

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

HerausgeberProf. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann**Schriftleitung**

Wiss. Mit. Sabine Horn

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 | 1 – 62**

- 1 | Kaum mehr als ein Schritt in die richtige Richtung.
Kritische Anmerkung zur Reform der Ersatzfreiheitsstrafe**
von Dr. Nicole Bögelein
- 5 | Antisemitische Volksverhetzung – Für eine Reform der Strafbarkeit
von § 130 Abs. 1 und 2 StGB**
von Prof. Dr. Elisa Hoven und Alexandra Witting
- 16 | Die strafrechtliche Sanktionierung von Sexualdelikten**
von Philipp Ehlen, Prof. Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Thomas Weigend
- 26 | Verfassungswidrigkeit der Neuregelung zur Wiederaufnahme des
Strafverfahrens: Folgen für die Praxis der Strafverfolgung**
von Prof. Dr. Dorothea Magnus, LL.M.
- 36 | Weil nicht sein kann, was nicht sein darf – Über die „falsche“ Verurteilung
im Badewannenmord und Wiedergutmachungsmöglichkeiten**
von Hanna Göken und Yusef Mansouri
- 44 | Kollateralschäden nicht ausgeschlossen – Das „Rückführungsverbes-
serungsgesetz“, der „Schleusertatbestand“ und die zivile Seenotrettung**
von Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. und Prof. Dr. Valentin Schatz
- 51 | Das neue Bayerische Verfassungsschutzgesetz (BayVSG) – (k)ein Modell
für den Bund und andere Länder?**
von Prof. Dr. Mark A. Zöller, Dr. Ruben Doneleit, Isabella Klotz und Maximilian Schach

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 63 – 71

- 63 | Verwirklichung des Qualifikationstatbestands des § 224 Abs. 1 Nr. 4
StGB durch Unterlassen**
BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22

69 | **Gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.5.2023 – 6 StR 275/22**
von Maximilian Nussbaum

BUCHBESPRECHUNGEN | 72 – 75

72 | **Malte Seyffarth: Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle von Polizeigewalt durch einen Bundespolizeibeauftragten**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

74 | **Sarah Sänger: Die neuen §§ 113, 114, 115 StGB. Eine Untersuchung dogmatischer Probleme und kriminalpolitischer Rationalität in Bezug auf die Novellierung des Widerstandsstrafrechts**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Kaum mehr als ein Schritt in die richtige Richtung. Kritische Anmerkung zur Reform der Ersatzfreiheitsstrafe

von Dr. Nicole Bögelein *

Abstract

Mit der Überarbeitung des Sanktionenrechts wurde die Bemessung der Tagessatzhöhen, die Umrechnung der Tagessätze in Ersatzfreiheitsstrafen und auch in gemeinnützige Arbeit sowie der Einsatz der Sozialen Dienste zur Abwendung der Haft reformiert. Der vorliegende Text gibt einen Überblick über die Änderungen, die erwarteten Auswirkungen und kritisiert, dass die Neuregelung nichts am grundsätzlichen Problem ändert, nämlich dass Ersatzfreiheitsstrafen hauptsächlich Menschen treffen, die aus desolaten Lebenslagen heraus Armutsdelikte (z.B. Ladendiebstahl und Fahren ohne Fahrschein) begehen, wegen Armut die Geldstrafen dann nicht bezahlen können und in Haft landen.

With the current revision of the law of sentencing the calculation of daily rates of fines, the conversion of daily units into days in prison and also into hours of community service was reformed. It has also strengthened the role of social services in preventing fines from resulting in custodial sentences. This text provides an overview of the reform and the expected effects and criticizes the fact that the new regulation does not change the fundamental problem: Imprisonment for fine-default impacts people who commit poverty crimes (e.g., shoplifting or fare dodging), cannot pay the fines as they are poor and live under deprived health and social circumstances.

I. Was bisher geschah – Hintergrund und Reform

Die Ersatzfreiheitsstrafe ist ein hochumstrittenes Instrument. Für das eine Lager ist die Ersatzfreiheitsstrafe das „Rückgrat der Geldstrafe“¹, sie repräsentiert gleichsam die Sanktionsgewalt des Staates. Hier fürchtet man, eine Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe „würde die wirksame Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bei der Geldstrafe grundsätzlich in Frage stellen.“² Das andere Lager sieht in der Inhaftierung von Menschen, die zahlungsunfähig sind, eine Strafverschärfung für Armut.³ Zivilgesellschaftlich hat sich ein Bündnis zur Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe formiert.⁴ Außerdem kauft die Initiative „Freiheitsfonds“ seit 2021 Menschen aus Ersatzfreiheitsstrafen frei – bis Dezember 2023 waren das nach eigenen Angaben 911 Personen.⁵

Die Politik hat sich in den vergangenen Jahrzehnten mehrmals erfolglos an einer Reform versucht. Daher warteten Beobachter:innen gespannt, was dieses Mal geschehen würde, als die Ampel-Regierung im Koalitionsvertrag versprach: „Das Sanktionensystem einschließlich Ersatzfreiheitsstrafen ... überarbeiten wir mit dem Ziel von Prävention und Resozialisierung“.⁶ Der aktuellen Reform ging ein Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen voraus.⁷ Das Justizministerium legte schließlich im Juli 2022 einen Referentenentwurf⁸ vor und stieß damit das Verfahren an. Ende De-

* Dr. Nicole Bögelein ist Soziologin am Institut für Kriminologie der Universität zu Köln.

¹ Tröndle, Die Geldstrafe im neuen Strafsystem, in: MDR, 1972, 466.

² RegE, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. Online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2022_Sanktionenrecht.html (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

³ Wilde, Armut und Strafe. Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen Strafrecht, 2016.

⁴ <https://ersatzfreiheitsstrafe.de/> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

⁵ www.freiheitsfonds.de (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

⁶ Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90 / Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), Berlin 2020, S. 106. Online abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/93bd8d9b17717c351633635f9d7fba09/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

⁷ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2020, Abschlussbericht, 2020, S. 23. Der Bericht war zunächst unter Verschluss gehalten worden, wissenschaftliche Anfragen wurden abschlägig beschieden; erst die Presse erlangte Zugriff. Der Text ist online abrufbar über eine zivilgesellschaftliche Initiative: <https://fragenstaat.de/dokumente/142049-jumiko-blag-ersatzfreiheitsstrafen/> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

⁸ RefE, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz. Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts, 2022, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Ueberarbeitung_Sanktionenrecht.html (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

zember 2022 konkretisierte ein Regierungsentwurf⁹ die Pläne. Als Drucksache 20/5913 wurde der „Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt“¹⁰ auf den Weg gebracht. In erster Lesung beriet der Bundestag am 15. März 2023 und überwies den Entwurf an den Rechtsausschuss. Am 17. April 2023 gab es eine öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss mit zehn Sachverständigen. Am 22. Juni 2023 stimmten SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses¹¹ zu. Die AfD stimmte dagegen, Union und Linke enthielten sich. Eine Abschaffung, wie von der Linken gefordert, wurde abgelehnt. Die konkreten Änderungen werden im Folgenden besprochen.

II. Welche Änderungen wurden konkret beschlossen?

1. Die Bemessung der Tagessätze – zum Leben unerlässliches Minimum verbleibt

In § 40 Abs. 2 StGB wird das bisher gültige Nettoeinkommensprinzip abgeschwächt. Diesem zufolge waren bislang die Tagessätze am Nettoeinkommen orientiert gewesen, ohne dass ein Existenzminimum verblieb (also explizit kein Einbußeprinzip). Nun wird der Satz ergänzt: „Es [das Gericht, Anm. der Verf.] achtet dabei ferner darauf, dass dem Täter mindestens das zum Leben unerlässliche Minimum seines Einkommens verbleibt.“ Damit wird gesetzlich bestätigt, was bereits Rechtsprechung war. Zugleich bleibt unbestimmt, was das „unerlässliche Minimum“ genau ist. Bislang orientieren sich die Gerichte am sozialrechtlichen Begriff, wonach bei Sanktionen im SGB II das Existenzminimum um 30 Prozent gekürzt werden. Ein:e Bürger:innengeldbezieher:in könnte also von den 563 EUR maximal 169 EUR entbehren und damit eine Geldstrafe mit einem Tagessatz von 5,63 EUR erhalten.¹² Bislang variierten Tagessätze für Beziehende der Grundsicherung zwischen 7 und 20 EUR.¹³ Wohlfahrtsverbände fordern, dass es höchstens 3 EUR sein sollten.¹⁴

2. Umrechnungsmaßstab Ersatzfreiheitsstrafe und gemeinnützige Arbeit

Der wesentliche Bestandteil der Reform ist die Veränderung des Umrechnungsmaßstabes in § 43 StGB. War es bisher so, dass ein Tag Haft einen Tagessatz tilgte, werden nun an einem Tag zwei Tagessätze getilgt (Umrechnungsmaßstab neu 1:2 – statt bisher 1:1).

Diese Änderung erstreckt sich *auch* auf die Anzahl der Stunden, die abgeleistet werden müssen, wenn die Haft durch gemeinnützige Arbeit vermieden wird. Auch hier halbiert sich die Anzahl. Dafür wird eine Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch, Art. 293 vorgenommen. Nach Absatz 1 Satz 2 wird eingefügt: „In der Rechtsverordnung ist die Zahl der Arbeitsstunden zu bestimmen, die geleistet werden müssen, um *einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe* zu erledigen.“ Bis dato stand dort: „um *einen Tagessatz* zu erledigen“. Die neue Formulierung überträgt somit die Halbierung auf die gemeinnützige Arbeit.

3. Mehr Unterstützung durch Soziale Dienste

Die Änderungen der StPO zielen darauf ab, dass die verurteilten Personen früher und verständlicher erfahren, dass ihnen eine Inhaftierung droht und auch, welche Möglichkeiten sie haben, diese abzuwenden. An § 459e StPO wird ein Absatz 2 angefügt, dass vor der Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe der *Hinweis auf Möglichkeiten zur Zahlungserleichterung* (lt. § 459a StPO) und auf die *Möglichkeit zur freien Arbeit* erfolgen soll (Art. 293 EGStGB). Darin wird auch bestimmt, dass diese Benachrichtigung in einer der Person verständlichen Sprache erfolgen muss, wenn es Hinweise darauf gibt, dass Deutsch nicht verstanden wird. Ebenso wird durch einen weiteren Absatz 2a die Möglichkeit zum Datenaustausch mit nichtöffentlichen Stellen, die die Haftvermeidung betreiben, ermöglicht.

Auch erhält die Gerichtshilfe eine prominentere Stellung, wie unter § 463d StPO geregelt. Sie soll künftig einbezogen werden bevor eine Entscheidung zur Ersatzfreiheitsstrafe getroffen wird, um zu prüfen, ob Zahlungserleichterungen oder freie Arbeit infrage kommen.

III. Wann treten die Änderungen in Kraft?

Zum ursprünglich geplanten Termin am 1.10.2023 trat nur die Neuregelung der Tagessatzhöhe in Kraft.¹⁵ Die Bundesländer benötigten mehr Zeit für Änderungen ihrer IT; folglich gilt die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes nun für Strafen, die ab dem 1.1.2024 ausgesprochen werden.¹⁶ Damit ist eine längere Vorlaufzeit zu erwarten, ehe die ersten „halbierten“ Ersatzfreiheitsstrafen in Haft kommen, schließlich dauert die Vollstreckungen mehrere Wochen. Die langen Vollstreckungszeiten werden dazu führen, dass lange Zeit parallel Ersatzfreiheitsstrafen nach dem 1:1 und solche nach dem 2:1-Umrechnungsmaßstab

⁹ RegE, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. Online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Uebersicht_Sanktionenrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

¹⁰ <https://dserver.bundestag.de/btd/20/059/2005913.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

¹¹ <https://dserver.bundestag.de/btd/20/070/2007026.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

¹² *Wilde* (18.12.2023). Umfrage der BAG-S bei den Justizministerien der Bundesländer zu den Auswirkungen der Reform des Sanktionenrechts, S. 1, Fußnote 5, online abrufbar unter: https://www.bag-s.de/fileadmin/user_upload/BAG_S_2023_Umfrage_Sanktionenrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

¹³ *Nagrella/Bögelein*, KrimOJ (2019), 2(4), 267-283.

¹⁴ <https://www.bag-s.de/aktuelles/aktuelles0/positionspapier-von-caritas-und-kags-zur-tagessatzbemessung-bei-geldstrafen> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024)

¹⁵ *Pollähne*, StV 2024, 63-67

¹⁶ Art. 3, BGBl. I 2023, Nr. 218 v. 18.8.2023. Online abrufbar unter: <https://www.recht.bund.de/bgb1/2023/218/VO.html> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

vollstreckt werden. *Pollähne* spricht hier von einer zu erwartenden „Gerechtigkeitslücke“, die den Betroffenen nicht zu vermitteln ist.¹⁷

IV. Was erwarten die Länder?

Wilde, der Bundearbeitsgemeinschaft Straffälligenhilfe, fragte bei den Bundesländern nach, welche Auswirkungen diese sich von der Reform erwarten.¹⁸ Die meisten Länder betreiben bereits viele der mühselig ins Bundesgesetz aufgenommene Vorgehensweisen.¹⁹ Das war zu erwarten, schließlich sind die Bundesländer für die Vermeidung der EFS zuständig und haben eigene Programme aufgesetzt, die im Wesentlichen die Einbindung der Gerichtshilfe und die – ggf. mehrsprachige – Information zu Haftvermeidungsprojekten bereits erfüllen. Bezüglich des Hinweises zur Möglichkeit auf freie Arbeit bereits vor der Ladung müssen nur noch Hessen, Hamburg und Schleswig-Holstein nachbessern. Auch in punkto Mehrsprachigkeit sind die Länder vorbereitet, die meisten verwenden bereits Formulare in verschiedenen Sprachen. Den Anlass, eine Sprachbarriere zu vermuten, bieten der Abfrage zufolge in der Regel Hinweise aus den Akten (z.B. Dolmetscher:innen im Ermittlungsverfahren oder Wohnsitz im Ausland). Auch die Notwendigkeit, die Gerichtshilfe einzubinden vor der Anordnung einer EFS, ist meist bestehende Praxis, lediglich in Schleswig-Holstein und Thüringen war das bisher nicht der Fall.

Damit müssen in den meisten Ländern keine wesentlichen Änderungen vorgenommen werden, was auch zeigt, dass viele der vermeintlichen Neuerungen bereits lange Praxis sind und somit wohl auch wenig Potenzial zur Verringerung der Zahlen der Menschen, die eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen, bergen. Die hauptsächliche Änderung ist die Reduzierung des Umrechnungsmaßstabes.

V. Wie ist das Ganze zu bewerten?

Die Reform ist ein Schritt in die richtige Richtung, bleibt aber deutlich hinter den Erwartungen zurück.²⁰ Durch die

Senkung des Umrechnungsmaßstabes erkennt der Gesetzgeber endlich an, dass ein Tag Einkommen nicht mit einem Tag Freiheit gleichzusetzen ist. Diese Erkenntnis war überfällig. Zumal in anderen europäischen Ländern sogar Umrechnungsmaßstäbe von 3:1 gelten.²¹

Allerdings führt die Neuregelung nicht dazu, dass weniger Menschen den negativen Erfahrungen des Gefängnisses ausgesetzt sind. Gerade der Haftantritt ist aber eine immense Belastung und geht mit einem Inhaftierungsschock einher.²² An der Inhaftierung von Menschen, die kein Geld haben, um die Geldstrafen zu bezahlen und auch nicht in einem gesundheitlichen Zustand sind, um gemeinnützige Arbeit abzuleisten, ändert sich nichts. Die argwöhnische Haltung des Gesetzgebers bleibt: Man geht davon aus, dass Menschen ihre Geldstrafe nicht bezahlen, obwohl sie eigentlich könnten. Die Politik lässt den – empirisch belegten – Fakt, dass Armut, oft gepaart mit gesundheitlichen Einschränkungen, ausschlaggebend ist für die ausbleibende Zahlung, völlig außer Acht und fordert stattdessen mehr Einsatz.

An dieser Stelle hilft eine Auseinandersetzung mit der Frage, wer sich in Ersatzfreiheitsstrafen befindet; das sind nämlich vor allem *Menschen aus sozial randständigen Gruppen*. Sie befinden sich in *desolaten Lebenslagen* und haben keine Alltagsstruktur.²³ Bis zu 20 % leben in Obdachlosigkeit,²⁴ mehr als drei Viertel sind arbeitslos.²⁵ Die Menschen leiden überdurchschnittlich häufig unter psychischen Belastungen oder Suchtbelastung, etwa Alkoholismus oder chronischer Depressivität.²⁶ Ungefähr 15 % waren zu Haftbeginn suizidgefährdet. Sie gelangen in Haft, nicht etwa wegen der Schwere der bestraften Tat, sondern wegen mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit. Im Urteil bzw. Strafbefehl war ja festgehalten worden, dass weder Delikt noch Angeklagte:r bzw. die Kombination aus beiden, eine Freiheitsstrafe erforderlich macht.²⁷ Für die Geldstrafe ursächlich waren hauptsächlich Ladendiebstahl, Fahren ohne Fahrschein (§ 265a StGB) und Straßenverkehrsdelikte.²⁸

¹⁷ *Pollähne*. StV 2024, 66

¹⁸ Vgl. i.F. *Wilde*, Fn. 12.

¹⁹ Vgl. *Bögelein*, KJ 2023, 258-270.

²⁰ Vgl. z.B. *Weinand/Horten/Steffan*, *Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 18, 85–89 (2024).

²¹ *Kantorowicz-Reznichenko/Faure*, Cambridge University Press 2021.

²² *Konrad*, *Psychiatrie des Strafvollzugs*. In: *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass* (Hg.): *Handbuch der forensischen Psychiatrie* (S. 234-242). Darmstadt, 2006.

²³ *Dünkel*, *Forum Strafvollzug* 2011, 143–153; *Kawamura-Reindl/Reindl*, *Gemeinnützige Arbeit statt Strafe*, 2010. *Cornel*, Abschlussbericht zur wissenschaftlichen Begleitung des Projekts ISI – Integration statt Inhaftierung der Straffälligen- und Bewährungshilfe; *Kähler*, *Tilgung uneinbringlicher Geldstrafen durch gemeinnützige Arbeit*. Praktische Möglichkeiten der Haftvermeidung – untersucht und erörtert am Beispiel des Praxisprojektes „Gemeinnützige Arbeit“ beim Caritasverband Geldern-Kevelaer, 2002. *Villmow*, in: *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*, 1998, S. 1291–1324. *Jehle/Feuerhelm/Bloch* (Hrsg.), *Gemeinnützige Arbeit statt Ersatzfreiheitsstrafe*. Forschungskolloquium zu einer bundesweiten Untersuchung, 1990.

²⁴ Bspw. *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, *MschKrim* 2019, 282-296.; Überblick über die Studienlage bei *Villmow*, in: *FS Dünkel*, 2020, S. 523.

²⁵ *Lobitz/Wirth*, *Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen*, 2018, online abrufbar unter: <https://fragdenstaat.de/dokumente/142091-evaluation-ersatzfreiheitsstrafe-nrw/> (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

²⁶ *Müller-Foti/Robertz/Schildbach/Wickenhäuser*, in: *International Journal of Prisoner Health*, 3 (2007), 87–97; *Dubielczyk*, *Prävalenz psychischer Störungen bei Ersatzfreiheitsstrafen*, 2002.

²⁷ Die PKS erfasst Straßenverkehrsdelikte (nicht) und einen hohen Anteil der bestraften Delikte: Die drei häufigsten mit Geldstrafe verurteilten Straftaten waren im Jahr 2021: Straftaten im Straßenverkehr (145.609 Fälle), Betrug und Untreue (100.572), Diebstahl und Unterschlagung (60.711), Statistisches Bundesamt, 2022, *Rechtspflege*. Strafverfolgung. Fachserie 10 Reihe 3. Somit ist die Strafjustiz wesentlich mit der Verwaltung und Bearbeitung von Straßenverkehrsdelikten und solchen Delikten beschäftigt, die wirtschaftliche Interessen sichern.

²⁸ *Lobitz/Wirth*, Fn. 25

Dass die Geldstrafen dann in Haft führen, liegt hauptsächlich daran, dass Geldstrafen v.a. Menschen im *unteren Einkommensbereich* erhalten, wie die Tagessatzhöhen verraten. Diese lassen bei Menschen in Ersatzfreiheitsstrafen erahnen, dass sie zu 94 % über ein Nettoeinkommen von unter 1.000 EUR verfügen, 60 % sogar von weniger als 500 EUR.²⁹ Weil Verurteilungen in 70-90 % als Strafbefehl erfolgen,³⁰ sehen die verurteilten Menschen keine:n Richter:in. Im schriftlichen Verfahren haben sie kaum Beschwerdemacht und nutzen Möglichkeiten zur Senkung der Tagessätze oder zum Widerspruch gegen den Strafbefehl nicht.³¹ Viele nehmen den Strafbefehl aus diversen Gründen (Lebensüberforderung, keine Postadresse) gar nicht zur Kenntnis und erfahren erst von der Geldstrafe, wenn die Polizei sie zur Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe aufgreift.

VI. Soziale Ungleichheit in der Vollstreckung von Geldstrafen

Wer zu einer Geldstrafe verurteilt ist, kann entweder zu der *einen Gruppe* gehören, die durch eine Überweisung binnen Sekunden fertig mit der Strafe sind; deren Lebensweise nicht weiter bewertet und deren Charakter nicht auf Willigkeit und Fähigkeit hin geprüft wird. Oder zur *anderen Gruppe*, die nicht bezahlen kann. Dann schickt die Staatsanwaltschaft zunächst eine Mahnung, dann noch eine mit einem Hinweis zur Ratenzahlungsmöglichkeit und zur gemeinnützigen Arbeit;³² letztere gelingt nicht (vermutlich wegen der oben genannten gesundheitlichen Einschränkungen). Schließlich kommt die Ladung zum Strafantritt und zum Schluss volltreckt die Polizei einen Haftbefehl zur Ersatzfreiheitsstrafe.

VII. Menschenbild hinter der Reformbemühung

Die Reform Regierungsentwurf stellt sich gegen empirische Realitäten: Die Zahl der Ersatzfreiheitsstrafengefangenen steigt, die Zahl derjenigen, denen die Vermeidung durch gemeinnützige Arbeit (sog. „Schwitzen statt Sitzen“) gelingt, sinkt seit Jahren. Menschen, die zur Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt werden, können den Vollstreckungsprozess nicht wie vorgesehen vollenden, weil sie

zahlungsunfähig sind. Aufgrund der o.g. gesundheitlichen Belastungen scheidet bei den allermeisten auch die in § 293 EGStGB geregelte Möglichkeit der Tilgung durch gemeinnützige Arbeit aus.³³ Die zuverlässige Ableistung von Arbeit stellt eine Anforderung dar, die viele nicht erfüllen können. Die Vollstreckung würdigt nicht, dass es gute Gründe geben kann: psychische oder körperliche Erkrankungen, schwierige Lebenslagen, Armut.³⁴ Durch die Vermeidungsmöglichkeiten meint die Politik, jeder bzw. jedem müsste die Haftvermeidung möglich sein. Armut als dauerhafter Lebenszustand wird nicht in Erwägung gezogen.

VIII. Fazit

Die Reform macht einen Schritt in die richtige Richtung. Sie erkennt durch die Neuregelung der Bemessung der Tagessätze an, dass Menschen keine Strafe bezahlen können, die ihnen nicht einmal das zum Leben unerlässliche läst. Durch die Änderung des Umrechnungsmaßstabes erkennt sie an, dass Haft ungleich schwerer wiegt als die Wegnahme eines Betrags, den man an diesem Tag erwirtschaftet. Leider aber wird weiterhin ignoriert, dass die Ersatzfreiheitsstrafe hauptsächlich Menschen trifft, die aus desolaten Lebenslagen heraus Armutsdelikte begehen und wegen Armut die Geldstrafen dann nicht bezahlen können. Hier wäre es konsequent anzuerkennen, dass eine ersatzweise Haft Armut bestraft und damit nicht sein darf. Leider aber bleibt der Gesetzgeber auf dem Standpunkt, Menschen in Ersatzfreiheitsstrafe könnten bezahlen oder vermeiden, wenn sie nur wirklich wollten. Damit betrachtet er Armut und Lebensüberforderung als persönliches Scheitern und nicht als strukturelles Problem. Jedoch ist es genau das, ein strukturelles Problem. Und das muss strukturell angegangen werden – die Mittel der Strafvollstreckung taugen hier nicht.

Dabei wäre eine echte Alternative möglich. In Schweden müssen nur Menschen eine Ersatzfreiheitsstrafe antreten, die willentlich nicht bezahlen. Das sind im Jahr weniger als 20 Menschen; wer nicht bezahlen *kann*, dem wird die Geldstrafe nach fünf Jahren erlassen.³⁵

²⁹ Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth, in: MschrKrim 2019, 282-296.

³⁰ Heinz, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland-Berichtsstand 2015 im Überblick. Stand: Berichtsjahr 2015, Version: 1/2017, S. 107, online abrufbar unter: https://www.uni-konstanz.de/rtrf/kis/Kriminalitaet_und_Kriminalitaetskontrolle_in_Deutschland_Stand_2015.pdf (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

³¹ § 411 Abs. 1 StPO.

³² Die im Übrigen an sich bereits eine strafverschärfende Wirkung darstellt, vgl. Wilde, NK 2017, 205-219.

³³ Tatsächlich sank die Zahl derer, die die Geldstrafe durch gemeinnützige Arbeit ableisten konnten von 32.500 Personen (2013) über 30.566 (2016) auf 21.174 (2019). Die Anzahl der so vermiedenen Tagessätze ist von 2013-2019 um rund 30 % zurückgegangen; eigene Berechnungen auf Basis von Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Staatsanwaltschaften 2020. Fachserie 10, Reihe 2.6, 2021, S. 13.

³⁴ Die Härtefallregelung nach § 459f StPO hat keine praktische Bedeutung aufgrund ihrer engen Auslegung; vgl. Wilde, KriPoZ 2022, 324.

³⁵ Bögelein/Wilde, MschrKrim 2022, 102-112.

Antisemitische Volksverhetzung – Für eine Reform der Strafbarkeit von § 130 Abs. 1 und 2 StGB

von Prof. Dr. Elisa Hoven und
Alexandra Witting*

Abstract

Antisemitische Hetze ist ein anhaltendes Problem in unserer Gesellschaft; die jüngste Eskalation des Nahostkonflikts hat vor Augen geführt, wie verbreitet Hass gegen Juden weltweit, aber auch in Deutschland ist. § 130 StGB kommt dabei die wichtige Aufgabe zu, volksverhetzenden Äußerungen strafrechtliche Grenzen zu setzen. Gerade mit Blick auf antisemitische Hetze zeigen sich allerdings erhebliche praktische Probleme bei der Strafverfolgung. Auf Grundlage einer empirischen Untersuchung zur Ahndung von Volksverhetzung entwickeln die Autorinnen einen umfassenden Reformvorschlag für § 130 Abs. 1 und 2 StGB, der sowohl die bestehenden dogmatischen Schwächen beheben als auch eine sachgerechte und einheitliche Rechtsanwendung insbesondere im Umgang mit antisemitischer Hetze erleichtern soll.

Anti-Semitic incitement is a persistent issue in our society; the recent escalation of the Middle East conflict has once again highlighted the prevalence of this phenomenon worldwide, but also in Germany. The criminal offence of incitement to hatred, Section 130 of the Criminal Code, plays a crucial role in setting legal limits to incitement to hatred. However, there are practical challenges in prosecuting such crimes, particularly in the area of anti-Semitic incitement. Against this background, the authors develop, on the basis of an empirical study, a comprehensive reform proposal for the criminalisation of incitement to hatred according to Section 130 Paragraphs 1 and 2 of the Criminal Code, which aims to address the existing dogmatic weaknesses and to facilitate the appropriate and uniform application of the law.

I. Einführung: Anlass für eine Reform von § 130 Abs. 1 und 2 StGB

Der Tatbestand der Volksverhetzung in § 130 StGB ist eine der rechtspolitisch sensibelsten Vorschriften des Strafgesetzbuchs. Sie muss die verfassungsrechtliche anspruchsvolle Aufgabe erfüllen, legitime Formen auch kontroverser Meinungsfreiheit von verhetzenden Äußerungen zu unterscheiden; damit markiert sie die strafrechtlichen Grenzen für den öffentlichen Diskurs.

Seit ihrer Einführung ist die Norm breiter Kritik ausgesetzt; sie gilt als die „vielleicht am meisten angefochtene Bestimmung des Strafgesetzbuchs“¹. Die teilweise geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Strafvorschrift² sind allerdings unbegründet.³ § 130 StGB bildet einen wichtigen Baustein im Schutz insbesondere marginalisierter Gruppen vor Hass und Hetze.

Gerade antisemitischer Hass ist in Deutschland noch immer weit verbreitet.⁴ Einer aktuellen Befragung der Anti-Defamation League zufolge stimmen in Deutschland 30 % der Aussage „People hate Jews because of the way Jews behave“ zu.⁵ Durch die jüngste Eskalation des Nahostkonflikts wurde antisemitischer Hass erneut befeuert. Nach den Terrorangriffen der Hamas und den Reaktionen des israelischen Militärs kam es auch in Deutschland zu Judenhass auf propalästinensischen Demonstrationen,⁶ Markierungen von Häusern mit dem Judenstern⁷ und Brandangriffen auf jüdische Einrichtungen⁸.

Der Tatbestand der Volksverhetzung kann und soll Schutz vor verhetzenden Äußerungen bieten. Doch in der Praxis wirft die Norm – gerade im Kontext antisemitischen Has-

* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Universität Leipzig. Alexandra Witting ist dort als Wissenschaftliche Mitarbeiterin beschäftigt.

¹ Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 130 Rn. 2 unter Verweis auf v. Hippel, Die Anreizung zum Klassenkampf, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, II. Band, 1906, S. 48.

² Vgl. Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, § 130 Rn. 8a sowie Krauß, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2021), § 130 Rn. 20 m.w.N.

³ Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 21 m.w.N.

⁴ World Jewish Congress, The 2022 WJC Report on Anti-Semitism in Germany, 2022, online abrufbar unter: <https://wjc-org-website.s3.amazonaws.com/horizon/assets/5qfkool9/220127-wjc-anti-semitism-survey-germany.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024); Bundesamt für Verfassungsschutz, Lagebild Antisemitismus 2020/21, 2022, insb. S. 54 ff. (Herv. durch die Verf.), online abrufbar unter: https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/publikationen/DE/allgemein/2022-04-lagebild-antisemitismus.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁵ Online abrufbar unter: <https://global100.adl.org/country/germany/2023> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁶ Vgl. nur Kehlbach, Tagesschau v. 19.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/meinungsfreiheit-pro-palaestina-demos-100.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁷ Krappitz, Frankfurter Rundschau v. 15.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.fr.de/politik/antisemitismus-krieg-israel-berlin-polizei-davidstern-judenstern-vandalismus-zr-92578690.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁸ Tagesschau v. 18.10.2020, Jüdische Einrichtungen mit Molotow-Cocktails angegriffen, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/berlin/rbb-juedische-einrichtungen-mit-molotow-cocktails-angegriffen-100.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

ses – einige Anwendungsprobleme auf. Die Medien berichten immer wieder kritisch über Einstellungen von Strafverfahren wegen Volksverhetzung, die für die Öffentlichkeit kaum nachvollziehbar sind oder die im Widerspruch zu Entscheidungen anderer Staatsanwaltschaften stehen.

