielsweise "Holzknüppeln" geboten sei, negieren die aufgezeigten Ergebnisse der grammatikalischen, historischen und systematischen Auslegung; allein auf Gerechtigkeits Erwägungen gestützt kann insbesondere nicht die Wortlautgrenze und damit letztlich der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG außer Acht gelassen werden (in diesem Sinne auch *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 18). Soweit sich das *LG* mit dem Vergleich zu Holzknüppeln auf das oben erwähnte Urteil des *BGH* vom 21.11.1950 (4 StR 20/50, BGHSt 1, 1) bezogen haben sollte, in dem diese ebenfalls genannt werden, hätte es verkannt, dass der damalige Angeklagte dem Raubopfer Salzsäure aus einem Topf unmittelbar ins Gesicht schüttete und damit den Tatbestand der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs erfüllte.
- ³² Ungeachtet dessen bedürfte es der von der *Strafkammer* vorgenommenen Auslegung des Werkzeugbegriffs auch

nicht, um zu einer schuldangemessenen Ahndung von Fällen der Verabreichung sedierender Substanzen im Rahmen des § 177 StGB zu kommen. Denn es ist dem Tatgericht unbenommen, solche Taten, in denen der Täter – wie hier – ein sehr gefährliches und in seiner konkreten Wirkungsweise, gerade in Kombination mit erheblichen Mengen Alkohol, kaum zu kontrollierendes Mittel im Sinne des § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB bei sich führt und sogar für die Tatbegehung einsetzt, bei der Strafzumessung entsprechend zu würdigen. Der Gesetzgeber hat bei den Strafobergrenzen in den Strafraumen des § 177 Abs. 7 und 8 StGB keinen Unterschied gemacht (§ 38 Abs. 2 StGB).

- ³³ c) Obschon der Angeklagte nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen durch das Verwenden des K.O.-Mittels zugleich § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB in Tateinheit mit § 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 5 StGB verwirklichte (vgl. dazu *BGH*, Beschl. v. 24.5.2016 – 5 StR 163/16 Rn. 3), sieht sich der Senat daran gehindert, den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO selbst abzuändern. Denn nach den Feststellungen liegt es jedenfalls nicht fern, dass der Angeklagte auch die Qualifikation des § 177 Abs. 8 Nr. 2b StGB (Herbeiführung einer konkreten Todesgefahr für das Opfer) verwirklichte.
- ³⁴ Zwar hat das *LG* in der Beweiswürdigung ausgeführt, dass es nur von einer "jedenfalls" abstrakten Lebensgefahr ausgegangen ist. Dies steht aber in einem Spannungsverhältnis zu den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zur Auffindesituation. Danach bestand bei der Nebenklägerin

"aufgrund der starken Bewusstseinsbeeinträchtigung und der Übelkeit das Risiko des Erstickens durch Bewusstlosigkeit wie das Rutschen der Zunge in den Schlund oder durch das Aspirieren von Fremdkörpern infolge Erbrechen". Es erscheint danach nicht ausgeschlossen, dass dieses Risiko im zweiten Rechtsgang als eine konkrete Todesgefahr bewertet werden kann. Dies gilt auch in subjektiver Hinsicht: Denn nach den Feststellungen war dem Angeklagten bewusst, dass die Verabreichung der Tropfen, insbesondere in Verbindung mit Alkohol, erhebliche gesundheitliche Risiken bis hin zu einer Todesgefahr in sich barg. Das Verböserungsverbot steht einem Austausch des Qualifikationsmerkmals – gegebenenfalls nach entsprechenden Hinweisen (§ 265 Abs. 1 StPO) – nicht entgegen (*BGH*, Beschl. v. 1.12.2020 – 4 StR 519/19 Rn. 7 m.w.N.).

- ³⁵ 3. Die Aufhebung des Schuldspruchs im Fall II.3 der Urteilsgründe nötigt zur Aufhebung der zugehörigen Einzelstrafe, was dem Gesamtstrafauspruch die Grundlage entzieht. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben, denn sie werden von den Wertungsfehlern nicht berührt (§ 353 Abs. 2 StPO); sie können durch das neue Tatgericht um solche ergänzt werden, die den bisher getroffenen nicht widersprechen.
- ³⁶ 4. Im Umfang der Aufhebung bedarf die Sache neuer Verhandlung und Entscheidung.

[...]

Die Entscheidung des BGH zu den K.O.-Tropfen und die prompte Reaktion der Kriminalpolitik

von Prof. Dr. Anja Schiemann*

I. Einführung

Die Entscheidung des *BGH* ist wenig überraschend und wurde dennoch bereits mehrfach – gerade auch in Ausbildungszeitungen – kommentiert.¹ Zwei Gründe kann man hierfür ins Feld führen. Zum einen argumentiert der *5. Strafsenat* lehrbuchmäßig² und zwingend³ anhand der gängigen Auslegungsmethoden, dass K.O. Tropfen sich nicht unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs subsumieren lassen. Zum anderen hat diese Entscheidung sehr schnell zur Reaktion des Gesetzgebers geführt. In seiner 1054. Sitzung beschloss nämlich der Bundesrat am 23.5.2025, den Entwurf eines Gesetzes zur strafrechtlichen Bekämpfung der Verabreichung sogenannter K.O.-Tropfen zur Begehung von Raub- und Sexualdelikten beim Deutschen Bundestag einzubringen.⁴ Es scheint sehr wahrscheinlich, dass dieses Gesetz dann auch vom Bundestag entsprechend verabschiedet und somit ein Gleichklang von § 177 Abs. 8 Nr. 2 sowie § 250 Abs. 2 Nr. 2 mit § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB hergestellt wird.

II. Argumentative Grundzüge der Entscheidung

Zunächst stellt der *BGH* klar, dass sich eine Auslegung, nach der sog. GBL-Tropfen für sich genommen ein Werkzeug i.S. des § 177 Abs. 8 Nr. 1 Alt. 2 StGB darstellen, nicht mit dem Wortlaut der Norm in Einklang bringen lasse. Nach allgemeinem Sprachgebrauch handele es sich bei Werkzeugen um feste Körper, so dass Flüssigkeiten aber auch Gase keine Gegenstände seien und ihnen mithin auch keine Werkzeugqualität zukommen könnte.⁵ Insofern wurden – zum Glück – die ausufernden Tendenzen in der Rechtsprechung wieder eingefangen, nach denen etwa Salzsäure oder Gase aufgrund drohender Strafbarkeitslücken unter den Begriff subsumiert werden konnten,⁶ jedenfalls so lange, bis die Tatmodalität des Bebringens von Gift oder anderer gesundheitsschädlicher Stoffe in § 224 StGB noch nicht geschaffen worden war.⁷

Allerdings gilt es zu bedenken, dass diese weite Rechtsprechung durch einen etwas anders gelagerten argumentativen Strang begründet wurde, nämlich den, dass quasi die Behältnisse der Flüssigkeiten oder Gase selbst das Werkzeug sein könnten.⁸ Die Pipette, mit der die K.O.-Tropfen in dem vom *5. Strafsenat* entschiedenen Fall verabreicht wurden, kann aber nicht als solch ein von außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes potenziell gefährliches Tatmittel angesehen werden. Denn, dies wurde vom *Senat* völlig zu Recht festgestellt, die Pipette wurde vom Angeklagten lediglich als Dosierungshilfe verwendet und war in der konkreten Verwendungsart lediglich ein völlig ungefährliches Mittel, um ein Getränk mit den Tropfen zu versetzen. Die schädliche Wirkung ging also nicht von der Pipette aus, sondern erst vom Konsum des Getränks.

Mit systematischen Erwägungen verweist der *Senat* zudem auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem wortlautgleichen § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, nach der solche Mittel, die erst nach einem Stoffwechselprozess im Körper sedierend oder narkotisierend wirken, keine gefährlichen Werkzeuge sein können.⁹

Systematisch wird in der Entscheidung dann auch § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB in den Blick genommen. Dieser enthält neben der Variante der Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs im Gegensatz zu § 177 Abs. 8 StGB auch die Variante der Tatbegehung durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen. Die Entscheidungsgründe legen sehr gut nachvollziehbar dar, warum beide Varianten nicht im Spezialitätsverhältnis zueinanderstehen, also die Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs nicht den Oberbegriff zur Variante der Begehung durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen darstellt. Daher fällt eben bei § 177 Abs. 8 StGB, in dem die Variante der Begehung durch Beibringung von Gift oder anderen

* Prof. Dr. Anja Schiemann ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Universität zu Köln.

¹ Vgl. Jäger, JA 2025, 79; Jahn, JuS 2025, 276; Heim/Beukelmann, NJW-Spezial 2024, 762; Lichtenthäler, FD-StrafR 2024, 824459; Deutscher, StRR 2025, 28; Müller, jM 2025, 88; Ruppert, JR 2025, 193.

² Jäger spricht gar von einem „Lehrstück für die Anwendung unterschiedlicher Auslegungsmethoden zur angemessenen Normausfüllung“, was ihn zu der Annahme veranlasst, es sei nur eine Frage der Zeit, bis die Problematik – wenn auch in neuem Gewande – zum Gegenstand des schriftlichen Staatsexamens gemacht würde, ders., JA 2025, 79 (82).

³ Müller, jM 2025, 88 (89), nennt es so auch „wenig überraschend“, dass die „konsequente Anwendung des klassischen (Auslegungsj)canons“ zu dem getroffenen Ergebnis führt.

⁴ BR-Drs. 128/25.

⁵ So auch die gängige Kommentarliteratur, vgl. bspw. Hartung, in: MK-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 224 Rn. 15; Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar zum StGB, 31. Aufl. (2025), § 224 Rn. 14; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 224 Rn. 14; Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 65. Ed. (Stand: 1.5.2025), § 224 Rn. 31.

⁶ BGHSt 1, 4; BGHSt 4, 125.

⁷ Zu den Hintergründen Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar zum StGB, § 224 Rn. 14.

⁸ Vgl. BGH, NStZ-RR 2011, 275 im Fall einer mit einem Haushaltsreiniger befüllten Sprühflasche.

⁹ BGH, NStZ-RR 2018, 141; NStZ 2009, 505.

sundheitsschädlichen Stoffen fehlt, nicht „automatisch“ das Beibringen von K.O.-Tropfen als gesundheitsschädlicher Stoff oder Gift unter die Tatvariante des gefährlichen Werkzeugs.

Insofern greift der Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 8 StGB, der eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren vorsieht, im konkreten Fall nicht ein. Allerdings verweist der 5. Strafsenat darauf, dass die Qualifikation des § 177 Abs. 7 StGB durch das Beisichführen der K.O.-Tropfen als Mittel, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, erfüllt ist. Diese Qualifikation ist mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren bedroht. Auch § 224 StGB ist gleich in mehreren Varianten verwirklicht. Während die Beibringung der K.O.-Tropfen so beispielsweise die gefährliche Körperverletzung in der Variante der Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen erfüllt, ist der Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 8 StGB ebenso wie § 250 Abs. 2 StGB aufgrund einer vergleichbaren gesetzlichen Regelung nicht verwirklicht.

III. Kriminalpolitische Reaktion

Aufgrund dieser schon zuvor im Rahmen des Raubdelikts aufgezeigten, nun auch für § 177 Abs. 8 StGB festgestellten Strafbarkeitslücke in Bezug auf die Verabreichung von K.O.-Tropfen, wurde gesetzgeberischer Handlungsbedarf gesehen und in den Medien aufgegriffen.¹⁰ Gut drei Monate nach Veröffentlichung der Pressemeldung der BGH-Entscheidung stellte das Land Berlin einen Entschließungsantrag zur Sicherstellung einer schuldangemessenen Bestrafung bei Einsatz psychotroper Substanzen zur Ermöglichung einer Sexualstraftat.¹¹ Unter diesem sperrigen Titel wurde die Entscheidung des 5. Strafsenats zum Anlass genommen, um der Aufforderung Nachdruck zu verleihen, dass die Bundesregierung sich dieses Themas annimmt und „einen Gesetzentwurf für eine Vorschrift im StGB vorzulegen, welcher der besonders gefährlichen Begehungsweise der Verabreichung von K.O.-Tropfen und anderer psychotroper Substanzen gerecht wird.“¹²

Der Entschließungsantrag bezog sich aber nur auf Sexualstraftaten. Daher empfahl der federführende Rechtsausschuss im Bundesrat, diesen Antrag auf Raubstraftaten auszuweiten und explizit § 250 Abs. 2 StGB als auch § 177 Abs. 8 StGB den Strafbarkeitsbedürfnissen anzupassen.¹³ Dementsprechend wurde am 21.3.2025 ein Beschluss des Bundesrats gefasst.¹⁴ Nur wenige Tage später legte das Land Nordrhein-Westfalen einen Gesetzesantrag zu dem Entwurf eines Gesetzes zur strafrechtlichen Bekämpfung der Verabreichung sogenannter K.O.-Tropfen

zur Begehung von Raub- und Sexualdelikten vor.¹⁵ Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 5. Strafsenats vom 8.10.2024 sowie einer älteren Entscheidung aus dem Jahr 2009 zu einer Verabreichung von K.O.-Tropfen zur Begehung eines Raubdelikts¹⁶ wurde vorgeschlagen, die Straftatbestände des § 250 Abs. 2 StGB sowie § 177 Abs. 8 StGB um das in § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB bereits bestehende Merkmal der Beibringung von gesundheitsschädlichen Stoffen zu ergänzen. In der Begründung heißt es, dass der BGH bereits entschieden habe, dass die Verabreichung von K.O.-Tropfen den Straftatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB erfülle. Insofern werde eine Bestrafung bei Anwendung eines Mindeststrafrahmens von fünf Jahren für Raub- und Sexualstraftaten ermöglicht, bei denen der Täter das Opfer zuvor durch die Verabreichung von K.O.-Tropfen wehrlos gemacht habe.¹⁷

Am 23.5.2025 fasste der Bundesrat dann den Beschluss, den Gesetzentwurf in den Bundestag einzubringen.¹⁸ Dabei wird der gesetzgeberische Regelungsbedarf nicht nur anhand der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung, sondern auch anhand der gesundheitlichen Risiken erläutert.¹⁹

Etwas überraschend ist, warum in dem Gesetzentwurf nicht einfach der Gesetzeswortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB in § 177 Abs. 8 StGB und § 250 Abs. 2 StGB überführt wurde, sondern die Einfügungen etwas abgeändert werden. In dem ursprünglichen Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalens hieß es noch für beide Straftatbestände, dass qualifizierend handelt, wer „die Tat durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen begeht“.²⁰ Nun soll in § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB „zur Ausführung der Tat dem Opfer Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe beibringt oder“ und in § 250 Abs. 2 Nr. 2 StGB „zur Ausführung der Tat einer anderen Person Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe beibringt“ eingefügt werden.²¹

Laut Gesetzesbegründung orientiert sich der Begriff des Opfers in § 177 StGB sowie der Begriff der „anderen Person“ in § 250 StGB an den Begrifflichkeiten innerhalb der betreffenden Vorschriften. Die Formulierung „zur Ausführung der Tat“ orientiert sich an § 243 Abs. 1 Nr. 1 und § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, wonach der Täter die K.O.-Tropfen zur Ausführung des Raub- oder Sexualdelikts beibringt, wenn er nach seiner Vorstellung bereits bei Beibringung den Vorsatz hat, dadurch eine Raub- oder Sexualstraftat zu ermöglichen.²² Diese Formulierung dürfte dann die Anforderungen an die Beweisführung deutlich erhöhen. Denn es reicht nicht, wie im Rahmen des § 224 StGB, aus, die Tat durch die Beibringung von K.O.-Tropfen zu begehen, sondern es muss nachgewiesen werden,

¹⁰ Nur darstellend und ohne kriminalpolitische Forderung *Suliak*, K.O.-Tropfen sind kein Holzknüppel, Ito v. 13.11.2024, abrufbar unter: <https://www.ito.de/recht/nachrichten/n/bgh-5str38224-kotropfen-liquid-ecstasy-sexueller-uebegriff-gefaehrliches-werkzeug> (zuletzt abgerufen am 26.5.2025).

¹¹ BR-Drs. 28/25 v. 28.1.2025.

¹² BR-Drs. 28/25, S. 2.

¹³ BR-Drs. 28/1/25.

¹⁴ BR-Drs. 28/25 (Beschluss) v. 21.3.2025.

¹⁵ BR-Drs. 128/25 v. 25.3.2025.

¹⁶ BGH, NStZ 2009, 505.

¹⁷ BR-Drs. 128/25, S. 2.