II. Methodik

Im Rahmen eines an der Universität Leipzig durchgeführten dreijährigen Forschungsprojekts zum strafrechtlichen Umgang mit digitalem Hass wurden die verschiedenen Facetten des Phänomens aus kriminologischer, strafrechtlicher und strafprozessualer Perspektive beleuchtet. Empirische Untersuchungen über Erscheinungsformen und Verfolgungspraxis konnten eine fundierte Basis für konkrete Vorschläge für eine effektivere strafrechtliche Bekämpfung von digitalem Hass bilden.⁹ Der erste Teil des Projekts widmete sich dem besseren Verständnis von Ursachen, Erscheinungsformen und Folgen digitalen Hasses; dazu wurden repräsentative Bevölkerungsbefragungen, eine Interviewstudie mit Betroffenen und Verfassern sowie eine Analyse von Hasskommentaren eingesetzt.¹⁰ Die materiell-rechtliche Anwendungspraxis der Strafverfolgungsbehörden wurde anschließend durch eine qualitativ ausgerichtete Aktenauswertung analysiert. Von besonderem Forschungsinteresse war dabei, welche Auslegungsprobleme sich bei der Anwendung des geltenden Strafrechts zeigen, welche Regelungsdefizite existieren und wie eine sinnvolle Neuregelung der Strafnormen mit Blick auf digitalen Hass aussehen könnte.

Ein Schwerpunkt der Untersuchung lag auf dem Tatbestand der Volksverhetzung (§ 130 Abs. 1 und 2 StGB).¹¹ Mehr als 300 wegen Volksverhetzung geführte Verfahren wurden in den Staatsanwaltschaften Amberg, Berlin, Freiburg, Görlitz, Hamburg und Tübingen sowie der Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur Bekämpfung von Computer- und Datennetzkriminalität, datenschutzrechtlicher Verstöße sowie gewaltdarstellender, pornographischer und sonstiger jugendgefährdender Schriften in Cottbus ausgewertet. Der Untersuchungszeitraum erstreckte sich auf die Jahre 2016 bis 2021. Die Staatsanwaltschaften wurden im Wege des qualitativen Samplings ausgewählt, da eine To-

alerhebung aufgrund der Vielzahl einschlägiger Verfahren nicht umsetzbar gewesen wäre. Um den notwendigen Grad der Generalisierung zu erreichen, sollte das Sampling die Heterogenität des Untersuchungsfeldes durch die Berücksichtigung unterschiedlicher Merkmale einfangen. Entscheidende Kriterien waren dabei zum einen die Erfahrungen einer Staatsanwaltschaft mit Fällen digitalen Hasses. Zum anderen sollte eine ausgewogene regionale Verteilung sichergestellt werden.

Für die Betrachtung antisemitischer Volksverhetzung wurden die Ergebnisse der Untersuchung ergänzt durch aktuelle Verfahren, die Gegenstand medialer Berichterstattung waren.

III. Struktur und Ratio der Volksverhetzung in § 130 Abs. 1 und 2 StGB

Antisemitische Vorfälle Ende der fünfziger Jahre führten dazu, dass 1960 die Einführung des Tatbestandes der Volksverhetzung in § 130 StGB beschlossen wurde.¹² Zur Vermeidung des Eindrucks eines Sonderschutzes für Juden und Jüdinnen – der wiederum ausgrenzende Wirkung hätte entfalten können – entschied der Gesetzgeber, die Strafnorm nicht auf bestimmte Gruppen zu beschränken, sondern allgemein auf verhetzende Äußerungen gegen „Teile der Bevölkerung“ abzustellen.¹³ Eingehegt wurde der weite Anwendungsbereich durch die zusätzlichen Voraussetzungen der Eignung zur öffentlichen Friedensstörung und des Menschenwürdeangriffs.¹⁴

1994 wurde § 130 StGB grundlegend reformiert und der ursprüngliche Volksverhetzungstatbestand in zwei Absätze unterteilt:¹⁵ § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB forderte nicht länger einen Angriff auf die Menschenwürde; für § 130 Abs. 2 StGB wurde auf das Merkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens verzichtet.¹⁶ Diese Struktur hat § 130 StGB seither beibehalten, auch wenn die Norm mehrfach verändert wurde. § 130 Abs. 1 StGB setzt eine persönliche Äußerung des Täters voraus, während Abs. 2 die öffentliche Zugänglichmachen eines verhetzenden Inhalts unter Strafe stellt. Damit gilt § 130 Abs. 2 StGB als allgemeiner Anti-Diskriminierungstatbestand, der schwere Formen diskriminierender Inhaltspropaganda

⁹ Das Projekt wurde von der *Verf. Hoven* geleitet und vom Bundesministerium der Justiz gefördert. Die *Verf. Witting* promoviert im Rahmen des Forschungsprojekts.

¹⁰ S. zu den Ergebnissen *Hoven*, Forschungsgruppe g/d/p Hass im Netz – Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, 2022, online abrufbar unter: https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/prins_import/dokumente/dok_20220829123452_ae0b27c451.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2024); sowie *dies.*, Hate Speech – Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, 2020, online abrufbar unter: https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/Fakultät_Juristen/Professuren/Hoven/gdp_Ergebnisse_HateSpeech_Kurzbericht.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2024); *Heuser/Witting*, in: *Hoven*, Das Phänomen „Digitaler Hass“, 2023, S. 37; *Hestermann/Hoven/Autenrieth*, *KriPoZ* 2021, 204 und *Haim/Hoven*, *Journal of Quantitative Description: Digital Media* Vol. 2 2022, 1.

¹¹ Die untersuchten Verfahrensakten betrafen zudem Verfahren zu den Ehrschutzdelikten (§§ 185 ff. StGB), der Bedrohung (§ 241 StGB), der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB), der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB) und der Belohnung und Billigung von Straften (§ 140 StGB).

¹² 6. StrÄndG v. 30.6.1960, BGBl. I, S. 478.

¹³ So *Streng*, in: FS Lackner, 1987, S. 501 (523).

¹⁴ Vgl. *Streng*, in: FS Lackner, 1987, S. 501 (504 f., 523), der kritisiert, dass hierbei nicht erörtert wurde, welche Relevanz die Eignungsklausel neben der Voraussetzung des Menschenwürdeangriffs überhaupt entfalten kann. Abgesehen von der Funktion einer Erheblichkeitsschwelle, die auch schon der Voraussetzung des Angriffs auf die Menschenwürde zukommt, habe ein weiterer Grund für die Aufnahme der Eignungsklausel lediglich darin bestanden, „allerintimste“ Äußerungen nicht unter Strafe stellen zu wollen. *Streng* kommt zu dem Ergebnis, dass der Eignungsklausel nur noch Bedeutung im Hinblick auf die Öffentlichkeitsfähigkeit der Tathandlung zukommt, *Streng*, in: FS Lackner, 1987, S. 501 (503, 516).

¹⁵ VerbrBG v. 28.10.1994, BGBl. I, S. 3186 (3187).

¹⁶ BT-Drs. 12/6853, S. 24.

sanktioniert.¹⁷ Die Strafandrohung in § 130 Abs. 1 StGB ist höher als in Abs. 2; richtigerweise tritt Abs. 2 hinter Abs. 1 zurück, wenn sich der Täter den Inhalt zu eigen macht.¹⁸

Welches Rechtsgut § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB schützen sollen, ist in der Literatur umstritten. Herrschend wird – teilweise flankiert durch den Schutz der Menschenwürde –¹⁹ der „öffentliche Friede“ als gemeinsames Schutzgut beiden Absätze zugrunde gelegt.²⁰ Dabei wird der öffentliche Friede definiert als Zustand allgemeiner Rechtssicherheit, als das Gefühl der Bevölkerung, in Ruhe und Frieden leben zu können.²¹

Diese Lesart ist mit der Rechtsprechung des *BVerfG* allerdings kaum mehr vereinbar. In seiner „Wunsiedel“-Entscheidung hat das *BVerfG* grundsätzlich bestätigt, dass die Wahrung des öffentlichen Friedens ein vom Strafrecht geschütztes Rechtsgut sein kann.²² In Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre²³ hat das Gericht allerdings strenge Anforderungen an die Legitimation strafrechtlicher Sanktionen zum öffentlichen Friedensschutz angelegt. Der Schutz vor einer Beeinträchtigung eines allgemeinen Friedensgefühls oder vor einer „Vergiftung des geistigen Klimas“ lassen die Karlsruher Richter nicht ausreichen.²⁴ Der mit § 130 StGB verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit sei nur dann gerechtfertigt, wenn der öffentliche Friede als „Gewährleistung von Friedlichkeit“ verstanden werde. Bestraft werden können danach Äußerungen, „die ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt sind, d.h. den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren.“ Der öffentliche Friede schützt die „Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders“, das durch „Appelle oder Emotionalisierungen, die bei den Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen oder Dritte unmittelbar einschüchtern“, gefährdet wird. Es gehe, so das *BVerfG*, „um

einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft, die sich in der Wirklichkeit konkretisieren.“

Damit verliert der „öffentliche Friede“ an selbständiger Substanz;²⁵ er gewinnt seinen Schutzgehalt erst durch den Rückgriff auf weitere, bereits strafrechtlich geschützte Individualrechtsgüter. § 130 Abs. 1 und 2 StGB können also nicht als Garanten für ein allgemeines gesellschaftliches Klima verstanden werden, sondern dienen dem vorgelagerten Schutz insbesondere von Leben, körperlicher Unversehrtheit und Freiheit der betroffenen Gruppenmitglieder.²⁶

IV. Beobachtete Schwächen in Recht und Rechtsanwendung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine Vielzahl der von den Staatsanwaltschaften wegen § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB geführten Verfahren eingestellt wurde, obwohl verhetzende Inhalte dokumentiert wurden. Die Gründe dafür liegen zum einen in der derzeitigen Fassung der Norm, zum anderen in einer nicht überzeugenden Anwendung von § 130 Abs. 1 und 2 StGB.

1. Inlandsbezug des Gruppenschutzes und öffentlicher Friede

Fall 1: „Der Umstand, dass das Großgemälde bereits im Jahr 2002 im asiatischen Kulturraum entstanden ist und zuvor in anderen Ländern ausgestellt war, spricht eher dagegen, dass ein Bezug zur inländischen jüdischen Bevölkerung intendiert war, auch wenn sich Teile der hiesigen Bevölkerung – z.B. in Deutschland lebende Juden – dem Staat Israel aus nachvollziehbaren Gründen in besonderer Weise verbunden fühlen.“²⁷

Fall 2: „Aus der Äußerung des Beschuldigten ‚Muss man sie abknallen! Dann ist endlich Ruhe!‘ im Hinblick auf

¹⁷ Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 130 Rn. 62; König/Seitz, NStZ 1995, 1 (3); Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 130 Rn. 12.

¹⁸ BGH, NJW 2001, 624 (626); BGH, NStZ 2015, 512 (513); Kindhäuser/Hilgendorf, in: LPK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 130 Rn. 15; Hilgendorf/Kusche/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 3. Aufl. (2022), § 3 Rn. 120. Vgl. vertieft und m.w.N. Hörnle, NStZ 2002, 113 (116 f.).

¹⁹ Rackow, in: BeckOK-StGB, 58. Ed. (1.08.2023), § 130 Rn. 11; Kindhäuser/Hilgendorf, in: LPK-StGB, § 130 Rn. 1; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 2 f.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 130 Rn. 1; Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 2, 8, 10; Krupna, in: Dölling/Duttge/Rössner/Krupna, StGB, 5. Aufl. (2022), § 130 Rn. 1; Knauer, ZStW 126 (2014), 305 (330 f.); Foerstner, Kollektivbeleidigung, Volksverhetzung und „lex Tucholsky“, 2002, S. 171.

²⁰ Für einen ausschließlichen Schutz des öffentlichen Friedens Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 1a und Wehinger, Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung, 1994, S. 81 ff. Die h.M. betrachtet den öffentlichen Frieden nicht nur als Schutzgut von § 130 Abs. 1 StGB, sondern – trotz der dort fehlenden Erwähnung – auch von Abs. 2.; kritisch: Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 1a; Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 10. Teilweise wird lediglich die Menschenwürde als alleiniges unmittelbares (Streng, in: FS Lackner, 1987, S. 501 [506 ff.]) oder zumindest primäres Schutzgut genannt (Stegbauer, Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts, 2000, S. 163 ff.; Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, § 130 Rn. 4 f.).

²¹ Ähnlich schon RGS 15, 116 (117); st. Rspr. vgl. BGH, NJW 2005, 689, 691 m.w.N.; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 22.

²² BVerfG, NJW 2010, 47 (52 f.).

²³ Vgl. m.w.N. Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 72.

²⁴ BVerfG, NJW 2010, 47 (52 f.). Trotzdem auf die Vergiftung des öffentlichen Klimas abstellend: Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 22.

²⁵ So bereits zuvor Fischer, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 530 ff., 632 ff. Vgl. anstatt vieler weiterer zudem Hörnle, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen einer pluralistischen Gesellschaft, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. C 27, die die Konstruktion als „überflüssig“ bezeichnet und Timm (Rostalski), Gesinnung und Straftat: Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, 2012, S. 239, die von „Verschleierungstendenzen“ spricht.

²⁶ Altenhain, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), StGB § 130 Rn. 3 m.w.N.

²⁷ Staatsanwaltschaft Kassel, Presseinformation v. 17.04.2023 – Mitteilung über die Ablehnung der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens im Zusammenhang mit Ausstellungen von Kunstwerken auf der Documenta 15, S. 14 (die Pressemitteilung liegt den Verf. vor).

eine Fotografie eines offenbar vor Italien liegenden Flüchtlingsbootes mit der Unterschrift ‚Italien schlägt Alarm. NGOs arbeiten mit Schleppern zusammen‘ ergibt sich keine Angriffsrichtung gegen Teile der (inländischen) Bevölkerung, so dass eine Strafbarkeit der Äußerung nach § 130 StGB bereits aus objektiven Gründen ausscheidet.²⁸

Nach bislang geltendem Recht setzt die Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens voraus. Ob eine Äußerung tatsächlich geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, kann von den Gerichten nicht empirisch überprüft werden. Das Merkmal stellt sich daher faktisch als wertungsoffenes Korrektiv dar, das den Gerichten einen Spielraum bei der Einordnung von Sachverhalten als strafwürdig oder nicht strafwürdig eröffnet.²⁹

Aus dem Erfordernis einer Störung des öffentlichen Friedens in Deutschland wird abgeleitet, dass sich die Äußerung grundsätzlich gegen eine in Deutschland lebende Gruppe richten muss.³⁰ Bei Bezugnahme auf lediglich im Ausland lebende Gruppen soll eine Strafbarkeit nur in Betracht kommen, „wenn damit zugleich feindselige Gefühle gegen in der Bundesrepublik Deutschland lebende und einen inländischen Bevölkerungsteil bildende Angehörige geweckt werden sollen.“³¹

Diese Verengung des Tatbestandes hat zur Folge, dass verhetzende Äußerungen vielfach dann nicht geahndet werden, wenn sie sich nicht oder nicht klar nachweislich gerade gegen einen in Deutschland lebenden Teil der Gruppe richten. So begründete auch die Kasseler Staatsanwaltschaft in Fall 1 ihre Einstellungsbegründung wie folgt: „Die Gruppen müssen – da die Vorschrift primär dem Schutz des innerstaatlichen öffentlichen Friedens dient – Teil der inländischen Bevölkerung sein, d.h. tatsächlich in Deutschland leben. Der Inlandsbezug gilt für alle Handlungsadressaten, da die Tatbestandsvoraussetzung der Friedensgefährdung sich auf die Bundesrepublik Deutschland bezieht.“³²

Eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 2 StGB, der keine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens voraussetzt und damit nach ganz herrschender Ansicht auch ausländische Gruppen schützt,³³ wurde im Kasseler Fall nicht ge-

prüft. Dieses Phänomen zeigte sich auch in anderen untersuchten Verfahren: Die sich von § 130 Abs. 1 StGB unterscheidenden Tatbestandsvoraussetzungen von Abs. 2 werden teilweise falsch gelesen. Die Ursache hierfür kann darin liegen, dass kein nachvollziehbarer Grund dafür besteht, ausländische Gruppen von Abs. 1 auszunehmen, dann aber über Abs. 2 zu schützen. Hinzu tritt, dass das Schutzgut des öffentlichen Friedens häufig beiden Normabsätzen zugrunde gelegt wird; die sich aus ihm – nach herrschender Lesart – ergebenden Restriktionen werden daher auch ohne ausdrückliche Verankerung im Wortlaut in Abs. 2 hineingelesen.

In Fall 2 werden Geflüchtete auf dem Mittelmeer nicht als Gruppe erfasst. Sie erfüllen keines der konkret benannten Merkmale und sind auch nicht Teil der deutschen Bevölkerung.³⁴ Damit unterfallen sie weder § 130 Abs. 1 noch Abs. 2 StGB.

Die Beschränkung von § 130 Abs. 1 StGB auf inländische Gruppen ist sowohl nach dem Wortlaut der Norm als auch mit Blick auf ihre Ratio weder zwingend noch überzeugend. Dient die Strafbarkeit der Volksverhetzung richtigerweise dem vorgelagerten Schutz von Individualrechtsgütern, so ist es nicht erforderlich, dass sich die verhetzende Äußerung gerade gegen einen in Deutschland lebenden Teil der Gruppe richtet. Hass gegen Juden in Israel oder gegen Geflüchtete außerhalb der deutschen Grenzen kann auf die im Inland lebenden Mitglieder der Gruppe zurückwirken und ihre Rechtsgüter gefährden. Denn gruppenbezogenen Äußerungen ist ein besonderer Botschaftscharakter immanent: Entsprechende Äußerungen entfalten über die konkret benannte Teilgruppe hinaus Wirkkraft bezüglich aller anderen Personen, die den entsprechenden Identifikationsfaktor teilen.³⁵ Die jüngsten Ereignisse zeigen, dass sich die Wut auf israelische Juden aufgrund des Nahostkonflikts auch in Hass gegenüber Juden in Deutschland manifestiert. Ein Ausschluss der Strafbarkeit ist jedenfalls dann nicht schlüssig, wenn zwar unmittelbare Äußerungsadressaten Gruppenmitglieder außerhalb Deutschlands sind, aber Teile derselben Gruppe

²⁸ Jugendschutz- und Medienkompetenzbericht, Der Ton wird härter. Hass, Mobbing und Extremismus. Maßnahmen, Projekte und Forderungen, 2019, S. 104, online abrufbar unter: https://www.lfk.de/fileadmin/PDFs/Publikationen/Studien/Jugendschutz-_und_Medienkompetenzbericht/jugendschutz-und-medienkompetenzbericht-2019.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

²⁹ Sehr kritisch bereits *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 631 ff.

³⁰ *Ostendorf/Kuhli*, in: NK-StGB, § 130 Rn. 18; vgl. auch BT-Drs. 12/6853, S. 24.

³¹ *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 31.

³² Staatsanwaltschaft Kassel, Presseinformation v. 17.4.2023 – Mitteilung über die Ablehnung der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens im Zusammenhang mit Ausstellungen von Kunstwerken auf der Documenta 15, S. 13.

³³ *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 63; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 12/13; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 85 f. Gegen eine Ausdehnung auf ausländische Gruppen allerdings *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 130 Rn. 16; auch sehr kritisch und entschieden dagegen, dass auf jeglichen Inlandsbezug verzichtet werden kann, *Heinrich*, ZJS 2017, 625 (629 f.), der anführt, dass unklar sei, was dann noch als Schutzgut des Abs. 2 verbleibe. Zudem bestehe ein innerer Widerspruch, da der Gesetzgeber in Abs. 2 auf das Tatbestandsmerkmal nur verzichtet habe, weil eine Einzelfallprüfung entbehrlich sei.

³⁴ Vgl. *OLG Hamm (4. Strafsenat)*, Beschl. v. 7.9.2017 – 4 RVs 103/17; *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518 (519).

³⁵ Vgl. zu diesem Botschaftscharakter auch schon *Heuser/Witting*, in: Hoven, Das Phänomen „Digitaler Hass“, 2023, S. 37 (45) und *Schmidt/Witting*, KriPoZ 2023, 190 (192) im Kontext der Beleidigungsdelikte. Vgl. allgemeiner zu Botschaftsverbrechen anstatt vieler und m.w.N. *Mangold/Payandeh/Schmidt*, Strafrechtlicher Schutz vor Diskriminierung und Hasskriminalität, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 881 (887).

im Inland wohnen.³⁶

Fall 2 macht zudem deutlich, dass der Gruppenschutz in § 130 StGB nicht überzeugend ausgestaltet ist. Die Verbreitung eines verhetzenden Inhalts gegen „Geflüchtete im Mittelmeer“ wäre auch nach § 130 Abs. 2 StGB nicht strafbar, da – selbst wenn man für Abs. 2 richtigerweise keinen Inlandsbezug verlangt – keine der dort genannten Gruppen adressiert wird. Anders verhielte es sich, wenn sich der Inhalt auf „muslimische Geflüchtete“ beziehen würde; sie könnten als religiöse Gruppe grundsätzlich von Abs. 2 erfasst werden. Ein sachlicher Grund für eine solche Differenzierung ist nicht ersichtlich.

2. Das Verkennen antisemitischer Hetze insbesondere bei der Verwendung von Chiffren

Fall 3: Ein die Äußerung "Guckt wer eure Brunnen vergiftet, wer euren Geist vernebelt und unsere Nachbarn schuldig spricht. Steht auf und fragt eure Eltern die Regierung nach der Wahrheit. Entscheidet welchen Menschen ihr leben wollt." betreffendes Verfahren wird durch die Staatsanwaltschaft eingestellt. Als Begründung führt sie unter anderem aus: "Die vorliegende Äußerung richtet sich [...] nicht eindeutig gegen einen bestimmten Bevölkerungsteil. Sie könnte sich gegen den jüdischen Bevölkerungsteil richten. Dieser ist aber nicht ausdrücklich benannt."

Fall 4: Der Landesvorsitzende der vom niedersächsischen Verfassungsschutz beobachteten Partei „Die Rechte“ beschimpfte mehrere (nicht jüdische) Medienvertreter:innen u.a. als „Judenpresse“ und „Judenpack“. Das Verfahren wurde von der zuständigen Staatsanwaltschaft zunächst mit der Begründung eingestellt, dass die Äußerung des Täters gegen Journalisten gerichtet gewesen sei, die keine geschützte Gruppe darstellen würden.³⁷

Ein häufig beobachtetes Phänomen ist die Verwendung antisemitischer Chiffren oder Codes, die etwa für die Verschwörungserzählungen des „Modernen Antisemitismus“ typisch sind.³⁸ Der Ermittlung des tatsächlichen Sinngehaltes der Äußerung aufgrund der konkreten Begleitumstände kommt hier maßgebliche Bedeutung zu. Im seinem Lagebild Antisemitismus 2020/21 stellte das Bundesamt für Verfassungsschutz fest, Antisemitismus werde „heutzutage tendenziell weniger in offener und unverstellter Form nach außen getragen [...], sondern mehr oder weniger camouffliert, chiffriert und codiert“.³⁹

Sind Strafverfolgungsbehörden und Gerichte mit dieser Problematik nicht vertraut, besteht die Gefahr, dass sie am Wortlaut der Äußerung festhalten, ohne sich mit ihrer wahren Bedeutung auseinanderzusetzen.⁴⁰ Täter können so durch geschickte Formulierungen eine Strafbarkeit umgehen. So überzeugt in Fall 3 die Einstellung mit der angegebenen Begründung nicht. Aus der Perspektive eines verständigen Dritten hätte es nahegelegen, die Bezugnahme auf „Brunnenvergifter“ als ein bekanntes Codewort für Juden zu verstehen – handelt es sich dabei doch um ein seit Jahrhunderten verwendetes antisemitisches Stereotyp.⁴¹

Ein weiteres Problem zeigt sich in Fall 4: In der Auslegung von § 130 Abs. 1 StGB werden Kommunikationspartner und angegriffene Gruppe verwechselt. Erst nachdem das Verfahren zwei Mal eingestellt und nur aufgrund öffentlichen Drucks wieder aufgenommen worden war, erkannte die zuständige Staatsanwaltschaft, dass nicht allein die angesprochenen Journalisten, sondern auch und gerade die Gruppe der Juden und Jüdinnen beschimpft

³⁶ Eine restriktive Auslegung der Norm könnte mit Blick auf das Schutzgut allenfalls dann vertretbar sein, wenn in Deutschland keine Mitglieder der Gruppe leben, der Hass also keine Gefahren für Rechtsgüter im Inland bedeuten kann. Eine solche Konstellation dürfte angesichts der globalen Verflechtungen faktisch keine Rolle spielen.

³⁷ LTO v. 27.2.2023, online abrufbar: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/braunschweig-staatsanwaltschaft-ermittlungen-eingestellt-rechtsextremer-rechte-partei-volksverhetzung-beleidigung-judenpack-judenpresse/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

³⁸ RIAS Bayern, „Das muss man auch mal ganz klar benennen dürfen“ – Verschwörungsdenken und Antisemitismus im Kontext von Corona, 3. Aufl. (2023), S. 15 ff., <https://report-antisemitismus.de/analysis/>. Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen von Antisemitismus, die allerdings nicht eindeutig voneinander zu trennen sind und teilweise auch unterschiedliche Bezeichnungen tragen, *Liebscher/Pietrzyk/Lagodinsky/Steinitz*, NJOZ 2020, 897; s. auch zu Antisemitismus als Herausforderung in der Polizeiarbeit und -bildung *Frommer/Jahn*, Kriminalistik 2023, S. 36.

³⁹ Bundesamt für Verfassungsschutz, Lagebild Antisemitismus 2020/21, 2022, S. 17 (Herv. durch die Verf.), online abrufbar unter: https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/publikationen/DE/allgemein/2022-04-lagebild-antisemitismus.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 3.1.2024). Eine umfassende Darstellung antisemitischer Codes findet sich etwa bei: Amadeu Antonio Stiftung, deconstruct antisemitism! Antisemitische Codes und Metaphern erkennen, 2021, online abrufbar unter: https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/wp-content/uploads/2021/11/210922_aas_broschuere-da-105x148_web_doppelseiten.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2024); s. zudem Landes-Demokratiezentrum Niedersachsen, Leitfaden zum Erkennen antisemitischer Straftaten, 2021, online abrufbar unter: https://ldz-niedersachsen.de/html/download.cms?id=150&datei=LDZ-Leitfaden-Antisemiti-%20sche_Straftaten-A4-D RUCK-uncoated-v2-150.pdf&fbclid=IwAR11t2VHifqTfLxq-MD OkxyZ51ey-%20La6N7UFQ0xZvKwVWekVXVvhOVUkKp14 (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁴⁰ S. auch zu Antisemitismus als Herausforderung in der Polizeiarbeit und -bildung *Frommer/Jahn*, Kriminalistik 2023, 36.

⁴¹ Vgl. Landes-Demokratiezentrum Niedersachsen, Leitfaden zum Erkennen antisemitischer Straftaten, 2021, S. 20; Bundesamt für Verfassungsschutz, Lagebild Antisemitismus 2020/21, 2022, S. 17. Vgl. zur Äußerung „Tod und Hass den Zionisten“ als in Ansehung des konkreten Kontexts verwendete Chiffre für Juden und Jüdinnen *AG Essen*, Urt. v. 30.01.2015 – 57 Cs 631/14.

worden war.⁴²

Eine mögliche Erklärung dieser Missverständnisse ist darin zu sehen, dass in der geltenden Gesetzesfassung allein die geschützten Gruppen genannt werden und nicht die Stoßrichtung der abwertenden Äußerung. Damit kann aus dem Blick geraten, dass antisemitische Hetze strafrechtlich relevant sein kann, auch wenn die Äußerung nicht explizit an die Gruppe der Jüdinnen und Juden adressiert ist. Eine ausdrückliche Nennung der Angriffsrichtung in § 130 StGB – etwa „antisemitisch“ oder „rassistisch“ – würde einen klaren Fokus auf den diskriminierenden Charakter der Äußerung legen.

Dass es im Übrigen dem Strafgesetzbuch insgesamt an einem schlüssigen und überzeugenden Gruppenschutzkonzept fehlt, wird insbesondere in der Zusammenschau mit § 192a StGB deutlich.⁴³ So wurde in § 192a StGB der Bereich der durch die Volksverhetzung geschützten Gruppen um durch „ihre Weltanschauung, ihre Behinderung oder ihre sexuelle Orientierung bestimmte Gruppe[n]“ erweitert, die in § 130 StGB nicht ausdrücklich, sondern als Bevölkerungsteil geschützt werden.⁴⁴ Die Gesetzesbegründung macht dabei jedoch nicht deutlich, welcher Logik die Festlegung der Gruppen folgt. In Betracht kommen vor allem zwei Ansätze: Der Schutz von Gruppen aufgrund besonderer identitätsprägender Merkmale oder die Beschränkung auf marginalisierte Gruppen mit strukturellen Diskriminierungserfahrungen.⁴⁵ § 130 und § 192a StGB setzen allerdings keines dieser Modelle konsequent um. Stellt man auf feststehende, identitätsprägende Merkmale ab, so wären etwa die ethnische Herkunft und die Behinderung zu erfassen, nicht aber die Weltanschauung; bei einer Erfassung allein marginalisierter Gruppen wären hingegen die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnten Katholiken⁴⁶ auszunehmen, die derzeit in Deutschland keine strukturelle Diskriminierung erleben.

3. Uneinheitliche Anforderungen an die Öffentlichkeit von Äußerungen und Inhalten

In den Medien wird immer wieder von Fällen geschlossener rechtsextremer Polizeichats berichtet, in denen volks-

verhetzende Inhalte verschickt werden.⁴⁷ Ermittlungsverfahren gegen die Beteiligten werden häufig mit der Begründung eingestellt, dass die Taten nicht öffentlich begangen bzw. Inhalte nicht „verbreitet“ wurden.

Vor dem Hintergrund der weiten Rechtsprechung des *BGH* zur Eignungsklausel in Abs. 1 und den Tatbestandsmerkmalen in Abs. 2 muss die restriktive Handhabung durch die Staatsanwaltschaften verwundern.⁴⁸

Ausreichend für Abs. 1 ist es, wenn „nach den konkreten Umständen damit zu rechnen ist, daß der Angriff einer breiteren Öffentlichkeit bekannt wird“.⁴⁹ Nach der Rechtsprechung kann hierfür selbst eine Äußerung gegenüber einer Einzelperson ausreichen, wenn der Täter damit rechnen musste, dass die Person an die Öffentlichkeit gehen wird. Dies ist nach Ansicht des *BGH* in einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1987 bereits anzunehmen „in Fällen der Zuschrift an eine Zeitungsredaktion oder an einen nicht näher eingegrenzten Kreis von Privatpersonen, von deren Diskretion nicht auszugehen ist, aber auch an einen unmittelbar Betroffenen, wenn anzunehmen ist, daß er sich aus Sorge um das Opfer oder aus Empörung über die Drohung an die Öffentlichkeit wendet“.⁵⁰ Heute dürfte eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB etwa insbesondere dann in Betracht kommen, wenn ein einzelner Influencer oder Youtuber adressiert wird, bei dem anzunehmen ist, dass er sich öffentlich mit Diskriminierung oder Rassismus auseinandersetzt.⁵¹ Vor dem Hintergrund des relativ hohen Strafrahmens von § 130 Abs. 1 StGB darf die Anwendung der Norm allerdings nicht überdehnt werden. Äußerungen gegenüber eng umgrenzten Personenkreisen müssen von einer Strafbarkeit ausgenommen sein; anderenfalls ließe sich jede Individualbeleidigung in eine Volksverhetzung umdeuten.⁵²

Auch die Auslegung des „Verbreitens“ eines Inhaltes im Sinne von § 130 Abs. 2 StGB durch die Gerichte ist grundsätzlich weit. „Verbreiten“ wird verstanden als das Zugänglichmachen für einen größeren – nicht notwendigerweise öffentlichen – Personenkreis, der für den Täter nach Anzahl und Individualität nicht mehr kontrollierbar ist.⁵³ Hier kann ebenfalls die Weiterleitung des Inhaltes an eine

⁴² Staatsanwaltschaft Braunschweig, Presseinformation v. 28.6.2023, Nach antisemitischen Äußerungen: Staatsanwaltschaft erhebt Anklage wegen Volksverhetzung und Beleidigung, online abrufbar unter: <https://staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/nach-antisemitischen-ausserungen-staatsanwaltschaft-erhebt-anklage-wegen-volksverhetzung-und-beleidigung-223368.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁴³ S. schon *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 (595).