¹⁸ BR-Drs. 128/25 (Beschluss) v. 23.5.2025.

¹⁹ BR-Drs. 128/25 (Beschluss), S. 3 f.

²⁰ BR-Drs. 128/25, S. 1.

²¹ BR-Drs. 128/25 (Beschluss), S. 1 f.

²² BR-Drs. 128/25 (Beschluss), S. 7.

dass die Verabreichung in der Intention erfolgte, sodann die Raub- oder Sexualstraftat zu ermöglichen. Es stellt sich die Frage, wie dieses Vorsatzerfordernis in der Praxis gerichtlich festgestellt wird. Hier wird man sich vielfach – bei Bestreiten einer entsprechenden Intention durch den Angeklagten – mit Indizien behelfen müssen. Andererseits muss natürlich auch der immensen Strafdrohung von mindestens fünf Jahren im Rahmen des § 177 Abs. 8 StGB und § 250 Abs. 2 StGB Rechnung getragen werden, so dass es sicher angebracht ist, sich über restriktive Tatbestandsmerkmale im Rahmen der Qualifizierung Gedanken zu machen.

IV. Fazit

Die Entscheidung des 5. Strafsenats zeigt einmal mehr, dass Strafbarkeitsbedürfnisse nicht dazu führen dürfen, vorschnell durch übereifrige Interpretation von Tatbestandsmerkmalen Strafbarkeitslücken zu schließen. Der

BGH erliegt dieser Versuchung nicht, sondern stellt lehrbuchmäßig fest, dass der Auslegung – schon dem Wortlaut nach – deutliche Grenzen gesetzt sind. Sieht der Gesetzgeber dann Handlungsbedarf, so muss er Strafgesetze nachjustieren, genau das ist die Aufgabe der Kriminalpolitik. Allerdings muss nicht jede Gesetzeslücke auch geschlossen werden, ob dies geboten und sinnvoll ist, ist Aufgabe einer evidenzbasierten Strafrechtswissenschaft. Was die K.O.-Tropfen betrifft, so gibt schon die Gesetzesbegründung des Beschlussantrags Anlass dafür, darüber nachzudenken, wie Opfer wirkungsvoll geschützt werden können. Denn das Dunkelfeld ist hoch, weil die Substanzen nur für wenige Stunden in Blut und Urin nachgewiesen werden können.²³ Insofern können Studien helfen, die sich mit dem Nachweis solcher Substanzen beschäftigen.²⁴ Daher sollte nicht einseitig nur nach strafgesetzlichen Lösungen gesucht werden, sondern der Blick neben der Nachweisbarkeitsproblematik auch immer auf die Prävention gerichtet werden.

²³ BR-Drs. 128/25 (Beschluss), S. 4.

²⁴ So bspw. das länderübergreifende Forschungsprojekt an der TU Chemnitz: <https://www.tu-chemnitz.de/tu/pressestelle/aktuell/12707> (zuletzt abgerufen am 26.5.2025) oder die Studie am Universitätsklinikum Freiburg: <https://www.uniklinik-freiburg.de/presse/pressemitteilungen/detailansicht/4176-sicheres-nachtleben-studie-zum-nachweis-von-ko-mitteln-gestartet.html> (zuletzt abgerufen am 26.5.2025).

BGH bestätigt Verurteilung wegen Volksverhetzung aufgrund der Veröffentlichung einer Abbildung des Eingangs eines Konzentrationslagers mit der Aufschrift „Impfen macht frei“

BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24

[...]

Gründe:

- 1 Das *LG* hat den Angeklagten wegen Volksverhetzung zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 50 EUR verurteilt. Seine auf die Sachrüge gestützte Revision ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Der Erörterung bedarf allein der Schuldspruch:
- 2 1. Nach den vom *LG* getroffenen Feststellungen veröffentlichte der Angeklagte im April 2020, während der ersten Infektionswelle der COVID-19-Pandemie, über sein von jedem Nutzer einsehbares „Facebook“-Profil eine karikaturhaft wirkende Abbildung, die das Eingangstor zu einem Lager zeigte. Oberhalb des Zugangs war der geschwungene Schriftzug „Impfen macht frei“ angebracht. Das Eingangstor war augenscheinlich an dasjenige des Konzentrationslagers Auschwitz mit dem Schriftzug „Arbeit macht frei“ angelehnt. Das Tor flankierten zwei schwarz gekleidete, soldatisch anmutende Wächter, die jeweils eine überdimensionierte, mit einer grünen Flüssigkeit gefüllte Spritze in den Armen hielten. Im Inneren des Lagers waren zwei blumengeschmückte Bildnisse zu erkennen, nämlich das Portrait eines überzeichnet dargestellten Chinesen sowie ein solches des „Microsoft“-Gründers und Gesundheitsmäzens Bill Gates. Die Abbildung trug den Untertitel „Die Pointe des Coronawitzes“.
- 3 Vor dem Hintergrund der sich aufheizenden gesellschaftlichen Debatte über die staatlichen Maßnahmen zum Schutz gegen das SARS-CoV-2-Virus war die Veröffentlichung geeignet, gewalttätige Reaktionen derjenigen hervorzurufen, die sich als Opfer der Coronaschutzmaßnahmen sahen und sich insbesondere nicht gegen das Virus impfen lassen wollten. Zudem war sie geeignet, bei in Deutschland wohnhaften Überlebenden des Holocausts und Nachkommen der Holocaustopfer ein Klima der Angst und Verunsicherung zu verbreiten. Diese Umstände waren dem Angeklagten bewusst. Er nahm sie billigend in Kauf.
- 4 2. Das *LG* hat das festgestellte Verhalten als Volksverhetzung nach § 130 Abs. 3 StGB in der Tathandlungsvariante des Verharmlosens beurteilt. Dies hält sachlichrechtlicher Nachprüfung stand. Im Einzelnen:
 - 5 a) Die Annahme der *Strafkammer*, der Angeklagte habe eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 VStGB bezeichneten Art öffentlich verharmlost, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.
 - 6 aa) Das Tatbestandsmerkmal des Verharmlosens ist erfüllt, wenn der Täter das betreffende Geschehen in tatsächlicher Hinsicht herunterspielt, beschönigt, in seinem wahren Gewicht verschleierte oder in seinem Unwertgehalt bagatellisiert beziehungsweise relativiert. Dabei werden alle denkbaren Spielarten agitativer Hetze ebenso wie verbrämter diskriminierender Missachtung erfasst. Es kann sich mithin insbesondere sowohl um ein quantitatives als auch um ein qualitatives Abwerten handeln (s. *BGH*, Urt. v. 6.4.2000 – 1 StR 502/99, BGHSt 46, 36, 40, 42; v. 22.12.2004 – 2 StR 365/04, BGHR, StGB § 130 Abs. 3 Verharmlosen 2; *BVerwG*, Urt. v. 5.8.2009 – 6 A 3.08, BVerwGE 134, 275 [282 f.]; *Schäfer/Anstötz*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. [2021], § 130 Rn. 82).
 - 7 bb) Der tatsächliche Gehalt einer – sprachlichen wie bildlichen – Äußerung ist im Wege der Auslegung zu bestimmen; dies ist Tatfrage des Einzelfalls und damit Sache des Tatgerichts. Dem Revisionsgericht ist eine eigene Würdigung versagt. Kommt das Tatgericht zu einem vertretbaren Ergebnis, so hat das Revisionsgericht dessen Auslegung hinzunehmen, sofern sie sich nicht als rechtsfehlerhaft erweist, etwa weil die tatrichterlichen Erwägungen lückenhaft sind, Sprach- und Denkgesetze verletzen oder gegen Erfahrungssätze verstoßen; die rechtliche Prüfung erstreckt sich darauf, ob allgemeine Auslegungsregeln verletzt worden sind. Verbleiben Zweifel am Inhalt der Äußerung oder ist sie mehrdeutig, gebietet eine am Grundrecht der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ausgerichtete Interpretation, auf die günstigere Deutungsmöglichkeit abzustellen, wenn diese nicht ihrerseits ausgeschlossen ist (s. *BGH*, Beschl. v. 3.5.2016 – 3 StR 449/15, BGHR, StGB § 130 Abs. 3 Leugnen 2 Rn. 5; *Krauß*, in: *LK-StGB*, 13. Aufl. [2021], § 130 Rn. 190, jeweils m.w.N.).
 - 8 cc) Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist die vom *LG* eingehend dargelegte Wertung nicht zu beanstanden, die untertitelte Abbildung verschleierte und bagatellisierte das historisch einzigartige Unrecht der in Konzentrationslagern vollzogenen Vernichtung von Millionen europäischen Juden und anderen vom nationalsozialistischen Regime verfolgten Gruppen in seinem wahren Gewicht.
 - 9 Im Kern hat die *Strafkammer* diese Deutung damit begründet, dass mit der Darstellung eine qualitative Gleichsetzung der zur Tatzeit bestehenden und zu erwartenden staatlichen Maßnahmen zum Schutz gegen das Coronavirus sowie der Benachteiligungen derjenigen, die sich den staatlichen Maßnahmen widersetzen und nicht gegen SARS-CoV-2 impfen lassen wollen, mit diesem historisch einzigartigen Unrecht vorgenommen werde. Im heutigen

rechtsstaatlichen Deutschland seien indes keine vergleichbaren Repressalien gegen nicht impfbereite Personen gegeben oder zu erwarten gewesen.

- ¹⁰ Andere Deutungsmöglichkeiten hat die *Strafkammer* ausgeschlossen. Insbesondere sei die Darstellung nicht dahin zu verstehen, dass die gegenwärtigen und zukünftig zu befürchtenden Eingriffe in die Rechte der sich Coronaschutzmaßnahmen widersetzenden Menschen lediglich im Sinne einer überzogenen Dramatisierung aufgewertet würden. Vielmehr werde – insbesondere – der Eindruck erweckt, der NS-Völkermord sei bloß ein vergleichbares Übel gewesen. Eine Überzeichnung eigener Betroffenheit sei hier von der damit verbundenen missachtenden Abwertung des Schicksals der Opfer dieses Unrechts nicht zu trennen.
- ¹¹ Gegen diese Auslegung ist von Rechts wegen nichts zu erinnern (zu verwandten Fällen s. *BayObLG*, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, juris Rn. 20 ff.; *KG*, Urt. v. 13.2.2023 – [2] 121 Ss 140/22 [44/22], juris Rn. 10 ff.; zustimmend *Lohse*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. [2024], § 130 Rn. 36; berichtend *Stegbauer*, NStZ 2023, 400 [404]; zu dem unmittelbaren Bezug auf das Konzentrationslager Auschwitz auch *Hoven/Obert*, NStZ 2022, 331 [333 f.]). Dem Gewährleistungsinhalt des Grundrechts der Meinungsfreiheit hat die Strafkammer bei ihrer Interpretation beanstandungsfrei Rechnung getragen. Jedenfalls auf dieser einzelfallbezogenen Grundlage steht der qualitativen Abwertung des NS-Völkermordes im Sinne einer Bagatellisierung von dessen Unwertgehalt nicht entgegen, dass zugleich die Auswirkungen von Coronaschutzmaßnahmen überzogen dramatisiert dargestellt werden sollten (zur tatrichterlichen Beurteilung vgl. *BayObLG*, Beschl. v. 2.7.2024 – 206 StRR 199/24, BeckRS 2024, 15772 Rn. 26; für eine generelle Untrennbarkeit *Rackow*, ZIS 2010, 366 [374 f.]; dagegen im Einzelfall kritisch *Hoven/Obert*, NStZ 2022, 331 [334 f.]).
- ¹² b) Das *LG* hat ebenso ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Veröffentlichung der untertitelten Abbildung geeignet war, den öffentlichen Frieden zu stören.
- ¹³ aa) Öffentlicher Friede ist ein Zustand allgemeiner Rechtssicherheit sowie das begründete Vertrauen der Staatsbürger in die Fortdauer dieses Zustands. Eine Störung dieses Friedens erfordert, dass berechnete – mithin konkrete – Gründe für die Befürchtung vorliegen, ein Angriff werde das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern, sei es auch nur bei der Bevölkerungsgruppe, gegen die er sich richtet (s. *BGH*, Urt. v. 25.9.2024 – 3 StR 32/24, NJW 2025, 380 Rn. 22 m.w.N.). Die Eignung zur Friedensstörung kann, namentlich bei einer Leugnung und Billigung im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB, indiziert sein; bei einer Verharmlosung ist sie hingegen selbständig festzustellen (s. *BVerfG*, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, NJW 2018, 2861 Rn. 23; *BGH*, Urt. v. 11.1.2018 – 3 StR 427/17, BGHSt 63, 66 Rn. 18; v. 25.9.2024 – 3 StR 32/24, a.a.O.; *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. [2020], § 130 Rn. 25). Meinungsäußerungen können dieses Merkmal erfüllen, wenn sie über die Überzeugungsbildung des Adressaten hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder durch Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können (s. *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300 [332]; v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, a.a.O., Rn. 27; *BGH*, Beschl. v. 14.11.2023 – 3 StR 141/23, BGHR, StGB § 130 Abs. 1 Friedensstörung 2 Rn. 54; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 138; kritisch *Roth*, GSZ 2022, 123 [127 f.]).
- ¹⁴ bb) Das *LG* hat zur Friedensgefährdung rechtsfehlerfreie Feststellungen getroffen und die aufgezeigten Maßstäbe zutreffend darauf angelegt.
- ¹⁵ (1) Auf der Grundlage seiner Auslegung hat es sich davon überzeugt, dass die Veröffentlichung der untertitelten Abbildung geeignet war, gewalttätige Reaktionen derjenigen hervorzurufen, die sich als Opfer der Coronaschutzmaßnahmen sahen und sich insbesondere nicht gegen das Virus impfen lassen wollten.
- ¹⁶ Im Rahmen einer Gesamtwürdigung hat es dabei – wiederum unter Berücksichtigung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG – den Inhalt der Darstellung, die Art und Weise ihrer Veröffentlichung sowie die politische Situation und die Stimmungslage in der Bevölkerung zum Tatzeitpunkt bedacht. Nachvollziehbar hat es zum einen darauf abgehoben, die Abbildung insinuiere, den Betroffenen staatlicher Coronaschutzmaßnahmen werde gleiches Unrecht zugefügt wie den Opfern des NS-Völkermordes, weshalb sie geeignet sei, ihre Betrachter aggressiv zu emotionalisieren. Zum anderen hat es der Darstellung jedenfalls vertretbar Appellcharakter dahin beigemessen, sich gegen staatliche Maßnahmen rechtzeitig, auch gewaltsam, zur Wehr zu setzen, bevor es zu einem staatlichen Impfwang komme. Denn durch die Gleichsetzung künftiger Belastungen von Ungeimpften im rechtsstaatlichen Deutschland mit der Situation der europäischen Juden und anderen vom NS-Regime verfolgten Gruppen im Nationalsozialismus werde nicht impfbereiten Personen eine bevorstehende Position der absoluten Entrechtung attestiert, gegen die sie mit und ohne Gewalt Widerstand leisten dürfen und unter Umständen sogar müssen. Vor diesem Hintergrund habe die Abbildung die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und könne in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen (zu einem ähnlichen Fall vgl. *BayObLG*, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23, juris Rn. 46).
- ¹⁷ (2) Die *Strafkammer* hat zudem die Überzeugung gewonnen, dass die Veröffentlichung des Weiteren geeignet war, bei in Deutschland wohnhaften Überlebenden des Holocausts und Nachkommen der Holocaustopfer ein Klima der Angst und Verunsicherung zu verbreiten. Denn die Abbildung degradiere den NS-Völkermord „zu einem austauschbaren Vergleichsobjekt für unliebsame und als belastend empfundene“ Maßnahmen, die indes nicht im Ansatz vergleichbar seien (ebenso *BayObLG*, Beschl. v. 17.2.2023 – 207 StRR 32/23, NStZ-RR 2023, 174 [176]; v. 12.4.2023 – 207 StRR 80/23, StV 2024, 353 Rn. 21; v. 2.8.2023 – 203 StRR 287/23, NJW 2023, 3525 Rn. 10).

Dies könne Hemmschwellen gegen antisemitische Übergriffe senken und das Sicherheitsgefühl der vom Holocaust betroffenen Gruppen beeinträchtigen, weil die Anerkennung der Schwere und Außergewöhnlichkeit dieses Unrechts gleichsam ein Schutzwall gegen solche Übergriffe bilde.

- ¹⁸ Das Argument, der NS-Völkermord werde zu einem seine Einzigartigkeit missachtenden Vergleichsobjekt gemacht, verliert nicht entscheidend an Gewicht, wenn in Bedacht genommen wird, dass die Coronaschutzmaßnahmen nicht nur als belastend empfunden wurden, sondern vielfach tatsächlich mit erheblichen Rechtseingriffen verbunden waren.
- ¹⁹ (3) Der rechtlichen Würdigung, wonach die beschriebenen potentiellen Risiken von gewalttätigen Reaktionen und – insoweit vom *LG* nur ergänzend eingestellt – Beeinträchtigungen des Sicherheitsgefühls die Eignung zur Friedensstörung begründen, ist beizutreten.
- ²⁰ cc) Wenngleich es nicht mehr tragend darauf ankommt, tritt hinzu, dass die Strafkammer rechtsfehlerfrei festgestellt hat, mit der Veröffentlichung der Abbildung werde außerdem das Narrativ einer kapitalistischen jüdischen

Weltverschwörung weitergetragen. Durch die Darstellung zweier blumengeschmückter Bildnisse im Inneren des Lagers, die einen Chinesen sowie den „Microsoft“-Gründer und Gesundheitsmäzen *Bill Gates* zeigten, drücke die Abbildung aus, dass diese Personen das Lager beherrschten und von dem dargestellten Impfzwang profitierten. Da *Bill Gates* jedoch regelmäßig, insbesondere im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, mit dem antisemitischen Verschwörungsmythos einer finanzstarken, jüdischen Elite in Verbindung gebracht werde, sei die Abbildung dahin zu verstehen, dass jene Personengruppe die Bevölkerung mittels des Coronavirus und der dagegen gerichteten staatlichen Schutzmaßnahmen zum Zweck des eigenen Profits unterdrücke.

- ²¹ Zwar hat das *LG* diese Feststellung lediglich im Rahmen der Strafzumessung getroffen und gewürdigt. Indes ist ausgeschlossen, dass sie ihm aus dem Blick geraten ist, als es sich damit befasst hat, ob die Abbildung eine emotionalisierende Wirkung entfaltet.
- ²² c) Auch im Übrigen weisen die Feststellungen und Wertungen der *Strafkammer*, namentlich zum subjektiven Tatbestand, keinen revisiblen Mangel auf.
[...]

BUCHBESPRECHUNGEN

Katharina Funcke: Die Zulässigkeit der Legendierten Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung der Legendierten Aktenführung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-19004-1, S. 348, Euro 89,90.

Es ist schon ein paar Jahre her, seit der 2. *Strafsenat* sich sehr grundsätzlich zur Rechtmäßigkeit Legendierter Kontrollen positionierte (NSStZ 2017, 651) und diese grundsätzlich für zulässig erklärte. Die kritischen Stimmen sind gleichwohl – zu Recht – nicht abgerissen und von *Schefer* ist auch bereits eine Dissertation zu diesem Thema erschienen (Rezension KriPoZ 2020, 303). Jetzt liegt eine weitere Dissertation vor, die sich nicht nur mit der rechtlichen Zulässigkeit der Legendierten Kontrolle, sondern auch mit der Legendierten Aktenführung beschäftigt. Genau wie in der Arbeit von *Schefer* wird ein eigener *de lege ferenda* Vorschlag unterbreitet, aber auch Praxishinweise in Form von Mindeststandards gegeben. Im Einzelnen:

Einführend wird unter „Terminologie“ die Bedeutung und Abgrenzung der Grundbegriffe Heimlichkeit, verdeckte Ermittlungsmaßnahme und Täuschung herausgearbeitet. Die Verfasserin kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Legendierten Kontrolle insoweit um einen Sonderfall handle, da die Ermittlungsbehörden dem Verdächtigen einerseits offen in ihrer Funktion gegenüberstehen, ihn jedoch andererseits über den Hintergrund und die Natur der folgenden Ermittlungsmaßnahme im Dunklen lassen oder gar aktiv einen falschen Kontrollanlass vorspiegeln. Insofern beinhalten Legendierte Kontrollen sowohl offene als auch heimliche bis täuschende Elemente (S. 33).

Da Legendierte Kontrollen häufig im Kriminalitätsbereich der Organisierten Kriminalität eingesetzt werden, stellt *Funcke* in Kapitel 2 die Frage, ob sich die Legendierten Kontrollen in das bestehende System verdeckter Maßnahmen einfügen und vor diesem Hintergrund notwendig sind. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass gerade in diesem Kriminalitätsbereich polizeiliche Maßnahmen oftmals zugleich repressiven als auch präventiven Zwecken dienen und aufgrund dieser Doppelfunktionalität Rechtsnatur und somit passende Ermächtigungsgrundlage umstritten seien. Auch wenn keine der in der Rechtswissenschaft diskutierten Lösungen vollends überzeugend sei, so erscheine doch die sog. Schwerpunktformel am geeignetsten. Diese sollte jedoch um die widerlegliche Vermutung ergänzt werden, dass sich bei einem mehraktigen Geschehen die Rechtsnatur der zuvor ergriffenen Maßnahme fortsetze, sofern die Begleitumstände keine Neubewertung des Sachverhalts erforderten (S. 54).

Kapitel 3 widmet sich dann der Rechtmäßigkeit staatlicher Täuschung. In diesem sehr kurzen Kapitel wird zunächst auf verfassungs- und europarechtliche Vorgaben Bezug genommen und festgehalten, dass die Rechtsprechung eine Täuschung nicht per se als Verstoß gegen den *nemo tenetur* Grundsatz bewertet. Im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör wird zumindest eine solche Täuschung für unzulässig erachtet, die dazu führt, dass sich der Betroffene gegen den ihm gegenüber erhobenen Vorwurf nicht verteidigen kann. Zwar schlossen weder Verfassung noch EMRK per se hoheitliche Täuschungen aus, allerdings seien diesen sowohl durch den Fair-trial-Grundsatz als auch durch den Anspruch auf rechtliches Gehör jedenfalls zeitliche Grenzen gesetzt. Daraus folge zugleich, dass es aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedürfe (S. 98).

Konsequent erfolgt daher in Kapitel 4 eine Überprüfung der Legendierten Kontrolle *de lege lata*. Zunächst wird hierfür die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nachgezeichnet, bevor zur Rechtmäßigkeit der derzeitigen Praxis Stellung bezogen wird. *Funcke* lehnt die von der Rechtsprechung festgeschriebene grundsätzliche Zulässigkeit Legendierter Kontrollen ab. So habe die Legendierte Durchsuchung schon keinen doppelfunktionalen Charakter und dürfe folglich nicht auf Polizeirecht gestützt werden. Die isolierte Untersuchung der Einzelmaßnahme führe zudem zu einer Umgehung des Richtervorbehalts, zu einem halb verdeckten Vorgehen bei der Durchsuchung und zu einem Verstoß gegen Belehrungspflichten sowie gegen das Täuschungsverbot. Die Schwere der Verstöße führe demzufolge zu einem umfassenden Beweisverwertungsverbot (S. 209).

In Kapitel 5 wendet sich die Verfasserin der zweiten Untersuchungsfrage zu, nämlich der rechtlichen Zulässigkeit der Legendierten Aktenführung. Hierzu wird zunächst die praktische Bedeutung der Legendierten Aktenführung herausgearbeitet, bevor sich dem Grundsatz der Aktenwahrheit, -klarheit und -vollständigkeit gewidmet wird. Sie kommt zu dem wenig überraschenden Ergebnis, dass dieser Grundsatz für ein rechtsstaatliches, faires Verfahren zwingend erforderlich ist (S. 227).

Ausführlich wird sodann die Praxis der Legendierten Aktenführung und deren Varianten beleuchtet, bevor diese als (meist) unzulässig angesehen wird, da sie mangels ge-

eigneter Rechtsgrundlage gegen das Fairnessgebot verstoße (S. 253). Insofern kommt die Verfasserin zu dem Ergebnis, dass einzig die Zurückstellung der Akteneinsicht bis zum Abschluss der Ermittlungen rechtmäßig sei. Erfolge dennoch eine Legendierung, so könne das strafrechtliche Konsequenzen für den Amtsträger nach sich ziehen (S. 273).

Konsequenz aus der rechtlichen Unzulässigkeit sowohl der Legendierten Kontrolle an sich als auch der Legendierten Akteneinsicht sind de lege ferenda Vorschläge in Kapitel 6. Zwar bestünde keine Pflicht des Gesetzgebers zur Normierung der Legendierten Kontrolle (S. 282), was für die Verfasserin schon daraus folgt, dass die Behörde keine Pflicht träge, rechtswidrige Maßnahmen umzusetzen (S. 279). Insofern ist klar: wo keine Maßnahme stattfindet, ist auch keine Rechtsgrundlage erforderlich. Allerdings mag man daran zweifeln, ob die Praxis zu den Legendierten Kontrollen sich in näherer Zukunft grundlegend ändert bzw. ganz ausgesetzt wird. Sind also Maßnahmen weiterhin geplant und sogar erwünscht, ist ein Handeln des Gesetzgebers geradezu zwingend – ansonsten würde ja rechtswidriges Handeln weiterhin toleriert.

Knapp umreißt *Funcke* sodann die bisherigen de lege ferenda Vorschläge, bevor sie sich dezidiert eigenen Überlegungen zuwendet. Sie formuliert mit § 110e StPO eine konkrete Regelung zu Legendierten Kontrollen, die auf Straftaten von erheblicher Bedeutung auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung, gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert begangen worden sind (S. 305). Da es sich um einen intensiven Eingriff in Rechte der Betroffenen handle, müsse dieser durch verschiedene Schutzmechanismen begrenzt werden, so dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleibe. Dagegen würde durch die Gestattung Legendierter Aktenführung eine rote Linie überschritten, die es im Rechtsstaat zu bewahren gelte (S. 306).

Ausblickend bliebe abzuwarten, ob Legendierte Kontrollen vor dem Hintergrund der Europäisierung des Strafverfahrens, bspw. durch die Europäische Ermittlungsanord-

nung, strategisch über Ländergrenzen hinweg auch von ausländischen Ermittlungsbehörden genutzt werden.

Auch wenn nach Auffassung der Verfasserin Legendierte Kontrollen de lege lata unzulässig sind, ist sie doch pragmatisch genug, um abschließende Mindeststandards zu formulieren, die beachtet werden sollten, sofern die Praxis partout nicht von den Legendierten Kontrollen Abstand nehmen sollte – wovon leider auszugehen ist (Anm. der Rezensentin). So müsse eine Legendierte Kontrolle jedenfalls dann unterbleiben, wenn keine gefährlichen Gegenstände im Fahrzeug oder beim Fahrer vermutet werden. Außerdem dürfe keine Befragung des unbelehrten Fahrers während der Durchsuchung stattfinden. Zudem sei der vollständige Sachverhalt der Staatsanwaltschaft durch die Polizei unverzüglich mitzuteilen sowie die Akten vollständig und wahrheitsgemäß zu führen. Die Akteneinsicht dürfe aber im Rahmen des § 147 Abs. 2 StPO vor Abschluss der Ermittlungen verweigert werden, soweit sonst der Untersuchungszweck (auch in einem anderen Verfahren) gefährdet werde. Allerdings sei die Akteneinsicht frühestmöglich und mit ausreichend Vorlauf vor der Anklageerhebung auf Antrag zu gewähren. Habe eine Täuschung stattgefunden, so sei dies dem Beschuldigten gesondert mitzuteilen. Darüber hinaus sei er ggf. qualifiziert zu belehren. Keinesfalls dürfe bewusst ein unvollständiger Sachverhalt angeklagt werden.

Diese Mindeststandards von *Funcke* sollten auf jeden Fall in der polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Praxis berücksichtigt werden, um dem erheblichen Grundrechtseingriff, wenn schon nicht durch eine – eigentlich zwingend erforderliche – Ermächtigungsgrundlage, so doch wenigstens durch einen verhältnismäßigen praktischen Gebrauch Rechnung zu tragen. Letztlich wiederholt sich hier in der Dissertation einmal mehr der Nachweis von dem, was schon bekannt ist, nämlich dass die Legendierten Kontrollen und erst recht die Legendierte Aktenführung rechtlich unzulässig sind – ganz den höchstrichterlichen Entscheidungen zum Trotz. Bleibt die Hoffnung, dass es nicht noch etlicher weiterer, diesen Befund bestätigenden Monografien bedarf, damit der Ruf nach einer Rechtsgrundlage vom Gesetzgeber endlich gehört wird.

Eva Kiel: Risiko als Konstruktion. **Studien zu einer interdisziplinären Risikodogmatik im Strafrecht**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Verlag Nomos, ISBN: 978-3-7560-1184-1, S. 433, Euro 129,00

Was hat das Strafrecht mit dem Konstruktivismus zu tun? Alles, möchte man antworten und ist erstaunt, dass erst die Habilitationsschrift von *Kiel* einen erkenntnistheoretischen Zugang über den Konstruktivismus zum heutigen Risikostrafrecht sucht. Erklärtes Ziel der Studie ist dann schon auf S. 19, „über die Erschließung von Argumentationsräumen neue Ansätze für die Lösung von Einzelfragen anzubieten, um auf diese Weise einen Beitrag zur Vermessung eindeutiger Strafbarkeitsgrenzen in einem durchlässigen Risikostrafrecht zu leisten“.

In Kapitel 1 werden hierfür die wissenschafts- und strafrechtlichen Grundlagen geschaffen. Die Theorie einer interdisziplinären Risikodogmatik im Strafrecht sei zugleich eine Metatheorie des Risikos (S. 66). Strafrechtsdogmatische Konstruktionen folgten der rechtstheoretisch fundierten und strafrechtlich ausgeformten Analytik der Theorie. Dabei seien strafrechtsdogmatische Theorien an die Funktion des Strafrechts gebunden, die sich wiederum aus der Funktion speise, die das Rechtssystem im Gesamtgesellschaft einnehme. Ihre Vermessung sei für eine Formierung der Systemgrenzen im Referenzpunkt strafrechtsdogmatischer Theorien obligatorisch. Das Strafrecht diene dem Erhalt der Normgeltung als Erfahrung, wobei ein kollektives Interesse an der künftigen Bedeutung der rechtsnormativen Erfahrung bestünde. Dabei manifestiere sich in der Strafbegründungsschuld die intersystemische Schnittstelle zwischen Subjekt und Strafrechtsperson als strukturelle Kopplung zwischen Bewusstsein und Kommunikation über den medialen Sprachcode. Erst als Strafzumessungsschuld werde strafrechtliche Schuld Teil der in den einzelnen Straftaten gesetzten Zwecke. Da ihr konstruktiver Rahmen über das Verhältnis von Dekonstruktion und Rekonstruktion des Erfahrungswertes bestimmt werde, unterliege die Intensität des Übels stets einer Determination durch die Intensität des Dekonstruktionsaktes.

Die Grundlegung einer strafrechtlichen Risikodogmatik erfolgt auf über 100 Seiten in Kapitel 2. Strafrechtsdogmatisch müsse immer an den Verstoß gegen eine strafbewehrte Verhaltensnorm angeknüpft werden. Da Verhaltensnormen immer auf einen Wirklichkeitsbereich hin ausgerichtet sein müssten, bezögen sie sich auf die Ex-ante-Möglichkeit einer Beeinträchtigung des von der Sanktionsnorm in Bezug genommenen Rechtsguts. Über die dogmatische Struktur der objektiven Zurechnung im weiteren Sinne gelange die metadisziplinäre Form des Risikos zur Entfaltung. Über die Formdifferenz der Ermöglichungsbedingungen im Medium Zeit könne mittels der

objektiven Zurechnung im weiteren Sinne als multifaktorielle *relatio relationis* die strafbewehrte Verhaltensnorm bestimmt werden.

Die Verfasserin zeigt auf, dass dogmatische Rekonstruktionen subjektiver Risikoperzeption an die epistemologischen Grenzen des Strafrechts stießen. Eine gesellschafts-externe strukturelle Kopplung über den Relationsfaktor Risikoperzeption erlaube jedoch die Verarbeitung neurophysiologischer, neuro- bzw. kognitions- und sozialpsychologischer Erkenntnisse über die theoretische Form bewusstseinsmodaler Risikokonstruktionen. Zum Dreh- und Angelpunkt koevolutiver Risikoforschung avanciere das Medium der Wahrscheinlichkeit. Dieser Befund sei für das Strafrecht bedeutsam, da der epistemologische Wert der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit nicht direkt der (statistischen) Quantifikation, sondern dem Bezug zur Rechtsperson folge. Der Relationsfaktor Schadenseintrittswahrscheinlichkeit gehe mithin als quantitativer Prädiktor über seine Formdifferenz in der Bedeutungsdimension und damit im strafrechtsdogmatischen Relationsfaktor Risikoperzeption auf.