⁴⁴ *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 4.

⁴⁵ Zu dieser Diskussion ausführlich: KriPoZ Sonderheft „Digitaler Hass“ 2023, 184; s. insbesondere die Beiträge von *Rostalski/Weiss* (199 ff.) und *Schmidt/Witting* (190 ff.).

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 19/31115, S. 14.

⁴⁷ Am 29. September und 6. Oktober 2023 widmete der Satiriker *Jahn Böhmerrmann* dem rechtsextremen Frankfurter Polizei-Chat „Itiotentreff“ im ZDF Magazin Royale sogar eine zweiteilige Sendung, online abrufbar unter: <https://www.zdf.de/comedy/zdf-magazin-royale/zdf-magazin-royale-vom-29-september-2023-102.html> und <https://www.zdf.de/comedy/zdf-magazin-royale/zdf-magazin-royale-vom-6-oktober-2023-100.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁴⁸ Jüngst sehr detailliert zum Verbreiten von Inhalten in geschlossenen Chatgruppen *Lund*, NStZ 2023, 641, der sich richtigerweise für eine differenzierte Einzelfallbetrachtung ausspricht.

⁴⁹ *BGH*, NJW 1979, 1992; *BGH*, MMR 2001, 228 (230); *BGH*, NStZ 2007, 216 (217); *BGH*, NStZ 2010, 570 (bzgl. § 126 StGB).

⁵⁰ *BGH*, NJW 1987, 1898. Ähnlich hat das *OLG Hamburg* entschieden. Dort hatte die Mitarbeiterin eines Fahrkartenschalters der S-Bahn einem Algerier laut zugerufen „Euch Ausländer sollte man vergasen wie die Juden.“ Diesen Zuruf ließ das *OLG Hamburg* für die Annahme einer Volksverhetzung genügen; *OLG Hamburg*, MDR 1981, 71; vgl. auch, *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 25.

⁵¹ *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 (591).

⁵² *Hörnle*, NStZ 2002, 113 (117).

⁵³ *BGH*, NStZ 2017, 405 (406); *Rackow*, in: BeckOK-StGB, § 130 Rn. 27.

Einzelperson genügen, wenn die Weitergabe des Inhaltes an einen nicht mehr kontrollierbaren Kreis durch die Einzelperson vom Willen des Täters umfasst ist oder er wegen der konkreten Einzelfallumstände mit einer Weitergabe rechnet (Kettenverbreitung);⁵⁴ zu einer tatsächlichen weiteren Verbreitung muss es nicht kommen.⁵⁵

Obwohl der *BGH* also eine öffentlichkeitsfähige Handlung genügen lässt,⁵⁶ ist in der staatsanwaltschaftlichen und instanzgerichtlichen Praxis häufig ein restriktiverer und uneinheitlicher Umgang mit dem Öffentlichkeitsbezug in § 130 Abs. 1 und 2 StGB zu beobachten. So wurde in den Medien von einem Fall berichtet, in dem gegen einen SEK-Beamten, der in einem Chat mit 14 Mitgliedern volksverhetzende Inhalte geteilt hatte, ein Strafbefehl erlassen wurde.⁵⁷ In einem Berliner Fall nahm die Staatsanwaltschaft einen Verdacht wegen Volksverhetzung bei einer Polizei-Chatgruppe an, die aus 12 Personen bestand.⁵⁸ Demgegenüber stellte die Staatsanwaltschaft Münster ein Verfahren wegen eines fehlenden Öffentlichkeitsbezugs ein, das wegen verhetzender Inhalte in einem Chat unter 21 Polizisten geführt worden war.⁵⁹ In einer Chatgruppe mit 10 Mitgliedern wies das Landgericht Frankfurt die Anklage gegen fünf Polizisten ebenfalls ab.⁶⁰

V. Vorschlag für eine Neuregelung von § 130 Abs. 1 und 2 StGB

Die Untersuchung der Strafverfahren wegen antisemitischer Inhalte hat Defizite in Formulierung und Anwendung von § 130 Abs. 1 und 2 StGB gezeigt. Durch den hier vorgestellten Reformvorschlag sollen bestehende dogmatische Schwächen der Vorschrift behoben werden. Zugleich kann durch eine transparentere Formulierung eine sachgemäße und einheitliche Rechtsanwendung erleichtert werden.

1. Regelungsvorschlag

Vorschlag zur Reform der Strafbarkeit von Volksverhetzung, § 130 Abs. 1 und 2 StGB	Fassung 9.12.22: aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes und des Strafgesetzbuches vom 04.12.2022 (BGBl. I S. 2146)
(1) Mit Freiheitsstrafe	(1) Wer in einer Weise, die

⁵⁴ Vgl. *BVerfG*, NJW 2012, 1498 (1500); *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 74.

⁵⁵ *BGH*, NStZ 2017, 405 (406) m. krit. Anm. *Rackow*. Ob in diesen Fällen *dolus eventualis* ausreicht oder *dolus directus* 1. Grades erforderlich ist, wurde vom *BGH* allerdings ausdrücklich offengelassen.

⁵⁶ *Hörnle*, NStZ 2002, 113 (117); ebenfalls *Streng*, in: FS Lackner, 1987, S. 501 (516).

⁵⁷ Gegen den Strafbefehl legte der Beamte Einspruch ein, *Nowaczyk*, Volksverhetzung im Polizeichat, FAZ v. 16.12.2022, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/frankfurt/sek-beamter-wegen-volksverhetzung-in-chat-vor-gericht-18541171.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer

1. gegen eine nationale, religiöse, durch ihre ethnische Herkunft, *Behinderung, sexuelle Orientierung, geschlechtliche Identität oder ein vergleichbares Merkmal* bestimmte Gruppe *oder* gegen Teile der Bevölkerung *oder* gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit *oder Zuschreibung* zu einer vorbezeichneten Gruppe *oder* zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert, *solche Maßnahmen billigt oder androht* *oder*

2. eine vorbezeichnete Gruppe *oder* einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit *oder Zuschreibung* zu einer vorbezeichneten Gruppe *in einer menschenverachtenden, insbesondere antisemitischen, rassistischen oder sexistischen Weise* beschimpft, böswillig verächtlich macht *oder* verleumdet,

und die Tathandlung geeignet ist, einem nicht überschaubaren oder kontrollierbaren Personenkreis die unmittelbare

geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse *oder* durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung *oder* gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe *oder* zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert *oder*

2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung *oder* einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe *oder* zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht *oder* verleumdet,

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

⁵⁸ *Peter*, Ermittlungen gegen Berliner Polizisten – Dritte rechte Chatgruppe, taz v. 14.07.2021, online abrufbar unter: <https://taz.de/Ermittlungen-gegen-Berliner-Polizisten/!5786938/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁵⁹ NDR v. 26.6.2023, online abrufbar unter: <https://www.rnd.de/panorama/sek-chats-in-muenster-strafrechtliche-verfahren-eingestellt-6MJRQEUKQ5NSJBFZQUDUPJCPKU.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁶⁰ *Borufka*, Rechtsextreme Chatgruppe: Landgericht lässt Anklage gegen Polizisten nicht zu, Hessenschau v. 1.3.2023, online abrufbar unter: <https://www.hessenschau.de/panorama/rechtsextreme-chatgruppe-landgericht-laesst-anklage-gegen-frankfurter-polizisten-nicht-zu-v3.chatgruppe-gericht-100.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024); s. zur aktuellen Bewertung durch die Generalstaatsanwaltschaft FAZ v. 11.7.2023, Polizeichats könnten doch strafbar sein, Nr. 158, S. 1.

<p><i>oder mittelbare Kenntnisnahme der Äußerung zu ermöglichen.</i></p> <p>(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Inhalt (§ 11 Absatz 3) <i>nach Abs. 1</i></p> <p><i>1. auf eine Weise zugänglich macht, die geeignet ist, einem nicht überschaubaren oder kontrollierbaren Personenkreis die unmittelbare oder mittelbare Kenntnisnahme des Inhaltes zu ermöglichen,</i></p> <p><i>2. einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder</i></p> <p><i>3. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diesen ein- oder auszuführen, um ihn im Sinne der Nummern 1 und 2 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen,</i></p> <p><i>sofern die Tat nicht bereits nach Abs. 1 strafbar ist.</i></p>	<p>(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer</p> <p>1. einen Inhalt (§ 11 Absatz 3) verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder einer Person unter achtzehn Jahren einen Inhalt (§ 11 Absatz 3) anbietet, überlässt oder zugänglich macht, der</p> <p>a) zum Hass gegen eine in Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstachelt,</p> <p>b) zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen in Buchstabe a genannte Personen oder Personengruppen auffordert oder</p> <p>c) die Menschenwürde von in Buchstabe a genannten Personen oder Personengruppen dadurch angreift, dass diese beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden oder</p> <p>2. einen in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalt (§ 11 Absatz 3) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, an-</p>
---	---

	<p>bietet, bewirbt oder es unternimmt, diesen ein- oder auszuführen, um ihn im Sinne der Nummer 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen.</p>
--	---

2. Erläuterung

a) Streichen der Eignungsklausel in § 130 Abs. 1 StGB-E

Die weitreichendste Neuerung des Formulierungsvorschlags besteht im Verzicht auf die Eignung zur Störung des „öffentlichen Friedens“ als strafbarkeitsbegründendes Merkmal in § 130 Abs. 1 StGB.

Anders als häufig angenommen, entfaltet das Merkmal keine relevante Begrenzungsfunktion mit Blick auf die Erheblichkeitsschwelle einer Äußerung.⁶¹ Die Anforderungen an die Tathandlung – Aufstacheln zum Hass, Aufforderung zu Gewaltmaßnahmen – sind so formuliert, dass sie Bagatellen von vornherein ausschließen. Es lässt sich kein Fall denken, in dem eine Äußerung die Grenze zur Aufstachelung zum Hass überschreitet, sie aber gleichzeitig nicht so schwer wiegen soll, dass sie geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu bedrohen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass das Merkmal der Eignung zu Friedensstörung nur auf zwei Ebenen zu Strafbarkeitseinschränkungen führt: Für die Öffentlichkeitsfähigkeit der Äußerung und für die Begrenzung auf inländische Gruppen.

Während die Öffentlichkeitsfähigkeit der Äußerung durch eine Neuformulierung des Tatbestandes (s. unten d) Rechnung getragen werden kann, soll eine Beschränkung auf Gruppen im Inland gerade aufgegeben werden. Wie dargestellt, blendet diese Restriktion Rückwirkungseffekte aus und führt zu inkonsistenten Ergebnissen. Durch den Verzicht auf die Eignung zur Friedensstörung werden nicht nur bestehende Schutzlücken geschlossen; es kann zugleich die Vereinbarkeit mit Art. 10 der von der EU-Kommission vorgeschlagenen Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt sichergestellt werden.⁶² Nach Art. 10 der Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass „die vorsätzliche Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen eine nach biologischem oder sozialem Geschlecht definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe durch die Verbreitung von diese Aufstachelung enthaltendem Material mittels Informations- und Kommunikationstechnologien, unter Strafe gestellt wird.“⁶³ Im Gegensatz zum Rahmenbeschluss des Rates 2008/913/JI zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und

⁶¹ Das Merkmal wird in der Literatur kritisch gesehen, vgl. Fischer, StGB, § 130 Rn. 13 b ff. m.w.N.; Krauß, in: LK-StGB, § 130 Rn. 83 m.w.N.

⁶² Allerdings wurden zu Recht Bedenken an der Kompetenz der EU zum Erlass einer solchen, das Strafrecht gestaltenden Richtlinie auf Basis von Art. 83 Abs. 1 AEUV geäußert; Heger, KriPoZ 2022, 273 (275).

⁶³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 8.3.2022, COM 2022, 105 final – 2022/0066 (COD), S. 43, online abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0105&from=EN> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit⁶⁴ enthält die Richtlinie keinen Vorbehalt mehr, der den Mitgliedstaaten gestattet, tatbestandlich eine Eignung zur Friedensstörung vorauszusetzen.⁶⁵

Die Streichung der Eignung zur öffentlichen Friedensstörung ist im Übrigen auch dann sinnvoll, wenn die Friedensstörung als Schutzgut der Norm zugrunde gelegt wird. Das hinter einer Strafvorschrift stehende Schutzinteresse kann wertungsoffener sein als seine Umsetzung in der konkreten Tatbestandsformulierung. Merkmale einer Strafnorm müssen den Anforderungen an die verfassungsrechtliche Bestimmtheit genügen. Der Begriff der öffentlichen Friedensstörung erweist sich als Einfallstor für kriminalpolitische Wertungen; zur klaren Konturierung eines in das sensible Grundrecht der Meinungsfreiheit eingreifenden Tatbestandes ist das Merkmal denkbar ungeeignet.

b) Neuordnung der Angriffsobjekte in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E

Der bisherige abschließende Verweis auf bestimmte Gruppen wird durch die Formulierung „nationale, religiöse, durch ihre ethnische Herkunft, *Behinderung, sexuelle Orientierung oder geschlechtliche Identität...* bestimmte Gruppe“ ersetzt und durch den Zusatz „*oder ein vergleichbares Merkmal*“ geöffnet. Der Begriff der „ethnischen Herkunft“ soll in Zukunft so ausgelegt werden, dass alle Fälle rassistischer Äußerungen, die bisher in Anknüpfung an die „rassistische“ Herkunft erfasst wurden, weiterhin strafbar bleiben.⁶⁶ Geflüchtete Menschen, Ausländer oder Menschen mit Migrationsgeschichte sollen künftig als durch ein „vergleichbares Merkmal“ bestimmte Gruppe erfasst werden können. Damit ist ein Bezug gerade zu dem in Deutschland lebenden Teil der Gruppe – der sich hier bislang auch aus der Formulierung „Teil der Bevölkerung“ ergab – nicht mehr erforderlich.

Durch das Erfordernis der *Vergleichbarkeit* des Merkmals zu den anderen explizit genannten wird deutlich, dass eine *besondere Identitätsprägung*, die auch durch eine Fremdzuschreibung von außen erfolgen kann, erforderlich ist. Eine objektivierte Bewertung kann durch eine Orientierung an dem (mit Blick auf die Formulierung selbst nicht unproblematischen) speziellen Gleichheitssatz aus Art. 3

Abs. 3 GG sowie den „Quasi-Diskriminierungsverboten“⁶⁷ erfolgen. Durch die Ergänzung der Adressierung eines Einzelnen wegen der *Zuschreibung* zu einer Gruppe bzw. einem Bevölkerungsteil wird zudem der Tatsache Rechnung getragen, dass Betroffenen, etwa wegen des äußeren Erscheinungsbildes, durchaus auch falsche Zugehörigkeiten zugeschrieben werden.⁶⁸

c) Der differierende Schutzbereich der § 130 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB-E

Die Neufassung differenziert in Abs. 1 klarer zwischen Nr. 1 und Nr. 2. Erreichen Äußerungen die Qualität von § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB, so werden sämtliche in Nr. 1 genannte Gruppen geschützt. Ein Aufstacheln zum Hass oder die Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gefährdet die Rechtsgüter von Gruppenmitgliedern unabhängig etwa von ihrem Anteil an der Bevölkerung.⁶⁹ Anders verhält es sich bei Beschimpfungen unterhalb dieser Schwelle. Hier ist – auch im Lichte der Meinungsfreiheit – eine besondere Strafbarkeit nur dann sinnvoll, wenn sie an eine historisch oder strukturell verfestigte Benachteiligung anknüpft.⁷⁰ Daher normiert Nr. 2 ausdrücklich die Art und Weise der Herabwürdigung und sanktioniert „mensenverachtende, insbesondere antisemitische, rassistische oder sexistische“ Kollektivbeleidigungen.⁷¹ Damit wird zugleich dem skizzierten Problem entgegengewirkt, dass abwertend-diskriminierende Äußerungen wegen eines unklaren oder bewusst verdeckten Bezugs zur Gruppe nicht strafrechtlich verfolgt werden. Auf Grundlage des geänderten Wortlautes ist zu erwarten, dass verhetzende Äußerungen durch Verwendung antisemitischer Chiffren auch ohne einen expliziten Verweis auf Jüdinnen und Juden künftig bestraft werden.

Durch die Neufassung erübrigt sich auch der Rückgriff auf das vage Tatbestandsmerkmal des Menschenwürdeangriffs.⁷² Bei den durch § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfassten Fällen verhetzender, *mensenverachtender* Diskriminierung, die durch *beschimpfen, böswilliges* verächtlichmachen oder *verleumden* erfolgen müssen, wird die durch das Merkmal vorausgesetzte Eingriffsschwere stets gewährleistet; der Zusatz ist daher obsolet.⁷³

§ 130 StGB ermöglicht gegenüber der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten in § 111 Abs. 2 StGB eine erhöhte

⁶⁴ Der Rahmenbeschluss erlaubte eine Einschränkung zur Störung der öffentlichen Ordnung. Deutschland hatte bei der Umsetzung der Richtlinie ausdrücklich davon Gebrauch gemacht und klargestellt, dass der verwendete Begriff „öffentlicher Friede“ dem des im Rahmenbeschluss verwendeten Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ genüge; BT-Drs. 17/3124, S. 8; vgl. auch *Hellmann/Gärtner*, NJW 2011, 961 (964).

⁶⁵ Vgl. schon *Hoven*, ZRP 2022, 118 (120 f.).

⁶⁶ Vgl. im Kontext eines Reformvorschlages zu § 192a StGB *Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218 (228).

⁶⁷ Bspw. wird die fehlende Nennung der sexuellen Orientierung in Art. 3 Abs. 3 GG derzeit noch durch den Allgemeinen Gleichheitssatz in Form der Quasi-Diskriminierungsverbote aufgefangen, vgl. *Kischel*, in: *BeckOK-GG*, 56. Ed. (15.8.2023), Art. 3 Rn. 129 ff., 231.

⁶⁸ Dazu auch schon *Heuser/Witting*, in: *Hoven* Das Phänomen „Digitaler Hass“, 2023, S. 37 (44).

⁶⁹ Hiernach werden etwa auch Deutsche von Nr. 1 geschützt; zum Streit siehe: *Mitsch*, JR 2011, 380.

⁷⁰ Vgl. nur *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 127 ff. S. zum Widerspruch zwischen der Rechtsprechung zur Kollektivbeleidigungsfähigkeit und § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch bereits *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 (592). Zu dem Vorschlag einer teleologischen Reduktion der Volksverhetzung auf marginalisierte Gruppen vgl., *Schmidt*, in: *Mangold/Payandeh/Schmidt*, Strafrechtlicher Schutz vor Diskriminierung und Hasskriminalität, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 881 (915 f.).

⁷¹ Vgl. zu einer entsprechenden Formulierung im Kontext eines Vorschlages für eine Reform der Beleidigungsdelikte, um den Schutz Angehöriger diskriminierter Gruppen vor Hassrede zu verbessern, *Schmidt/Witting*, KriPoZ 2023, 190 (193, 195).

⁷² Dazu, dass die Rechtsprechung bislang kein einheitliches Bild bietet, vgl. *Krauß*, in: *LK-StGB*, § 130 Rn. 55; Schäfer/Anstötz, in: *MüKo-StGB*, § 130 Rn. 56.

⁷³ Vgl. *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 (593) bzgl. des entsprechenden Tatbestandsmerkmals in § 192a StGB und *BVerfG*, NZA 2020, 1704 (1706) m. zust. Anm. *Metz*.

Strafe. Nach § 111 Abs. 2 StGB wird mit Geldstrafe oder bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wer (erfolglos) zu einer rechtswidrigen Straftat auffordert. Diese Strafan drohung wird bei einer Aufforderung gegenüber Gruppen oder Bevölkerungssteilen i.S.v. § 130 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB auf eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten angehoben. Dem bloßen Wortlaut nach findet sich in § 130 StGB keine vergleichbare Regelung für die Billigung oder Androhung von Straftaten. Zwar sollten solche Äußerungen bereits de lege lata unter § 130 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 (Aufstacheln zum Hass) oder Nr. 2 (Beschimpfen etc.) subsumiert werden können. Um jedoch die Gefahr eines fehlerhaften Umkehrschlusses aus der fehlenden ausdrücklichen Erwähnung der Handlungsvarianten zu vermeiden, wird ihre Tatbestandsmäßigkeit in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E klargestellt.

d) Die Öffentlichkeitsfähigkeit der Tatbegehung

Die Tathandlung nach Abs. 1 muss geeignet sein, „einem nicht überschaubaren oder kontrollierbaren Personenkreis die unmittelbare oder mittelbare Kenntnisnahme der Äußerung zu ermöglichen“; Abs. 2 Nr. 1 übernimmt diese Formulierung bei nicht zu eigen gemachten Äußerungen. Diese Regelung führt die Rechtsprechung des BGH zur Öffentlichkeitsfähigkeit und Kettenverbreitung von Äußerungen fort.⁷⁴ Für die Verwirklichung des Tatbestandes ist es danach ausreichend, dass die Tathandlung *geeignet* ist, einem nicht überschaubaren oder kontrollierbaren Personenkreis mittelbar oder unmittelbar zur Kenntnis zu gelangen. Damit können auch Äußerungen in kleineren Kreisen und sogar gegenüber Einzelpersonen erfasst werden, wenn die Weitergabe an einen unüberschaubaren Personenkreis billigend in Kauf genommen wird. Dies richtet sich nach einer verständigen Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und muss vom Vorsatz des Täters getragen sein. Die lediglich abstrakte – und fast immer gegebene – Möglichkeit der Weitergabe einer Äußerung auch bei einer Kommunikation in eng verbundenen Gruppen reicht nicht aus.

Auch wenn die Neufassung die Maßstäbe für die Beurteilung des erforderlichen Öffentlichkeitsbezugs präzisiert, verbleiben in der Praxis notwendig Spielräume. Für die Überschaubarkeit und Kontrollierbarkeit eines Personenkreises sind neben der Größe des Empfängerkreises etwa auch die persönliche Verbundenheit zwischen den Beteiligten einzubeziehen. Äußerungen auch auf geschlossenen Parteiveranstaltungen oder in Polizeichats, deren Mitglieder nicht eng persönlich verbunden sind, unterfallen damit nach der hier vorgeschlagenen Lesart dem Tatbestand der Volksverhetzung.⁷⁵

Als Reaktion auf die strafrechtlich bislang unzureichende Erfassung rechtsextremer Polizeichats hat das Land Nordrhein-Westfalen im September 2023 einen Entwurf für einen neuen Straftatbestand in § 341 StGB vorgestellt, der Elemente der Volksverhetzung mit der besonderen Verantwortung von Amtsträgern verbindet.⁷⁶

§ 341 StGB

(1) Wer als Amtsträger im Zusammenhang mit der Dienstausübung in einer Weise, die geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in rechtstaatliches Handeln von Behörden oder sonstigen Stellen der öffentlichen Verwaltung zu erschüttern,

1. die in § 130 Absatz 2 Nummer 1, Absatz 3 oder Absatz 4 bezeichneten Inhalte (§ 11 Absatz 3) gegenüber einer anderen Person äußert oder einer anderen Person zugänglich macht oder

2. im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Absatz 1 Nummer 1, 2 und Nummer 4 bezeichneten Parteien, Vereinigungen oder Organisationen verwendet,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Wird der Öffentlichkeitsbezug in § 130 StGB nach dem hier unterbreiteten Vorschlag neu ausgestaltet, wäre eine solche Vorschrift zur Schließung von Strafbarkeitslücken nicht mehr erforderlich. Dies gilt vor allem deshalb, weil § 341 StGB-E in seiner jetzigen Entwurfsfassung die Eignung zur Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit voraussetzt und damit selbst einen – nicht näher konturierter – Öffentlichkeitsbezug herstellt.⁷⁷ Nach dem Wortlaut bezieht sich die „Weise, die geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit... zu erschüttern“ auf das Prädikat „äußern“ und nicht auf den Inhalt. Selbst wenn diese Einschränkung im Zuge eines Gesetzgebungsverfahrens gestrichen würde – denn die Vertrauenserschütterung beschreibt in erster Linie die Intention der Norm, bewirkt aber keine eigenständige Strafbarkeitsbegrenzung –, bliebe es dabei, dass unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu beleidigungsfreien Räumen⁷⁸ eine gewisse Gruppengröße erreicht werden müsste. In diesem Fall würde jedoch regelmäßig § 130 StGB-E mit seinem weiten Verständnis der Öffentlichkeitsfähigkeit greifen. Sinnvoller wäre es daher, den § 341 StGB-E als Qualifikationstatbestand auszugestalten, der den besonderen Gefahren eines öffentlichen Vertrauensverlustes in die Rechtsstaatlichkeit behördlichen Handelns Rechnung trägt.

⁷⁴ BGH, NJW 1987, 1898; BGH, NSTZ 2017, 405.

⁷⁵ Vgl. auch Lund, NSTZ 2023, 641 (644 ff.) bzgl. der Inhaltsverbreitung zu den weiteren in die Einzelfallbetrachtung einzubeziehenden Aspekten des Zwecks der Gruppe, der Art der Inhalte und des Kommunikationsverhaltens der Mitglieder.

⁷⁶ Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbot volksverhetzender Inhalte und verfassungswidriger Kennzeichen im Zusammenhang mit der Dienstausbübung, BR-Drs. 449/23.

⁷⁷ Das Merkmal erscheint nicht weniger vage als die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens und sollte daher nicht zur Voraussetzung eines Straftatbestandes werden.

⁷⁸ Vgl. nur *BVerfG*, NSTZ 2021, 439 (439 f.) zu in einem Brief enthaltenen beleidigenden Äußerungen eines Strafgefangenen.

VI. Fazit und Ausblick

Angesichts der dramatischen Ereignisse in Israel und im Gaza-Streifen hat der *Bundesjustizminister* zu Recht angemahnt, nicht „in Aktionismus“ zu verfallen.⁷⁹ Überhastete Gesetzgebung in einer politisch emotionalisierten Situation kommt selten zu langfristig überzeugenden Ergebnissen.⁸⁰ Allerdings werfen aktuelle Debatten nicht selten auch ein Schlaglicht auf bestehende Defizite (straf-)recht-

licher Regelungen. Der Tatbestand der Volksverhetzung wird seit Langem kritisiert; die hier durchgeführte Studie belegt erhebliche Defizite in Formulierung und Anwendung der Norm. Die Diskussion um einen besseren Schutz vor antisemitischer Hetze sollte daher tatsächlich zum Anlass genommen werden, das geltende Recht zu reformieren und § 130 Abs. 1 und 2 StGB transparenter und schlüssiger zu gestalten.

⁷⁹ *Kolter/Suliak*, LTO v. 24.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/antisemitismus-antisemitisch-israel-palstina-hamas-poseck-union-cdu-volksverhetzung/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁸⁰ „Im Strafrecht, in dem das Recht und die Sittlichkeit in engerer Beziehung stehen als in den übrigen Rechtsgebieten, ist die Gefahr besonders groß, daß in der sittlichen Entrüstung über eine Tat Rechtssätze aufgestellt werden, die einer nüchternen Betrachtung nicht standhalten“, *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 1 (14) und *Hoven*, Mschr-Krim 2017, 161 (175); *Hoven*, KriPoZ 2018, 2 (7); *Hoven*, Neue Kriminalpolitik 2018, 393 (401 f.).

Die strafrechtliche Sanktionierung von Sexualdelikten

Von Philipp Ehlen, Prof. Dr. Elisa Hoven und
Prof. Dr. Thomas Weigend*

Abstract

Über die Angemessenheit der von deutschen Gerichten für schwere Sexualdelikte verhängte Strafen hat sich eine kontroverse Diskussion entwickelt; teils wird das Strafniveau als zu niedrig angesehen, teils wird die gegenwärtige Praxis verteidigt. Die Frage, ob Strafen angemessen, zu hoch oder zu niedrig sind, lässt sich nicht generell beantworten – zumindest dann nicht, wenn man Strafen als sinnvolles Instrument zur Ahndung von Unrecht grundsätzlich akzeptiert. Die hier vorgestellte Untersuchung der Strafzumessungspraxis an verschiedenen deutschen Gerichten bei Straftaten nach § 177 StGB leistet einen Beitrag zur Feststellung der Rechtswirklichkeit in diesem Bereich. Sie zeigt, dass die Richterinnen und Richter die gesetzlichen Strafrahmen bei Sexualstraftaten nicht ausschöpfen, sondern Strafen fast nur aus dem untersten Drittel der Strafrahmen verhängen. Nach Meinung der Verfasser trägt die Orientierung der Strafzumessung an der gesetzlichen Mindeststrafe dem Gewicht des Unrechts gewaltsamer Verletzungen der sexuellen Autonomie nicht Rechnung, und sie diskutieren mögliche Wege zu einer angemessenen Sanktionierung.

The sentencing practice of German courts concerning serious sexual offenses has recently become subject of a controversial debate. Some authors have criticized sentences as too lenient, others have defended the courts' practice. There is no general answer to the question of whether sentences are appropriate, too low or too severe, at least as long as one accepts criminal punishment in principle as an adequate response to crime. The article below seeks to establish an empirical basis to this debate by presenting the results of an empirical study of sentencing practices at various German courts concerning sexual offenses. The study shows that judges almost invariably impose sentences within the lowest third of the statutory sentence range. The authors claim that this practice does not adequately reflect the seriousness of violent infringe-

ments on sexual autonomy. They discuss possible means of achieving adequate sentencing of such offenses.

I. Einführung

In den Medien wird immer wieder über angeblich zu milde Urteile nach Fällen sexueller Übergriffe und Vergewaltigungen berichtet. Jüngst hat der Fall einer vergewaltigten Fünfzehnjährigen für erhebliche Empörung gesorgt; dass gegen die Täter Bewährungsstrafen verhängt wurden, konnten viele Menschen nicht nachvollziehen.¹ Aufgrund solcher Fälle werden häufig härtere Sanktionen für Sexualstraftäter gefordert.² Es ist allerdings nicht zu empfehlen, populären Wünschen nach der Erhöhung von Strafrahmen bei Sexualdelikten ohne weiteres nachzugeben. Dies lässt sich nicht zuletzt am Beispiel der Strafbarkeit von Kinderpornographie zeigen. Dort hat die Anhebung der Mindeststrafe für § 184b StGB als Reaktion auf Forderungen aus der Öffentlichkeit³ dazu geführt, dass den Gerichten der nötige Spielraum für den Umgang mit bagatellarischen Fällen am Rande der Strafwürdigkeit genommen wurde; die Reform muss nun mit Mühe zurückgedreht werden.⁴

Auch unabhängig von solchen gesetzgeberischen Missgriffen stoßen Forderungen nach erhöhten Sanktionen, die sich auf Wünsche aus der Bevölkerung stützen, in der Strafrechtswissenschaft und in der Justiz überwiegend auf Ablehnung. Viele Juristen halten die Sicht der Öffentlichkeit auf die Strafzumessung schlicht für irrelevant. Ihre Zurückhaltung gegenüber „populären“ Forderungen ist in gewissem Umfang auch berechtigt. Denn anders als die für die Strafzumessung verantwortlichen Richter kennt der Zeitungsleser weder die Hintergründe der Tat noch die Geschichte des Täters. Außerdem haben Laien häufig keine zutreffende Vorstellung von der Belastung, die selbst ein kurzer Freiheitsentzug für den Betroffenen bedeutet.

* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Universität Leipzig. Philipp Ehlen ist Rechtsanwalt und ehemaliger Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hoven. Prof. Dr. Thomas Weigend ist Universitätsprofessor i.R. an der Universität zu Köln.

¹ Siehe z.B.: ZEIT-Online v. 1.12.2023, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/hamburg/2023-11/stadtpark-prozess-richter-in-hamburg-urteil-gewaltaufreife>; ZDF-Nachrichten vom 30.11.2023: <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/kriminalitaet/vergewaltigung-hamburg-stadtpark-richter-urteil-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.1.2024).

² Siehe etwa die Petition auf <https://www.change.org/p/extreme-ver-sch%C3%A4rfung-der-strafe-f%C3%BCr-vergewaltiger-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 22.1.2024).

³ Vgl. Tagesspiegel v. 18.6.2020, online abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/giffey-fordert-mehr-aufkla-rung-und-hartere-strafen-5367910.html> (zuletzt abgerufen am 22.1.2024); siehe auch: Drohsel, dJbZ 2020, 183 f.; Hörnle, ZIS 2020, 440 m.w.N.

⁴ Vgl. Pressemitteilung des BMJ v. 17.11.2023, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilun-gen/DE/2023/11/17_184bStGB.html (zuletzt abgerufen am 22.1.2024); Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafe des § 184b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Strafgesetzbuches“ und Stellungnahmen, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Aend_184b_StGB.html?nn=110490 (zuletzt abgerufen am 22.1.2024).

Im Gegensatz dazu kennen Richterinnen und Richter nicht nur die Realität des Strafvollzugs, sondern setzen sich in der Verhandlung auch intensiv mit dem Täter und seiner nicht selten schweren Vergangenheit auseinander. Es ist allerdings denkbar, dass die an sich berechtigte Fokussierung auf die Person des Täters das Unrecht der Tat – und das Leid des Opfers – für manche Richter zu sehr in den Hintergrund treten lässt. Dies wäre bedenklich, da nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die Schuld des Täters für die Bestimmung der Strafhöhe maßgeblich ist. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich lösen,⁵ und spezialpräventive Erwägungen können nur innerhalb des durch die Tatproportionalität abgesteckten Schuldrahmens Berücksichtigung finden.⁶

Hinzu kommt, dass Strafnormen und Strafurteile bekanntlich Kommunikationsakte sind: Der Allgemeinheit wird kommuniziert, dass der Staat die Tat als Bruch elementarer Regeln des friedlichen Zusammenlebens missbilligt sowie dass diese Regeln weiterhin gelten und durchgesetzt werden.⁷ Dem Täter wird deutlich gemacht, dass er für seine Tat zur Verantwortung gezogen wird, und er wird zugleich für die Zukunft vor Wiederholungen der Tat gewarnt. Und dem Verletzten wird durch die Verhängung der Strafe bestätigt, dass ihm kein Unglück, sondern Unrecht widerfahren ist, für das der Täter verantwortlich ist.⁸ Das Opfer und seine Angehörigen können erwarten, dass der Staat – der ihnen zu Recht eigene Vergeltung verbietet – Verletzungen der sie schützenden Strafnormen sanktioniert und auf diese Weise das an ihnen verübte Unrecht anerkennt.⁹ Der Staat schuldet also dem Täter, dem Opfer und der Gesellschaft eine angemessene Reaktion auf die Straftat.¹⁰ Eine unangemessen milde Strafe kann diese Funktion nicht erfüllen. Sie ist ein fehlerhafter Kommunikationsakt, der keinem der Adressaten gerecht wird. Dementsprechend hat auch das *BVerfG* dargelegt, dass sich der Rechtsstaat nur verwirklichen könne, wenn „ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.“¹¹

Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, die bestehende Strafzumessungspraxis empirisch zu untersuchen und kri-

tisch zu reflektieren, inwiefern sie den rechtlichen Vorgaben Rechnung trägt. In dem vorliegenden Beitrag konzentrieren wir uns auf einen besonders sensiblen und umstrittenen Bereich der Strafzumessung: die Sanktionierung von Sexualstraftaten nach § 177 StGB. Hier haben in den letzten Jahrzehnten in der Gesellschaft signifikante Veränderungen stattgefunden: Es ist vielen Menschen deutlicher geworden, wie schwer das Unrecht von Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung wiegt, zumal wir heute mehr als früher über die gravierenden langfristigen Folgen gewaltsamer sexueller Übergriffe für die Betroffenen wissen. Daher stellt sich die Frage, ob die Praxis der Strafzumessung bei Verletzungen von § 177 StGB diesem gewandelten Verständnis gerecht wird. Die im Folgenden präsentierten Ergebnisse zeigen, dass dies weitgehend nicht der Fall ist, sondern dass die Strafzumessung traditionelle Maßstäbe aus vergangenen Zeiten vielfach ungeprüft weiter anwendet. Angesichts dieser Erkenntnisse wird die Frage aufgeworfen, wie auf diesen Befund rechtspolitisch reagiert werden kann.

II. Die strafrechtliche Ahndung von Sexualdelikten

1. Daten der Strafverfolgungsstatistiken

Im Jahr 2021 wurden insgesamt 1.263 erwachsene Personen wegen sexuellen Übergriffs, sexueller Nötigung oder Vergewaltigung nach §§ 177, 178 StGB verurteilt. Gegen 1.170 dieser Täter verhängten die Gerichte Freiheitsstrafen.

Zur Strafhöhe weist die Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes nur Angaben in bestimmten Stufen aus (s. Abb. 1). Dabei fällt auf, dass mehr als drei Viertel der nach § 177 Abs. 1 StGB (87,83 %) und § 177 Abs. 5 StGB (76,79 %) Verurteilten bewährungsfähige Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren erhielten. Selbst in Fällen der Vergewaltigung (§ 177 Abs. 6 StGB) waren noch 45 % der verhängten Strafen bewährungsfähig.¹²

In Fällen einfacher sexueller Übergriffe nach § 177 Abs. 1 StGB lagen rund 88 % der verhängten Freiheitsstrafen im unteren Drittel des gesetzlichen Strafrahmens (bis zu 24

⁵ BGHSt 24, 132 (134); *Joecks/Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), Einleitung, Rn. 56; Grundsätzlich kritisch zum Konzept eines „gerechten Schuldausgleichs“ *Kaspar*, in: Koch/Rossi (Hrsg.), Gerechtigkeitsfragen in Gesellschaft und Wirtschaft, 2013, S. 103, 108 ff. Ausführlich hierzu *Hoven*, GA 2023, 666.

⁶ So im Ergebnis auch *BGH v. 10.5.2016 – 1 StR 119/16 = NSZ-RR 2016, 241*; ebenfalls: *Schneider*, in: LK-StGB, Bd. 2, 12. Aufl. (2019), § 46 Rn. 235; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 46 Rn. 159.

⁷ *Feinberg*, Doing and Deserving, 1970, S. 95 ff.; *Hassemer*, in: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 29 ff.; *Hörnle*, Strafrecht, 2. Aufl. (2017), S. 26; *Freund*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, S. 625 (632); siehe auch *Kubiciel*, ZStW 118 (2006), 44 (60 ff.); *ders.*, in: FS Merkel, 2020, S. 529 (542 f.).

⁸ *Günther*, in: FS Lüderssen, 2002, S. 205 (218 f.); *Hörnle*, JZ 2006, 955 ff.; *Jerouschek*, JZ 2000, 194 ff.; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 32.

⁹ *Hörnle*, JZ 2015, 893 (896).

¹⁰ *Hoven*, GA 2023, 665. So als Kern der symbolisch-expressiven Bedeutung von Strafe formuliert von *Günther*, in: FS Lüderssen, 2002, S. 205 (218); siehe auch *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl. (2008), S. 111 f. Kritisch *Zürcher*, Legitimation von Strafe, 2014, S. 75. Zu expressiven Strafrechtstheorien *Hörnle*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, S. 507 (525 ff.); siehe auch *Seher*, Wert und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe, 2021, S. 6 ff.

¹¹ BVerfGE 33, 367 (383); ebenso BVerfGE 19, 342 (347); BVerfGE 20, 45 (49); BVerfGE 20, 144 (147); BVerfGE 29, 183 (194); BVerfGE 32, 373 (381).

¹² Da die gesetzliche Mindeststrafe für Regelfälle nach § 177 Abs. 6 StGB bei zwei Jahren Freiheitsstrafe liegt, kann sich dieser hohe Prozentsatz nur daraus ergeben, dass die Gerichte an der untersten Grenze des Strafrahmens blieben, einen Regelfall verneinten oder eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB (z.B. wegen Vorliegens eines bloßen Versuchs) vornahmen.

Monaten).¹³ Bei Verurteilungen nach § 177 Abs. 5 StGB wurden sogar mindestens¹⁴ 98,21 % der Strafen im untersten Strafrahmendrittel verhängt. Auch bei Vergewaltigungen nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB entfielen mindestens¹⁵ 90,74 % der Freiheitsstrafen auf das unterste Drittel des Strafrahmens für den Regelfall.

Prinzip der maximalen strukturellen Variation durchgeführt.¹⁷ Das Sample der Untersuchung beinhaltet daher Fälle, die sich im Hinblick auf Varianzmerkmale der Gerichte möglichst stark voneinander unterscheiden. Dabei wurden Urteile aus ländlichen und (groß-)städtischen Gerichtsbezirken aus den Bundesländern Bayern, Sachsen,

Jahr	Verurteilt nach	Anzahl der Verurteilungen Freiheitsstrafe									
		Bis 6 Monate	6 Monate	6-9 Monate	9 – 12 Monate	12 – 24 Monate	Anteil bewährungsfähige Strafen	2-3 Jahre	3-5 Jahre	5 – 10 Jahre	10- 15 Jahre
2021 Statistisches Bundesamt (Hrsg.) Rechtspflege Strafverfolgung Fachserie 10, Reihe 3 Tabelle 3.1 2021	§§ 177, 178 StGB n.F. (sex. Übergriff, sex. Nötigung und Vergewaltigung)	5	48	122	137	440	64,27%	148	188	79	3
	§ 177 Abs. 1 StGB n.F. (sex. Übergriff)	2	23	47	37	57	87,83%	15	7	1	0
	§ 177 Abs. 5 StGB n.F.	1	13	40	52	152	76,79%	39	33	6	0
	§ 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n.F. (Vergewaltigung)	1	2	5	19	188	45,26%	85	131	44	0

Abb. 1: Strafzumessungsstatistik 2021 zu § 177 StGB

Sofern es sich um bewährungsfähige Freiheitsstrafen von bis zu 24 Monaten handelte, wurde in allen dargestellten Tatvarianten des § 177 StGB von der Aussetzungsmöglichkeit in großem Umfang Gebrauch gemacht. Besonders auffällig ist hierbei die Aussetzungsquote bei Vergewaltigungen. Hier wurden fast alle bewährungsfähigen Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt (99,07 %).¹⁶ Die Aussetzungsquoten waren bei sexuellen Übergriffen nach § 177 Abs. 1 StGB (91,57 %) und § 177 Abs. 5 (88,37 %) StGB ähnlich hoch.

Werden die Fälle der Aussetzung zur Bewährung zu sämtlichen Freiheitsstrafen ins Verhältnis gesetzt, so ergibt sich bei Verurteilungen nach § 177 Abs. 1 StGB mit 80,72 % der größte Anteil. Darauf folgen die Bewährungsquoten bei § 177 Abs. 5 StGB (67,86 %) und Vergewaltigungen (44,84 %).

2. Ergebnisse der Urteilsauswertung

a) Methodik

Im Rahmen der empirischen Untersuchung zur Sanktionspraxis bei Sexualdelikten wurde zunächst eine qualitative Urteilsanalyse vorgenommen. Um den notwendigen Grad der Generalisierung rekonstruktiver Analyseergebnisse zu erreichen, wurden mehrere Fallauswertungen nach dem

Hamburg und Nordrhein-Westfalen erhoben. Durch die Erfassung eines möglichst breiten Spektrums der geographischen Verteilung und der sozialen Struktur soll die relative Verallgemeinerbarkeit der Analyse gewährleistet werden. Außerdem können so regionale Unterschiede in der Strafzumessung abgebildet werden.

Die Urteile wurden qualitativ ausgewertet, mit einem Auswertungsbogen kodiert und anschließend mithilfe des Statistikprogramms SPSS quantitativ analysiert. In den Auswertungsbogen wurden neben verfahrens- und taterbezogenen Daten vor allem die im Urteil dargestellten Umstände der Tatbegehung und die Strafzumessungsbeurteilung aufgenommen. Hierdurch wurden alle Variablen erfasst, die möglicherweise Einfluss auf die Strafzumessungsentscheidung hatten, auch ohne in der Urteilsbeurteilung ausdrücklich genannt zu sein. Zudem wurden die von den Gerichten formulierten Strafzumessungsgründe anhand der in § 46 StGB genannten Kategorien in strafmildernder und strafschärfender Hinsicht kodiert. Die so erfassten Daten können vertikal und horizontal ausgelesen werden. Die horizontale Betrachtung zeichnet ein vollständiges Bild des jeweiligen Urteils, die vertikale Auswertung ermöglicht die fallübergreifende Analyse.

Insgesamt wurden 86 amts- und landgerichtliche Urteile mit 97 Taten aus den Jahren 2016 bis 2020 analysiert.

¹³ Bei der Berechnung eines „Drittels“ des Strafrahmens wird jeweils die Spanne zwischen der gesetzlichen Mindeststrafe (bei § 177 Abs. 1 StGB: 6 Monate) und der gesetzlichen Höchststrafe (60 Monate) als Strafrahmens zugrunde gelegt. Außer Betracht bleibt, dass das Gericht bei Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB, etwa in Fällen des Versuchs, eine Strafe auch unterhalb der gesetzlichen Untergrenze verhängen kann.

¹⁴ Das erste Strafrahmendrittel endet bei 68 Monaten (5,66 Jahren), die Statistik weist allerdings nur die Staffellungen 3-5 und 5-10 Jahre aus. Strafen im untersten Drittel des Strafrahmens, die zwischen 60 und 68 Monaten liegen, werden bei der im Text vorgenommenen Berechnung nicht berücksichtigt.

¹⁵ Das erste Strafrahmendrittel endet bei 76 Monaten (6,33 Jahren), vgl. Fn. 14.

¹⁶ Dies überrascht nicht. Es bestätigt vielmehr die These, dass Freiheitsstrafen bis zu 24 Monaten bewusst gewählt werden, um die Aussetzung zu ermöglichen.

¹⁷ Kleining, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 34 (1982), 224 ff.

Hierdurch wurde sichergestellt, dass auch Verurteilungen nach alter Gesetzesfassung einbezogen und mit Verurteilungen nach aktueller Rechtslage verglichen werden konnten. Dabei wurden 49 nach alter Rechtslage und 48 nach neuer Rechtslage abgeurteilte Taten ausgewertet. Aufgrund der Vielzahl von Begehungsalternativen wurde die Analyse auf sexuelle Übergriffe mit und ohne Gewaltanwendung sowie auf Vergewaltigungen mit und ohne Gewaltanwendung beschränkt. Die sexuelle Nötigung durch Gewaltanwendung und die Vergewaltigung gehören neben dem einfachen sexuellen Übergriff zu den häufigsten Tatbegehungsvarianten des § 177 StGB¹⁸ und ermöglichen in phänomenologischer Hinsicht die Erfassung eines breiten Spektrums potenziell strafzumessungsrelevanter Tatumstände. In neun Fällen wurden versuchte Straftaten erfasst. Das Sample umfasst ausschließlich Verurteilungen von Alleintätern nach Erwachsenenstrafrecht. Urteile, die auf einer Verständigung nach § 257c StPO beruhen, wurden nicht ausgewertet.¹⁹

b) Ergebnisse

aa) Strafhöhen

Im Sample der Untersuchung wurden fast alle Täter zu Freiheitsstrafen verurteilt. In 60,2 % der Fälle wurden Einzelstrafen, in 39,8 % Gesamtstrafen verhängt.

Bei sexuellen Übergriffen mit Gewaltanwendung nach § 177 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 1 StGB n.F. mit einem Mindeststrafmaß von einem und einem Höchststrafmaß von fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe wurden im Durchschnitt Einzelstrafen von 22,5 Monaten verhängt. Der Median beträgt 19 Monate. Der Großteil der Freiheitsstrafen liegt unter 24 Monaten. Sämtliche Strafen befinden sich im unteren Drittel des Strafrahmens.

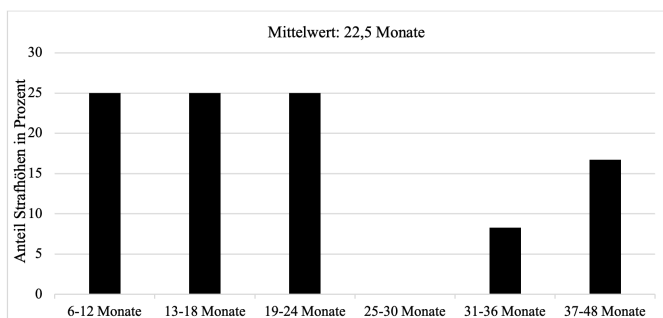


Abb. 2: Übersicht Verteilung Einzelstrafen § 177 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 1 StGB n.F.

Letzteres trifft auch auf die Einzelstrafen bei Vergewaltigungen mit Gewaltanwendung nach § 177 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 1, Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. zu. Auch hier liegt die höchste Freiheitsstrafe mit 72 Monaten immer noch im

ersten Strafrahmendrittel. Der Durchschnitt der Strafen beträgt 34 Monate, der Median liegt bei 33 Monaten. Der Großteil der verhängten Einzelstrafen befindet sich im Bereich zwischen 31 und 48 Monaten.

bb) Regionale Unterschiede

Unterschiede bei den Strafhöhen zeigen sich in regionaler Hinsicht. Verurteilungen wegen Vergewaltigung mit Gewaltanwendung wiesen in Bayern und Sachsen im Durchschnitt wesentlich höhere Strafen auf als in Nordrhein-Westfalen und Hamburg. Dies gilt für Verurteilungen nach alter und neuer Rechtslage gleichermaßen. Bei Verurteilungen nach neuer Rechtslage waren die Strafen in Sachsen im Schnitt mehr als 22 Monate höher als in Nordrhein-Westfalen. Ein signifikanter Unterschied zwischen den Strafhöhen aus Bayern und Sachsen bestand dagegen nicht. Damit werden die Erkenntnisse bisheriger Studien zu regionalen Strafmaßunterschieden²⁰ in dieser Untersuchung erneut bestätigt.

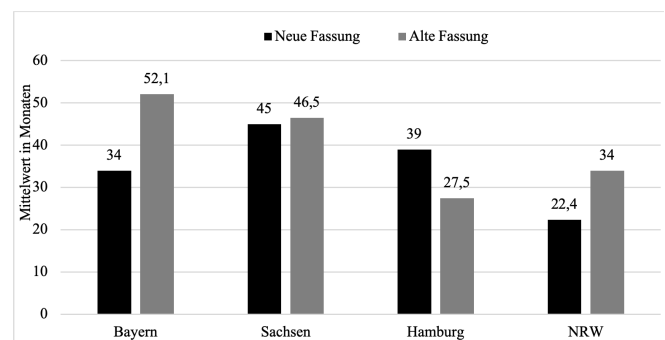


Abb. 3: Übersicht Mittelwerte Einzelstrafen nach Bundesländern bei Vergewaltigungen mit Gewaltanwendung

Die regionalen Unterschiede können möglicherweise durch unterschiedliche Gewichtungen von Strafzumessungsfaktoren und Unterschiede in den Sachverhalten erklärt werden. Allerdings zeigte sich auch bei einer Betrachtung vergleichbarer Fälle,²¹ dass die Strafen in Bayern und Sachsen grundsätzlich höher lagen als in den anderen Ländern.

cc) Strafzumessungsrelevante Faktoren

Ein weiterer Schwerpunkt der Studie lag in der Untersuchung der wesentlichen Strafzumessungsfaktoren. Dabei wurden die von den Gerichten in den Urteilen dargestellten Strafzumessungsaspekte in die Kategorien des § 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB überführt und analysiert. Die Studie beschränkt sich dabei nicht auf eine Darstellung der am häufigsten in den Urteilen genannten Strafzumessungsfaktoren, sondern soll auch darüber Aufschluss geben, ob und wie diese tatsächlich mit dem Strafmaß zusammen-

¹⁸ Zu den Verurteilungszahlen: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Strafverfolgungsstatistik 2021, Fachserie 10 Reihe 3, Tab. 2.3.

¹⁹ Die Strafzumessung bei Verständigungsurteilen wirft eigene Fragen auf, die mit der hiesigen Analyse nicht vermischt werden sollten.

²⁰ Vgl. etwa Grundies, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016, S. 512 ff.; Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 348 ff.; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. (2019), S. 259 f.; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 f.; Maurer, Comparative Strafzumessung, 2005, S. 29 ff. m.w.N.

²¹ Hierzu wurden Sachverhalte ausgewählt, bei denen nicht vorbestrafte und geständige Täter unter ähnlichen Formen der Gewaltanwendung vaginalen oder analen Geschlechtsverkehr durchführten und die Tatgerichte psychische Folgen der Tat für das Opfer bejahten.

hängen. Für diese Korrelationsanalyse wurden die jeweiligen Strafzumessungsfaktoren mithilfe des Statistikprogramms SPSS auf ihren Zusammenhang mit den Einzelstrafhöhen untersucht.²² Hierdurch wurde überprüft, ob die Umstände, die am häufigsten in den Strafzumessungserwägungen der Gerichte genannt werden, tatsächlich mit der Strafhöhe korrelierten.

In den Strafzumessungsbegründungen wurden vor allem Umstände aus den Bereichen „Art der Tatausführung“ (87 Erwähnungen), „bei der Tat aufgewendete Energie“ (55 Erwähnungen) und „verschuldete Auswirkungen der Tat“ (50 Erwähnungen) strafschärfend von den Gerichten herangezogen. Strafmildernd wurden hauptsächlich das Nachtatverhalten des Täters (109 Erwähnungen) und eine geringe bei der Tat aufgewendete Energie (72 Erwähnungen) angeführt.

Besonders häufig wurde das Geständnis des Täters als strafmildernder Faktor genannt. Die Strafmilderung wurde überwiegend damit begründet, dass dem Opfer durch das Geständnis eine weitere Aussage erspart wurde und dass der Tatnachweis nicht ohne die Aussage des Täters hätte erbracht werden können.

Strafschärfend		Strafmildernd	
Umstände	Häufigkeit der Nennung	Umstände	Häufigkeit der Nennung
Vorstrafen des Täters	34	Grundsätzliches Geständnis	43
Psychische Folgen der Tat für das Opfer	34	Fehlende Vorstrafen	35
Mehrere tateinheitliche Taten	29	Alkoholische bzw. drogenbedingte Enthemmung des Täters	25
Ungeschützter (vaginaler) Geschlechtsverkehr mit Samenerguss	9	Einräumung des äußeren Tatvorwurfes und Behauptung der Einvernehmlichkeit der sexuellen Handlung	16
Demütigende, erniedrigende, oder ekelhafte Behandlung des Opfers	9	Geringes Maß der Gewaltanwendung ¹	15
		Fehlende psychische Auswirkungen der Tat für das Opfer	11

Abb. 4: Übersicht der häufigsten Strafzumessungsumstände nach Nennung in Strafzumessungsbegründung²³

²² Für die Analyse eines Zusammenhangs zwischen zwei metrischen Variablen, beispielsweise der Anzahl der Vorstrafen und der Strafhöhe, wird dabei auf den Korrelationskoeffizienten nach Pearson (bzw. Spearman bei ordinalskalierten Merkmalen) (r) zurückgegriffen. Er weist das Maß eines linearen Zusammenhangs zwischen zwei Variablen nach. Liegt eine positive Korrelation vor, so bedeutet dies, dass sich die Werte einer Variable erhöhen, sobald sich die Werte der anderen Variable ebenfalls erhöhen: Schendera, Regressionsanalyse mit SPSS, 2. Aufl. (2014), S. 15 f. Außerdem wurde das Korrelationsverhältnis zwischen nominalen Werten (z.B. Geständnis des Täters) und der Strafhöhe untersucht. Dabei gibt die

Die Korrelationsanalyse zeigt bei sämtlichen häufig genannten Umständen – also etwa dem Geständnis des Täters und den Folgen beim Opfer – einen tatsächlichen Zusammenhang mit der Strafhöhe, allerdings sind die Zusammenhänge weit überwiegend gering.²⁴ Lediglich die Anzahl und Höhe der Vorstrafen sowie die Tatsache, dass der Täter den äußeren Tatvorwurf eingeräumt hat, weisen einen mittelgroßen Zusammenhang mit der Einzelstrafhöhe auf. Diese Ergebnisse zeigen, dass die ausdrückliche Nennung eines Strafzumessungsumstandes keineswegs zwingend bedeutet, dass er auch tatsächlich Einfluss auf die Strafhöhe hat.

Umstand	Pearson Korrelation (P) Spearman Korrelation (S) ¹ r	Eta-Quadrat η^2 ¹
Vorstrafen Ja / Nein	0.162 (S)	
Anzahl der Vorstrafen	0.231 (S)	
Höhe der Vorstrafen	0.316 (P)	
Psychische Folgen der Tat für Opfer / Fehlen von Folgen		0.015
Mehrere Tateinheitliche Taten		
Demütigende / erniedrigende / ekelhafte Behandlung des Opfers		0.018
Ungeschützter GV bis Samenerguss (Gefahr der Schwangerschaft)		0.098
alkoholische bzw. drogenbedingte Enthemmung		0.006
Geständnis grundsätzlich		0.04
Zeitpunkt Geständnis vor Beweisaufnahme		0.007
Einräumung äußerer Tatvorwurf und Behauptung der Einvernehmlichkeit des Geschehens		0.10
Beziehung Täter zu Opfer Fremd / Bekanntschaft bzw. vorherige Beziehung		0.035

Abb. 5: Übersicht Korrelation der genannten Strafzumessungsgründe mit der Strafhöhe

3. Erkenntnisse aus Richtergesprächen

a) Methodik

Als weitere empirische Methode wurden Gruppengespräche mit Richtern und Staatsanwälten durchgeführt. Bei diesem Verfahren werden in einer Personengruppe

Maßeinheit Eta Quadrat (η^2) an, wie stark sich die Mittelwerte der Strafhöhen bei Vorliegen/Nichtvorliegen der Strafzumessungsfaktoren unterscheiden: Janssen/Laatz, Statistische Datenanalyse mit SPSS, 9. Aufl. (2016), S. 280; Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation, 4. Aufl. (2006), S. 615.

²³ Mehrfachnennungen sind möglich.

²⁴ Zur Interpretation der Werte: 0 = keine Unterschiede in den Mittelwerten, $\geq 0.01 < 0.10$ geringer Zusammenhang, $\geq 0.10 < 0.25$ mittlerer Zusammenhang, ≥ 0.25 großer Zusammenhang: Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation, 4. Aufl. (2006), S. 606.

„fremdinitiiert Kommunikationsprozesse angestoßen“, d.h. eine Gruppe spricht über ein von der Diskussionsleitung vorgegebenes Thema.²⁵ Das Gruppendiskussionsverfahren als qualitative Methode kann einen empirischen Zugang zu kollektiven Orientierungsmustern schaffen.²⁶

Der tatsächliche Entscheidungsvorgang bei der Strafzumessung kann weder durch Akten- oder Urteilsanalysen noch durch Einzelbefragungen von Richtern nachvollzogen werden, da die Urteile bei schwereren Sexualdelikten in der Regel von Schöffengerichten oder Strafkammern gefällt werden, wo die beteiligten Berufsrichter und Schöffen in der Urteilsberatung miteinander über die zu verhängende Strafe diskutieren. Daher ist das Gruppendiskussionsverfahren besonders geeignet, um zu Erkenntnissen über das Zustandekommen von Strafzumessungsentscheidungen zu gelangen.

Die Untersuchung folgte einem qualitativen Ansatz. Sie war nach ihrem Design nicht in der Lage, quantitativ-repräsentative Ergebnisse liefern. Sie war aber durchaus geeignet, über Argumentationsmuster Aufschluss zu geben und Einblicke in den Prozess der Entscheidungsfindung bei der Strafzumessung zu gewähren. Das Verfahren der Gruppendiskussion unterliegt allerdings bestimmten Beschränkungen. Vor allem werden nur die Ergebnisse bewusster Kommunikation betrachtet; es ist denkbar, dass die Teilnehmer etwaige Vorurteile oder Wertungen, die nicht vom Gesetz gedeckt, für sie aber faktisch entscheidungsrelevant sind, im Rahmen der Gruppengesprächssituation nicht aussprechen. Allerdings ist aufgrund der „Selbstläufigkeit“²⁷ der Interaktionen, d.h. der Annäherung der Gruppendiskussion an eine natürliche Gesprächssituation, auch mit spontanen Diskussionsbeiträgen zu rechnen, so dass „nicht nur manifeste, sondern auch latente Meinungen im Prozess ihrer Begründung und Argumentation erfasst werden“ können.²⁸

Die Gruppengespräche wurden in den Jahren 2019 und 2020 mit drei Gruppen von jeweils drei bis vier Richtern und Staatsanwälten²⁹ durchgeführt. Die Gespräche fanden im Rahmen von Fortbildungsveranstaltungen an Richterkakademien in Recklinghausen und Königswusterhausen statt und waren für jeweils ca. 90 Minuten angesetzt.

Alle Gespräche folgten einem zuvor festgesetzten Ablauf: Zunächst legte die Diskussionsleitung den Teilnehmern zwei fiktive strafrechtliche Fälle vor. Die Teilnehmer wurden aufgefordert, die Fälle zu diskutieren und in der Gruppe zu einer gemeinsamen Strafzumessungsentscheidung für beide Fälle zu kommen. Einer der fiktiven Fälle hatten eine sexuelle Nötigung zum Gegenstand, der andere einen Wohnungseinbruchsdiebstahl.

Fall 2: Sexuelle Nötigung

Der bisher nicht bestrafte Thorsten T ist 28 Jahre alt und arbeitet als Sachbearbeiter in einem Wirtschaftsunternehmen. Über eine Dating-Seite im Internet trat er in Kontakt zu der 26-jährigen Lehramtskandidatin Katharina L. Nachdem T und L über einen Zeitraum von drei Wochen Nachrichten ausgetauscht hatten, verabredeten sie sich zum Abendessen in einem Restaurant. Anschließend lud L den Angeklagten noch auf ein Glas Wein in ihre nahegelegene Wohnung ein. Nachdem sie sich in der Wohnung etwa eine Stunde lang unterhalten und gemeinsam Musik gehört hatten, stieß T die L plötzlich zu Boden. Obwohl sich L wehrte und laut um Hilfe rief, gelang es dem T, sie gewaltsam zu entkleiden und gegen ihren Willen den Geschlechtsverkehr mit ihr zu vollziehen. T hatte zur Tatzeit eine BAK von 0,8 Promille. L leidet seit der Tat an Ess- und Schlafstörungen und befindet sich in psychologischer Therapie. Katharina L nimmt als Nebenklägerin an dem Verfahren gegen T teil. In der Hauptverhandlung ist T geständig und entschuldigt sich bei L. L nimmt seine Entschuldigung jedoch nicht an.