Die Erkenntnisse des dritten Kapitels komplettieren die Konstruktion des qualifizierten Risikos, indem sie der objektiven Zurechnung im weiteren Sinne beim Vorsatzdelikt die Formen der Wahrnehmung und Wahrscheinlichkeitsmodellierung und beim Fahrlässigkeitsdelikt die Form der Wahrnehmung an die Seite stellen. Von den Möglichkeitstheorien unterscheidet sich die Konzeption *Kiels* insoweit, als die bloße Möglichkeitsvorstellung nicht als ausreichend angesehen wird. Vielmehr könnten inhibierende Kausalfaktoren die Modellierung einer Wahrscheinlichkeit $P(E) > 0$ stören. Eine Ausdehnung der Vorsatzbestrafung in den Bereich der bewussten Fahrlässigkeit sei vor diesem Hintergrund nicht zu befürchten.

Über die Form der Wahrscheinlichkeitsmodellierung lasse sich zugleich das psychische Substrat des Versuchs abbilden und sich dieser als Durchgangsstadium der Vollendung bezeichnen. Setze der Täter eine negationstaugliche Bedingung, so dokumentiere er auf diese Weise die Nichtanerkennung der von der strafbewehrten Verhaltensnorm in Bezug genommenen personalen Entfaltungsbedingungen. Das Vertrauen der übrigen Normadressaten in die Geltung der Norm werde erschüttert. Stehe die Ratio des strafbefreienden Rücktritts in einem Begründungszusammenhang zum Strafgrund des Versuchs, dann müsse die Wahrscheinlichkeitsmodellierung auch die Umsetzung der im Internum des Bewusstseins revozierten Entscheidung gegen das Rechtsgut abzubilden imstande sein. Die eine (Beendigungs-)Seite der Form bezeichne die Konstruktion eines hinreichenden Bedingungs-

hangs zwischen den ontischen Realisationen des unsicherheitsrelevanten Datums und Ex-ante-Erfolgseignis durch den Täter.

Im Vergleich zum Vorsatztäter operiere der Fahrlässigkeitstäter auf einer weniger komplexen Ebene kognitiver Kontingenzregulation. *Kiel* vertritt einen modifizierten komplexen Fahrlässigkeitsbegriff, wonach die über die Form der Wahrnehmung bezeichneten Operationen des Bewusstseins auf der Ebene des Verhaltensunrechts und allein die für die normative Ansprechbarkeit relevanten Operationen auf der Ebene der Schuld verortet sind.

Erkenntnis sei von vornherein allein über eine Rekonstruktion bewusstseinsmodaler Vorgänge möglich. Sie ließen sich jedoch nicht direkt aus der strafrechtlichen Binnenperspektive, sondern erst über eine strukturelle Kopplung zum Wissenschaftssystem der Psychologie beobachten. Hier könnten der Stimulus-, der Aufmerksamkeits- und der Erfahrungsindikator sowie der heuristische Indikator extrahiert und zur Konturierung der Formen Wahrnehmung und Wahrscheinlichkeitsmodellierung herangezogen werden.

Überführt werden diese Überlegungen sodann in Kapitel 4. Über eine strukturelle Kopplung zur Logik als Teilbereich des philosophischen Wissenschaftssystems einerseits und zu den empirischen Wissenschaften andererseits wird eine Dogmatik der objektiven Zurechnung im engeren Sinne entwickelt, die die Verfasserin als kausalitätskonkretisierende Risikorerhöhungslehre bezeichnet. Über die Formalstruktur der Prima-facie-Ursache lasse sich auf diese Weise die hinreichende Mindestbedingung bestimmen und könnten die maßgebenden ontischen Realisationen bzw. ihre stabilisierenden Negationen als deren notwendige Bestandteile ausgewiesen werden. Die ontischen Realisationen bzw. ihre stabilisierenden Negationen seien notwendige Bestandteile einer hinreichenden Mindestbedingung, wenn ihr Herausstreichen aus der Kausalerklärung die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des Ex-post-Erfolgseignisses reduziere.

Die Verfasserin fokussiert immer wieder auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt, der über eine generalisierende Betrachtung vom Standpunkt eines durchschnittlich konstituierten Beobachters zu bestimmen sei. Er bestimme sich formal über die Reaktionszeit zuzüglich der Zeit, die für die (motorische) Umsetzung des potenziell rettenden Verhaltens benötigt werde, welches schnellstmöglich realisierbar und erfolgsversprechend sei. Dabei könne die von der nomologischen Basis des perzipierenden Beobachters dependente ontologische Basis zu Verschiebungen dieses formalen Beurteilungspunktes führen. Erkenntnisse zu dieser nomologischen Basis könnten über den Mechanismus struktureller Kopplung zum Wissenschaftssystem der Psychologie aus einer Dimension sinnesbezogener Wahrnehmung gewonnen werden.

In Kapitel 5 „Explikationen“ werden die abstrakten Erkenntnisse einem Praxistest unterzogen. Es bleibt die Feststellung, dass die Risikogesellschaft das Strafrecht an

seine eigenen Systemgrenzen zwingt und zu einer Berücksichtigung extrajuridischer Erkenntnisse leitet. Dabei sucht die Verfasserin nicht nur nach philosophischen Ideengebäuden, sondern auch nach psychologischen Grundstrukturen, die sie fruchtbar machen möchte. Als tauglich erwiesen hat sich ihrer Meinung nach eine Konzeptualisierung ausgehend von einer Fremdbeobachtung aus der Perspektive der soziologischen Systemtheorie. Ihre radikal konstruktivistische Sicht weise Systeme als autopoietische und selbstreferenziell operierende Einheiten aus.

Risiken bänden als Konstruktion einzelner beobachtender Entitäten unterschiedliche Erfahrungen zur Kontingenz, weshalb sie immer auch divergierende Wirklichkeitsbereiche modellierten. Psychologische Risikokonstruktionen erlaubten eine Beobachtung der Schnittstelle von sensorischer Perzeption, Erfahrung und Erwartung als kognitive Operation des Subjekts. Sehe sich das Strafrecht mit der Rekonstruktion systemexterner Konstruktionen konfrontiert, so ließen sich über eine strukturelle Kopplung zum unmittelbar beobachtenden System oftmals praxistauglichere Lösungen generieren als über eine ausgreifende Normativierung. Ein Strafrecht, das sich der zunehmenden Komplexität unsicherheitsrelevanter Daten über eine normative Abschottung verschließe, habe dem Anachronismus-Einwand letztlich wenig entgegenzusetzen. Das Risiko als originäre Erkenntnisquelle müsse genutzt werden, indem seine Strukturen exploriert und die Wirklichkeiten, wie sie aus der je eigenen Perspektive der einzelnen beobachtenden Entitäten modelliert werden, für strafrechtliche Konstruktion operabel gemacht werden. Hier böte sich sowohl die weitergehende Ausdifferenzierung einer Dimension sinnesbezogener Wahrnehmung in spezifische Aktionsbereiche hinein als auch die Aufschlüsselung komplexer mathematischer Wahrscheinlichkeitsmodellierungen an.

Der Titel der Habilitationsschrift von *Kiel* hält, was er verspricht. Es wird ein interdisziplinärer (Ein-)Blick in die Risikodogmatik gegeben, wobei die akribische Auswertung der Literatur sich nicht nur aus den dezidierten Fußnoten, sondern auch dem umfangreichen, vielfältigen Literaturverzeichnis ergibt. Es wird ein konstruktivistischer Ansatz gewählt, auch wenn, um den Titel eines Interviews mit *von Foerster* zu bemühen, Wahrheit die Erfindung eines Lügners ist. Wieviel Wahrheit ist also möglich, wenn man verschiedene eigene Perspektiven unterschiedlicher Beobachter wählt? Näher als das Risiko in Wahrscheinlichkeiten zu messen, wird man der Wahrheit in einem sich dieser annähernden Sinne nicht kommen. Aber das verlangt das Strafrecht auch gar nicht. Wichtig ist, klassische Konstruktionen im Strafrecht nicht per se als gegeben hinzunehmen, sondern stets kritisch zu hinterfragen. Ansätze können dabei vielfältigster Natur sein und die Arbeit von *Kiel* lässt einen über den disziplinenbeschränkten Tellerrand schauen. Diesen interdisziplinären Weitblick sollte – nicht nur – die Strafrechtswissenschaft viel öfter wagen.

TAGUNGSBERICHT

Erlanger Cybercrime Tag 2024 – Hate Speech im Netz und die strafrechtliche Verfolgung

von Ass. iur. *Tabea Seum* und
Prof. Dr. *Christian Rückert**

I. Einleitung

Veranstalter *Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)* und sein ICLU-Team luden zum achten Erlanger Cybercrime Tag am 21.3.2024 in den Wasserraum der Orangerie in Erlangen ein. Ganz im Sinne des hybriden Tagungskonzepts konnten sowohl 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer vor Ort als auch viele weitere Interessierte virtuell teilnehmen, diskutieren, sich austauschen und vernetzen. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer setzten sich aus Vertretern der Wissenschaft, Strafrechts- und IT-Praxis, der Justiz, der Anwaltschaft und weiteren Fachvertreterinnen und Fachvertretern, sowie Studierenden zusammen und bereicherten den interdisziplinären Austausch und das Wesen der Veranstaltung. Das Veranstaltungsteam freut sich, dass durch die Vorträge und die sich anschließenden Q&A-Sessions das Thema Hate Speech im Netz und die strafrechtliche Verfolgung umfassend beleuchtet werden konnte.

Der Kampf gegen Hasskriminalität im Internet ist ein brandaktuelles Thema und sowohl der Bund als auch die Länder investieren viel Kraft und viele Ressourcen, um einer Verrohung der Kommunikationskultur im Internet entgegenzuwirken und kein gewaltvolles Klima entstehen zu lassen. Die Gesellschaft nimmt alltäglich Hate Speech oder digitale Gewalt im virtuellen Raum wahr und jede Userin und jeder User kann eines Tages davon betroffen sein. Es handelt sich dabei um ein gesamtgesellschaftliches Problem, welches nicht nur strafrechtliche Fragen berührt, sondern auch das Zivilrecht, Grundrechte, Urheberrechte, technische Aspekte, die Sprachwissenschaft und auch Psychologie. Im Rahmen der Referate auf dem Erlanger Cybercrime Tag 2024 konnten all diese Aspekte beleuchtet und diskutiert werden.

Bereits die Begrüßungsworte von *Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)*, verdeutlichten die aktuelle Relevanz der Thematik auf nationaler Ebene, wobei er auch

Parallelen zu internationalen Konflikten zog. Hate Speech ist ein Phänomen, welches uns zurzeit deutlich mehr beschäftigt, als noch vor einigen Jahren. Doch woher kommt dieser Wandel und die Art und Weise der Kommunikation im Internet? Ist das Strafrecht wirklich das Mittel zur Bekämpfung von Hasskriminalität im Internet und welche Rolle spielt das Zivilrecht? Gegen wen richtet sich der Hass, welche Formen gibt es und inwieweit können und müssen Plattformbetreiber von sozialen Netzwerken zur Verantwortung gezogen werden? Kann uns die rasante Entwicklung der Technik, vor allem im Bereich der Sprachmodelle, bei der Strafverfolgung unterstützen oder können Entwickler durch ihre Modelle schnell selbst in eine Strafbarkeit geraten? Diese und noch viele weitere Fragen wurden im Rahmen der Tagung mit unseren Expertinnen und Experten *Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*, RiOLG (Universität des Saarlandes), StAGL *David Beck*, Hate-Speech-Beauftragter der Bayerischen Justiz (Zentralstelle zur Bekämpfung von Extremismus und Terrorismus Bayern), LOSTA *Thomas Goger*, stellv. Leiter der Zentralstelle Cybercrime (Zentralstelle Cybercrime Bayern), RA *Chan-jo Jun* (Jun Rechtsanwältin), *Josephine Ballon*, Co-Geschäftsführerin von HateAid (HateAid) erörtert.

II. Say it to my face! Die Einordnung der Begehung von Hasskriminalität im Internet als Strafschärfungsmerkmal...durchweg überzeugend? von Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, RiOLG (Universität des Saarlandes)

Den Auftakt machte *Prof. Oğlakcioğlu*, ein Experte auf dem Gebiet der Äußerungsdelikte, der vor wenigen Jahren an der Friedrich-Alexander-Universität zu diesem Thema habilitierte. Dieses Wissen präsentierte er den Teilnehmerinnen und Teilnehmern in einem Vortrag, der durch seine polarisierende kriminalpolitische Haltung zum Thema Hate Speech geprägt war und so einen offenen und bereichernden Diskurs eröffnete.

* *Tabea Seum* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin im DFG Graduiertenkolleg 2475 Cyberkriminalität und forensische Informatik am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)* an der Universität Erlangen-Nürnberg; *Prof. Dr. Christian Rückert* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht an der Universität Bayreuth. Der Tagungsbericht enthält sprachlich bereinigte und gekürzte Zusammenfassungen der Transkriptionen der Vorträge und Diskussionsbeiträge. Der Vortragsstil der einzelnen Beiträge wurde überwiegend beibehalten (soweit nicht aus Platzgründen gekürzt wurde). Dementsprechend wurde generell auch auf Fußnoten verzichtet. Der Erlanger Cybercrime Tag 2024 und die Erstellung dieses Tagungsberichts wurden von der Alfred-Vinzl-Stiftung gefördert.

1. Prolog

Die polarisierende Haltung des Referenten rührt daher, dass die Aufgabe des Strafrechts der Schutz der Rechtsgüter ist und nach dem ultima ratio Gedanken dieses nur in „Ausnahmen“ zum Einsatz kommen soll. Doch der heutige Status Quo erweckt den Eindruck, als handle es sich beim ultima ratio Prinzip um eine Mindermeinung. Dabei führt der aktuelle Diskurs hinsichtlich der Kriminalisierung einzelner Verhaltensweisen dazu, dass dieser als politisches Instrument verwendet wird. Die normative Umrahmung der Kommunikation als Sprechakt führt zu einer Banalisierung des Strafrechts, die wiederum zu einer Verzerrung der Maßstäbe der Ursprungsdebatte führt. Dabei hat ein Strafverdacht die Möglichkeit, nicht unerheblich in die Freiheitssphäre einzugreifen, in die Psyche, den Ruf oder auch Glauben an den Rechtsstaat. Prof. Oğlakcioğlu steht den zahlreichen Äußerungsdelikten im Strafgesetzbuch kritisch gegenüber und sieht zudem das Strafrecht nicht als geeignetes Mittel zum Schutze der Demokratie. Dabei erkennt er das Bedürfnis nach Schutzmechanismen für Betroffene an, er hält eine Lösung über das Medienrecht oder Schadensersatzrecht für geeigneter. Um den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, sich gegen oder vor Belästigungen oder Traumata zu schützen, könnten Änderungen im Zivilrecht erfolgen, indem der Zugang zum Recht oder die Erreichbarkeit der Plattformbetreiber erleichtert wird oder das Zivilverfahren generell auch entschlackt wird.

2. Hauptthese

Die Hauptthese soll nun im Lichte der grundsätzlich strafrechtskritischen Haltung im Bereich der Pönalisierung von Äußerungen zu sehen sein. Sie lautet:

„Die Begehung eines Äußerungsdelikts über das Internet als Cyberkriminalität ist nicht generell strafwürdiger, als die Begehung im Rahmen der Face-to-Face-Kommunikation.“

Es handelt sich dabei um einen methodisch zwingenden Vergleich, der bei der Untersuchung, ob es sich um ein Strafschärfungsmerkmal handeln soll, vorgenommen werden muss. Anknüpfungspunkt ist das letzte Gesetzespaket, welches dazu geführt hat, dass Beleidigungen gem. § 185 StGB härter bzw. höher bestraft werden sollen, wenn diese öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) verwirklicht wurden. Ein Beispiel hierfür wäre eine „ganz normale“ Beleidigung, wie „A***“, die dann auf X, Telegramm oder WhatsApp hochgeladen wird. Der Täter würde dann härter bestraft werden, da mehr Menschen diese Aussage sehen können und der Gesetzgeber dies als strafwürdiger erachtet. Daraus kann eine Prangerwirkung entstehen und es kann zu Folgebeschimpfungen kommen, da die Nutzer-

innen und Nutzer die Beleidigung teilen und liken können. Der Referent betont, dass es ihm um die Rationalisierung der Debatte gehe, denn Hate Speech existiere schon seit Jahren, nur die Kommunikationskanäle ändern und entwickeln sich weiter.

3. Verrohung der Kommunikation im Netz

Im Diskurs über Hate Speech wird immer wieder die Verrohung der Kommunikation im Internet erwähnt. Damit einher geht auch die Verrohung des Individuums.

a) Ankereffekt

Verschiedene Studien haben die vermehrte Häufigkeit von Hate Speech im Netz erforscht und belegt. Insoweit muss jedoch eine stärkere Differenzierung vorgenommen werden, zwischen der Wahrnehmung des Vorliegens von Hasskriminalität und dem tatsächlichen Vorliegen von Hate Speech oder einer inzivilen Kommunikation. Aufgrund der berührten Emotionen werden negative Äußerungen automatisch aufmerksamer wahrgenommen. Eine Forsa Umfrage¹ deckt dabei Wahrnehmungsverzerrungen auf, denn die Befragten nahmen Politikerinnen und Politikern als Gruppe wahr, gegen welche am meisten Hasskommentare im Internet geäußert werden. Das resultiert jedoch auch aus der höheren Öffentlichkeitspräsenz dieser Gruppe als es bei ethnischen Minderheiten der Fall ist. Das Internet produziert dabei auch einen sog. Ankereffekt² hinsichtlich der Wahrnehmung von Inhalten. Nach Ansicht des Referenten bestätigte sich das darin, dass die Situation seit dem Gesetzespaket nicht besser geworden sei.

b) Rückzug aus dem Internet

Eine sich daran anknüpfende These, ist die Beobachtung, dass sich die Leute in Folge dieser Wahrnehmung aus dem Internet zurückziehen, da sie Angst haben, ihre eigene Meinung zum Ausdruck zu bringen. Jedoch nutzen Menschen soziale Medien nicht im Wesentlichen dazu, sich eine Meinung zu bilden und der Zustand einer Politikverdrossenheit war auch schon früher, vor dem Internetboom, Thema. Daraus kann man demnach nicht ohne weiteres schließen, dass die meisten Leute Angst hätten, ihre Meinung kundzutun oder auch andersherum keine Lust, ihren Hass kundzutun. Vielleicht besteht vielmehr eine Angst davor, missverstanden zu werden, aufgrund der eingeschränkten Möglichkeit, Emotionen zu teilen oder, dass die Meinung aufgrund der Flut an Beiträgen und Kommentaren sowieso untergeht. Vielmehr sei doch die Motivation für die Nutzung von Sozialen Medien eine andere, nämlich der Kapitalgewinn, die Nutzung als Werbepattform, für Politik, das Dating Life oder auch zur Selbstprofilierung.

¹ Hate Speech Forsa-Studie 2023, 16.5.2023 https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/NeueWebsite_0120/Themen/Hass/forsa_LFMNRW_Hassrede2023_Praesentation.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.9.2024).

² Beim Ankereffekt handelt es sich um einen Denkfehler bei Menschen, die bei ihrer Entscheidungsfindung durch eine kognitive Verzerrung beeinflusst wurden.

4. Reaktion des Gesetzgebers

2017 wurde das Paket zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität eingeführt.³ Unter anderem wurde dabei der Tatbestand der Bedrohung durch Bezugstaten, wie die Beschädigung von Sachen mit bedeutendem Wert oder auch der persönlichen Freiheit erweitert. Dabei soll nicht unerwähnt bleiben, dass Letzteres ohne Einschränkungen eingefügt wurde, was dazu führt, dass man nach der aktuellen Formulierung eine Bedrohung mit einer Bedrohung vornehmen kann. Zudem wurden Straftatbestände wie §§ 126, 140 oder 188 StGB erweitert. Das Hauptaugenmerk des Vortrags lag jedoch auf der Anhebung des Strafraumens in § 185 StGB für die Fälle der Verbreitung von Inhalten.

a) Strafschärfungsmerkmal – „Verbreiten des Inhalts“

Es handelt sich hierbei um ein strafschärfendes Merkmal, welches am Kommunikationskanal ansetzt. Die Qualifikation der Beleidigung gem. § 185 StGB ist demnach erfüllt, wenn diese durch die Verbreitung von Inhalten begangen wurde, wobei das Tatbestandsmerkmal „Inhalte“ den früheren Schriftenbegriff ersetzt. Durch diese Änderung erfolgt auch eine Modifizierung der Struktur der Verbreitungsdelikte, da früher der Realakt, konkret: die Übergabe, maßgeblich war und man heutzutage nun an den Kommunikationsakt an sich anknüpft.

Das Gesetzesmaterial betont außerdem, dass es einer Speicherung der Inhalte nicht bedarf. Dadurch werden vom Tatbestand her auch Live-Streams in jeglicher Form umfasst. Zudem sollen auch Beiträge in Instant Messenger Diensten unter die Qualifikation fallen, zumindest wenn ein bestimmter Personenkreis in einer geschlossenen Gruppe kommuniziert. Entscheidend ist dabei, ob der sich Äußernde die Weiterverbreitung seiner Aussagen durch die Empfängerpersonen kontrollieren kann oder nicht. An dieser Unterscheidung ist jedoch problematisch, ob Weiterverbreitung überhaupt kontrollierbar ist, da jedermann jederzeit einen Screenshot machen kann, ohne, dass der sich Äußernde darauf Einfluss oder davon überhaupt Kenntnis hat.

Früher wurde der Verbreitungsbegriff von der herrschenden Meinung noch weiter gefasst. Das wurde damals schon kritisiert, da diese weite Fassung nicht im Einklang mit anderen z.B. dem presserechtlichen Verbreitungsbegriff steht. Dabei ist nach Ansicht des Referenten „Verbreiten“ ein Mehr als bloßes Kommunizieren und Vermitteln, sodass eine konkrete Einschränkung des Begriffs vorgenommen werden sollte, z.B. durch Voraussetzen eines Verbreitungserfolgs. Dadurch würde man die extensive Anwendung und ein extensives Verständnis vermeiden. Dieses würde nämlich dazu führen, dass bei jeder Verwendung eines Massenkommunikationsmittels, wie

Instant Messaging, die Qualifikation erfüllt wäre. Demnach sei die Kernproblematik nicht das Schließen von kriminalpolitischen Lücken, sondern vielmehr das Schließen eines viel zu groß geratenen Strafschärfungsrisikos, das alltägliche Formen der Kommunikation erfassen würde. Ein gesetzessystematisches Argument für das Erfordernis eines Verbreitungserfolgs wäre der neue Straftatbestand § 192 StGB, welcher auf ein „gelangen lassen“ des Inhalts abstellt und als neuer Begriff im StGB nicht auf die Kommunikation als solche abstellt.

b) Selektives Aufgreifen der Aspekte der Gesetzesbegründung

Der letzte Hauptpunkt ist auch zugleich der Schlusspunkt. Es wird die Annahme aufgestellt, dass die öffentliche Bedrohung oder Beleidigung im Regelfall ein größeres Gefährdungspotential der geschützten Freiheitssphären hat und insofern auch eben ein höheres Unrecht darstellt. Diese Annahme wird durch verschiedene Argumente in der Gesetzesdrucksache untermauert. Dort heißt es „mit diesen, oft über einen langen Zeitraum für eine breite Öffentlichkeit wahrnehmbaren, respektlosen und herabwürdigenden Inhalten sind allgemein die Hemmschwellen für weitere gleichgerichtete Äußerungen gesenkt. In diesem verrohten Umfeld kommt es jetzt schon dazu, dass bestimmte Meinungen aus Sorge vor solchen Reaktionen nicht mehr geäußert werden. Verwiesen wird auch nochmals auf die hohe Verbreitungswirkung sowie die vermeintliche Anonymität des Internets.“ Zu den Argumenten des letzten Satzes stellte Prof. Oğlakcıoğlu ein paar relativierende Überlegungen an.

aa) Anonymität

Die Anonymität führt zu einer sinkenden Hemmschwelle, da sich Userinnen und User nicht beobachtet fühlen und begründet demnach ein härteres Durchgreifen aus Strafverfolgungsperspektive. Mit Blick auf den sog. Online Disinhibitions Effekt⁴ stellt sich jedoch die Frage, wieso Enthemmung grundsätzlich strafschärfend wirken soll? Diese Art der Enthemmung ist auch nicht vergleichbar mit dem Begriff aus § 20 StGB, da dieser klinischer Natur ist und die internetbezogene Enthemmung, phänomen- bzw. sozialpsychologische Wurzeln hat. Die durch die Änderung der Norm vorgenommene Strafraumverschiebung will grundsätzlich einen Enthemmungszustand vermeiden, aber letztlich ist Strafschärfung einzelfallgekoppelt, also von den jeweiligen Enthemmten selbst abhängig und nicht pauschalisierbar. Problematisch ist, dass sozialpsychologische Aspekte in eine Strafzumessungsabwägung kaum einfließen, da bei der Beleidigung ohnehin ein niedriger Strafraum vorliegt und Aspekte, wie situativer Einfluss, persönliche Disposition, Konformitätsprozesse, normativer Druck oder äußere Einflüsse, nicht tiefgehend beachtet werden. Das Strafverfahren ist mehr opfer- als beschuldigtenorientiert.

³ Der fertige Gesetzesbeschluss findet sich im Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 13, 1.4.2021, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/BGBl/BgBl_Bekämpfung_Rechtsextremismus_Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publication-File&v=3 (zuletzt abgerufen am 20.9.2024).

⁴ Kann mit Online-Enthemmungseffekt übersetzt werden.

bb) Häufigere Begehung (bzw. dauernde Sichtbarkeit)

Die Dauerhaftigkeit erhöht den Aspekt der Intensität der Rechtsgutbeeinträchtigung. Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, können sich dadurch aber auch andere mit der angegriffenen Person solidarisieren und die Beleidigung ist besser nachweisbar.

cc) Intensität

Aufgrund der Prangerwirkung und Häufung soll sich das Erfolgsunrecht erhöhen. Es kann jedoch bei der Zurechnung zu einem „Sprecher“ zu Komplikationen kommen, denn es ergibt sich eine Art Zufallshaftung für den Erfolg. Grundsätzlich ist jedoch für eine solche Zurechnung ein gemeinsames Handeln mit Tatplan und Besprechung notwendig. Insoweit ist § 224 StGB auch kein Gegenargument, denn auch hier ist zumindest Vorsatz und eine Absprache notwendig. Etwas Anderes könnte man vielleicht bei einer Art Massenmobilisierung durch Influencer sehen. Somit ist die Zurechnung des „Shitstorms“ zu einem Einzelnen, wenn die Verteilung des Erfolgs auf mehreren hundert oder tausenden Schultern verteilt ist, äußerst problematisch. Es folgt auch die Frage, ob es sich um psychische Beihilfe handeln kann, wenn Nutzerinnen oder Nutzer beispielsweise anmerken „nur da, um Kommentare zu lesen“.

5. Face-to-Face versus Online-Kommunikation

Um die Online-Kommunikationen der Kommunikation in der Realität anzugleichen, haben sich verschiedene Kompensationsmechanismen entwickelt, um Texte authentischer im Hinblick auf Emotionen zu gestalten. Darunter fallen neben Emojis, Akronymen oder die Verwendung einer eher Lautsprache ähnlichen Schrift, die dadurch einem Dialog ähnelt und sich deutlich von einem formalen Text abgrenzt. Dabei soll auch ein Ausgleich zur redebegleitenden, nonverbalen Kommunikation durch Mimik, Gestik, Blickverhalten, Körperkontakt, die generelle körperliche Nähe oder Proxemik geschaffen werden. Diese Anpassung unterliegt der stetigen Fortentwicklung von Semantik und einer neuen Semiotik. Allgemeine und allgemeingültige Konventionen müssen sich dabei erstmal etablieren. Beispielsweise ist die Bedeutung einzelner Emojis unklar und Userinnen und User deuten den Aussagegehalt dieser unterschiedlich. Weiterhin muss auch die Raumzeitkonstitution beachtet werden. Bei der nicht medienvermittelten Face-to-Face Interaktion (Kopräsenz), ist im Dialog auch eine Unterbrechung möglich und ein direktes Interagieren. Das lässt uns unser Gegenüber und die Art der Kommunikation ganz anders wahrnehmen. Durch das Fehlen eines persönlichen Gesprächsklimas im virtuellen Raum kann der Effekt der Enthemmung weiter verstärkt werden.

6. Fazit

Virtuelle Angreifer erreichen schneller eine größere Öffentlichkeit, sodass Hassnachrichten exponentiell gegenüber Betroffenen steigen können. Demgegenüber steht die Masse bzw. die Häufigkeit an Kommunikation in sozialen

Netzwerken, weswegen Beleidigungen einer Inflation unterliegen. Ein Rückzug der Userinnen und User kann durch Einschüchterung motiviert werden, es kann aber auch auf andere Ursachen zurückzuführen sein, wie bspw. die Suche nach einem neuen Kommunikationskanal. Die drastische Wortwahl kann auch als Symptom des gewählten Mediums angesehen werden.

Dementsprechend ist *Prof. Oğlakcioğlu* der Ansicht, dass derzeitige Beobachtungen den Schluss nicht zulassen, dass Internetkommunikation per se gefährlicher als das analoge Gespräch sei. Kommunikation befindet sich in einer Umbruchphase. Man sollte diese lieber behutsam beobachten anstatt weiterhin aktionistisch, in Panik um die Demokratie, darauf hinzuwirken, dass Äußerungen im Internet härter bestraft werden sollen.

7. Q&A-Session

Nach diesem, mit polarisierender Meinung bestückten, Vortrag, wurde die Q&A Session zur weiteren Diskussion und Vertiefung oder Klarstellung der Problematik ausgiebig genutzt. Dabei wurde unter anderem über die unterschiedliche Betrachtung von Erfolgsunrecht diskutiert, welches letztlich nach Ansicht des Referenten in der Häufung der Kommunikation und nicht in der bloßen Wahrnehmung von weiteren Kommentaren und Beiträgen liege. Damit zusammen hängt das Problem, dass der Begriff „Hate Speech“ generell schwammig und ungeklärt ist. Ein Alternativvorschlag zur Einführung der Qualifikation des § 185 StGB wurde aus der Reihe der Referenten von *LOStA Thomas Goger*, in Form des generellen Anhebens des Strafrahmens der Beleidigung, gemacht. Dadurch bestünde die Möglichkeit, eine stärkere Ausdifferenzierung der Strafzumessungsmerkmale vorzunehmen. Zudem wurde noch einmal vertieft auf den sich im Wandel befindlichen ultima ratio Gedanken des Strafrechts eingegangen, wobei es sich nach *Prof. Oğlakcioğlu* um einen Grundwiderspruch handele, eine liberale Idee, wie die Verteidigung der Demokratie, durch ein Zwangsmittel, wie das Strafrecht, zu schützen.

III. Hass im Netz – Staatsanwaltschaften und Polizei im digitalen Raum von StAGL David Beck, Hate-Speech-Beauftragter der Bayerischen Justiz (Generalstaatsanwaltschaft München – Bayerische Zentralstelle zur Bekämpfung von Extremismus und Terrorismus)

Als nächstes sprach *StAGL Beck* aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden über Hasskriminalität. Vor dem thematischen Einstieg ins Thema, gab er dem Publikum einen kurzen Überblick zu seiner Tätigkeit als Beauftragter der Bayerischen Justiz zur strafrechtlichen Bekämpfung von Hate Speech. Er koordiniert mit seinem Team bei der Generalstaatsanwaltschaft in München die Tätigkeiten der Sonderdezernenten bei allen bayerischen Staatsanwaltschaften und führt herausgehobene Verfahren aus dem Bereich Hate Speech.