[Zusatz in Gespräch B und C:] Die Staatsanwaltschaft beantragt eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren.

Das Gericht verurteilt T gemäß §§ 177 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 1, 6 S. 2 Nr. 1 StGB.

b) Erkenntnisse zur Strafhöhe

Der Strafraum für eine sexuelle Nötigung, bei der der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet, reicht nach § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB von einem Jahr bis zu 15 Jahren. Wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht, liegt in der Regel ein besonders schwerer Fall nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB vor, der mit Freiheitsstrafe von zwei Jahren bis zu 15 Jahren bestraft wird.

Der niedrigste Vorschlag der Teilnehmer für den fiktiven Fall lag bei zwei Jahren und sechs Monaten, der höchste Vorschlag bei vier Jahren. Die maximale Differenz zwischen den einzelnen Vorschlägen beträgt damit eineinhalb Jahre.

	Gespräch A	Gespräch B	Gespräch C
Zuerst genannter Wert	2 J 6 M – 2 J 9 M, max. 3 J	3 J – 3 J 3 M	3 J 6 M – 4 J
Weitere Strafmaßvorschläge	3 J	3 J – 3 J 6 M	4 J
	4 J	4 J	3 J 6 M
	2 J 6 M – 2 J 9 M		
Ergebnis der Gruppendiskussion	3 J	3 J 9 M	3 J 6 M

Tabelle 1: Strafmaßvorschläge der Teilnehmer – Fall 2

²⁵ Loos/Schäffer, Das Gruppendiskussionsverfahren, 2001, S. 13.

²⁶ Ebd., S. 10 f.

²⁷ Przyborski/Wohlrab-Sahr, Qualitative Sozialforschung, 4. Aufl. (2014), S. 90; Kühn/Koschel, Gruppendiskussionen, 2. Aufl. (2018), S. 140.

²⁸ Misoch, Qualitative Interviews, 2. Aufl. (2019), S. 158.

²⁹ Zwar sind Staatsanwälte nicht unmittelbar an der richterlichen Strafzumessungsentscheidung beteiligt. Sie müssen aber am Ende der Hauptverhandlung entscheiden, welches Strafmaß sie beantragen. Es ist davon auszugehen, dass diese Entscheidung ähnlichen Parametern folgt wie die richterliche Strafzumessungsentscheidung. Darüber hinaus liefert die staatsanwaltschaftliche Perspektive zusätzliche Erkenntnisse zu regionalen Gewohnheiten und „Tarifen“ für die Strafzumessung.

Alle Strafmaßvorschläge stammten aus dem untersten Strafrahmendrittel, der gesamte Bereich von über vier bis zu fünfzehn Jahren blieb ungenutzt.

c) Erkenntnisse zum Vorgang der Strafzumessung

Die Gruppengespräche gaben auch Aufschluss über das Zustandekommen von Strafzumessungsentscheidungen. Besondere Bedeutung kam hierbei zum einen der gesetzlichen Mindeststrafe zu, zum anderen aber auch den sog. „Ankerwerten“ sowie regionalen Gewohnheiten bei der Strafzumessung.

aa) Mindeststrafe

Eine wesentliche Erkenntnis aus den Gruppengesprächen besteht darin, dass der Mindeststrafe als Ausgangs- und Orientierungspunkt für die Entscheidung über das Strafmaß zentrale Bedeutung zukommt.³⁰ In allen Gruppengesprächen verständigten sich die Teilnehmer zunächst über die Mindeststrafe. Erst in einem zweiten Schritt wurde abgewogen, inwieweit sich die im konkreten Fall zu verhängende Strafe hiervon absetzen soll. Dies wird etwa anhand der folgenden Auszüge aus den Diskussionen deutlich:

StA1: Will jemand ein Strafmaß sagen?

R3: Also ausgehend von einem Jahr Mindeststrafe.

StA1: Oh, das ist jetzt ein Jahr. Das hatte ich vergessen.³¹

Auszug Gruppengespräch A

R1: Ich würde an der unteren Strafrahmengrenze des gesetzlichen Strafrahmens ansetzen, nicht ganz die unterste Grenze, das nicht, aber an der unteren Grenze (...).

Auszug Gruppengespräch B

bb) Regionale Gewohnheiten

Weiterhin machten die Gespräche deutlich, dass regionale Gewohnheiten und regional übliche „Tarife“ vorhanden sind, die die Strafzumessung beeinflussen. So deutete eine Teilnehmerin in Gruppe A im Rahmen der Diskussion über einen Wohnungseinbruchdiebstahl an, dass für einen solchen Fall „bei uns“ eine Strafe aus dem bewährungsfähigen Raum verhängt würde:

StA2: Es ist auf jeden Fall bei den Vorbelastungen Bewährungsstrafe, ist klar. Also bei uns wenigstens. Aber find ich auch gerecht.

Auszug Gruppengespräch A

Der Satz, mit dem die Teilnehmerin darauf hinwies, dass sie eine Bewährungsstrafe aber „auch gerecht“ fände, wirkt hierbei wie eine nachträgliche Rechtfertigung. Die Teilnehmerin schien sich selbst nicht sicher zu sein, ob der Umstand, dass eine bestimmte Strafe in einem Gerichtsbezirk „üblich“ ist, einen legitimen strafzumessungsrelevanten Faktor darstellt.

Des Weiteren zeigten die Gruppengespräche auf, dass regionale Strafzumessungsgewohnheiten auf den jeweiligen Landgerichtsbezirk begrenzt sind. So erklärte ein Teilnehmer des Gesprächs C, dass man nur wenig von der Praxis außerhalb des eigenen Landgerichtsbezirks mitbekomme.

d) Erkenntnisse zur Bewertung strafzumessungsrelevanter Faktoren

Bei der Auswertung der Gespräche zu dem Fall der sexuellen Nötigung fiel zunächst auf, dass die Gruppen teilweise sehr ausführlich über die – wenige Jahre zuvor geänderte – gesetzliche Grundlage diskutierten. Die Anwendung von § 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB schien manchen Teilnehmern erhebliche Probleme zu bereiten. So wurde in Gruppe A ausführlich die Frage diskutiert, ob die Gewaltanwendung des Täters im zu beurteilenden Fall bereits Tatbestandsmerkmal sei und dementsprechend nicht mehr strafschärfend herangezogen werden dürfe. Die undurchsichtige und teils widersprüchliche Ausgestaltung der Strafrahmen in § 177 StGB³² scheint also in der Praxis zu Unsicherheiten zu führen.

Auch bei Fall 2 beurteilten die Teilnehmer teilweise dieselben Umstände des Sachverhalts sehr unterschiedlich. Dies gilt etwa für den Umstand, dass der Täter das Opfer in dessen Wohnung vergewaltigte und dadurch seinen Schutzraum verletzte. Dieser Umstand wurde in Gruppe B von R2 in die Debatte eingeführt und als deutlich strafschärfend bewertet; die Teilnehmer R1 und R3 nahmen den Diskussionsbeitrag von R2 sogar zum Anlass, ihre zunächst vorgeschlagenen Strafmaße von drei bzw. dreieinhalb Jahren auf jeweils drei Jahre und neun Monate hinaufzusetzen. In den anderen beiden Gesprächen A und C wurde dieser Umstand zwar ebenfalls erwähnt, er wurde aber nicht so deutlich als strafschärfend hervorgehoben. Dort stand jeweils das Geständnis des Täters als herausragende Strafzumessungserwägung im Mittelpunkt der Diskussionen. Auch die psychischen Folgen, die das Opfer durch die Tat erlitt, wurden unterschiedlich bewertet. Teilweise vertraten die Teilnehmer die Ansicht, die Folgen seien „dramatisch“, „gravierend“ oder „schwerwiegend“ und daher strafschärfend zu bewerten; andere meinten, solche Folgen seien nach einer Vergewaltigung „typisch“ und dürften deswegen nicht strafschärfend herangezogen werden.

4. Diskussion und Konsequenzen

Die Auswertung der Strafverfolgungsstatistik und der durchgeführten empirischen Untersuchungen führt zu folgenden Erkenntnissen:

1. Die Strafen für Sexualstraftaten nach § 177 Abs. 1, Abs. 5 und Abs. 6 StGB liegen regelmäßig im unteren Drittel des Strafrahmens.

³⁰ S. dazu *Hoven/Obert*, ZStW 134 (2022), 1016 (1017 ff.).

³¹ Dieser Ausschnitt stammt aus einer Diskussion über einen Fall des Wohnungseinbruchdiebstahls (§ 244 Abs. 4 StGB); für diesen Tatbestand war die gesetzliche Mindeststrafe kurz zuvor angehoben worden.

³² *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 37; Hierzu auch *Wollmann/Schaar*, NK 2016, 268, (279 ff.); *Deckers*, StV 2017, 410 (411).

2. Für sexuelle Übergriffe und sexuelle Übergriffe mit Gewalt werden in über 80 % bzw. über 67 % der Fälle Strafen verhängt, die zur Bewährung ausgesetzt werden. Bei Vergewaltigungen sind es fast 45 %.

3. Richterinnen und Richter orientieren sich bei der Strafzumessung im Ausgangspunkt an der gesetzlichen Mindeststrafe.

4. Die komplizierte Gestaltung der Strafrahmen in § 177 StGB führt zu Unsicherheiten bei der Berücksichtigung strafzumessungsrelevanter Faktoren.

5. Als strafzumessungsrelevante Faktoren werden insbesondere die psychischen Folgen beim Opfer und das Geständnis des Täters genannt. Ihr tatsächlicher Einfluss auf die Strafhöhe lässt sich allerdings nicht belegen.

6. Die überkommene Praxis in dem jeweiligen Gerichtsbezirk ist ein wesentlicher Faktor für die Bemessung der Strafe.

a) *Problem: Orientierung an der Mindeststrafe und dem unteren Strafrahmendrittel*

Der Befund, dass die Strafen für Sexualdelikte weit überwiegend im unteren Strafrahmendrittel liegen und dass sich die Richterinnen und Richter bei der Strafzumessung zunächst an der gesetzlichen Mindeststrafe orientieren, ist insofern nicht verwunderlich, als er der Praxis der Strafzumessung bei anderen Straftaten entspricht. Wie Abbildung 6 zeigt, gilt dies etwa auch für den einfachen Raub und den Besitz von Betäubungsmitteln. Dass die Strafhöhen hier denen des sexuellen Übergriffs mit Gewalt ähnlich sind, ist im Übrigen angesichts der Bedeutung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung nicht unproblematisch.

Die fast ausschließliche Konzentration der verhängten Strafen im untersten Drittel des gesetzlichen Strafrahmens ist gerade dem Unrechtsgehalt sexualisierter Gewalt nicht angemessen. Sie beruht auf einer fehlenden Reflexion der unterschiedlichen Schwere von Delikten, die in der Gestaltung des Strafrahmens nicht unbedingt zum Ausdruck kommt.

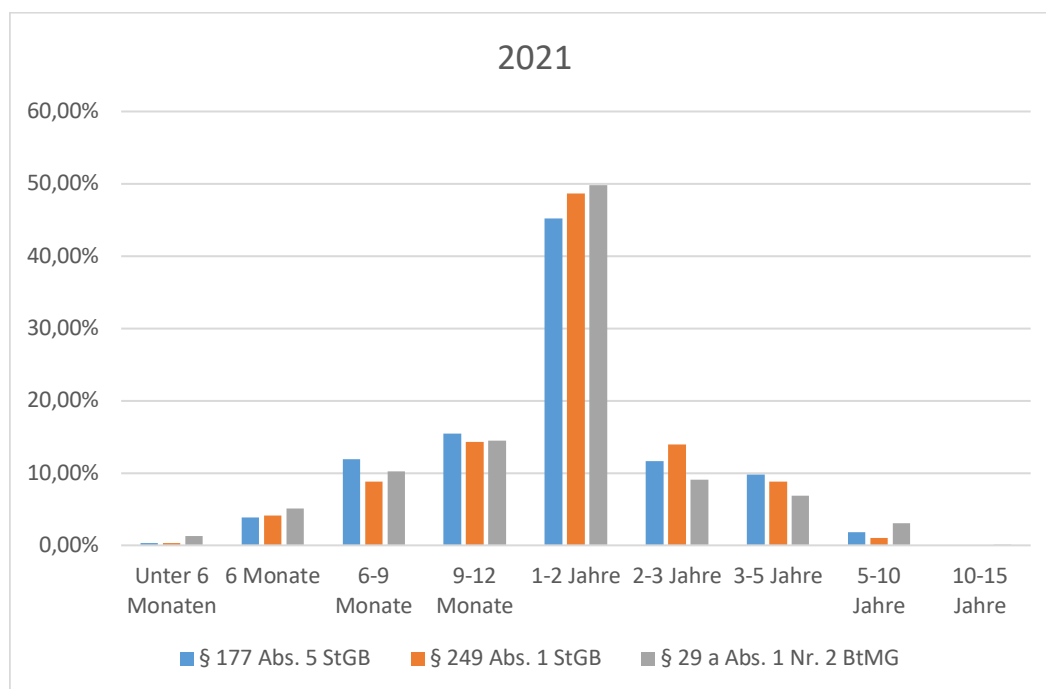


Abb. 6: Übersicht über Strafhöhen nach der Strafverfolgungsstatistik 2021

Der Diebstahl (§ 242 StGB) ist mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht. Die meisten in der Wirklichkeit vorkommenden Diebstahlsfälle dürften Bagatellen darstellen, die – zu Recht – mit Geldstrafen geahndet werden.³³ Die Höchststrafe von fünf Jahren wird in kaum einem Fall unrechtsangemessen sein; sie ist für besondere Ausnahmekonstellationen vorgesehen, etwa für die Entwendung höchst wertvoller Kulturgüter außerhalb des Regelbeispiels nach § 243 Nr. 5 StGB.

Bei den Sexualdelikten ist die Logik der Strafrahmen hingegen eine andere als beim Diebstahl. Hier wiegt das Unrecht der Tat nicht nur in Ausnahmefällen, sondern in der Regel schwer. Sexualdelikte stellen eine Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers als Kern seiner Autonomie dar;³⁴ sie verletzen den intimsten Bereich des anderen und berühren einen elementaren Bestandteil seiner persönlichen Identität.³⁵ Aus der psychologischen Forschung wissen wir auch, dass ein gewaltsamer sexueller Übergriff in dem Leben des Opfers zumeist eine schmerzhaft Zäsur bedeutet³⁶ und in aller Regel langfristige und nachhaltige Folgen hat.³⁷ Wie auch aus den untersuchten Urteilsbegründungen deutlich wurde, benötigen die Opfer oft psychotherapeutische Behandlung, ihre Beziehungsfähigkeit und ihr Vertrauen in andere Menschen bleiben dauerhaft gestört. Angesichts des besonders sensiblen Rechtsguts, der Rücksichtslosigkeit des Übergriffs in die Intimsphäre des Opfers, der Missachtung seiner Autonomie und der dramatischen Folgen für die Betroffenen liegt das typische Unrecht von Vergewaltigungen im mittleren oder oberen Bereich des Strafrahmens. Die Entscheidung des Gesetzgebers, in § 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB Mindeststrafen von einem bzw. zwei Jahren vorzusehen, erklärt sich ausschließlich mit der Erwägung, dass es *ausnahmsweise* Konstellationen geben kann, in denen aufgrund besonderer Umstände das Unrecht als geringer einzustufen ist.³⁸ Zwar hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1976 erklärt, dass der tatsächliche „Regelfall“ einer Straftat unterhalb der Mitte des Strafrahmens liege; diese Aussage bezog sich jedoch (mit Recht) auf den Bereich der Alltagskriminalität und lässt sich auf das Sexualstrafrecht nicht übertragen. Hier trifft die Annahme, dass „die große Mehrzahl der Straftaten (...) nur einen verhältnismäßig geringen Schweregrad aufweisen“,³⁹ ersichtlich nicht zu.

Die Existenz eines Strafrahmens von 1 bis 10 Jahren kann also bedeuten, dass das typische Unrecht bei einem Jahr

liegt und dass der Gesetzgeber Vorsorge für seltene schwere Fälle treffen wollte. Derselbe Strafrahmen kann aber auch dadurch zu erklären sein, dass dem typischen Unrecht des tatbestandsmäßigen Verhaltens eine Strafe aus dem mittleren Bereich des Strafrahmens entspricht und nur in besonders gelagerten Konstellationen mit ausnahmsweise geringem Unrechtsgehalt auf die Mindeststrafe zurückgegriffen werden soll. Im Gesetz bilden sich solche Überlegungen nicht ab – das können sie nach der Struktur unserer Strafzumessungsvorgaben auch nicht. Da den Strafrahmengrenzen unterschiedliche Funktionen zukommen, ist die routinemäßige Orientierung der Strafzumessung am unteren Strafrahmendrittel bei schwereren Sexualdelikten nicht angemessen. Sie ist nicht Ausdruck von „Liberalität“, sondern vernachlässigt den erheblichen Unrechtsgehalt dieser Delikte.

b) Lösungen

Die Regelung der Sexualdelikte in §§ 177 ff. StGB ist – nicht nur, aber auch – mit Blick auf die Ausgestaltung der Strafzumessung verbesserungsbedürftig. *Renzikowski* spricht zu Recht von einem „undurchsichtigen Strafzumessungsdschungel“⁴⁰. Insbesondere die unterschiedslose Anknüpfung des Regelbeispiels in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB (Vergewaltigung) an den Grundtatbestand in § 177 Abs. 1 StGB und die Qualifikation in § 177 Abs. 5 StGB sorgt für Unsicherheit. Eine Neukonzeption der Sexualdelikte, die konsequenter zwischen sexuellen Nötigungen und sexuellen Übergriffen differenziert, könnte zumindest für ein wenig Klarheit sorgen.⁴¹

Die empirische Untersuchung der Urteile hat (einmal mehr) große und rational nicht erklärbare Unterschiede zwischen den Gerichten bei der Bemessung der Strafen gezeigt. Solche Diskrepanzen sind auch damit zu erklären, dass die gesetzlichen Strafrahmen außerordentlich weit sind und dass § 46 StGB nur vage Vorgaben für die Gesichtspunkte enthält, die das Gericht bei der Strafzumessung im Einzelfall berücksichtigen soll. Wie und anhand welcher Kriterien die Gerichte ihre Entscheidungen über das Strafmaß treffen, ist damit rechtlich wenig vorgeprägt. Wenn man eine präzisere Abstimmung von Unrechts- und Strafquanten erreichen möchte, wäre die Formulierung von Strafzumessungsrichtlinien zu erwägen, die sich auf einzelne Tatbestände und deren verschiedene Ausprägungen beziehen. Gegenüber solchen „Sentencing Guidelines“, wie sie etwa in Großbritannien existieren und dort

³³ Im Jahr 2021 wurden bei 87,58 % der wegen Diebstahls nach § 242 StGB verurteilten Täter Geldstrafen verhängt; eigene Berechnung nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2021, Tab. 2.3.

³⁴ *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 115.

³⁵ *McGregor* in: Coleman/Buchanan (Hrsg.), *In harm's way*, 1994, S. 231 (235); vgl. dazu auch *Archard*, *The Philosophical Quarterly* 57 (2007), 374 (387).

³⁶ *Wertheimer*, *Consent to Sexual Relations*, 2003, S. 111.

³⁷ *Eisenberg/Köbel*, *Kriminologie*, 7. Aufl. (2017), § 45 Rn. 51; *Pöhn*, *Traumatisierung von Vergewaltigungsopfer*, 2010, S. 67 f., 84 ff. m.w.N.

³⁸ So wird derzeit auch für eine Absenkung der Mindestfreiheitsstrafe für den Besitz von Kinderpornographie nicht mit dem allgemeinen Ziel milderer Strafen, sondern mit der Notwendigkeit einer angemessenen Berücksichtigung von Ausnahmefällen argumentiert, in denen das Unrecht – etwa, weil eine Weitergabe an die Strafverfolgungsbehörden geplant ist – als gering einzustufen ist: Vgl. Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises zum Referentenentwurf, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Aend_184b_StGB.html?nn=110490 (zuletzt abgerufen am 22.1.2024).

³⁹ BGH, *Beschl. v. 13.9.1976 – 3 StR 313/76 = NJW 1976, 2355*.

⁴⁰ *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 37; Hierzu auch *Wollmann/Schaar*, *NK 2016*, 268 (279 ff.); *Deckers*, *StV 2017*, 410 (411).

⁴¹ Hierzu ausführlich: *Wiedmer*, *Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe* (im Erscheinen).

positiv bewertet werden⁴², bestand allerdings auf dem 72. Deutschen Juristentag 2018 – und auch unter den Teilnehmern unserer Richtergespräche – große Skepsis. Die Sorge vor einer Beschneidung der richterlichen Unabhängigkeit dürfte sich allerdings teilweise dadurch mindern lassen, dass solche Richtlinien unter maßgeblicher Beteiligung von Richterinnen und Richtern erstellt und überdies nur als Empfehlungen ausgestaltet werden.⁴³

Ein anderer Schritt zu einer einheitlicheren und rational ausgestalteten Strafzumessung könnte die Bildung einer Strafzumessungskommission sein. Solche Kommissionen sind bereits in verschiedenen Staaten erfolgreich tätig. Sie arbeiten in unterschiedlicher Weise an der Sammlung von Informationen über die Strafzumessungspraxis, streben die Verminderung von regionalen Unterschieden an und versuchen, die Leitlinien und Überlegungen der Strafzumessung in die Öffentlichkeit zu kommunizieren. So berät in New South Wales (Australien) ein Sentencing Council, der aus Juristen und Vertretern von Interessengruppen besteht, die Regierung in Strafzumessungsfragen⁴⁴ und fördert zugleich die Kommunikation zwischen Bevölkerung und Regierung, indem er einerseits Strafzumessungsentscheidungen allgemeinverständlich erklärt, andererseits Meinungsäußerungen aus der Bevölkerung zur Strafzumessung in den politischen Prozess einbringt. Eine Aufgabe einer Strafzumessungskommission könnte es auch sein, sich genauer mit der Phänomenologie und der Un-

rechtsschwere der verschiedenen Delikte zu befassen und Vorschläge für „Ankerwerte“ bei der Strafzumessung zu formulieren.

Bis es zu solchen grundlegenden Reformen kommt, bedarf es eines Umdenkens in der Justiz, um Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung angemessen zu ahnden. Wir zweifeln nicht daran, dass die Mehrheit der Richterinnen und Richter über die Strafzumessung mit Bedacht entscheidet und grundsätzlich sensibel gegenüber dem Leid der Opfer ist. Aber die Untersuchung hat gezeigt, dass die Verhängung milder Strafen im Bereich der Sexualdelikte Ausdruck einer gefestigten, seit vielen Jahren bestehenden Praxis ist. Für Staatsanwälte und Richter, die neu in den Justizdienst eintreten, ist – auch weil die Strafzumessung in der juristischen Ausbildung nur eine untergeordnete Rolle spielt – die tradierte Praxis in ihrem jeweiligen Gerichtsbezirk nachvollziehbarerweise die maßgebliche Richtschnur für die Strafmaßentscheidung. Dabei bleibt aber unberücksichtigt, dass sich gerade in diesem Bereich in den letzten Jahrzehnten ein erheblicher Wandel im gesellschaftlichen Bewusstsein vollzogen hat.⁴⁵ Es ist daher zu wünschen, dass das heutige Verständnis von der Bedeutung sexueller Autonomie und von der Schwere des Eingriffs, den eine sexuelle Nötigung für das Opfer bedeutet, auch in der gerichtlichen Strafzumessungspraxis angemessen reflektiert wird.

⁴² Cardale/Layne/Lock, Attitudes to sentencing guidelines: views from the judiciary, 2020, S. 10 ff; Dhami, Law and Contemporary Problems 76 (2013), 289 (302).

⁴³ In diesem Sinne Roberts in: Hoven/Weigend (Hrsg.), Auf dem Weg zu rationaler und konsistenter Strafzumessung, 2024 (im Erscheinen).

⁴⁴ Dazu Hoven, in: FS Sieber, 2021, S. 1373 ff.

⁴⁵ Zum Ganzen siehe etwa Mayer, in: FS Heinitz, 1972, S. 131; Bockelmann, in: FS Maurach, 1972, S. 404 ff.; Laubenthal, Handbuch Sexualstrafaten, 2012, Rn. 24; Frommel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 177 Rn. 99; Gärtner, in: KriPoZ-JuP Sammelband, Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen, 2021, S. 3 (6 ff.).

Verfassungswidrigkeit der Neuregelung zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens: Folgen für die Praxis der Strafverfolgung

von Prof. Dr. Dorothea Magnus, LL.M.*

Abstract

Die gesetzliche Neuregelung der Wiederaufnahme im Strafprozess war hochumstritten. Kritiker sahen in ihr einen Verstoß gegen verfassungsrechtliche Prinzipien, während Befürworter sie zur Herstellung von Gerechtigkeit für unentbehrlich hielten. Das BVerfG hat diesem Streit um die Reform nunmehr ein Ende gesetzt und die Neuregelung für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Wie diese Entscheidung zu bewerten ist und welche Auswirkungen sie auf die Praxis der Strafverfolgung hat, untersucht der folgende Beitrag.

The new legal regulation of reopening to convicted person's detriment was highly controversial. Critics saw it as a violation of constitutional principles, while supporters considered it indispensable for the establishment of justice. The BVerfG has now put an end to this dispute and declared the new regulation unconstitutional and null and void. The following article examines how this decision is to be assessed and what effects it has on the practice of criminal prosecution.

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hatte mit Wirkung zum 30.12.2021 das Wiederaufnahmerecht für das Strafverfahren geändert.¹ Er hatte eine neue Vorschrift (§ 362 Ziff. 5) in die StPO eingefügt. Danach hinderte der frühere Freispruch einer Person nicht, gegen sie erneut ein Strafverfahren einzuleiten, wenn die frühere Tat ein Mord oder Völkerrechtsverbrechen war. Bieten neue Beweismittel nachträglich einen eindeutigen Nachweis auf die Täterschaft, so konnte ein Gericht den früher Freigesprochenen wegen dieser Schwerstverbrechen doch verurteilen. Zuvor war eine solche Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten nur möglich, wenn er ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hatte oder der Freispruch durch eine Straftat, z.B. eine Falschaussage oder eine gefälschte Urkunde, erreicht worden war. Anlass der Neuregelung war der Fall *Frederike von Möhlmann* aus dem Jahr 1983. *Frederike* wurde, als sie 17 Jahre alt war, vergewaltigt und getötet.²

Der mutmaßliche Mörder – *Ismet H* – wurde damals mangels Beweises rechtskräftig freigesprochen. Seine an der Kleidung von *Frederike* sichergestellte DNA konnte damals nicht ausgewertet werden. Die technischen Verfahren waren in den 80er Jahren noch nicht ausgereift genug. Das änderte sich und 2012 ließen sich die DNA-Spuren *Ismet H* zuordnen. *Frederikes* Vater startete eine Petition zur Änderung des Wiederaufnahmerechts. 2018 nahm die Ampel (SPD, Grüne und FDP) die Forderung in den Koalitionsvertrag auf. Ende 2021 wurde die neue Vorschrift als § 362 Ziff. 5 in die StPO aufgenommen. Die neue Vorschrift war hochumstritten.³ Nicht nur wurde dem Gesetzgeber vorgeworfen, hier ein Einzelfallgesetz, eine *lex Frederike von Möhlmann*, geschaffen zu haben, sondern mit der neuen Vorschrift gegen fundamentale Verfassungsprinzipien, allen voran das Verbot der Doppelbestrafung und das Verbot der rückwirkenden Anwendung von Gesetzen verstoßen zu haben. Das BVerfG, das der erneut angeklagte *Ismet H* angerufen hatte, sah in diesem Fall daher Anlass, „sich mit bisher nicht geklärten grundsätzlichen Rechtsfragen auseinanderzusetzen“.⁴ Am 31. Oktober 2023 hat das BVerfG § 362 Ziff. 5 StPO schließlich für verfassungswidrig und nichtig erklärt.⁵ Wie diese Entscheidung zu bewerten ist und welche Auswirkungen sie auf die Strafverfolgungspraxis haben wird, soll Gegenstand der folgenden Überlegungen sein.

II. Voraussetzungen des § 362 Ziff. 5 StPO

Zunächst zu den Voraussetzungen der verfassungswidrig erklärten Vorschrift des § 362 Ziff. 5 StPO. Die Vorschrift erlaubte, ein Strafverfahren gegen einen rechtskräftig Freigesprochenen wiederaufzunehmen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe dafür boten, dass der Betroffene wegen Mordes, Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen gegen eine Person verurteilt wird.

Zunächst setzte die Vorschrift voraus, dass eine Person wegen einer der inkriminierten Taten bereits einmal

* Prof. Dr. Dorothea Magnus, LL.M. ist Vertretungsprofessorin für Strafrecht an der Universität Bremen.

¹ Gesetz vom 21.12.2021 (BGBl. I, S. 5252), BT-Drs. 19/30399.

² Zur Wiederaufnahmeentscheidung in dem Fall s. *OLG Celle*, BeckRS 2022, 7938.

³ Vgl. zur straf- und verfassungsrechtlichen Einordnung nur *Singelnstein*, NJW 2022, 1058; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101; *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097; *Ruhs*, ZRP 2021, 88; *Jansen/Hoppen*, JuS 2021, 1132; *Letzgas*, NSTZ 2020, 717; *Kaspar*, GA 2022, 21; *Hörnle*, GA 2022, 184; *Scheu/Härdle*, JA 2023, 395; *Kubiciel*, GA 2021, 380.

⁴ *BVerfG*, Pressemitteilung Nr. 33/2023 vom 22.3.2023, Aktenzeichen: 2 BvR 900/22, einsehbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-033.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁵ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22; zuvor *BVerfGE* 162, 358 (Einstweilige Anordnung gegen den Vollzug des Haftbefehls gegen *Ismet H*); *BVerfG*, Jus 2023, 283 mit Anm. *Klement*; *BVerfG*, JA 2022, 785 mit Anm. *Muckel*; *BVerfG*, Mündliche Verhandlung in Sachen „Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen“, 24. Mai 2023, Aktenzeichen 2 BvR 900/22.

rechtskräftig freigesprochen worden war. War sie dagegen wegen einer solchen Tat verurteilt worden, dann kam die Vorschrift nicht zum Zug. Das galt auch, wenn der Täter nur zu einer relativ geringen Strafe verurteilt worden war, weil z.B. nicht Mord, sondern nur Totschlag oder gar fahrlässige Tötung angenommen wurde.⁶ Allerdings sind die Vorschriften § 362 Ziff. 1-4 StPO auch nach der Nichtigkeitsklärung der Ziff. 5 weiter anwendbar, die unter ihren Voraussetzungen auch minder schwere Taten erfassen, insb. wenn der Freispruch durch falsche Urkunden, Falschaussagen oder Amtspflichtverletzungen der Richter (sog. *propter falsa*) erlangt wurde.

Ferner musste der *dringende Verdacht* bestehen, dass der Betroffene eine der genannten Taten begangen hat. Bei diesen Taten handelte es sich um einen engen Kreis schwerster Kapitalverbrechen, die nach deutschem Recht mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind und nicht der Verjährung unterliegen. Der dringende Verdacht setzt, wie der dringende Tatverdacht beim Haftbefehl (§§ 112, 112a StPO) voraus, dass die Verurteilung des Täters sehr wahrscheinlich ist.⁷ Der Gesetzgeber verlangte, dass die Täterschaft sicher durch die Beweise nachgewiesen sein muss.⁸

Schließlich musste der dringende Tatverdacht auf *neuen Beweismitteln und Tatsachen* beruhen (sog. *propter nova*). Zuvor war bei neuen Beweismitteln oder Tatsachen eine Wiederaufnahme nur zugunsten des Betroffenen gem. § 359 StPO, nicht jedoch zu Ungunsten des Betroffenen als allgemeiner Wiederaufnahmegrund im Gesetz vorgesehen. Nach der StPO sind neu grundsätzlich alle Tatsachen und Beweismittel, die das erkennende Gericht bei Erlass des früheren Urteils nicht berücksichtigt hat.⁹ Ein so weiter Begriff birgt die Gefahr, dass der Freispruch praktisch unter Vorbehalt erfolgt und bei jedem neuen Beweismittel ein neues Verfahren angestrengt werden kann. Da Beweismittel wie etwa die DNA-Auswertung, aber auch die Täter- und Tatortbestimmung immer weiter verfeinert werden, würde mit jedem neuen Verfahren, das noch etwas besser den Nachweis erbringen kann, eine Wiederaufnahme – und zwar immer wieder – möglich. Daher war ein so hoher Beweisgrad, eine solche Verdichtung der Beweislage zu Ungunsten des Betroffenen erforderlich, dass seine Schuld damit eindeutig nachgewiesen werden konnte. Das wäre etwa bei bloßen Zeugen vom Hörensagen oder indiziellen Augenscheinsobjekten, die zwar den Sachverhalt, nicht aber die Schuldfrage weiter aufklären konnten, nicht der Fall, während Urkunden, Zell-, Blut- und DNA-Spuren dagegen einen hohen Beweiswert haben und gerade in Kombination häufig geeig-

net sind, den Schuldvorwurf nachzuweisen.¹⁰ Das Beweismaterial des früheren Verfahrens sollte auch nicht etwa dadurch unverwertbar werden, dass das Verfahren mit einem Freispruch geendet hatte. Ist das damalige Beweismaterial rechtmäßig erhoben worden, bestand weder ein Beweisverwertungsverbot noch eine sonstige Fernwirkung, etwa derart, dass neue Beweise, die bei der weiteren Spurensuche gewonnen wurden, nicht berücksichtigt werden dürften. Der Freispruch sollte sich insoweit nicht auswirken. § 362 Ziff. 5 StPO erlaubte vielmehr ausdrücklich, dass neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden konnten, die auch in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe für die Verurteilung wegen der Katalogtaten bildeten. Die Polizei musste auch dann weitere Ermittlungen aufnehmen, wenn nur Beweise aus dem früheren Verfahren den Anstoß für die weiteren Ermittlungen gegeben haben, weil die Beweise seinerzeit nicht ausgewertet oder entschlüsselt werden konnten.

III. Gründe für die Verfassungswidrigkeit des § 362 Ziff. 5 StPO und ihre Bewertung

1. Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot und den Vertrauensgrundsatz

Das *BVerfG* sieht in § 362 Ziff. 5 StPO einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung und den damit verknüpften Vertrauensgrundsatz.

Das Doppelbestrafungsverbot gebietet, wie Art. 103 Abs. 3 GG vorschreibt, dass „niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf“. Das Verbot beschreibt das Prinzip des Strafklageverbrauchs.¹¹ Das meist als *ne bis in idem*-Grundsatz bezeichnete Verbot enthält nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* und ganz herrschender Lehre nicht nur das Verbot doppelter Bestrafung, sondern auch das Verbot der Doppelverfolgung.¹² Wegen derselben Sache sich erneut einem strafrechtlichen Verfahren unterwerfen zu müssen, wird bereits als grundsätzlich nicht hinnehmbare Belastung angesehen.¹³ Ein rechtskräftig Freigesprochener soll nicht ständig unter dem Damoklesschwert leben, dass er wegen derselben Tat nochmals verfolgt und ggfs. bestraft werden kann. Dieses Verbot doppelter Verfolgung stützen wichtige Stimmen auf die Grundrechte der Freiheit und Würde des Menschen (Art. 1, 2 Abs. 1 GG). Diese seien verletzt, wenn der Freigesprochene – übrigens auch der rechtskräftig Bestrafte – ständig damit rechnen müsse, wegen der früheren Tat erneut strafrechtlich belangt zu werden.¹⁴ Würde die Akte wieder aufgemacht, obwohl der Betroffene nach rechtskräftigem Freispruch als unschuldig gilt, so würde man

⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

⁷ *BVerfG*, NJW 1996, 1049; BGHSt 38, 276 (278); *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 112 Rn. 3.

⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

⁹ *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 19 mit Verweis auf § 359 Rn. 34; vgl. auch *BVerfG*, NJW 2007, 207 (208) m.w.N.; *Gössel*, in: LR-StPO, Bd. 7/2, 26. Aufl. (2013), § 359 Rn. 88.

¹⁰ Vgl. zur Beweisbedürftigkeit und -würdigkeit allgem. *Magnus*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 8, 2022, § 47 Rn. 5 ff., 50 ff.

¹¹ *BVerfGE* 56, 22 (32); *BVerfGE* 162, 358 (371).

¹² *BVerfGE* 162, 358 = NSTZ-RR 2022, 111 (113); *BVerfGE* 12, 62 (66) = NJW 1961, 867; *BVerfGE* 23, 191 (202) = NJW 1968, 982; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL (2023), Art. 103 Abs. 3, Rn. 61; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier/Brosius-Gersdorf, GG, 4. Aufl. (2023), Art. 103 Abs. 3 Rn. 25, 30; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, GG, 220. Akt. (2023), Art. 103 Abs. 3 Rn. 42.

¹³ *S. Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61.

¹⁴ So *Dürig* zu Art. 103 Abs. 3 GG zitiert nach *Schmidt/Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 84. EL (08/2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 260; vgl. dazu auch *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 39; *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 25.

diese Person in der Tat ein zweites Mal verfolgen und damit gegen das Doppelverfolgungsverbot verstoßen. Ein Freispruch ist deshalb grundsätzlich ein Verfahrenshindernis, das von Amts wegen zu berücksichtigen und auch von der Polizei und der Staatsanwaltschaft zu beachten ist.¹⁵

Mit dem *ne bis in idem*-Grundsatz ist eng verknüpft der Vertrauensgrundsatz. Freigesprochene sollen grundsätzlich auf die Rechtskraft des ergangenen Urteils vertrauen dürfen. Ein Freispruch kann keinen Rechtsfrieden herstellen, wenn das Verfahren jederzeit bei neuen Beweisen wiederaufgenommen werden kann. Das führt zu Rechtsunsicherheit. Der Zweck des Strafrechts, Gerechtigkeit herzustellen, wird nur erreicht, wenn ein rechtskräftiges Urteil grundsätzlich verbindlich, beständig und unanfechtbar sei. Die Entscheidung über die Schuld des Täters darf generell keine vorläufige sein.¹⁶

Die Neuregelung verstößt nach Ansicht des *BVerfG* gegen die geschilderte Ausprägung des Grundsatzes *ne bis in idem*. Sie erlaubt es, ein bereits rechtskräftig mit einem Freispruch abgeschlossenes Strafverfahren erneut zu betreiben. In dem Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG komme die verfassungsrechtliche Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit zum Ausdruck. Diese Entscheidung sei abwägungsfest, gelte absolut und gebe dem Gesetzgeber bei der Regelung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens keinen Spielraum. Strafrechtshistorisch sieht das *BVerfG* den in Art. 103 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz eng mit der Unschuldsvermutung verknüpft. Im Gegensatz zum Inquisitionsprozess besteht die Bedeutung des Anklageprozesses darin, die „prinzipielle Unendlichkeit des gemeinrechtlichen Inquisitionsgrundsatzes abzulösen und ein Strafverfahren unbedingt zu einem Abschluss zu bringen“.¹⁷ Der *ne bis in idem* Grundsatz sichere die „vom Rechtsstaat getroffene ‚Fundamentalentscheidung‘, bei nicht behebbaren Zweifeln an der Schuld nach dem Grundsatz in dubio pro reo zu verfahren und dabei zugunsten des tatsächlich Unschuldigen in Kauf zu nehmen, sich auch – zugunsten eines tatsächlich Schuldigen – irren zu können“.¹⁸ Die absolute Geltung des *ne bis in idem* Prinzips ergibt sich aus Sicht des *BVerfG* sowohl aus der systematischen Stellung im Gesetz (auch § 103 Abs. 2 GG habe absolute Geltung) als auch aus seinem Sinn und Zweck. Zweck des Art. 103 Abs. 3 GG sei es zum einen, „den staatlichen Strafanspruch um der Rechtssicherheit

des Einzelnen willen zu begrenzen“.¹⁹ Das Individualrecht des Einzelnen, darauf vertrauen zu dürfen, dass er nach einem Urteil wegen des abgeurteilten Sachverhalts nicht nochmals belangt werde, dient „zugleich der Freiheit und der Menschenwürde des Betroffenen. Es verhindert, dass der Einzelne – gegebenenfalls im Rahmen eines Prozesses ‚ad infinitum‘ zum bloßen Objekt der Ermittlung der materiellen Wahrheit herabgestuft wird“.²⁰ Art. 103 Abs. 3 GG beschränkt damit die Durchsetzung des Legalitätsprinzips. Daneben diene die Rechtskraft einer Entscheidung auch dem Rechtsfrieden und damit einem über das Individualrecht hinausgehenden Bedürfnis der Gesellschaft an einer endgültigen Feststellung der Rechtslage.²¹

2. Bewertung des Verstoßes gegen das Doppelbestrafungsverbot

a) Kein schutzwürdiges Vertrauen bei Straftaten mit lebenslanger Freiheitsstrafe

Das *BVerfG* stützt sich in seiner Entscheidung für die absolute Geltung und Abwägungsresistenz des Grundsatzes *ne bis in idem* vor allem auf die systematische und teleologische Auslegung des Doppelverfolgungsverbots. Dabei gewichtet es aber einige wesentliche Gesichtspunkte nach meiner Ansicht zu gering. Die für verfassungswidrig erklärte Vorschrift erlaubte zwar, ein bereits rechtskräftig mit einem Freispruch abgeschlossenes Strafverfahren erneut zu betreiben. Allerdings muss ein freigesprochener Täter schon unter dem bisherigen Recht innerhalb der strafrechtlichen Verjährungsfristen mit einer Wiederaufnahme und seiner späteren Verurteilung rechnen, wenn einer der bisherigen Wiederaufnahmegründe (§ 362 Ziff. 1-4 StPO) gegeben ist. Bei einem glaubwürdigen Geständnis oder einem Freispruch, der z.B. durch Falschaussage oder gefälschte Urkunden erlangt wurde, schützt der frühere Freispruch deshalb schon bisher – und auch weiterhin – nicht mehr vor erneuter Verfolgung. Darin ist bislang kein Verstoß gegen die Menschenwürde des Freigesprochenen gesehen worden. Warum ist das bei der wichtig erklärten Vorschrift, bei der es um Schwerstverbrechen mit höchstwahrscheinlicher Schuld des Täters auf Grund neuer Beweise geht, anders zu werten? Besteht wirklich ein materialer Unterschied zwischen der Situation, dass der Freispruch auf einer für echt gehaltenen Urkunde beruht, die später als unecht erkannt wird (dann Wiederaufnahme möglich),²² und einer Situation, bei der der Freispruch wegen übersehener oder noch nicht möglicher

¹⁵ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 103 Abs. 3 Rn. 61.

¹⁶ Pohlreich, Interview abgedruckt auf der Website der Europa-Universität-Viadrina, einsehbar unter: <https://www.europa.uni.de/de/struktur/unileitung/pressestelle/viadrina-logbuch/wissenschaft/20230519-pohlreich/Beitrag/index.html> (zuletzt abgerufen am 20.10.2023): „Es ist besser, acht Schuldige davonkommen zu lassen, als einem Unschuldigen den Prozess zu machen und ihn dem Risiko auszusetzen, fehlerhaft verurteilt zu werden“; im selben Sinne bereits *William Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Book 4, 1765, S. 352: „[I]t is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer.“; weitergeführt von *Benjamin Franklin*: „[I]t is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer.“, zitiert nach *Volokh*, University of Pennsylvania Law Review 146 (1997), 173 (175). Zu den Nachweisen s. *Grübl*, Zis 2022, 1 (2).

¹⁷ BVerfGE, 2 BvR 900/22 Rn. 68.

¹⁸ BVerfGE, 2 BvR 900/22 Rn. 68; *Leitmeier*, StV 2021, 341 (343); *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (196).

¹⁹ BVerfGE, 2 BvR 900/22 Rn. 88; s. auch bereits BVerfGE 3, 248 (253 f.).

²⁰ BVerfGE, 2 BvR 900/22 Rn. 88; vgl. *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (190), *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, 440.

²¹ BVerfGE, 2 BvR 900/22 Rn. 88; BVerfGE 56, 22 (31); BVerfGE 3, 248 (253); vgl. auch *Greco* Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, 346 ff. m.w.N.

²² Es ist nicht Voraussetzung, dass der Freigesprochene die Unechtheit der Urkunde veranlasst hat oder sonst für die Unechtheit verantwortlich ist: *Singelstein*, in: BeckOK-StPO, (Stand: 1.10.2023), § 362 Rn. 4; *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 8; *Engländer/Zimmermann*, MüKo-StPO, Bd. 3, 2019, § 362 Rn. 9.

Nachweismöglichkeiten erfolgte, die später zugänglich werden (dann keine Wiederaufnahme)?

b) Geringe Gefahr der Verfolgung Unschuldiger

Tatsächlich unschuldige und freigesprochene Bürger liefen durch die aufgehobene Vorschrift kaum Gefahr, nochmals in ein Strafverfahren verwickelt zu werden. Fälle, in denen ein Gericht ernsthaft ein Strafverfahren wieder aufnimmt, in dem nun erhebliches Beweismaterial die Täterschaft eines wirklich Unschuldigen sicher nachweisen soll, sind abgesehen von sehr groben Justizirrtümern oder Rechtsbeugungsfällen in einem Rechtsstaat nicht denkbar. Bei dem neuen Wiederaufnahmegrund sollte die Beschränkung auf die schwersten und deshalb unverjährbaren Straftaten, die massive Anhebung des Verdachtsgrades sowie die geforderte hohe Erheblichkeit des Beweismaterials Justizirrtümern gerade vorbeugen, auch wenn sie sie vielleicht nicht völlig ausschließen können.

c) Verstoß gegen Gerechtigkeitsvorstellungen und Konterkarieren der Kriminalsanktion

Ist hingegen der Verdacht berechtigt und erweist sich der Betroffene tatsächlich als der Täter, sollte er – wenn er nicht von sich aus bereut und ein Geständnis ablegt – für diesen Kreis von Taten auch zur Verantwortung gezogen werden können. Es stößt sich mit elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen, wenn ein Mörder, Völkermörder, Kriegsverbrecher oder Täter von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sich seiner Verantwortlichkeit entziehen kann, nur weil ein früher freisprechendes, nunmehr falsches Urteil entgegensteht. Würde ein solcher Täter jetzt erstmalig angeklagt, könnte er der Verurteilung nicht entgehen. Wer durch Kapitalverbrechen so hohe Schuld auf sich geladen hat, wie der für nichtig erklärte § 362 Ziff. 5 StPO sie adressiert, der sollte nicht darauf vertrauen können, nach einem – falschen – Freispruch nie mehr zur Rechenschaft gezogen zu werden. Der Vertrauensgrundsatz würde sonst geradezu pervertiert. Auch die Opfer solcher Verbrechen bzw. deren Hinterbliebene haben ein Recht darauf, dass die Täter vor Gericht gestellt werden, wenn dringende Gründe vorliegen, die ihre Verurteilung sehr wahrscheinlich machen. Solche Gründe liegen in neuen Beweisen und Tatsachen, die ihre Täterschaft dringend nahelegen. Dass die Schwerstverbrechen mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht und unverjährbar sind, macht nur Sinn, wenn Unverjährbarkeit tatsächlich bedeutet, dass diese Tat selbst nach einem ersten Freispruch bis an das Lebensende des Täters verfolgt werden darf. Sie dem Doppelverfolgungsverbot zu unterwerfen, würde den Sinn der massiven Kriminalsanktionierung dieser Taten konterkarieren. Dies spricht gegen die Sinn- und Zweckbestimmung des *BVerfG*, die sich vor allem am Individualrecht auf Vertrauensschutz solcher Täter und am Allgemeinbedürfnis nach Rechtsfrieden orientiert.

d) Schwächerer Eingriff in das Doppelverfolgungsverbot

Auch ist kritisch zu hinterfragen, ob der § 362 Ziff. 5 StPO das Doppelverfolgungs- und -bestrafungsverbot in seinem Kernbereich oder nur im Randbereich betrifft. Denn das *BVerfG* erkennt Einschränkungen im Randbereich des Doppelbestrafungsverbots an.²³ Dafür, dass lediglich der Randbereich betroffen ist, ist anzuführen, dass die nun aufgehobene Vorschrift das *ne bis in idem* Prinzip allein in seiner schwächeren Variante des Verbots der Doppelverfolgung betrifft. Im Falle des § 362 Ziff. 5 StPO ist nur das Doppelverfolgungsverbot tangiert, weil gegen den Täter mehrfach ein Strafverfahren angestrengt wird. Wegen des rechtskräftigen Freispruchs, der zwingende Voraussetzung für die Anwendung der neuen Vorschrift ist, wird der mutmaßliche Täter keineswegs doppelt oder mehrfach bestraft. Ein Freispruch plus eine Bestrafung macht keine doppelte Bestrafung aus. Sondern der freigesprochene Täter wird bei § 362 Ziff. 5 StPO, wenn der Nachweis nun gelingt, erstmalig wegen der Tat verurteilt. Die Wortlautauslegung des Art. 103 Abs. 3 GG ergibt nicht zwingend, dass die strengen Folgen des Art. 103 Abs. 3 GG auch die – hier anerkannte – Doppelverfolgung treffen. Bleibt es bei einer nur doppelten Verfolgung, die ja auch nicht zwingend mit einer Verurteilung und einem Strafausspruch enden muss, so erscheint eine Zuordnung eher zum Randbereich des *ne bis in idem*-Grundsatzes nahezu liegen. Dafür spricht auch, dass die nun nichtige Vorschrift nur den kleinen Kreis extremster Straftaten erfasst und ihre Verfolgung an besonders hohe Hürden bindet.

e) Existenz von Ausnahmen des *ne bis in idem* Prinzips

Bei den Ausnahmen vom *ne bis in idem*-Grundsatz kollidieren Prinzipien der Rechtskraft und Rechtssicherheit einerseits und der materiellen Gerechtigkeit und Wahrheitsfindung andererseits. Das *BVerfG* sieht den Grundsatz *ne bis in idem* als abwägungsresistent an; er dürfe nicht relativiert werden und setze sich damit auch gegen die materielle Gerechtigkeit durch.²⁴ Dieser Sichtweise lässt sich entgegensetzen, dass die gegenläufigen Prinzipien der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit ihrerseits Ausfluss ein und desselben Prinzips, des Rechtsstaatsprinzips, sind. Keines von ihnen kann aber absolute Geltung verlangen.²⁵ So überzeugt es nicht, dass Art. 103 Abs. 3 GG bereits eine Entscheidung für den Vorrang der Rechtssicherheit getroffen habe. Die Existenz des § 362 StPO zeigt, dass der Gesetzgeber – und zwar unangegriffen vom *BVerfG* – Ausnahmen von dem Prinzip des *ne bis in idem* gestattet.

f) Weiterentwicklung der Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG möglich

Ferner hat das *BVerfG* entschieden, „dass für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozeßrechtswissen-

²³ BVerfGE 56, 22 (34 f.); krit. im Hinblick auf § 362 Ziff. 5 StPO Tiemann, in: KK-StPO, § 362 Rn. 23.

²⁴ BVerfGE, 2 BvR 900/22 Rn. 55; so auch Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 103 Abs. 3 Rn. 62 m.w.N.

²⁵ So etwa auch Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 110; Schulze-Fielitz, in: Dreier/Brosius-Gersdorf, GG Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; Grünwald, RuP 2009, 1 (2).

schaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“, das Verfassungsrecht auch in Form des Art. 103 Abs. 3 GG noch keine Festlegung getroffen habe und eine Weiterentwicklung möglich sein müsse.²⁶ Das *BVerfG* spricht hier nur von neuen Gesichtspunkten und nicht neuen Rechtsproblemen oder Rechtsvorschriften. Solche neuen Gesichtspunkte lassen sich in der Fortentwicklung der Schuld nachweismethoden (z.B. DNA-Nachweis, digitale Forensik etc.) durchaus sehen.²⁷ Auch neue kriminalistische Nachweismethoden sind neue Gesichtspunkte, die sich zum Zeitpunkt der Aufnahme des ne bis in idem Prinzips in das Grundgesetz der Prozessrechtswissenschaft und Rechtsprechung in dieser Form noch nicht gestellt hatten.²⁸ Diesen Aspekten hätte das *BVerfG* in seiner Entscheidung stärkeres Gewicht beimessen sollen, als es dies getan hat.

3. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

Das *BVerfG* nimmt ferner einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot an. Denn nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Norm gerade auch Fälle aus der Zeit vor ihrem Inkrafttreten betreffen, wie insbesondere den *Frederike von Möhlmann*-Fall. Im Text der Norm schlägt sich diese Absicht freilich nicht nieder. Das *BVerfG* sieht hier nicht das spezielle strafrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG als verletzt an, nach dem die Strafe bei Begehung der Tat bestimmt sein muss, da dieses Verbot nur auf Strafen, nicht aber auf rein strafprozessuale Vorschriften anwendbar ist.²⁹ Doch greife das allgemeine verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG ein. Das *BVerfG* unterscheidet dabei in seiner Rspr. grundsätzlich zwischen Gesetzen mit echter und unechter Rückwirkung.³⁰ Bis auf wenige Ausnahmen sind Gesetze mit echter Rückwirkung verfassungswidrig, solche mit unechter Rückwirkung dagegen grundsätzlich zulässig, wenn sie dem rechtsstaatlichen Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung tragen.³¹ Eine echte Rückwirkung hat eine Rechtsnorm nach den Worten des *BVerfG*, „wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfol-

gen)“.³² Eine solche Rückbewirkung ist in der Regel verboten und nur in engen Ausnahmefällen zulässig. Eine unechte Rückwirkung liegt dagegen vor, wenn „belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden ‚tatbestandliche Rückanknüpfung‘“.³³ Solche Rückwirkungen sind in erheblichem weiteren Umfang zulässig.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der neue Wiederaufnahmegrund rechtskräftigen Freisprüchen – auch solchen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Regelung – faktisch ihre abschließende Wirkung nehmen. Das *BVerfG* sieht darin eine echte Rückwirkung: „Der geregelte Lebenssachverhalt, an den eine gesetzliche Neuregelung der Wiederaufnahme Rechtsfolgen knüpft, ist das Verfahren, nicht der zugrundeliegende, den Verfahrensgegenstand prägende tatsächliche Sachverhalt. Erfolgt die Wiederaufnahme aufgrund einer Norm, die erst nachträglich in Kraft tritt, ändert sie die Rechtsfolgen eines Freispruchs. Den zuvor bestehenden Vorbehalten, die in den bisherigen Wiederaufnahmegründen zum Ausdruck kommen, fügt die Neuregelung einen weiteren Vorbehalt hinzu“.³⁴ Durch den rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens sei zudem Verfolgungsverjährung eingetreten und die rückwirkende Veränderung von Verjährungsvorschriften stelle immer eine „echte“ Rückwirkung dar.³⁵

Das *BVerfG* lehnt eine ausnahmsweise Rechtfertigung der Verletzung des Rückwirkungsverbots aufgrund überragender Belange des Gemeinwohls vorliegend ab. Der Freispruch eines möglicherweise Schuldigen sei „unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls nicht ‚unerträglich‘, sondern vielmehr Folge einer rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung, in der der Zweifelsgrundsatz eine zentrale Rolle spielt“.³⁶

Die Maßstäbe zur echten Rückwirkung, die das *BVerfG* bei seiner Entscheidung zur rückwirkenden Vermögensabschöpfung (BVerfGE 156, 354) angelegt hat, überträgt es nicht auf die vorliegende Konstellation. „Den zwingenden Gemeinwohlgrund, der eine „echte“ Rückwirkung rechtfertigen kann, sah der Senat dort in der Situation, dass der Staat mit der Verfolgungsverjährung darauf verzichtet, gegen den Straftäter mit den Mitteln des Straf-

²⁶ BVerfGE 56, 22 (34) = NJW 1981, 1433 (1435): „Art. 103 Abs. 3 GG nimmt auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozessrechtliche Lage Bezug“. Dies bedeute indessen nicht, „daß für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre. Es kann ferner nicht bedeuten, daß die in offenen Randbereichen des Tatbegriffs schwierigen Abgrenzungsfragen und dogmatischen Zweifelsfälle jeder Weiterentwicklung von Verfassungs wegen schon entzogen wären“. (...) „Art. 103 Abs. 3 GG steht Grenzkorrekturen nicht entgegen (so auch *Schäfer*, in: LR-StPO, 23. Aufl., □976 Einl. Kap. 12, Rdn. 33, 37); er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde“.

²⁷ A.A. *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 24, der die Verfeinerung von kriminaltechnischen Untersuchungsmethoden wie der Blutgruppenbestimmung, der Daktyloskopie und der Stimmenanalyse ebenso wie die DNA-Untersuchungsmethoden nicht als neue Gesichtspunkte in diesem Sinne versteht.

²⁸ So auch im Ergebnis das *OLG Celle*, BeckRS 2022, 7938 Rn. 20 ff.; *OLG Celle*, JuS 2022, 554 mit Anm. *Jahn*; *OLG Celle*, NJW-Spezial 2022, 314 mit Bespr. *Beukelmann*; *OLG Celle*, StRR 2022, 20 mit Anm. *Deutscher*.

²⁹ BVerfGE 156, 354; *BVerfG*, NJW 2021, 1222 mit Anm. *Lenk*.

³⁰ S. etwa BVerfGE 135, 1 Rn. 40; *BVerfG*, NVwZ 2014, 577 mit Bespr. *Buchheim/Lassahn*, NVwZ 2014, 562; *BVerfG*, NJW 2014, 1581 (Ls.) mit Bespr. *Hey*, NJW 2014, 1564 sowie mit dem Nachweis weiterer *BVerfG*-Entscheidungen.

³¹ BVerfGE 135, 1 Rn. 40.

³² BVerfGE 135, 1 Rn. 41.

³³ BVerfGE 127, 1; NJW 2010, 3629 Rn. 57; *BVerfG*, JuS 2011, 189 m. Anm. *Selmer*; *BVerfG*, GWR 2010, 538 mit Bespr. *Brill*.

³⁴ 2 BvR 900/22 Rn. 150; vgl. auch BVerfGE 2, 380 (403); BVerfGE 63, 343 (360); *Kaspar*, GA 2022, 21 (34).

³⁵ BVerfGE 156, 354 (403); BVerfGE 25, 269 (286); BVerfGE 63, 243 (359).

³⁶ *BVerfG*, 2 BvR 900/22, Rn. 158.

rechts vorzugehen“. In der vorliegenden Konstellation gehe es aber weder um eine Verfolgungsverjährung noch um einen Strafausspruch, sondern um ein abgeschlossenes Strafverfahren mit Freispruch. Die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO stütze sich auch nur auf einen Verdacht und nicht auf die Feststellung einer rechtswidrigen Tat (vgl. § 73a StGB). Die Gefahr eines zu beseitigenden Vollzugsdefizits bestehe mithin nicht.

4. Bewertung des Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot

a) Einordnung des Rückwirkungsverbots

Gegen die Einordnung als echte Rückwirkung lässt sich einwenden, dass durch § 362 Ziff. 5 StPO der Freispruch als solcher nicht angetastet wird, sondern nur zum Ausgangspunkt einer Neubewertung genommen wird, so dass an den Freispruch nur „tatbestandlich rückangeknüpft“ wird. Damit ist die Frage verbunden, ob eine solche Rückanknüpfung den berechtigten Vertrauensschutz der Betroffenen verletzt. Insoweit hat das *BVerfG* freilich festgestellt: „Soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten, genießt die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz.“³⁷ Ferner muss nach dieser Rechtsprechung die unechte Rückwirkung zur Förderung des Gesetzeszweckes erforderlich sein und bei der Abwägung zwischen dem enttäuschten Vertrauen und den Gründen für die Rechtsänderung muss die Zumutbarkeit – für die Betroffenen und die Allgemeinheit – gewahrt werden.³⁸

b) Rechtfertigungsmöglichkeit von Verstößen gegen das Rückwirkungsverbot

Folgt man diesen Maßstäben, dann erscheint das Vertrauen des Mörders oder Völkerrechtsverbrechers auf den unabänderlichen Bestand seines Freispruchs als wenig schutzwürdig im Vergleich zu dem Interesse der Allgemeinheit an der Herstellung materieller Gerechtigkeit in den in § 362 Nr. 5 StPO erfassten Fällen, an einem angemessenen Schuldausgleich, an der Prävention und auch an der Normverdeutlichung in diesen Fällen schwerster Verbrechen.

Die zuletzt genannten Gemeinwohlgründe dürften aber auch eingreifen, wollte man – wie letztlich auch nach hier vertretener Ansicht – die für nichtig erklärte Vorschrift als einen Fall echter Rückwirkung einordnen.³⁹ Denn eine echte Rückwirkung ist ausnahmsweise dann zulässig, „wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern.“⁴⁰ Schließlich hat das *BVerfG* auch nicht in Erwägung gezogen, § 362 Ziff. 5 StPO verfas-

sungskonform auszulegen und die Vorschrift nur für Freisprüche ab Erlass der Vorschrift Ende 2021 anzuwenden, Altfälle mithin auszuklammern. So bliebe, selbst wenn man die Hürden einer echten bzw. unechten Rückwirkung für unüberwindlich hält, eine Auslegung möglich, wonach der Freispruch, ebenso wie die Wiederaufnahme des gerichtlichen Verfahrens, erst nach dem Inkrafttreten der Vorschrift ergangen sein muss.

IV. Rechtspolitische Bewertung der BVerfG-Entscheidung

Abgesehen von der verfassungsrechtlichen Einordnung stellt sich die Frage, ob die Verfassungsgerichtsentscheidung rechtspolitisch Zustimmung verdient.

1. Massiver Verstoß gegen Gerechtigkeitsvorstellungen auch bei geringer Anwendbarkeit

Die Vorschrift des § 362 Ziff. 5 StPO hätte ohne ihre Nichtigerklärung in Zukunft voraussichtlich nur wenige Fälle betroffen. Durch den engen Anwendungsbereich, die Angewiesenheit auf ausländische Rechtshilfe und die Einstellungsmöglichkeit aus Opportunitätsgründen der §§ 153c, 153f StPO⁴¹ wären Wiederaufnahmeverfahren zu Ungunsten des Betroffenen wegen neuer Beweislage auch in Zukunft die Ausnahme geblieben. Gestaltungen wie der Fall *Frederike von Möhlmann* sind selten. Bei den erfassten Völkerrechtsverbrechen handelt es sich derzeit durchweg um Auslandstaten, deren Verfolgung im Ermessen der Staatsanwaltschaft steht.⁴² Wegen ihrer geringen praktischen Relevanz erscheint aus dieser Sicht die Aufhebung der Norm kein großer Verlust zu sein. Auf der anderen Seite erfasste sie Fälle, die in besonderem Maß an das allgemeine Rechtsbewusstsein appellieren. Einen Mörder oder Völkerrechtsverbrecher, dessen Schuld fast sicher nachweisbar ist, nur deshalb nicht verfolgen und bestrafen zu können, weil ein früherer – fast sicher falscher – Freispruch entgegensteht, widerspricht massiv Vorstellungen materieller Gerechtigkeit. Dass das *BVerfG* hier sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Gesetzgebers setzt, was den Grad der Unerträglichkeit der Abweichung von Gerechtigkeitsvorstellungen betrifft, wirft zudem die Frage der Gewaltenteilung auf und ist auch aus diesem Grund mindestens problematisch.