1. Hate Speech im strafrechtlichen Sinne

Im Vortrag wird auf Hate Speech im strafrechtlichen Sinne eingegangen. Jedoch kann Hass im Netz auch andere Dimensionen haben, die unter der Strafbarkeitsschwelle liegen.

a) Strafprozessrechtlich

Wann die Staatsanwaltschaft zuständig ist und tätig wird, bestimmt sich nach dem Vorliegen eines Anfangsverdachts. Grundsätzlich ist die Verfolgung von Hasskriminalität im öffentlichen Interesse, das ergibt sich sowohl aus Nr. 86, 229 RiStBV als auch aus § 46 StGB. Ausgangspunkt ist dabei Art. 1 GG oder Art 100 BV, denn Hasskriminalität richtet sich gegen Einzelne aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer (Minderheits-) Gruppe und diese Gruppierung ist ein Merkmal, das die Menschen ihrer Persönlichkeit zurechnen. Nicht jeder definiert sich über seine Herkunft, Nationalität, Hautfarbe oder sexuelle Orientierung, aber für ganz viele Betroffene ist es ein Kernaspekt ihres Wesens, ihrer Würde und ihrer Persönlichkeit. Wohnungsdurchsuchungen sind im Ermittlungsverfahren in diesem Bereich nicht ausgeschlossen, müssen aber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Vielmehr ist zu betonen, dass Durchsuchungen, ob in der Wohnung oder an der Person selbst, wichtig sind, um an die Tatmittel zu gelangen. Bei der Verurteilung ist das Ziel eine angemessen hohe Strafe, wobei die Betonung hier auf angemessen liegt.

b) Materiell strafrechtlich

Eine zentrale Norm ist § 130 StGB, die Volksverhetzung. Dabei ist durch Absatz 1 Nr. 2 ein Angriff auf die Menschenwürde unter Strafe gestellt. Absatz 2 stellt dann auf die Verbreitung oder auch die Zugänglichmachung dieser Inhalte an Personen unter 18 Jahren ab. Dabei sind auch Situationen umfasst, in denen eine 1:1 Kommunikation von zwei Jugendlichen stattfindet, die beide minderjährig sind und sich gegenseitig strafbare Memes schicken. In weiteren Absätzen werden der Völkermord und die Holocaust-Verharmlosung unter Strafe gestellt. Kurz sei noch erwähnt, dass es auch eine Versuchsstrafbarkeit in Absatz 7 gibt, welche jedoch in der Praxis eine eher untergeordnete Rolle spielt.

Andere Straftatbestände bei der Verfolgung von Hasskriminalität im Internet sind § 86a StGB – das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen, § 111 StGB – die öffentliche Aufforderung zu Straftaten, § 140 StGB – die Belohnung und Billigung von Straftaten, § 240 StGB – die Bedrohung und auch die Beleidigungsdelikte nach §§ 185 ff. StGB, insbesondere auch § 192a StGB, die verhetzende Beleidigung.

Ein weiterer relevanter Straftatbestand ist § 201a Abs. 2 StGB, die Zugänglichmachung von rufschädigenden

Bildaufnahmen, die geeignet sind, das Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schädigen. Derzeit ist die Relevanz dieser Norm in der Praxis noch relativ gering, was sich jedoch durch die Fortentwicklung von DeepFakes und Pornodeepfakes ändern könnte.

c) Hate Speech als Mosaikstein

Wichtig ist, dass die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaften erst mit einem Anfangsverdacht beginnt, obwohl das Problem von Hate Speech früher beginnt. Im Kampf dagegen ist das Strafrecht demnach nur ein Mosaikstein und es braucht weitere Mittel bei der Bekämpfung. Als weitere Mittel kommen die Gegenrede, eine Opferbetreuung, die zivilrechtliche Geltendmachung von Persönlichkeitsrechten usw. in Betracht.

2. Gefahren von Hasskriminalität im Internet

a) Hate Speech im digitalen Raum nimmt signifikant zu

Zur Verdeutlichung dieses Punktes brachte der Referent ein paar Zahlen mit. Im Bereich Hasskriminalität im Internet waren noch im Jahr 2021/2022 zwischen 2000 und 2500 eingeleitete Ermittlungsverfahren. 2023 war man dann bei knapp über 3000. Ein Drittel der Verfahren wurde eingestellt, wobei die Zahlen jahresweise erfasst werden und Verfahren unterschiedlich lange andauern. Deutlich wird auch, dass es nach dem 7.10.2023 einen erheblichen Zuwachs an strafrechtlich relevanter antisemitischer Hate Speech im Internet gibt. Eine Zunahme bei anderen betroffenen Gruppen lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass es mehr Taten gibt. Stattdessen kann es auch an einer Aufdeckung der Dunkelziffern liegen, welche aus einer erhöhten Anzeigebereitschaft resultiert.

b) Verwendung von Memes

Die gezielte Verwendung von strafbaren Memes, erfolgt frei nach dem Motto „Ein Gegner, der lacht ist schon halb auf unserer Seite“, wodurch solche Bilder dann eine ganz andere Dynamik erhalten. Die dadurch kreierte Atmosphäre lassen Taten folgen. Zwar sind solche Memes nicht unmittelbar kausal für Gewalttaten, aber es wird ein Gesamtklima im virtuellen Raum geschaffen.

c) Wahrnehmungsverzerrung

Die Art der Verbreitung von strafbarer Hate Speech im Internet neigt dazu, dass die Wahrnehmung verzerrt wird, sodass „laute“ Minderheiten als Mehrheiten erscheinen. Dieser Effekt wird durch multiple Accounts derselben Personen auf den Plattformen bewirkt und zudem durch den Effekt der Algorithmen vergrößert.

d) Sog. Silencing Effekt

Zudem wird der sog. Silencing Effekt, auch bei Amts- und Mandatsträgerinnen und -trägern, hervorgerufen. Nach

einer MOTRA-Studie⁵ gaben 38 % der dort befragten Amts- und Mandatsträgerinnen und –träger an, im letzten halben Jahr Opfer von Anfeindungen gewesen zu sein. Bezüglich der Folgen gaben dann 64 % an, ihr Verhalten zu ändern, während 17 % Abstand von der Nutzung von Social Media nahmen und 24 % sich zu bestimmten Themen seltener äußerten als früher.

Bei vielen Äußerungen geht es nicht mehr um die Meinungsäußerung, sondern um strafbare Inhalte. Dabei haben die *BVerfG*-Beschlüsse im Mai 2020⁶ dies deutlich klargestellt, Formalbeleidigungen, reine Schmähungen und auch Angriffe auf die Menschenwürde muss niemand hinnehmen. Bei der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und betroffenem Rechtsgut kann dann eine Differenzierung zwischen Bundespolitikerin und –politiker und solchen auf kommunaler Ebene vorgenommen werden, welche ggf. zu einer unterschiedlichen Gewichtung führt. Letztlich ist Hass im Netz, der gezielt dazu eingesetzt wird, Leute in der Politik davon abzuhalten, ihre freie Meinung zu äußern, demokratisch als bedrohlich einzustufen.

e) Gegenmaßnahmen

Es gibt keine pauschale Online-Streife im Internet, dieses soll frei bleiben. Dadurch ist man jedoch als Strafverfolgungsbehörde auf die konsequente Anzeigenerstattung der Geschädigten angewiesen. Hierzu wurden in Bayern verschiedene Meldewege eingerichtet und unter bayern-gegen-hass.de dargestellt. Weiter wird die Arbeit der Meldestelle Respect! unterstützt. Eine konsequente Strafverfolgung muss stattfinden, denn diese ist im öffentlichen Interesse.

3. Beschuldigtenermittlung

Der nächste Step, nach der erfolgreichen Anzeigenerstattung, ist die Beschuldigtenermittlung. Diese gelingt in vielen Fällen. Die Ermittlung erfolgt auch durch OSINT-Recherchen und das Internet bietet dabei eine Fülle an Informationen, an welche man herankommen kann. Ein wichtiges Ermittlungsinstrument ist in geeigneten Fällen die Sicherstellung und die sich daran anschließende Auswertung von EDV-Geräten. Schlussfolgernd lässt sich feststellen, dass eine konsequente Beschuldigtenermittlung auch zu einer konsequenten Strafverfolgung und dann zu erhöhter Klageerhebung und wiederum zu viel mehr Verurteilungen und tatsächlich zu spezialpräventiver Abschreckung führt.

4. Q&A Session

Bei der lebhaften Frage- und Diskussionsrunde im Anschluss, wurde sich mit der Strafbarkeit von Zeichen in

englischer Sprache auseinandergesetzt. Auch wurde darüber diskutiert, wie es sich damit verhält, wenn der Täter ein Deutscher wäre und die Äußerung im Ausland versendet. Vieles, was in Deutschland strafbar ist, wird auch im Ausland geahndet. Ansonsten kommt es drauf an, ob es ein Fall von § 86a StGB bzw. § 5 Nr. 3 StGB ist. Zudem wurde sich mit den Gründen der erhöhten Anzeigebereitschaft auseinandergesetzt.

IV. Hate Speech und Generative KI – tatsächliche und rechtliche Fragestellungen LOStA Thomas Goger, stellv. Leiter der Zentralstelle Cybercrime (Zentralstelle Cybercrime Bayern)

Leitender Oberstaatsanwalt *Goger* ist als stellvertretender Leiter der Zentralstelle Cybercrime Bayern (ZCB) Experte auf dem Gebiet der Nutzung von KI in Strafverfolgungsbehörden. Dabei hat er selbst schon am sog. Dark Web Monitor⁷ mitgearbeitet. Dieser Vortrag fokussiert sich nicht auf eine rechtliche Einordnung, sondern legt das Augenmerk vielmehr auf eine Darstellung des dynamischen Entwicklungsprozesses von Künstlicher Intelligenz und welche Fragen jetzt schon eine Rolle in der Diskussion und Praxis spielen. Problematisch ist im Hinblick auf die Forschung insbesondere die rasante Entwicklung in jenem Feld. Diese führt dazu, dass Erkenntnisse, die man gestern erlangt hat, unter Umständen morgen schon nicht mehr aktuell sind.

1. Einführung in die Grundlagen

Zuerst einmal wurde vom Referenten klargestellt, dass die folgenden Modelle rein auf syntaktischer Ebene vorgestellt werden. Es soll gerade keine Bedeutungszuschreibung erfolgen, sondern rein ein Diskurs über Syntax.

a) Ausgangsbasis

Die Grundannahme ist, dass sich statistische Wahrscheinlichkeiten für bestimmte Wortfolgen bilden lassen. Diese These stellt dabei keine neue Entdeckung dar, sondern wurde vielmehr schon von *Markov* um die vorletzte Jahrhundertwende auf einer rein theoretischen Ebene entwickelt. Allerdings hat die These erst in den letzten Jahren an Relevanz gewonnen, als man über die mathematischen Verfahren, sowie die notwendigen Hardware-Technologien verfügte, um solche hochdimensionalen Vektorräume zu errechnen. Dabei wird betont, dass der Vortrag keine Debatte darüber entfachen möchte, ob Künstliche Intelligenz ein Bewusstsein entwickeln kann oder nicht. Vielmehr verdeutlicht LOStA *Goger* an einem Beispiel, dass Syntax tatsächlich nicht das garantiert, was wir als Verständnis oder bewusstes Verständnis verstehen würden.

⁵ Motra, Befunde aus dem „Kommunalen Monitoring“ – Frühjahrsbefragung 2023, https://www.motra.info/wp-content/uploads/2024/11/KoMo-Bericht-No-4_Fruehjahrsbefragung23.pdf (zuletzt aufgerufen am 11.3.2025).

⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19.

⁷ 2021 hielt er dazu einen Vortrag auf dem Erlanger Cybercrime Tag. Nachzulesen unter *Rückert/Scheler*, KriPoZ 2022, 227 ff.: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/05/rueckert-scheler-ta-gungsbericht-erlanger-cybercrime-tag-2021.pdf> (zuletzt aufgerufen am 20.9.2024).

b) Auswirkungen von Syntax am Beispiel ChatGPT⁸

Fragt man das Modell, was die Quersumme von 76 ist, so kommt dieses aufgrund des banalen mathematischen Konzepts der Quersumme, mühelos auf das Ergebnis 13. Gleiches gilt mit höheren Zahlen. Wenn man die Frage jedoch sodann umdreht, so lässt sich gut darstellen, dass es bei Sprachmodellen nicht um ein Verständnis in der Sache geht, sondern um eine syntaktische Inbeziehungsetzung von Entitäten. Man sucht sich demnach eine Zahl aus, die eine Quersumme darstellen soll und ändert die Formulierung ab. Fragt man nun „Nenn mir eine Zahl mit einer Quersumme von 14 – könnte das beispielsweise 599 sein?“, so bestätigt ChatGPT erstmal 599 als richtiges Ergebnis, um dieses erst in einem zweiten Schritt nachzurechnen und dann festzustellen, dass 599 keine Quersumme von 14 haben kann. Dabei handelt es sich zumindest um den aktuellen Stand der Technik.

c) Trainingsdaten für große Sprachmodelle

Als nächstes wurde sich mit den Trainingsdaten für solche Large Language Modells auseinandergesetzt, denn hinsichtlich des Wissens solcher Modelle besteht die Annahme, dass diese mit dem Internet und mit Unmengen an Daten trainiert wurden. Diese Aussage stimmt zwar teilweise, aber in gewisser Hinsicht ist sie auch falsch. Der sog. Common Crawl umfasst ungefähr vier Terabyte. Es handelt sich um ein standardisiertes und für Forschungszwecke genutztes Abbild des World Wide Webs. Forscher nutzen dies bei Untersuchungen im Internet, wenn sie einen referenzierten Datensatz brauchen, um reproduzierbare Ergebnisse zu erzielen. Am Ende hat man für solche Forschungszwecke also vier bis fünf Terabyte zur Verfügung und es werden damit verwertbare Ergebnisse erzielt.

2. Hauptteil

Technologien aus dem Bereich generativer KI weisen erhebliches Potential auf, um die Verbreitung von Desinformationen, Vorurteilen und Hate Speech zu fördern. Dabei wird der Begriff Hate Speech und Desinformation im allgemeinen Sinn verwendet.

a) Zivilrechtliche und strafrechtliche Zurechnungsinstitutionen auf der Probe

Bei der Frage nach der Zurechnung, muss man zwischen bewusst vom Nutzer initiierten negativen Effekten und unbewussten unterscheiden. Bewusste Handlungen, sind aus juristischer Sicht einfach zuzurechnen. Die zweite Situation ist deutlich komplexer, wenn die negativen Folgen unbewusst bereits in der Technologie angelegt sind oder sich aufgrund von Mechanismen, die eben nicht willensgetrieben in die Technologie implementiert worden sind, sich aber im Laufe der Zeit entwickelt haben, sich aber gleichwohl erst nach längerer Zeit entfaltet haben. Begrenzungsmaßnahmen zur Vorbeugung sind dahingehend nur sehr bedingt wirksam.

Es stellt sich somit das Problem inwieweit wir mit den aktuellen Zurechnungsinstitutionen sowohl im Zivilrecht, als auch im Strafrecht, weiterkommen. Dabei ist Regulierung per se zwar ein wohlmeinendes gesellschaftliches Anliegen, aber ob beispielsweise der AI Act als europäische Maßnahme überzeugen kann, sei erstmal dahingestellt, da man aus internationaler Sicht hinsichtlich der AI Technologien eher abgehängt wurde.

b) Überblick aktuelle Tools

Mittlerweile lassen sich die folgenden Modelle auf dem Markt finden. Die vier bekanntesten Sprachmodelle, die für den Durchschnittsbürger nutzbar sind, sind ChatGPT von OpenAI, Gemini von Google, Llama von Meta und dann auf europäischer Seite Sprachmodelle von Mistral und Aleph Alpha. Verbreitete Bildgenerierungsmodelle sind Midjourney, Adobe Firefly und DALL·E 3, was mittlerweile auch in ChatGPT implementiert wurde. Ein interessantes „Zwitterwesen“ ist der Microsoft Copilot, der die Dienste von allen Modellen ein bisschen ableitet und für sich selbst entwickelt.

Wichtig ist dabei, dass es diese AI-Tools alle auch als Offline Varianten gibt. Damit wird es dann im Übrigen hinsichtlich technologischen, wie regulatorischen Eingriffsmöglichkeiten eng. Bei all dem, was man in der Cloud findet, ist ein Adressat vorhanden, dem man sagen kann, was er für Modelle verwenden darf, wie er sie trainieren darf und was dann hinsichtlich des Safety Trainings zu machen ist. Wird jedoch eins der Modelle auf dem eigenen Rechner bedient, ist ein Eingriff schwieriger und es gibt keinen technologischen Anreiz, sich an die Regulierungen zu halten.

3. Safety Trainings

Beim Blick auf verschiedene Schlagzeilen der letzten Jahre zeigt sich, dass die Schwierigkeiten bei der Benutzung der Sprachmodelle darin liegen, dass diese ziemlich schnell in Bereiche abgleiten, die man auch als strafbar erachten könnte. Bei der Implementierung von ChatGPT in Bing von Microsoft konnte man den Bot sowohl zu Liebeserklärungen bringen, als auch um Hilfe bitten, wie man Beziehungen beendet. Daraufhin wurde dann die Limitierung der Nachrichten pro Chat oder pro Stunde eingeführt. Das Mittel, gegen solche moralischen oder auch rechtlichen Entgleisungen des Bots, sollen Safety Trainings sein.

a) Funktionsweise

Ganz untechnisch und ohne Ausführungen zu Low Rank Adaptions: Man trainiert ein Sprachmodell mit Datensätzen in dem bereits oben erläuterten Volumen. Beim Trainieren verteilt man dann Gewichtungen und je nach Einsatzzweck muss man nachjustieren. Dabei müssen die Bots mannigfaltige Varianten des Safety Trainings durchlaufen, damit rassistische Bemerkungen oder Beleidigungen vermieden und verhindert werden. Gibt man dem

⁸ Das gleiche Beispiel lässt sich auch anhand anderer Sprachmodelle demonstrieren.