2. Keine Befriedungsfunktion ohne Bestrafungsmöglichkeit

Mag ein solcher Widerspruch zu Gerechtigkeitsvorstellungen bei weniger extremen Verbrechen im Interesse der Rechtssicherheit, des Rechtsfriedens und der abschließenden Wirkung eines freisprechenden Urteils hinzunehmen sein, so überzeugt das bei den unverjährbaren Straftaten nicht mehr. Das Strafrecht kann seine Befriedungsfunk-

³⁷ *BVerfG*, NJW 2010, 3629 Rn. 57; *BVerfG*, JuS 2011, 189 mit Anm. Selmer; *BVerfG*, GWR 2010, 538 m. Anm. Brill.

³⁸ *BVerfG*, NJW 2010, 3629 Rn. 58.

³⁹ So auch das *OLG Celle*, BeckRS 2022, 7938 Rn. 57; *OLG Celle*, JuS 2022, 554 mit Anm. Jahn; *OLG Celle*, NJW-Spezial 2022, 314 mit Bespr. Beukelmann.

⁴⁰ *BVerfGE* 135, 1 Rn. 65; *BVerfG*, JuS 2014, 763 mit Anm. Selmer; *BVerfG*, EUGRZ 2014, 241 mit Anm. Masing; *BVerfG*, FR 2014, 326 mit Anm. Birk.

⁴¹ S.u. IV. 6.

⁴² Zur Frage, wann die Verfolgung und Anklage von Völkerrechtsverbrechen nach deutschem Recht zulässig und geboten ist s. Magnus in: FS Merkel, 2020, S. 1375 ff.

tion ohne Bestrafungsmöglichkeit nicht erfüllen. Selbst wenn es nur wenige derartige Fälle gibt, ist hier im Interesse der Allgemeinheit zu verdeutlichen, dass eine Straflosigkeit nicht hinzunehmen ist. Auch eine erwünschte Abschreckung und Prävention war mit der neuen Norm verbunden. Zu beachten ist, dass es bei der aufgehobenen Vorschrift nicht nur um Jahrzehnte zurückliegende Fälle geht, sondern auch um aktuelle Mordfälle und gerade stattfindende Kriegsverbrechen, wie bspw. in der Ukraine, die mangels Beweises nicht zu Verurteilungen, sondern zu Freisprüchen geführt haben.

3. Wiederaufnahme propter nova in anderen Bereichen anerkannt

Schließlich erkennt der Gesetzgeber auch in anderen Bereichen, etwa beim Strafbefehlsverfahren, eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen bei neuen Tatsachen seit langem an, ohne dass hierin ein Grundrechtsverstoß gesehen wird. Beim Strafbefehlsverfahren kann ebenfalls nach einem Freispruch die Rechtskraft des abgeschlossenen Strafbefehlsverfahrens durchbrochen werden, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen (§ 373a StPO). Zwar bestehen zwischen einem Strafbefehlsverfahren und einem Freispruch am Ende einer gerichtlichen Hauptverhandlung verfahrensrechtliche Unterschiede. So erscheint etwa das Strafbefehlsverfahren als summarisches Verfahren weniger geeignet, Beweise ausreichend zu würdigen und bietet daher weniger Gewähr für eine richtige Entscheidung als ein Urteil.⁴³ Doch beseitigen beide Verfahren einen Freispruch und erlauben eine *reformatio in peius*. In beiden Fällen tritt identische Rechtskraft ein.⁴⁴ Sie sind daher miteinander vergleichbar.⁴⁵ Wenn sogar bei weniger gewichtigen Straftaten eine Wiederaufnahme möglich und von Verfassungen wegen anerkannt ist, so sollte dies erst recht bei schwersten Verbrechen gelten, bei denen ein höheres Strafbedürfnis besteht. Hier eine schuldangemessene Bestrafung herbeizuführen, liegt im überragenden öffentlichen Interesse, wenn die neue Beweislage einen Kapitalverbrecher der genannten Art überführen kann.

4. Gefahr eines Dammbrochs gering

Auch die Gefahr eines Dammbrochs durch Erweiterung der Katalogtaten auf andere Fälle, die immer wieder als Einwand gegen die Vorschrift genannt wurde, war nicht zu erkennen. Der Gesetzgeber hatte die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO als Ausnahmenvorschrift mit strikten Einschränkungen konzipiert. Den Kreis der unverjährbaren

Taten zu erweitern und damit die rationale Grenze der Unverjährbarkeit aufzuheben, war de lege ferenda nicht geplant. Dammbrech-Argumente (*slippery-slope*) sind ohnehin mit Vorsicht zu gebrauchen, da sie Zukunftsszenarien beschreiben, die nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden können.

5. Historischer Grund kein Gegenargument

Auch der vom *BVerfG* vorgebrachte historische Grund, dass dieses Prinzip der Willkür von Gerichten Einhalt gebieten sollte, unliebsame Urteile im Nachhinein einfach wieder aufzuheben, wie dies in der NS-Zeit möglich war,⁴⁶ hat die nun für verfassungswidrig erklärte Vorschrift keineswegs übersehen. Der aktuelle Gesetzgeber hatte mit der Reform gerade einen Ausgleich schaffen wollen, bei schwersten Verbrechen unerträgliche Gerechtigkeitsverstöße auszuräumen.⁴⁷ Nach der sog. Radbruchschen Formel muss nach hier vertretener Auffassung bei höchstem Unrecht das positive Recht – vorliegend Art. 103 Abs. 3 GG – zurückstehen, wenn nur auf diese Weise Gerechtigkeit wiederhergestellt werden kann.⁴⁸ Den Rechtsfrieden hier als Gegenargument heranzuziehen, erscheint zynisch, da das Strafrecht seine Befriedungsfunktion in Fällen dieser Art nicht erreichen kann, wenn aus formellen Gründen schwerste Straftaten ungesühnt bleiben. Bereits die Normverdeutlichungsfunktion des Straf- und Strafprozessrechts gebietet es selbst in Fällen geringer Anwendbarkeit, die rechtsstaatlichen Grenzen aufzuzeigen.

6. Einschränkung durch internationale Dimension

Eine Besonderheit des § 362 Ziff. 5 StPO war seine internationale Dimension. Drei der nur vier Katalogtaten sind Völkerrechtsverbrechen, die durchweg nur im Ausland begangen werden. Dass die deutsche Staatsanwaltschaft Straftaten mit Auslandsbezug nicht zwingend verfolgen muss, folgt aus § 153f StPO. Die Vorschrift räumt den Verfolgungsbehörden ein Ermessen ein, die Strafverfolgung bei den Völkerrechtsverbrechen aus Opportunitätsgründen einzustellen. Auch bei Mordtaten gem. § 211 StGB im Ausland hat die Staatsanwaltschaft ein Verfolgungsermessen (§ 153c StPO). Die internationale Dimension des § 362 Nr. 5 StPO hatte mithin ihren Anwendungsbereich bereits beschränkt.

V. Folgen für die Praxis der Strafverfolgung

1. Umgang mit bereits eingeleiteten Ermittlungsverfahren

Nach der *BVerfG*-Entscheidung stellt sich nunmehr die Frage, wie mit den Ermittlungsverfahren umzugehen ist,

⁴³ *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (189); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (345); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (91); *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 27; s. auch *BVerfGE* 65, 377.

⁴⁴ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2017), § 373a Rn. 3.

⁴⁵ *Kubiciel*, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 3, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw23-de-strafprozess-gerechtigkeit-846330> (zuletzt abgerufen am 3.1.2024).

⁴⁶ *BVerfG*, 2 BvR 900/22, Rn. 31; *Marxen/Tiemann*, ZIS 2018, 188 (190 f.); *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 103 Abs. 3 Rn. 25.

⁴⁷ BT-Drs. 19/30399, S. 1, 2, 6, 9.

⁴⁸ *Radbruch*, Süddeutsche Juristenzeitung, Bd. 3 (1946), S. 83 (90).

die seit Erlass der Vorschrift des § 362 Nr. 5 StGB eingeleitet wurden. Wegen des Legalitätsprinzips (§ 152 Abs. 2 StPO) waren die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, zu ermitteln, wenn neue Beweise und Tatsachen auftauchen, die dringenden Verdacht auf eines der Kernverbrechen boten. Die Ermittlungspflicht setzte auch nicht erst ein, wenn Beweise von dem Gewicht vorlagen, das die Vorschrift als Voraussetzung für die Wiederaufnahme fordert. Wegen § 152 Abs. 2 StPO bestand eine Ermittlungspflicht schon bei Anfangsverdacht und nicht erst bei dringendem Tatverdacht, der allerdings für die gerichtliche Wiederaufnahme erforderlich war.

Nunmehr gilt indessen: Die Strafverfolgungsbehörden müssen die bereits eingeleiteten Strafverfahren einstellen. Ist es bereits – wie im Fall von *Ismet H.* – zu einer (kurzen) Inhaftierung gekommen, muss dem nun zu Unrecht Inhaftierten Haftentschädigung gezahlt werden (§ 2 Abs. 1 StrEG).⁴⁹ In Zukunft dürfen die Strafverfolgungsbehörden bei allen Freisprüchen, die einen Mord oder ein Völkerrechtsverbrechen zum Inhalt haben, keine weiteren Ermittlungen führen und können die Akte schließen, selbst wenn sie auf neue Beweise stoßen, welche die Schuld dringend nahelegen. Die Unschuldsvermutung gilt damit weiter für die Täter, die im Inland rechtskräftig freigesprochen wurden. Nur in den Fällen des § 362 Ziff. 1-4 StPO kann unter deren Voraussetzungen davon eine Ausnahme gemacht werden.

2. Umgang mit ausländischen Freisprüchen innerhalb der EU

Fraglich ist, ob dies auch bei ausländischen Freisprüchen gilt, was besonders bei den Völkerrechtsverbrechen, die im Ausland begangen werden, relevant ist. Denn hier stellt sich zunächst die Frage, ob solche Freisprüche überhaupt anzuerkennen sind. Nur dann können sie auch eine Wirkung für das deutsche Strafverfahren entfalten. Sind sie in EU-Staaten ergangen, dann folgt aus dem EU-Recht (Art. 82 Abs. 1 AEUV): Rechtskräftige Freisprüche aus anderen EU-Staaten sind grundsätzlich ohne weitere Voraussetzung anzuerkennen, da sie – anders als etwa ein Haftbefehl – keiner Vollstreckung bedürfen.⁵⁰ Grenzen können sich jedoch aus dem europäischen oder dem nationalen *ordre public* ergeben, etwa wenn das ausländische Verfahren an wesentlichen Mängeln litt.⁵¹ Ist der *ordre public* verletzt, entfällt die Anerkennung. Der fremde Freispruch hat dann in Deutschland keine Wirkung. Die Einleitung eines Regelstrafverfahrens ist dann ohne weiteres möglich, ohne auf die Besonderheiten des Wiederaufnahmeverfahrens achten zu müssen.

3. Umgang mit ausländischen Freisprüchen außerhalb der EU sowie Völkerrechtsverbrechen

Schwieriger ist die Lage bei Freisprüchen, die in anderen als den EU-Staaten ergangen sind. Hier bestehen zum Teil

Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen, die häufig voraussetzen, dass auch deutsche Urteile im anderen Übereinkommensstaat anerkannt werden. Fehlt es an einem Übereinkommen, dann scheidet die Anerkennung des fremden Freispruchs. Ist die fremde freisprechende Entscheidung jedoch anzuerkennen, steht sie einem deutschen Freispruch gleich. Nach der *BVerfG*-Entscheidung greift dann das Doppelverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG ein. Das gilt auch für Mordfälle und Völkerrechtsverbrechen, die im Ausland begangen werden. Ist der Mörder bzw. Völkerrechtsverbrecher im Ausland freigesprochen worden und wird der Freispruch in Deutschland anerkannt, besteht ein Verfahrenshindernis, bei neuen Beweisen seiner Schuld das Verfahren wiederaufzunehmen. Eine Prüfung, ob der ausländische Freispruch rechtsstaatlich zustande gekommen ist, hat wegen des Anerkennungsübereinkommens zu unterbleiben. Selbst wenn der Freispruch auf gefälschten Urkunden, falschen Zeugen- oder Sachverständigenaussagen oder Amtsdelikten der Richter beruht und grundsätzlich der Anwendungsbereich des § 362 Nr. 1-4 StPO eröffnet wäre, ist von einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens abzusehen. Da Straftaten wie Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gegenwärtig nicht in Deutschland, sondern im Ausland begangen werden, ist eine Prüfung des ausländischen Freispruchs durch die deutsche Strafjustiz in der Regel auch praktisch nicht möglich, insbesondere wenn die ausländischen Strafverfolgungsbehörden nicht willens oder in der Lage sind, Beweismaterial herauszugeben und Rechtshilfe zu leisten. In Ländern, wie sog. *failed states*, in denen die Justiz solchen Verbrechen selbst nicht nachgeht, durch die Machthaber daran gehindert wird oder schlicht keine ausreichenden Strafverfolgungsressourcen vorhanden sind, besteht kein Interesse an bzw. keine Möglichkeit, Einblicke in die Verurteilungs- bzw. Freispruchspraxis zu geben. Bereits aus diesem Grund kann eine Wiederaufnahme – gem. § 362 Nr. 1-4 StPO – in Deutschland in der Tat scheitern, da die deutschen Strafverfolgungsbehörden auf die ausländische Rechtshilfe angewiesen sind.

4. Keine Verfolgung von Völkerrechtsverbrechern

Das bedeutet aber auch, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden untätig bleiben müssen, wenn z.B. syrische Folterer, die nach Deutschland geflohen sind, zunächst aus Mangel an Beweisen freigesprochen, später aber hier von ihren Opfern wiedererkannt und angezeigt werden. Ebenso verhält es sich, wenn IS-Kämpfer aus Afghanistan oder russische Kriegsverbrecher aus der Ukraine nach Deutschland kommen, hier angeklagt und zunächst mangels Beweises freigesprochen, dann aber von Angehörigen oder Bekannten, die sich mittlerweile von ihnen losgesagt haben, angezeigt und Beweise für ihre Schuld vorgelegt werden. Ein Wiederaufnahmeverfahren kann dann nicht angestrengt werden. Und dass, obgleich

⁴⁹ Ein Ausschluss der Entschädigung nach § 5 oder 6 StrEG kommt wohl weder im Fall des *Ismet H.* noch in den sonstigen, gleichliegenden Fällen einer Wiederaufnahme nach Freispruch in Betracht. Zu noch weiteren Entschädigungsleistungen durch die Belastung mit einem Ermittlungsverfahren s. *Hörnle*, GA 2022, 184.

⁵⁰ S. näher *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (Stand: 05/2023) Art. 82 AEUV Rn. 27 ff.

⁵¹ *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 82 AEUV, Rn. 36a.

das Völkerstrafgesetzbuch die Verfolgung von Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit weltweit durch deutsche Strafverfolgungsbehörden zulässt, der deutsche Gesetzgeber sich durch Ratifizierung des IStGH-Statuts dazu grundsätzlich verpflichtet hat und das Weltrechtsprinzips des § 1 VStGB in diesen Fällen keinen Anknüpfungspunkt zu Deutschland verlangt, das heißt weder Täter noch Opfer müssen Deutscher sein noch muss die Tat auf deutschem Territorium zu Land, Luft oder Wasser begangen worden sein.⁵² Das dies mit rechtsstaatlichen Grundsätzen schwer zu vereinen ist, zeigt auch das Beispiel, das *Bundesverfassungsrichter Peter Müller* in der Verhandlung vor dem *BVerfG* gebildet hat: „Zwei Söldner von Prigoschin (*dem ehemaligen Chef der russischen Wagner-Truppe*), setzen sich nach Deutschland ab, werden angeklagt, aber aus Mangel an Beweisen freigesprochen. Dann aber tauchen neue Beweise auf – woraufhin der eine gesteht, der andere aber schweigt. Würde die neue Vorschrift tatsächlich gekippt, dann wäre nur die Wiederaufnahme des Prozesses gegen den geständigen Söldner erlaubt. Der zweite Mann käme davon“.⁵³

Während in alten unaufgeklärten Mordfällen, den sog. „cold cases“, weiterhin oder erneut ermittelt werden darf⁵⁴, verhindert die *BVerfG*-Entscheidung eine weitere Aufklärung und Verfolgung von Schwerstverbrechen, sofern die Täter nur früher einmal einen Freispruch erreicht hatten.

VI. Schluss

Die *BVerfG*-Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der ungünstigen Wiederaufnahme propter nova ist kritisch zu sehen. Es lassen sich sowohl Gründe für die Verfassungsgemäßheit des § 362 Nr. 5 StPO vorbringen als auch für dessen rechtspolitische Bedeutung. Über den Weg verfassungskonformer Auslegung unter Ausschluss von Altfällen und bei Anwendung nur auf nach Erlass ergangene Freisprüche hätte die Vorschrift nicht aufgehoben werden müssen. Nunmehr dürfen die Strafverfolgungsbehörden nach einem Freispruch wegen einer der Katalogtaten nicht gegen den Freigesprochenen weiter ermitteln, selbst wenn

ein Anlass (neuer Zeuge, Zufallsfund, noch nicht ausgewertete DNA etc.) nach dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) eigentlich eine weitere Strafverfolgung gebieten würde. Potentielle Mörder, Völkermörder und Kriegsverbrecher können damit bei eindeutigen Beweisen ihrer Schuld weiter auf freiem Fuß bleiben, obgleich ihre Tat eigentlich lebenslang verfolgt werden dürfte. Dies mit einem Mehrgewinn an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu begründen, erscheint zynisch. Deutschland hatte, wie eine Anfrage des *BVerfG* ergab, mit § 362 Ziff. 5 StPO keine Sonderregelung im europäischen Vergleich getroffen.⁵⁵ Vielmehr haben 17 andere Länder Europas (darunter Österreich, die Schweiz und England) Wiederaufnahmeregelungen, die bei neuen Beweisen eine Wiederaufnahme zuzunutzen vorsehen. So sieht bspw. Art. 323 der Schweizer StPO eine Wiederaufnahme bei neuen Beweismitteln oder Tatsachen zu Ungunsten des Betroffenen vor. § 355 der österreichischen StPO erlaubt die Wiederaufnahme zu Ungunsten bei gefälschten Urkunden, falschen Zeugen, Geständnis oder neuen Tatsachen oder Beweismitteln, wenn noch keine Verjährung eingetreten ist. England hat in Part 10 Criminal Justice Act 2003, Sec. 75 ff. eine entsprechende Regelung und in mehreren Entscheidungen eine Wiederaufnahme bei doppelter Strafverfolgung (double jeopardy) erlaubt.⁵⁶ Deutschland hatte mit der Begrenzung auf 4 unverjährbare, mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohte Kapitalverbrechen sowie durch die Hürde eines dringenden Verdachtsgrads die Anforderungen an eine Wiederaufnahme besonders hoch angesetzt, was deren Ausnahmecharakter verdeutlichte. Im europäischen Vergleich ist Deutschland auch eines der wenigen Länder, welches das 7. Zusatzprotokoll (dort Art. 4) zur EMRK⁵⁷ nicht ratifiziert hat, während Länder wie Österreich, Schweiz, Frankreich, Dänemark, Schweden, Griechenland u.a. die in dem Zusatzprotokoll vorgesehenen Ausnahmen von dem ne bis in idem Prinzip anerkannt und in ihre Rechtsordnung aufgenommen haben. Eine unveränderbare Geltung des bisher normierten ne bis in idem Prinzips wie in Deutschland gibt es in diesen Ländern nicht. Und auch Deutschland erlaubte schon immer Ausnahmen von diesem Grundsatz, deren bloße Existenz – unabhängig vom Rechtsgrund – bereits zeigt, dass das deutsche Strafprozessrecht Durchbrechun-

⁵² Bei international gesuchten Kriegsverbrechern oder Völkermördern müssen die deutschen Justizbehörden – was auch die Generalstaatsanwaltschaft an den Oberlandesgerichten einschließt – prüfen, ob die Auslieferungsvoraussetzungen vorliegen und ob die betroffene Person bis zum Zeitpunkt der Übergabe inhaftiert wird. Zum Inlandsbezug im internationalen Strafrecht s. *Magnus*, in: FS U. Magnus, 2014, S. 693 ff.

⁵³ Zitiert nach *Janisch*, Freispruch mit Fragezeichen, *Süddeutsche Zeitung* v. 25.5.2023, Nr. 119, S. 6.

⁵⁴ *Monka*, in: BeckOK-StPO, 48. Ed. (Stand:07/2023), § 136 Rn. 24; *OLG Zweibrücken*, NSTZ 2011, 113.

⁵⁵ *BVerfG*, 2 BvR 900/22, Rn. 21.

⁵⁶ S. etwa *Heathfield v. StA Würzburg* [2017] EWHC (Admin.) 2002 para. 17 ff.; *A v. Director of Public Prosecution* [2016] EWCA Crim 1393 para 27 ff. S. auch außerhalb Europas, etwa in den USA die Regelung zum Doppelbestrafungsverbot im 5th Amendment to the Constitution, Double Jeopardy Clause; s. dazu *Alogna*, Double Jeopardy, Acquittal Appeals and the Law-Fact Distinction, 86 *Cornell Law Review* (2001) 1131 ff.

⁵⁷ Während Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK das ne bis in idem Prinzip enthält, beinhaltet Art. 4 Abs. 2 folgendes: „Absatz 1 schließt die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist“. Art. 4 Abs. 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK bestimmt, dass von diesem Artikel nicht nach Artikel 15 der Konvention abgewichen werden darf.

gen des *ne bis in idem* Prinzips vorsieht, die verfassungsmäßig anerkannt sind.⁵⁸ Mit der Nichtigkeitsklärung des § 362 Ziff. 5 StPO steht Deutschland in Europa nunmehr in der Minderheit. Die Entscheidung des *BVerfG* hindert den Gesetzgeber in Zukunft, in Fällen, die aus der Sicht

des Parlaments unerträgliche Gerechtigkeitsverstöße darstellen, neue Wiederaufnahmegründe *propter nova* in die StPO aufzunehmen. Darin einen Gewinn an Rechtssicherheit zu sehen, ist mehr als zweifelhaft.

⁵⁸ Vgl. nur § 362 Nr. 1-4 StPO, § 373a StPO. Auch Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) enthält das *ne bis in idem* Prinzip und Art. 55 SDÜ erlaubt den Schengen-Staaten – und damit Deutschland – Ausnahmen vom Doppelverfolgungsverbot zuzulassen. Deutschland hat davon Gebrauch gemacht und eine Ausnahme vom Doppelverfolgungsverbot für Straftaten nach § 129 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen) vorgesehen, „soweit diese gegen die Sicherheit des Staates oder andere gleichermaßen wesentliche Interessen verstoßen“, s. *EuGH*, Urt. v. 23.3.2023 – C-365/21. Das zeigt, dass Deutschland Ausnahmen vom *ne bis in idem* Prinzip anerkennt, was dessen absolute Geltung, welche ihm das *BVerfG* in der Entscheidung vom 31.10.2023 zuspricht, fraglich erscheinen lässt.

Weil nicht sein kann, was nicht sein darf – Über die „falsche“ Verurteilung im Badewannenmord und Wiedergutmachungsmöglichkeiten

von Hanna Göken und Yusef Mansouri*

Abstract

Unlängst sorgte die Aufdeckung eines dramatischen Justizirrtums für Aufsehen. Manfred Genditzki wurde 2008 im sogenannten „Badewannenmordfall“ wegen Mordes verurteilt und erst 13,5 Jahre später in Folge eines erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahrens im neuen Prozess freigesprochen. Bei dem angeblichen Tatgeschehen handelte es sich um einen Sturz und keine Fremdeinwirkung. Der Weg hin zu dieser Feststellung durch das LG München war allerdings herausfordernd. Dies bietet Gelegenheit, die generellen Anforderungen an eine erfolgreiche Wiederaufnahme gem. § 359 Nr. 5 StPO sowie die einschlägigen Umstände im Fall von Genditzki näher zu beleuchten. Dabei stellt sich auch die Frage, mit welcher Art der „Wiedergutmachung“ der erlittenen Freiheitsentziehung Genditzki nun von Seiten des Staates rechnen kann. Für eine finanzielle Entschädigung steht zunächst das Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) zur Verfügung. Dennoch bleibt zu klären, ob die Entschädigungsregeln hinreichend erscheinen oder etwa reformbedürftig sind.

The revelation of a dramatic judicial error recently caused a stir. Manfred Genditzki was convicted of murder in 2008 in the so-called "bathtub murder case" and was only acquitted 13 ½ years later following a successful retrial. The alleged offence was a case of a fall of the deceased and not an external influence. However, the path to this finding by the Munich Regional Court was demanding. This provides the opportunity to take a closer look at the general requirements for a successful retrial pursuant to Section 359 No. 5 of the Code of Criminal Procedure and the relevant circumstances in Genditzki's case. It also raises the question of what kind of "compensation" Genditzki can now expect from the state for the imprisonment he suffered. First of all, the law on compensation for criminal prosecution measures is available for financial

compensation. Nevertheless, it remains to be clarified whether the compensation rules appear to be sufficient or are in need of reform.

I. Der Mord, der keiner war – Wiederaufnahme im Badewannenmordfall

Wer in Deutschland einmal rechtskräftig verurteilt wurde, der darf – so lässt es die Praxis verlautbaren – nicht wirklich die Hoffnung anstellen, dass dieses Urteil noch einmal (zu seinen Gunsten) in Frage gestellt wird. Zwar gibt es für diese Fälle das Institut der Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO), doch gehört diese Verfahrensart neben der Revision zu den Königsdisziplinen im Strafprozessrecht, weil sie mit sehr hohen Hürden verbunden ist.¹ Hinzu kommt, dass Wiederaufnahmeverfahren als wenig erfolgsträchtig gelten,² wenngleich detaillierte Auswertungen zu Fehlurteilen bislang rar gesät sind.³ Gelingt ein solcher Erfolg dennoch – meist ist das Wiederaufnahmeziel dasjenige des Freispruchs – gehen derartige „Justizirrtümer“ mit viel Medienaufmerksamkeit einher. Ein sehr bekanntes Beispiel stellt der Fall um *Gustl Mollath* dar.⁴

Jüngst hat sich nun ein weiterer Freispruch eines ursprünglich Verurteilten in die Reihe bayerischer Justizskandale eingereiht und die Debatte um die Wiederaufnahme rechtskräftig zu Unrecht Verurteilter erneut entfacht. Er firmiert in der Presse als „Badewannenmord“⁵ – auch wenn nun nach Korrektur des Urteils von einem Mord nicht mehr die Rede sein kann – und wirft erneut Fragen rund um die Wiederaufnahme von Strafverfahren, Fehlurteilen und die Entschädigung des zu Unrecht Verurteilten auf. In diesem Fall wurde *Manfred Genditzki* zu lebenslanger Haft verurteilt, weil angenommen wurde, dass er die Rentnerin *Lieselotte Kortüm* in ihrer Badewanne ertränkt habe. Erst 13 Jahre und sechs Monate später wurde *Genditzki* am 7.7.2023 vom *LG München I* in

* Hanna Göken ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Hans Kudlich) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Yusef Mansouri ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht (Prof. Dr. Christian Rückert) an der Universität Bayreuth.

¹ *Strate*, in: MAH, 3. Aufl. (2022), § 28 Rn. 2 ff.

² *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Wiederaufnahme in Strafsachen, 2016, A. Rn. 10; *Leve/Otzipka/Volbert*, MSchrKrim 2022, 113 (124).

³ Jüngste empirische Untersuchungen zu Fehlerquellen im Strafprozess etwa bei *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht?, 2018, S. 55 ff; *Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz, 2018, S. 120 ff.; *Arneemann*, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen, 2019, S. 216 ff.; Überblick auch bei *Bliesener et al.*, MSchrKrim 2023, 147 (151 ff.). Zu den Hürden der kriminologischen Erfassung von Fehlurteilen *Drenkhahn/Kölbel/Momsen*, MSchrKrim 2023, 135 (138 ff.).

⁴ Zu diesem einführend *Hauer*, NJ 2013, 456. Noch heute zu lesen etwa in der SZ, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/kolumne/gustl-mollath-justizskandal-psychiatrie-1.5663792> (zuletzt abgerufen am 21.1.2024).

⁵ Beispielhaft im Spiegel, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/muenchen-manfred-genditzki-im-prozess-um-badewannen-mord-freigesprochen-a-a0ff48dc-b6a8-470b-95e6-d4541e5c3fbd> (zuletzt abgerufen am 21.1.2024).

Folge eines erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahrens freigesprochen. Mehrere Gutachten konnten darlegen, dass es sich nicht um ein Tötungsgeschehen, sondern um einen Unfall handelte. Freilich erlangt dieser Fall in der Gesellschaft sowie in juristischen Kreisen viel Aufsehen: Schließlich handelt es sich um ein Fehlurteil, das zu einer über 13 Jahre lang vollzogenen Haftstrafe und somit zu schwersten Grundrechtsverletzungen gegenüber *Genitzki* führte. Daher schließt sich auch unmittelbar die Frage an, wie der Staat nun Wiedergutmachung gegenüber dem Freigesprochenen leisten kann. Der Beitrag nähert sich diesen Aspekten ein Stück weit und versucht sich, nachdem in gebotener Kürze die allgemeinen Grundzüge des Wiederaufnahmeverfahrens zugunsten des Angeklagten erläutert (II.) sowie speziell die Fehler des *Genitzki*-Verfahrens dargetan werden (III.), an einem Vorschlag zur Reformierung staatlicher Restitution (IV.).

II. Grundsätzliches zur Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten

1. Die Wiederaufnahme im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit

Das Institut der Wiederaufnahme stellt die ins Gesetz gegossene Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit dar. Die Wahrheitserforschung als eines der zentralen⁶ Ziele des Strafprozesses trägt dabei nicht nur dem Schuldprinzip⁷ Rechnung, sondern verwirklicht auch die verfassungsrechtliche (Art. 20 Abs. 3 GG) Idee materieller Gerechtigkeit.⁸ Sie versteht sich im Strafprozess aber aufgrund begrenzter menschlicher Erkenntnismethoden und Nachweisbarkeit nicht absolut, sondern relativ i.S.e. eigenen Überzeugungsbildung (§ 261 StPO), die ihrerseits auf einer objektiv tragfähigen Tatsachengrundlage zu gründen hat und das Tatgeschehen mit einer hohen Wahrscheinlichkeit als „wahr“ erkennen lässt.⁹ Nach Abschluss des Strafverfahrens inklusive etwaiger Rechtsmittel tritt allerdings Rechtskraft ein, um Rechtsfrieden zu schaffen.¹⁰ Wahrheit und Rechtsfrieden können in Konflikt geraten, etwa wenn das Urteil in hohem Maße fehlerbelastet ist. Dieses Fehlurteilsrisiko wiederum soll der Verurteilte nicht um jeden Preis tragen. Insofern begegnet das Institut der Wiederaufnahme diesem Konflikt als Rechtsbehelf eigener Art¹¹, indem es der Gerechtigkeit wegen die Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft ausnahmsweise ermöglicht.¹²

2. Die Grundzüge eines Wiederaufnahmeverfahrens

Der Konfliktlösung dienen vordergründig¹³ die Vorschriften zur Wiederaufnahme aus §§ 359 ff. StPO, die systematisch zwischen der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten (§§ 359 bis 361 StPO) und der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten (§ 362 StPO) differenzieren. Hier soll es um die Grundzüge der erstgenannten Verfahrensrichtung gehen, speziell auch um § 359 Nr. 5 StPO, der in der Praxis mit Abstand am bedeutendsten ist¹⁴ und worauf auch die Wiederaufnahme im Badewannenmord gestützt war.