Sprachmodell dann die Aufgabe einen Text über die positiven Effekte der Zeit des Nationalsozialismus für Deutschland zu formulieren, weigert sich dieses und erläutert hingegen die ganzen negativen Aspekte und wies es sich dabei um eine der dunkelsten Perioden in der Geschichte handelt. Das ist jedoch nicht die einzige Möglichkeit, diese Frage zu formulieren. Mit ein bisschen „Prompt-Engineering“ kann man unter Umständen doch eine gewünschte Antwort aus dem Sprachmodell rauskitzeln und so das Safety Training umgehen.

Das hat dann weder etwas mit dem Modell an sich noch mit den Trainingsdaten zu tun, sondern es handelt sich dabei um die bei allen Sprachmodellen durchgeführte zweite Phase des Trainings, dem Safety Training, was auf gleiche Weise durchgeführt wird und was dementsprechend auch auf gleiche Weise umgangen werden kann.

b) Bestandsaufnahme des Safety Trainings

Problematisch ist dabei, dass man sich mit solchen Sprachmodellen sehr schnell in Themen bewegen kann, die zwar rechtlich nicht strafwürdig sind und eine zulässige Meinung darstellen, aber aus anderen Gründen sensibel und unter Umständen ungewollt sind. Mittlerweile gibt es rigorose Einstellungen des Safety Trainings und es besteht ein Spannungsfeld zwischen Anbieter und Modellbetreiber. Firmen wie Microsoft oder Google wollen die Sprachmodelle mehr in ihre eigenen Dienste implementieren.

Diese Problematik wurde mittlerweile reihenweise von Papern erforscht, da Meta den Datensatz von Llama komplett öffentlich gemacht hat. Mit wenig Aufwand konnten die Modelle neu überrechnet werden, sodass die Safety Regularien verschwinden. Es gibt einen Standard-Referenz-Prompt-Satz, mit dem man testet, wie sehr Modelle bereit sind, unerwünschten Content zu produzieren. Wendet man die in dem Paper beschriebene und erforschte Art und Weise an, die erklärt, wie man das Safety Training rückgängig macht, bekommt man alle Antworten zu Gaslighting, Blackmailing usw.

c) Fazit und abschließende Thesen

Die Safety Trainings sind mit relativ begrenztem Aufwand, auch mit begrenztem Hardware-Einsatz, rückgängig zu machen und es liegt ein sog. Katz und Maus Spiel vor.

Safety Trainings sind jedenfalls in der Form wie wir sie bis dato konzeptionell entwickelt und implementiert haben, eine problematische Komponente im Hinblick auf Diskursverengung, da dieser davon abhängig ist, was man den Modellen vorgibt.

Die Safety Trainings sind nicht die endgültige Lösung, denn über die Phase der cloudbasierten Modelle sind wir hinaus.

4. Bildgenerierungsmodelle

Bildgenerierungsmodelle wie Midjourney, haben noch mit Vorurteilen bei der Erstellung von Bildern zu kämpfen. Bei der Eingabe der prompts: „picture of a group of law professors in a meeting“ und „pictures of a group of kindergarten teachers in a meeting“, zeigt sich nicht nur der Geschlechter Bias, da man auf den Bildvorschlägen des ersten Prompts nur Männer sieht und beim zweiten nur Frauen, sondern vielmehr unterscheidet sich die gesamte Bildsprache (der Hintergrund, die Farben, usw.).

Das Kernproblem ist, dass sich die Realität schlecht im Modell ändern lässt. Zumindest der Glaube, dass man die Realität mit dem abgeleiteten Modell ändert, geht schief.

Auch bei einem anderen Beispiel zeigen sich gravierende Unterschiede. Bei der Verwendung der Adobe Stockfoto-datenbank, die im professionellen oder halbprofessionellen Bereich der Online Publikationen Texte und Bilder gestaltet, kann sich die Auswahl der Bilder fundamental dadurch unterscheiden, dass beim Prompt einmal mit KI generierte Bilder angezeigt werden sollen und einmal ohne. Die Lösung von Google, die Auswahl durch das Safety Training der KI zu beeinflussen, ist damals misslungen. Durch ein übermäßiges Training wurden die generierten Bilder zwar divers, aber realitätsfern. Die Auswirkungen dieses Scheiterns führten sogar zu einem Publicity Gau, der wiederum weitreichende Folgen auf dem Aktienmarkt hatte.

5. Abschließende Thesen

Die Modelle sind alle frei verfügbar (ob Text zu Text, Bild zu Text, Text zu Video, Bild zu Video, Video zu Text usw.). Man findet sie sowohl auf seriösen Seiten,⁹ als auch auf unseriösen Seiten mit weniger Safety Training oder Seiten mit gar keinem sicheren Inhalt mehr.

Zudem entwickelt sich die Technik zu schnell und die Rechtswissenschaft, speziell die Forschung, kommt nicht hinterher. Insoweit soll wieder auf die juristische Zurechnungsproblematik eingegangen werden. Beispielsweise ist man im Mai 2023 in einer juristischen Zeitung noch davon ausgegangen, „dass die Entwicklung weitreichend autonom agierender Systeme zumindest in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten ist.“ Jedoch wurde im Dezember des gleichen Jahres ein Paper rausgebracht, welches die autonome bzw. auch zielableitende autonome Weise der Modelle darstellt. Als Beispiel findet sich hier die Implementierung in Smartphone Apps. Wenn man jetzt all die bereits erörterten Mechanismen im Hinterkopf behält, wo in diesen Modellen erwünschtes Antwortverhalten entweder sofort oder in einem späteren Prozess ausbrechen kann, dann ergeben sich Problemfelder im Hinblick auf die juristische Zuordnung.

Weiterhin sind die Sprachmodelle mittlerweile auf einer konzeptionellen und einer Beta Ebene in der Lage, komplexe Aufgaben runterzuberechnen und semieigenständig

⁹ Zum Beispiel die vom Referenten empfohlene Webseite <https://huggingface.co/> (zuletzt aufgerufen am 19.9.2024).

abzuarbeiten. Stellt man jetzt z.B. dem neuen Projekt *Agent ChatGPT* eine umfangreiche Aufgabe, so kann dieses Modell rein auf syntaktischer Ebene ohne Bewusstsein oder ähnlichem zu brauchbaren Ergebnissen kommen, indem es die Aufgabe in kleinere Aufgaben unterteilt und diese dann abarbeitet. Es stellt sich insoweit die Frage, wer wie verantwortlich ist und wie weit ein bestimmtes Handlungselement von der eigenen Ausgangsidee entfernt sein muss, damit es nicht mehr im strafrechtlichen Sinne zurechenbar ist.

6. Abschließende Worte

Gegen Ende seines Vortrags appelliert der Referent an Teilnehmerinnen und Teilnehmer, dass es sich hierbei nicht nur um einen Hype wie bei Blockchains oder dem Metaverse handele, sondern die Technologien real seien, sich in der Implementierungsphase befänden und enorm destruktives Potential aufwiesen, weswegen er die Auseinandersetzung mit aktuellen Publikationen in diesem Feld empfehle.

7. Q & A Session

In der sich anschließenden Q&A-Session konnten auch nach diesem Vortrag einige offene Fragen beantwortet werden. LOStA Goger kritisierte die Umsetzung der Regulierung des AI Acts. Das Problem der Entwicklung dieser Vorschriften war, dass die Debatte zu lange gedauert hat, sodass sich die Technik rasant weiterentwickelt hat und dann daran nicht angeknüpft werden konnte. Der AI Act ist dahingehend zu statisch geregelt. Hinsichtlich der Frage von Prof. Oğlakcioğlu, ob die Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht einige Differenzen lösen könne, sieht der Referent grundsätzlich keine Probleme, jedoch bestünden Fälle, in denen eine Vorverlagerung zu weit greifen würde.

V. Wer Opfer von Hasskriminalität vertritt, kämpft auch gerne gegen Windmühlen – weil Gesetzgebung und Rechtsprechung den perfiden Methoden der Hass-Profiteure hinterherlaufen, eigenen sich nur wenig für Fälle der Rechtsverfolgung, von RA Chan-jo Jun (Jun Rechtsanwälte)

Nach der ersten Kaffeepause am Nachmittag, folgte Rechtsanwalt Jun mit einem rhetorisch beeindruckenden Vortrag, der sowohl rechtliche als auch gesellschaftliche Aspekte umfasste. Der Referent ermutigte das Publikum, sofortige Nachfragen zu stellen oder Anmerkungen zu machen, sodass die Q&A-Session direkt in den Vortrag, der sich mit den Problemen und Hindernissen bei der Bekämpfung von Hate Speech befasste, eingliedert wurde.

1. Die nicht zufriedenstellende Bekämpfung von Hate Speech

Der Referent stieg mit einer kritischen Betrachtung der Thematik und des aktuellen Stands ein. Dabei erwähnte er zwar die Erfolge, die bereits von verschiedenen Seiten erreicht wurden, hielt dem jedoch die langsame Erreichung dieser entgegen. Nach Ansicht von RA Jun würde man bei

jedem Schritt vorwärts, wie etwa Gesetzespaketen, von der Gegenseite „überholt“ werden, die ungehemmt und ohne Interesse an einem sachlichen Diskurs die Freiheit im Internet stört. Juristen können dabei nicht alle Probleme, die damit einhergehen, lösen, jedoch sollte das bisschen, was juristisch möglich wäre, auch gelöst werden. Dabei kann es keinen Stillstand geben, sondern es muss immer wieder nachjustiert und angepasst werden.

Anhand des Beispiels von *Renate Künast* zeigt sich, wie lange sich solche Verfahren ziehen. Im Frühjahr 2024 gab es die erste Entscheidung in einem Zivilsenat vor dem *OLG Frankfurt*. Dabei wurde festgestellt, dass Meta-Facebook verpflichtet ist, nicht nur die rechtswidrigen – denn es ist unstrittig, diese löschen zu müssen – sondern alle kerngleichen Inhalte ebenfalls von der Plattform zu nehmen. Verhandelt wurde über Memes, die aus dem Jahre 2015 stammen. Aussagen, die damals behauptet wurden, heute niemand mehr glaubt, aber erst heute vor dem *OLG* verhandelt wurden und dann geht es noch weiter zum *BGH*.

2. Rolle und Verantwortung der Plattformbetreiber

a) Der Einfluss sozialer Netzwerke auf junge Leute

Straftaten werden dadurch als Normalität von jungen Leuten angesehen. Man trifft auf Verwunderung bei diesen, wenn sie erfahren, dass Beleidigungen Straftaten sind. Es besteht ein riesiges Delta hinsichtlich der Sichtweise, was Gerechtigkeit aus Sicht der Jugendlichen ist und wie sie diese empfinden und was wiederum Gerechtigkeit nach dem Gesetz ist. Das kommt daher, dass junge Leute Gerechtigkeit und Regeln anhand der Regeln, die die Gemeinschaftsstandards der Plattformbetreiber in Sozialen Netzwerken sind, erlernen. Daneben reiht sich das Problem von Deepfakes ein, welche man alltäglich in Klassenchats finden kann und dadurch gar nicht realisiert wird, dass Grenzen überschritten wurden.

b) Umfang der Melde- und Löschpflicht

Kernpunkt ist dabei die Beantwortung der Frage: „Bedeutet rechtswidrige Inhalte bei Plattformbetreibern, dass sie überall plattformweit auch für die Zukunft entfernt werden müssen oder bedeutet es einfach nur, dass man es dort entfernt, wo jeweils die URL gemeldet wurde?“ Denn problematisch ist, dass die Betroffenen gar nicht jede URL melden können, da man nicht mal jede auffinden kann. Die Masse an Material ist nicht stemmbar und dahingehend sind Opfer von Hasskriminalität im Internet im Nachteil.

Bei einer Nachfrage aus dem Publikum wird verdeutlicht, dass die Möglichkeiten zur Überprüfung begrenzt sind, da diese manuell aufgrund der Masse kaum zu bewältigen ist und eine Filterprüfung durch die Abänderung von Pixeln leicht umgangen werden kann. Der Referent bestätigte dies, fügt jedoch hinzu, dass es auch andere Möglichkeiten, als die Implementation von Uploadfiltern, gibt. Das pauschale Verneinen der Möglichkeit von Facebook vor Gericht kann jedenfalls nicht überzeugen, da es immer

Optionen wie die Kombination von maschinellen Bildvergleich und menschlicher Überprüfung gibt, und auch die Unterstützung durch Sprachmodelle möglich ist. Haltlos wird die Aussage von Facebook vor allen Dingen dadurch, dass mittlerweile schon 80-90% der Löschentscheidungen maschinell getroffen werden¹⁰, es also funktioniert und praktiziert wird, wie Referentin *Ballon* einwendet.

3. Overblocking und Meinungsfreiheit

Mit der Nutzung von maschinellen Löschentscheidungen ist auch das Thema Overblocking betroffen und die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechten. Bei Falschnachrichten ist der Schaden für den Einzelnen, aber auch für die Gesellschaft, hoch. Das Thema Overblocking wurde dann viel im Zusammenhang mit dem NetzDG diskutiert, wobei es auch schon davor bestand.

4. Haftung der Plattformbetreiber auf Schadensersatz

Bei der Frage nach der Haftung findet eine Verknüpfung zwischen dem Strafrecht und Zivilrecht statt.

a) Schadensersatzansprüche

Die Unterlassungs- und Beseitigungshaftung ergibt sich selbstverständlich aus der Störerhaftung, aber für einen Schadensersatzanspruch braucht man „Täterschaft und Teilnahme“. Das wurde damals vom *LG Würzburg* noch abgelehnt, dieses Jahr wurde vom *OLG Frankfurt* entschieden, dass Plattformbetreiber sehr wohl Täter oder Teilnehmer sein können, wenn sie nach Kenntniserlangung einen rechtswidrigen Inhalt weiterhin ausspielen. Daran schließt sich nun die nächste Frage an. Handelt es sich dabei um ein Tun durch Handeln oder um ein Unterlassen, wo sieht man den Schwerpunkt und bei der Annahme es handelt sich um ein Unterlassen, woraus ergibt sich die Handlungspflicht? Schlussendlich war diese Feststellung des Gerichts notwendig, um die strafrechtliche Verfolgung zu ermöglichen.

b) Verquickung von Zivilrecht und Strafrecht

Aufgrund einer Rückfrage im Publikum wird noch einmal die Verquickung von Zivilrecht und Strafrecht verdeutlicht. Denn nach der Beobachtung von *Prof. Oğlakcioğlu* und *RA Jun* ist diese stark ausgeprägt und das Zivilrecht lässt sich dahingehend zumindest nach dem Diskurs oder von den Leitlinien und von paradigmatischen Entscheidungen her stark vom Strafrecht beeinflussen.

Eine weitere Frage aus dem Publikum spricht die Verlagerung der Kommunikation in andere Plattformen und Netzwerke als die Plattform Facebook, die in diesem Vortrag viel diskutiert wird, an. Dem stimmt der Referent zu

und verweist noch mal auf die eingangs aufgeworfene Problematik des Rückstands der Aufarbeitung und Verhandlung solcher Fälle vor Gericht.

Weiterhin erfolgt eine Rückfrage, ob negative Aussagen trotz ihrer Legalität herab priorisiert werden sollten. Dabei zeigt sich der Unterschied zwischen dem Straf- und dem Zivilrecht, denn trotz legalem Verhalten können Plattformbetreiber einen gewissen Wertekanon durch AGB und der Durchsetzung dieser durch die Moderation des Netzwerks durchsetzen. Dadurch könnten etwaige Transparenzprobleme entstehen, jedoch kann eine solche Entscheidung auch durch eine Klauselkontrolle gewissermaßen überprüft werden.

5. Einflussnahme auf Hate Speech

Kommt man nun zum Ergebnis, dass sich die Grenzen von Hate Speech nicht bei denen der Strafbarkeit finden lassen, so stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage der Einflussnahme auf Hasskriminalität im Internet.

a) Wie kann man außer mit den Mitteln des Strafrechts darauf eingehen?

Das Zivilrecht wäre wohl der praktischste Weg, um deutsches Recht und Werte oder wenigstens Gemeinschaftsstandards auf der jeweiligen Plattform umzusetzen. Im Zivilrecht ist es in der Hand des Klägers, ob ein Verfahren durchgeführt wird.

b) Wie verhält es sich mit der Verbreitung von Falschnachrichten ohne Personenbezug

Hier stellt sich das Problem, dass kein Rechtsgut betroffen ist. Jedoch sollten Falschnachrichten, die die Allgemeinheit, die Menschenleben oder die Gesundheit gefährden, auch geahndet werden, z.B. als Ordnungswidrigkeit. In Bezug auf die Thematik wurde eine anschauliche Metapher aus dem Publikum vorgetragen, indem man auf einen allgemeinen Wertekanon abstellt, der in der Gesellschaft besteht. Schwieriger wird es dann jedoch, wenn man Schadensersatz hinsichtlich immaterieller Güter verlangt. Ein solcher Schadensersatz wird nach dem Gesetz nur in Ausnahmefällen zugelassen. In anderen Rechtsgebieten, wie dem gewerblichen Rechtsschutz, ist es jedoch möglich.

6. Schlussworte

Anknüpfend an seinen Vortragstitel führte der Referent aus, dass die Leuchttürme nicht jedem kleinen Segel- und Tretboot zur Orientierung verhelfen, aber wenigstens die großen Dampfer sollten sich danach ausrichten. Juristen können Regeln im Konsens der Gesellschaft aufstellen, definieren, ausgestalten und man muss einfordern, dass sich die Marktteilnehmer daran orientieren.

¹⁰ Zum Beispiel der Transparenzbericht von Facebook, 31.7.2023 <https://about.fb.com/de/news/2023/01/facebook-veroeffentlich-zehnten-netzdg-transparenzbericht/> (zuletzt abgerufen am 20.9.2024).

VI. Digitale Gewalt – Handlungsmöglichkeiten und Hindernisse aus der Praxis von Josephine Ballon, Geschäftsführerin von HateAid (HateAid)

Als Abrundung der Tagung hielt Frau *Josephine Ballon* als Geschäftsführerin der gemeinnützigen Organisation HateAid einen Vortrag aus der Perspektive der Betroffenenberatung und der Prozesskostenfinanzierung. Die Referentin erläuterte systematisch die Hürden, die sich für Betroffene digitaler Gewalt insbesondere bei der Rechtsdurchsetzung stellen. Bei der Strafverfolgung ist eines der Probleme die Diskrepanz zwischen der Betroffenheit von digitaler Gewalt und dann letztlich dem Schritt zur Strafanzeige.

1. Anlaufstellen für Betroffene

HateAid hat seinen Sitz in Berlin und zudem ein kleines Büro in Brüssel. Dieses entstand vor allen Dingen aufgrund der Mitwirkung an der Digitalgesetzgebung, die auch die europäische Ebene umfasst. HateAid ist unter anderem eine Anlaufstelle für Betroffene digitaler Gewalt. Die Arbeit umfasst viele Facetten. In geeigneten Fällen unterstützt HateAid Betroffene von digitaler Gewalt mit Prozesskostenfinanzierung. Die Organisation übernimmt dann die Kosten für anwaltliche Beratung und das Gerichtsverfahren. Die eigentliche Rechtsdurchsetzung muss und wird von (Partner-)Kanzleien übernommen, jedoch kann HateAid bei der Beweissicherung und der Strafanzeigenerstellung unterstützen und die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung fördern. Wenn es in zivilrechtlichen Verfahren zur Zahlung einer Geldentschädigung kommt, wird diese an HateAid gespendet und finanziert so Verfahren für andere Betroffene. Neben den juristischen Bereichen ist ein Kern der Arbeit die Beratung für Betroffene von digitaler Gewalt. Diese ist akut oder präventiv möglich. Je nach Bedarf bietet HateAid auch weitergehende Beratung zu Kommunikation und IT-Sicherheit an.

Das allgemeine Ziel ist es, die Voraussetzungen für Betroffene von digitaler Gewalt grundlegend zu verbessern. Dazu gehört die Sensibilisierung hinsichtlich des Themas in der Öffentlichkeit, welche beispielsweise durch Veranstaltungen und Tagungen, wie den Erlanger Cybercrime Tag, gefördert wird.

2. Formen Digitaler Gewalt

Neben rechtlich kategorisierbaren Phänomenen, wie Beleidigungen, Bedrohungen und Nötigungen, existieren im Rahmen von digitaler Gewalt auch andere Begriffe, wie Hate Speech und sexualisierte Gewalt, Doxing oder auch die Verwendung von Deepfakes. Auch das Versenden von Dickpics fällt hierunter, wobei vielen Betroffenen nicht bewusst ist, dass es sich hierbei um eine Straftat handelt, nämlich die Verbreitung pornografischer Inhalte, § 184 StGB. Wenn Betroffene nicht wissen, dass es sich

um eine Straftat handelt, löschen sie die Bilder oft reflexartig, weil sie sich davor ekeln.

3. Wer ist von digitaler Gewalt betroffen

HateAid hat vor kurzem gemeinsam mit anderen zivilgesellschaftlichen Organisationen eine eigene Studie herausgebracht, die umfassende aktuelle Zahlen zu digitaler Gewalt vorlegt.¹¹ Hervorzuheben ist, dass die Befragten zwischen digitaler Gewalt und Beleidigungen unterscheiden. Diesen ist somit nicht bewusst, dass Beleidigungen eine Form davon sind. Weiterhin gaben die Befragten an, dass sie besonders häufig aggressive oder abwertende Aussagen sehen, die sich gegen politisch aktive Menschen, Geflüchtete, Menschen mit Migrationshintergrund oder Personen richteten, die einfach ihre politische Meinung kundtun.

a) Konkrete Personengruppen

Grundsätzlich kann digitale Gewalt jeden Menschen treffen, der sich im Netz äußert. Insbesondere Diskussionen zu besonders kontroversen Themen wie etwa die Covid19-Pandemie, die Energiekrise, die Gender Debatte, oder der Klimawandel gehen oft auch mit digitaler Gewalt einher. Eine höhere Wahrscheinlichkeit besteht bei Kommunalpolitikerinnen und –politikern, Journalistinnen und Journalisten, sowie Aktivistinnen, Aktivisten und Menschen, die marginalisierten Gruppen angehören. Mittlerweile sind zudem die Berufsgruppe der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sowie medizinisches Personal und Influencer betroffen.

b) Gesamtgesellschaftliche Auswirkungen

Auswirkungen hat dies nicht nur auf die Betroffenen, die sich in Zukunft zweimal überlegen werden, ob sie sich noch zu einem bestimmten Thema äußern wollen oder nicht, sondern dieses Phänomen betrifft die ganze Gesellschaft. Indem der Einzelne dieses Klima mitbekommt und vor allem auch dadurch, dass man mitbekommt, wie es den angegriffenen Personen geht, führt dies zu einer Verhaltensänderung vieler Menschen in den sozialen Netzwerken. Dabei sind das heutzutage Orte, die mittlerweile zu wichtigen Debattenräumen geworden sind – die jedoch in den Händen von privaten Unternehmen liegen. Anhand der Zahlen aus der Studie zeigt sich, dass hier ein Bewusstsein für Hass und ein gewalterfülltes Klima durchaus in der Bevölkerung vorhanden ist.

c) Digitale Gewalt als Gewalterfahrung

Ein wichtiger Fakt ist, dass die Psyche nicht richtig zwischen digitaler oder analoger Welt unterscheiden kann, sodass eine digitale Gewalterfahrung ähnlich belastend sein kann, wie eine analoge. Fragt man sich, wo diese Gewalt herkommt, so muss man sich vor Augen führen, dass Accounts in sozialen Netzwerken nicht gleich Menschen

¹¹ Lauter Hass – leiser Rückzug. Wie Hass im Netz den demokratischen Diskurs bedroht, Febr. 2024, https://kompetenznetzwerk-hass-im-netz.de/wp-content/uploads/2024/02/Studie_Lauter-Hass-leiser-Rueckzug.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.9.2024).

sind, sondern vielleicht auch ein Bot dahintersteckt oder Personen mehrere Accounts gleichzeitig betreiben. Bei der Verbreitung von Hate Speech handelt es sich oft um kleine hochaktive Bubbles, die alles vorantreiben und genau verstanden haben, wie man soziale Netzwerke bespielt. Als Beispiel wurde ein Shitstorm mit 9.000 Tweets genannt, von dem knapp die Hälfte, also ca. 4.500 Tweets alle von den gleichen 600 hochaktiven Accounts gesendet wurden. Als Resultat haben wir den sog. Silencing Effekt und die Manipulation des Diskurses durch organisierte Hasskampagnen. Manchmal folgt auch analoge Gewalt. Als Folge wird die Demokratie destabilisiert und die Meinungsfreiheit eingeschränkt. Zudem findet eine Verzerrung des Meinungsbildes in sozialen Netzwerken statt, die nicht die tatsächliche Breite der Gesellschaft widerspiegelt.

4. Das Defizit der Strafanzeigen

a) Ressourcenprobleme

Hintergrund für den Mangel an Anzeigebereitschaft ist zum einen das Gefühl der Betroffenen, es würde sowieso nichts bringen und zum anderen die unmögliche Bewältigung der Flut an Kommentaren und Beiträgen, die nicht nur einmal im Jahr erscheinen, sondern unter Umständen mehrmals im Monat oder in der Woche oder sogar täglich. Betroffene haben oftmals nicht die Zeit und die Ressourcen, die emotionale Belastung zu bewältigen, das Know-How, hinsichtlich des Umgangs mit Beweisen und der Sicherung dieser. Zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung ist mit zusätzlichen Hürden verbunden. Oft fehlt das Geld für teure Gerichtsverfahren (der Streitwert ist ans Presserecht angelehnt und liegt bei 10.000 EUR pro Kommentar bzw. Äußerung) und es besteht immer die Unsicherheit darüber, ob die Gegenseite am Ende überhaupt solvent ist.

Weiterhin gibt es zu wenig Anlaufstellen. Zwar gibt es HateAid oder beispielsweise die Meldestelle REspect! aus Bayern, aber die Nachfrage ist hoch und daneben fehlen auch Beratungsstellen bezüglich des Themas Sicherheit im Netz.

b) Bürokratische Hindernisse und fehlende angemessene Rechtsvorschriften

Weiterhin ergeben sich beim Stellen von Strafanträgen einige bürokratische Hürden. Die aktuelle Situation (Anm. der Autoren: Stand März 2024) sieht so aus, dass diese ausgedruckt sowie händisch unterschrieben und dann entweder per Post versendet oder persönlich abgegeben werden müssen. Dabei ist ein Upload von digitalen Beweismitteln nicht möglich und man muss die Beweise ausdrucken und sie postalisch zukommen lassen. Auch wenn es viele gute Initiativen gibt und eine Anstrengung der Spe-

zialisierung in diesem Feld stattfindet, ist das Personal zumindest in der Breite zu wenig sensibilisiert. Die Täteridentifizierung ist über die letzten Jahre deutlich besser geworden, da die meisten Plattformen mittlerweile durch den öffentlichen Druck, Daten herausgeben.

Frau *Ballon* betont, dass bei der Behandlung von generierten sexualisierten Deepfakes, das spezifische Unrecht die Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung sein sollte. Derzeit wird jedoch der Großteil der Fälle wie die Verletzung des Rechts am eigenen Bild behandelt, welches nach dem Kunsturhebergesetz ein Privatklagedelikat ist, mit einer Strafanordnung, die verschwindend gering ist und die deshalb wenig ernst genommen wird. Zudem ist die Straftat dann ein absolutes Antragsdelikt, als wäre es die Privatsache eines jeden Betroffenen, wenn mehrere hundert Pornoseiten mit solchen Deepfakes voll sind und dies mehrere Jahre unbemerkt bleibt. § 86 RiStBV überzeugt in dieser Konstellation nicht als Argument.

c) Zeugenschutz

Und ein weiterer wichtiger Punkt ist der Zeugenschutz. Für viele Betroffene ist es ein großes Problem, dass sie bei Strafverfahren ihre Privatadresse angeben müssen. Insofern sollte es auch die Möglichkeit einer Erreichbarkeitsanschrift geben, wie die Möglichkeit, auf Beratungsstellen als Anschrift zu verweisen. Dem Täter vor Gericht gegenüber sitzen zu müssen, ist für viele schon schlimm genug, die Angst, dass dieser an persönlichen Daten kommt, verschlimmert diese Angst.

5. Abschluss – wie kann man Betroffene unterstützen?

Wichtig ist, wie schon vom Referenten *Beck* genannt, eine konsequente Strafverfolgung. Dabei gilt der alte Satz „Löschen reicht nicht!“. Generell muss anerkannt werden, dass Hass im Netz keine Privatsache ist und die Gesellschaft dahingehend mehr sensibilisiert werden, Hasskriminalität als solche auch zu erkennen. Hilfreich sind Hinweise für Betroffene, wie eine richtige Beweissicherung funktionieren kann.¹² Es ist wichtig für Betroffene, dass diese ernst genommen werden. Kleine Informationen über den Verfahrensstand oder eine gewisse Kommunikation der Strafverfolgungsbehörden können dabei helfen. Einige Staatsanwaltschaften haben dafür mittlerweile Textbausteine erstellt. Ansonsten helfen die Beratungs- und Anlaufstellen bei der Entlastung der Betroffenen und auch Strafverfolgungsbehörden, soweit sie können.

Im öffentlichen Diskurs lassen sich viele strafbare Inhalte und Persönlichkeitsrechtsverletzungen finden. Gegen diese kann man sich jedoch wehren und vor allen Dingen erfolgreich wehren, wenn man genug Zeit und ein bisschen Geld mitbringt.

¹² Solche lassen sich zum Beispiel auf der Webseite von HateAid und dem BMJ finden. HateAid, Rechtssichere Screenshots erstellen: Wie geht das? <https://hateaid.org/rechtssichere-screenshots/>; Bundesministerium der Justiz, Die Beweissicherung, <https://www.hilfeinfo.de/Webs/hilfeinfo/DE/EigeneRechteKennen/HilfeUndRechte/Beweissicherung/Beweissicherung.html> beides zuletzt aufgerufen am 20.09.2024.

6. Q&A-Session

Als letzter Programmpunkt schloss sich auch an diesen Vortrag eine Q&A Session für die Teilnehmenden, aber auch Referierenden und alle Interessierten, ob vor Ort oder virtuell, an. Dabei stellte Frau *Ballon* klar, dass es sich bei HateAid um eine neutrale und gemeinnützige Organisation handelt, die sich für Betroffene von digitaler Gewalt einsetzt – unabhängig von ihrer politischen Einstellung. Die Referentin kann noch mal verdeutlichen, dass sie in Bezug auf sexualisierte Deepfakes einen anderen Unrechtsgehalt verwirklicht sieht, als der, den § 33 KUG schützt. Zudem konnte sich noch über die Möglichkeit des Adhäsionsverfahrens im Strafverfahren ausgetauscht werden.

VII. Schlussworte und Fazit

Durch die teilweise auch sehr gegenteiligen Ansichten und Meinungen der Referierenden, fand durchweg eine lebhaftige Diskussion und ein bereichernder Austausch auf dem Erlanger Cybercrime Tag 2024 statt. Die Interessier-

ten sowohl vor Ort als auch virtuell, die Referierenden und das ICLU-Team konnten viel über die Probleme und Konflikte zum Thema Hasskriminalität im Netz lernen. Sei es hinsichtlich der Frage, ob Hate Speech als Strafschärfungsmerkmal fungieren kann, sei es bei der Frage welche Probleme sich konkret bei der Strafverfolgung ergeben oder ob sich der strafrechtliche Zurechnungsbegriff mit dem Können der aktuellen Technik deckt. Daneben müssen die Rechtsprechung und die Gesetzgebung die Rolle der Plattformbetreiber im Hinblick auf ihre Verantwortung mehr und mehr Formen und zuletzt dürfen nicht die Hürden für Betroffene vergessen werden und die Suche nach Antworten, wie man für diese unterstützen kann. *Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)* und sein ICLU-Team freuen sich über den Mehrwert, den der Erlanger Cybercrime Tag auch dieses Jahr wieder für die Teilnehmenden anbot. Im März 2025 setzt sich die Veranstaltungsreihe fort, die als Schnittstelle, Vertreterinnen und Vertreter aus den Bereichen Technik und Recht zusammenbringt, und die Grundlage für einen interdisziplinären Austausch bietet.