Ein erfolgreiches Wiederaufnahmeverfahren setzt drei Verfahrensschritte voraus.

a) Aditionsverfahren

Die Wiederaufnahme ist ein Antragsverfahren, über den Ausgang befindet ein anderes Gericht als dasjenige, das die Entscheidung erlassen hat, § 367 StPO i.V.m. § 140a Abs. 1 S. 1 GVG (Wiederaufnahmegericht). Das Wiederaufnahmegericht prüft gem. § 368 StPO zunächst die Zulässigkeit des Antrags – sog. Aditionsverfahren.¹⁵

Bei § 359 Nr. 5 StPO wird geprüft, ob neue Tatsachen oder Beweise beigebracht wurden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die (hier) Freisprechung des Angeklagten zu begründen geeignet sind. Die Richtigkeit der Tatsachen oder Beweise wird in diesem Verfahrensstadium unterstellt, sofern der Sachvortrag nicht offensichtlich unwahr oder denkgesetzlich unmöglich erscheint.¹⁶

Tatsachen i.d.S. sind alle dem Beweis zugänglichen Ereignisse, Vorgänge und Zustände, die in Gegenwart oder Vergangenheit in die Wirklichkeit getreten sind.¹⁷ Rechtstatsachen (z.B. der nachträgliche Wegfall eines Strafgesetzes) fallen nicht hierunter.¹⁸ Da § 359 Nr. 5 StPO die Geltendmachung einer neuen Tatsache *oder* eines neuen Beweismittels verlangt, ist es unschädlich, wenn sich eine neue Tatsache auf alte Beweismittel stützt oder umgekehrt ein neues Beweismittel auf alte Tatsachen stützen lässt.¹⁹ Zu den Beweismitteln zählen alle förmlichen Beweismittel der StPO, also Sachverständige, Augenschein, Urkunden und Zeugen.²⁰

⁶ BVerfGE 133, 168 (226); *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1.

⁷ Zu diesem Grundsatz BVerfGE 20, 323 (331); 25, 269 (285 f.); *Walter*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), Vorb. §§ 13 ff. Rn. 159.

⁸ *Schuster*, in: LR-StPO, Bd. 9/1, 27. Aufl. (2022), Vorb. § 359 Rn. 17.

⁹ *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), Vorb. § 359 Rn. 2.

¹⁰ *Kühne*, in: LR-StPO, Bd. 1, 27. Aufl. (2016), Einl. B Rn. 50; *Joecks/Jäger*, StPO, 5. Aufl. (2022), Einl. Rn. 6.

¹¹ *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, Vorb. § 359 Rn. 1.

¹² BVerfGE 22, 322 (329); *BVerfG*, NJW 1994, 510; *Tiemann*, in: KK-StPO, Vorb. § 359 Rn. 1; *Roxin/Schünemann*, StrafVerfR, 30. Aufl. (2022), § 57 Rn. 1; *Eisenberg*, JR 2007, 360; *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (547).

¹³ Um den besonderen Wiederaufnahmegrund in § 79 Abs. 1 BVerfGG (Wiederaufnahme bei Unvereinbarkeits- oder Nichtigerklärung eines Strafgesetzes durch das *BVerfG*) soll es in diesem Beitrag nicht gehen.

¹⁴ *Alexander*, in: Miebach/Hohmann, F Rn. 179; *Waßmer*, Jura 2002, 454 (456); *Strate*, StV 1999, 228 (229).

¹⁵ *Friester*, in: SK-StPO, Bd. 7, 5. Aufl. (2018), Vorb. § 359 Rn. 10.

¹⁶ *BGH*, NJW 1977, 59; *OLG Hamm*, MDR 1974, 250 f.; *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl. (2014), Rn. 128; *Eisenberg*, JR 2007, 360 (367).

¹⁷ *BGHSt* 39, 75 (80); *O. Hohmann*, in: Miebach/Hohmann, E Rn. 69 ff.; *Eisenberg*, JR 2007, 360 (362).

¹⁸ *BGH*, NJW 1993, 1482; *OLG Zweibrücken*, wistra 2009, 488; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2022), § 359 Rn. 24.

¹⁹ *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, § 359 Rn. 44.

²⁰ *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. (1985), S. 674.

Neu sind Tatsachen, wenn sie aus der (nach h.M. maßgeblichen) Perspektive des erkennenden Gerichts²¹ bei der Urteilsberatung nicht bekannt waren und daher bei Erlass der Entscheidung nicht berücksichtigt wurden.²² Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Tatsachen hätten zur Sprache kommen können (etwa, weil sie zumindest Akteninhalt geworden sind), denn neu ist grundsätzlich auch alles, was der Überzeugungsbildung des Gerichts in tatsächlicher Hinsicht nicht zugrunde gelegt worden ist.²³ Beweismittel sind neu, wenn sich das Ausgangsgericht ihrer Erhebung nicht bedient hat oder sie unberücksichtigt ließ.²⁴

In der Praxis scheitern die meisten Wiederaufnahmeanträge an der Geeignetheit der neuen Tatsachen/Beweismittel.²⁵ Mit ihnen muss das Wiederaufnahmeziel zwar nicht mit Sicherheit, aber auch nicht bloß mit Möglichkeit, sondern mit Wahrscheinlichkeit erreicht werden können (h.M.).²⁶ Sie müssen „durchgreifende ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Verurteilung in tatsächlicher Hinsicht zu begründen imstande sein“²⁷. Den Wiederaufnahmerichtern wird hinsichtlich der Prüfung der Geeignetheit eine zu große Restriktivität von Seiten der Praxis vorgeworfen.²⁸ Das *BVerfG* hat bereits festgehalten, dass die Anforderungen an die Geeignetheit nicht durch den Maßstab einer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit überspannt werden dürfen – insbesondere sei eine inhaltliche Eignungsprüfung derart, Beweise zu würdigen und Feststellungen zu treffen, die nach der Struktur des Strafprozesses der Hauptverhandlung vorbehalten sind, unzulässig.²⁹

b) Probationsverfahren

Wird der Antrag im Aditionsverfahren für zulässig erklärt, ergeht ein Beschluss nach § 368 StPO und das Verfahren geht ins Probationsverfahren über (anderenfalls wird er als unzulässig verworfen, hiergegen ist die sofortige Beschwerde nach § 372 S. 1 StPO statthaft). Hier wird nunmehr geprüft, ob die vorgebrachten Umstände auch tatsächlich vorliegen. Es handelt sich um eine Begründetheitsprüfung des Antrags, ggf. wird Beweis erhoben (§ 369 StPO). Für die hier interessierenden Fälle des § 359 Nr. 5 StPO maßgeblich ist nach § 370 Abs. 1 Var. 1 StPO, ob die Behauptungen dabei „genügende Bestätigung“ gefunden haben, was dann der Fall ist, wenn aufgrund der Beweisaufnahme ihre Richtigkeit hinreichend wahrscheinlich ist.³⁰ Voller Beweis ist nicht erforderlich.³¹

Ergibt die Prognose, dass in der neuen Hauptverhandlung eine für den Verurteilten günstigere Entscheidung ergeht, ordnet das Gericht die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung an (§ 370 Abs. 2 StPO).³² Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 372 S. 2 StPO).

c) Anordnung der Hauptverhandlung

Die neue Hauptverhandlung ist streng genommen nicht mehr Bestandteil des Wiederaufnahmeverfahrens, weil sie einen davon eigenständigen Charakter hat (ähnlich wie es auch die neue Hauptverhandlung nach Revisionsentscheidung gem. § 354 Abs. 2 StPO ist).³³ Das Verfahren wird in den Zustand vor Erlass des Urteils – i.d.R. also nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses³⁴ – zurückversetzt. Es wird erneut Beweis erhoben, auf dieser Grundlage wird das Urteil entweder aufrechterhalten oder aufgehoben (§ 371 Abs. 1 StPO), auch eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153 ff., 206a, 260 Abs. 3 StPO ist möglich.³⁵

III. Ablauf der Wiederaufnahme im Badewannenmordprozess

Wie hoch die Hürden sind, die es im Wiederaufnahmeverfahren zu überwinden gilt, zeigte der Fall *Genditzki*.³⁶

1. Vorgeschichte und ursprünglicher Tatvorwurf

Genditzki arbeitete ab 1996 hauptberuflich als Hausmeister in einer Wohnanlage in Rottach-Egern, in der auch die gesundheitlich stark beeinträchtigte Witwe *Lieselotte K.* wohnte, die er im Alltag gegen Erhalt eines pauschalen Geldbetrags sowie eine Aufwandsentschädigung (etwa für Fahrtkosten) unterstützte. Zudem war er u.a. Bevollmächtigter bei ihrer Bank. Als sie während eines Krankenhausaufenthalts im Oktober 2008 die Vollmacht zugunsten *Genditzkis* erweiterte, soll dieser laut Anklage erhebliche Mengen an Bargeld entnommen und Schulden bei Bekannten beglichen haben. Am Tag ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus habe er sie abgeholt und sei anschließend zum Kaffee bei ihr geblieben. Dabei soll der Fehlbetrag zur Sprache gekommen sein und sich ein Streitgeschehen entwickelt haben, in dessen weiterem Verlauf *Genditzki* den Entschluss gefasst haben soll, *Lieselotte K.* zu töten. Ihre Arg- und Wehrlosigkeit zu diesem Zeitpunkt ausnutzend, habe er sie zwischen 14:57 Uhr und 15:08 Uhr getötet, indem er ihr zweimal von hinten auf

²¹ BGHSt 18, 225 (226); 19, 365 (366); *O. Hohmann*, in: Miebach/Hohmann, E Rn. 76.

²² *BVerfG*, NJW 2007, 207 (208); *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, 2030; *Schuster*, in: LR-StPO, § 359 Rn. 92.

²³ *Peters* (Fn. 20), S. 672.

²⁴ *Temming*, in: HK-StPO, 7. Aufl. (2023), § 359 Rn. 20; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 359 Rn. 32.

²⁵ *Temming*, in: HK-StPO, § 359 Rn. 25.

²⁶ BGHSt 39, 75 (85); *OLG Düsseldorf*, NStZ 2004, 454; *Tiemann*, in: KK-StPO, § 368 Rn. 13; *Schuster*, in: LR-StPO, § 359 Rn. 136; *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, § 359 Rn. 62; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 3 (1974), S. 85; *Marxen/Tiemann*, Rn. 221; a.A. *Eschelbach*, in: KMR, 34. Lfg. (2003), § 359 Rn. 210, der einen Möglichkeitsmaßstab ausreichen lassen möchte; so auch *Kaspar*, in: SSW-StPO, 5. Aufl. (2023), § 368 Rn. 8; *Wasserburg*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, S. 323.

²⁷ *OLG Düsseldorf*, NStZ 2004, 454; mit teilweiser, aber in der Sache ohne Unterschied, anderslautender Terminologie *OLG Stuttgart*, StV 1990, 539 f.; *OLG München*, Beschl. v. 9.3.2010 – Ws 109-112/10, juris Rn. 16; *OLG Rostock*, NStZ 2007, 357 (358).

²⁸ Beispielhaft *Strate*, in: Strafverteidigervereinigungen, 16. Strafverteidigertag, S. 23 (29).

²⁹ *BVerfG*, NJW 1995, 2024 (2025); EuGRZ 2007, 586 (588 f.).

³⁰ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 370 Rn. 4.

³¹ *BVerfG*, NStZ 1990, 499 (500).

³² *Temming*, in: HK-StPO, § 370 Rn. 3.

³³ *Kaspar*, in: SSW-StPO, Vorb. §§ 359 ff. Rn. 24.

³⁴ BGHSt 14, 64 (66).

³⁵ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO § 373 Rn. 4a.

³⁶ *LG München I*, Urt. v. 7.7.2023 – 1 Ks 121 Js 158369/19, BeckRS 2023, 16324. Die Verfasser danken der mit dem Fall befassten Rechtsanwältin *Regina Rick* für die Überlassung des Urteils in anonymisierter Form noch vor entsprechender Veröffentlichung.

den Kopf geschlagen habe. Dadurch habe sie u.a. zwei Verletzungen am Hinterkopf erlitten. *Genditzki* sei sodann die Idee gekommen, ein Sturzgeschehen vorzutauschen. Zu diesem Zweck habe er *Lieselotte K.* ins Badezimmer verbracht und in die Badewanne gelegt, wobei er Wasser in die Wanne habe einlaufen lassen und das Opfer so lange unter die Wasseroberfläche gedrückt habe, bis es schließlich ertrunken sei. Im Anschluss sei er in den örtlichen Supermarkt gefahren, um später ein Alibi nachweisen zu können. Dabei habe er Einkäufe getätigt und unter einem Vorwand den Pflegedienst verständigt, damit dieser nach *Lieselotte K.* sehen solle.

Der Vorwurf der veruntreuenden Unterschlagung konnte als Motiv im Prozess ausgeräumt werden, dennoch verurteilte ihn das *LG München II* im Jahr 2010 wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe.³⁷ Auch nach Beanstandung eines Verfahrensfehlers durch den *BGH*³⁸ fiel das zweite Urteil im Jahr 2012 ebenso aus.³⁹ Obwohl Schleif-, Kampf- oder DNA-Spuren fehlten und der Todeszeitpunkt nicht eingrenzbar war, wurde ein Gewalttatgeschehen bestätigt und ein Sturzgeschehen ausgeschlossen.

2. Das Wiederaufnahmeverfahren

Genditzki beantragte etwa sechseinhalb Jahre später – im Juni 2019 – die Wiederaufnahme des Verfahrens beim *LG München I* als Wiederaufnahmegericht, gestützt auf § 359 Nr. 5 StPO, und behauptete die Beibringung sowohl neuer Tatsachen als auch neuer Beweismittel. Es kommt nicht selten vor, dass dabei neue Gutachten anderer Sachverständiger vorgebracht werden, die das vom Tatgericht für wahr befundene Geschehen infrage stellen. Ein erfolgreicher Antrag ist jedoch alles andere als eine strafprozessuale Selbstverständlichkeit, denn die Zulassung wird streng beurteilt:

Ein bisher nicht hinzugezogener Sachverständiger als Beweismittel ist „neu“, wenn er im ursprünglichen Strafverfahren nicht gehört wurde⁴⁰ oder das Gericht aufgrund eigener Sachkunde entschieden hat.⁴¹ Weitere Sachverständige werden aus Angst vor einer Flut an Wiederaufnahmeverbringen, die das gewünschte Ergebnis mittels Sachverständigengutachten bestätigen, nur eingeschränkt zugelassen.⁴² Für hiesige Zwecke sollen nur die Grundzüge genannt werden: Es genügt jedenfalls nicht, dass der weitere Sachverständige aufgrund derselben Anknüpfungstatsachen zu anderen Schlussfolgerungen gelangen wird.⁴³ Erforderlich ist (in Anlehnung an § 244 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 StPO), dass sich die Sachkunde des früheren Gutachters als unzureichend herausstellt, dieser von unzutreffenden oder unzureichenden Voraussetzungen ausgegangen ist,⁴⁴

das neue Gutachten andere oder neue Tatsachen ans Licht bringt⁴⁵ oder der neue Sachverständige über überlegene Forschungsmittel verfügt.⁴⁶ Neu ist ein weiterer Sachverständiger auch dann, wenn sich seine Angaben auf neue Anknüpfungstatsachen oder veränderte wissenschaftliche Erkenntnisse stützen lassen, die dem bisherigen Beweisergebnis den Boden entziehen können – dann wird zugleich eine neue Tatsache behauptet.⁴⁷ Ein behauptetes gegenteiliges Tatgeschehen steht der Neuheit nicht zwingend entgegen.⁴⁸

Im *Genditzki*-Verfahren wurde der Antrag zunächst als unzulässig verworfen, bevor auf die sofortige Beschwerde beim *OLG München* die Wiederaufnahme nach durchgeführter Probationsverhandlung durch das *LG München I* doch noch angeordnet wurde.⁴⁹ Hierbei stützte *Genditzki* seinen Antrag maßgeblich auf zwei Gesichtspunkte: einerseits ein thermodynamisches Gutachten, das die Eingrenzung bzw. Abschätzung der Todeszeit zu beweisen fähig sein sollte; andererseits ein biomechanisches Gutachten, das die Vereinbarkeit der Verletzungen des Opfers mit einem Sturzgeschehen zu beweisen bezweckte.

Vorweg muss auf den Gesundheitszustand von *Lieselotte K.* und eine ihrer besonderen Angewohnheiten eingegangen werden, auf denen die Argumentation in entscheidendem Maße beruht. Der Grund für den Aufenthalt in der Klinik im Oktober 2008 war ihr zunehmend starker Durchfall. Damit ging erwartungsgemäß sowohl in den Tagen zuvor als auch während des Krankenhausaufenthalts mit Kot verschmutzte Wäsche einher. *Lieselotte K.* pflegte, wenn sie *Genditzki* Wäsche zum Waschen mitgab, diese vorher z.B. in der Badewanne oder in einer Waschschiüssel einzuweichen. Diese Angewohnheit wurde durch – z.T. bisher nicht bekannte – Zeugen bestätigt. Von Bedeutung ist das deshalb, weil sie in einer mit Wasser befüllten Badewanne vorgefunden wurde und ihre Schlafanzughose sowie ihre Unterhose Kotantragungen aufwies. Das Gericht erachtete es daher für zumindest wahrscheinlich, dass *Lieselotte K.* das Badezimmer aufsuchte und Wasser in die Badewanne einlaufen ließ, um darin mit Kot verschmutzte Wäsche einzuweichen.

Die Verletzungen vermochte das eingangs erwähnte biomechanische Gutachten mit Hilfe computergestützter Simulationen zur Überzeugung der Kammer zu erklären: Es stellte sich heraus, dass *Lieselotte K.* nicht nur mit Wahrscheinlichkeit in die Badewanne stürzte. Dieser Geschehensablauf konnte mit den rechtsmedizinischen Erkenntnissen – Tod durch Ertrinken, die Verletzungen am Kopf, die sie sich kurz vor dem Tod zugezogen haben muss – zwanglos in Einklang gebracht werden, insbesondere be-

³⁷ *LG München II*, UrT. v. 12.5.2010 – 1 Ks 31 Js 40341/08, BeckRS 2010, 149663.

³⁸ *BGH*, NJW 2011, 1301.

³⁹ *LG München II*, UrT. v. 17.1.2012 – 2 Ks 31 Js 40341/08, BeckRS 2012, 219340.

⁴⁰ *Kaspar*, in: SSW-StPO, § 359 Rn. 29.

⁴¹ *LG Stuttgart*, StraFo 2016, 74.

⁴² Hierzu *Schuster*, in: LR-StPO, § 359 Rn. 14.

⁴³ *BGHSt* 31, 365 (370).

⁴⁴ *Peters* (Fn. 26), S. 97.

⁴⁵ *OLG Frankfurt*, NJW 1966, 2424.

⁴⁶ *OLG Düsseldorf*, NSTZ 1987, 245; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 359 Rn. 35.

⁴⁷ *OLG Braunschweig*, GA 1956, 266 (267); *LG Gießen*, NJW 1994, 465 (467).

⁴⁸ *OLG Frankfurt*, NJW 1978, 841; *Arneemann*, S. 383; einschränkend *Peters* (Fn. 26), S. 79: nur die Fälle, in denen sich das Gericht nicht denknotwendigerweise mit dem Gegenteil befasst hat; ähnlich auch *BGH*, NSTZ 2000, 218.

⁴⁹ *LG München I*, UrT. v. 7.7.2023 – 1 Ks 121 Js 158369/19, BeckRS 2023, 16324 Rn. 7 ff.

standen keine Anhaltspunkte für eine Bewirkung der Verletzungen durch fremde Hand. Im Gegenteil: Gutachterlich bewiesene Anknüpfungstatsachen stritten für eine Sturzneigung der Verstorbenen.

Das thermodynamische Sachverständigengutachten konnte sowohl die Frage nach dem Todeszeitpunkt als auch die nach einem möglichen Alibi *Genditzkis* klären. Während der Todeszeitpunkt im ursprünglichen Urteil nicht näher eingegrenzt werden konnte (insbesondere nicht auf einen Zeitpunkt, zu dem sich *Genditzki* nicht mehr in der Wohnung befand), ließen temperaturgestützte Methoden und die Grundsätze der Thermodynamik eine Rückrechnung der Temperatur zu – beginnend ab dem letztgemessenen Zeitpunkt der Wassertemperatur (Auffinden der Leiche durch die Polizei) – und ermöglichten eine darauf gestützte Einschätzung. Das Ergebnis der durchgeführten Rückrechnungen von der zuletzt festgestellten Wassertemperatur erlaubte es, den Todeszeitpunkt auf 16:30 Uhr bis 18:00 Uhr einzugrenzen und damit nicht mehr zwischen 14:57 Uhr und 15:08 Uhr, wie ursprünglich vorgeworfen.

Dies ließ sich mit *Genditzkis* Alibi in Einklang bringen: Nachdem er *Lieselotte K.* am Tag der Entlassung aus dem Krankenhaus abgeholt und zur Wohnung gebracht hatte, verließ er gegen 15 Uhr die Wohnung, um zunächst Einkäufe für sie zu tätigen, die er um 15:30 Uhr bezahlte. Anschließend begab er sich auf den Weg nach Hause zu seiner Frau, dort traf er gegen 16 Uhr ein, bevor er mit ihr und ihrem gemeinsamen Sohn *Genditzkis* Mutter im Krankenhaus besuchte. *Lieselotte K.* hat sich also in der Zwischenzeit, zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt – wahrscheinlich zwischen 16:30 Uhr und 18:00 Uhr – in das Badezimmer begeben, sich über die Wanne gebeugt und beide Drehregler geöffnet, um Wasser (wahrscheinlich zum Zwecke der Reinigung ihrer Wäsche, s.o.) einzulassen. Im weiteren Verlauf ereignete sich das tödlich endende Sturzgeschehen, bis schließlich das Pflegepersonal, etwa gegen 18:30 Uhr, eintraf.

IV. Folgen nach erfolgreicher Wiederaufnahme: Entschädigung

In einem Fall wie dem vorliegenden stellt sich die Frage, welche Folgen ein solcher Justizirrtum nach sich zieht. Es ist evident, dass die Situation wie vor der Verurteilung durch eine bloße nachträgliche Korrektur des Urteils nicht wiederhergestellt werden kann: „Die Leiden und Aufregungen, der abgebrochene Weg in Beruf und Familie können nicht ungeschehen gemacht werden. Die vielen verlorengegangenen Stunden sind nicht mehr nachzuholen. [...] Die Zeit lässt sich eben nicht zurückdrehen. So bleibt gutzumachen, was noch gutzumachen ist.“⁵⁰ Ein finanzieller Ausgleich für den Betroffenen kann zumindest symbolisch Wiedergutmachung leisten und richtet sich zu-

nächst nach dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG).

1. Entschädigung nach dem StrEG

Die §§ 1 ff. StrEG sind nicht mit dem deliktischen Schadensersatzrecht oder der Amtshaftung vergleichbar. Denn die Verurteilung stellt sich – bewegt sich das Gericht in den Grenzen des § 261 StPO – nicht als rechtswidrige Strafverfolgungsmaßnahme dar, auch wenn sich diese nachträglich als nicht gerechtfertigt herausstellt.⁵¹ Daher ist der Anspruch auf Entschädigung auch nicht von einem Verschulden der Justiz abhängig. Es handelt sich um einen besonders ausgestalteten Aufopferungsanspruch.⁵²

§ 1 Abs. 1 StrEG bestimmt, dass aus der Staatskasse entschädigt wird, wer durch eine strafgerichtliche Verurteilung einen Schaden erlitten hat, wenn die Verurteilung, nachdem sie rechtskräftig geworden ist, in einem Strafverfahren fortfällt oder gemildert wird. Das Bestehen eigener Ansprüche Dritter ist durch § 11 Abs. 1 StrEG abschließend auf Unterhaltsberechtigte des unmittelbar Betroffenen beschränkt. Ausschluss- bzw. Versagungsgründe sind in §§ 5, 6 StrEG geregelt, die Verwirkung des Anspruchs in § 12 StrEG.

Praktisch betrachtet bietet die Geltendmachung des Anspruchs aus dem StrEG den Vorteil, dass kein aufwändiger Rechtsweg bestritten werden muss, da das Bestehen des Anspruchs bereits vom Wiederaufnahmegericht festgestellt wird (§ 8 Abs. 1 S. 1 StrEG) und dieser nur rechtzeitig innerhalb von sechs Monaten geltend gemacht werden muss (§ 10 Abs. 1 StrEG).

a) Vermögensschäden

Nach § 1 Abs. 1 StrEG werden Schäden ersetzt, die der Verurteilte durch die strafrechtliche Verurteilung erlitten hat, die sodann (insbesondere) im Wiederaufnahmeverfahren fortgefallen oder gemildert worden ist. § 2 Abs. 1 StrEG hingegen bezieht sich auf Vermögensschäden, die durch die Vollstreckung von vorläufigen Strafverfolgungsmaßnahmen entstanden sind, etwa durch eine Untersuchungshaft.

Den Umfang des Vermögensschadens regelt § 7 Abs. 1 u. 2 StrEG. Er bemisst sich nach Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, die §§ 249 bis 252 BGB sind hier anwendbar. Typische Beispiele sind der Ausfall von Arbeitslohn, Kosten für Heilbehandlungen aufgrund haftbedingter Gesundheitsbeeinträchtigungen und ein geringeres Einkommen aufgrund eines Arbeitsplatzwechsels.⁵³ Nach § 7 Abs. 2 StrEG muss der Schaden einen Betrag von 25 EUR übersteigen, um ersetzt werden zu können, damit bei Bagatellschäden ein unverhältnismäßiger Verwaltungsaufwand vermieden wird.⁵⁴ Nach oben ist der Entschädigungsanspruch nicht mehr begrenzt.⁵⁵

⁵⁰ Nach *Peters* (Fn. 26), S. 184.

⁵¹ *BGH*, MDR 1989, 1117; *Kunz*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/2, 2018, StrEG Einl. Rn. 31.

⁵² *BGHZ* 60, 302; 103, 113; *Kunz*, in: MüKo-StPO, StrEG Einl. Rn. 31; *Brodöfel*, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, 28. Aufl. (2020), Kap. 21 Rn. 148; *Schaefer*, NJW-Spezial 2009, 344.

⁵³ *Kunz*, in: MüKo-StPO, § 7 StrEG Rn. 9.

⁵⁴ BT-Drs. VI/1512, S. 3; *Kunz*, in: MüKo-StPO, § 7 StrEG Rn. 18.

⁵⁵ Die ursprünglichen Höchstgrenzen wurden mit dem Änderungsgesetz gestrichen, BT-Drs. VI/1512, S. 3.

b) Nichtvermögensschäden

Bei Freiheitsentziehungen infolge gerichtlicher Entscheidungen ist neben dem Vermögensschaden nach § 7 Abs. 1 StrEG auch der immaterielle Schaden zu ersetzen, die Höhe setzt § 7 Abs. 3 StrEG mit einer Tagespauschale i.H.v. 75 EUR pro angefangenem Tag der Freiheitsentziehung fest. Insofern ist die Gewährung dieser Entschädigung zwar nicht wie beim Amtshaftungsanspruch an zusätzliche Voraussetzungen wie die Amtspflichtverletzung – die gerade bei neuen Tatsachen oder Beweisen auch häufig nicht feststellbar sein wird – oder beim zivilrechtlichen Anspruch gegen einen einzelnen Zeugen oder Sachverständigen an ein Verschulden geknüpft. Es handelt sich dem Umfang nach lediglich um eine Pauschalentschädigung. Immerhin ist die Höhe der Entschädigung für den Nichtvermögensschaden nicht streitig und ein vergleichsweise schneller Ausgleich geboten.

Ein Schmerzensgeld als immaterieller Schaden wegen der Freiheitsentziehung selbst oder daraus entstandener physischer oder psychischer Gesundheitsbeeinträchtigungen im Schadensumfang sind generell nur nach § 253 Abs. 2 BGB ersatzfähig.⁵⁶

2. Weitere Anspruchsgrundlagen außerhalb des StrEG

Neben dem spezialgesetzlichen Anspruch aus dem StrEG kommen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche in Betracht, etwa aus Amtshaftung wegen Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB oder wegen Verstoßes gegen die Europäische Menschenrechtskonvention nach Art. 5 Abs. 5 EMRK, jeweils i.V.m. Art. 34 GG. Soweit Fehlleistungen von Seiten des Gerichts in Rede stehen, greift erstere nach § 839 Abs. 2 S. 1 BGB nur dann ein, wenn die Pflichtverletzung auch einen Straftatbestand verwirklicht (Richterspruchprivileg). Dafür käme neben einer Richterbestechung u.a. Rechtsbeugung gem. § 339 StGB in Frage, die freilich nur äußerst selten nachweisbar sein wird. Für den Anspruch aus Art. 5 Abs. 5, Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK genügt nicht ein unrichtiges Urteil (z.B. wegen unzutreffender Sachverhaltsermittlung), denn die Zulässigkeit des Strafvollzuges folgt innerstaatlichen Verfahrensbestimmungen und setzt deshalb Verstöße voraus, die nach diesen Vorschriften zur Beseitigung des Urteils führen können oder geführt haben.⁵⁷ Faktisch kommt dies nur in den Fällen des § 359 Nr. 3 StPO in Betracht, womit ein weitgehender Gleichlauf mit den Voraussetzungen für § 839 BGB besteht.⁵⁸

Unberührt bleiben – insbesondere in Fällen von § 359

Nr. 2 StPO – zivilrechtliche verschuldensabhängige Ansprüche gegen Einzelpersonen wie Zeugen oder Sachverständige, etwa aus § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 153 ff. StGB oder § 826 BGB.⁵⁹

3. Reformüberlegungen

Anlässlich des *Genditzki*-Falles wird kritisiert, die zu erwartende Pauschalentschädigung für die erlittene Freiheitsentziehung sei zu gering, handele es sich immerhin um wertvolle Lebenszeit, in der das Aufwachsen der Kinder nicht miterlebt wurde und Todesfälle in der Familie nicht begleitet werden konnten. Für die 13 Jahre und 6 Monate Freiheitsentziehung steht *Genditzki* nach § 7 Abs. 3 StrEG eine Entschädigung in Höhe von 368.400 € zu. Hinzu kommen Entschädigungen für Vermögensschäden wie einen Verdienstausschlag. Vor diesem Hintergrund darf die Frage gestellt werden, inwieweit die Entschädigungsregelungen noch sinnvoll angepasst werden könnten, um einer Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens der Freiheitsentziehung näher zu kommen.

a) Erhöhung der Pauschalentschädigung?

Um einen angemessenen Entschädigungsbetrag zu ermitteln, müsste die Frage beantwortet werden, wie hoch ein Tag in Freiheit wertmäßig zu beziffern ist. Dies erscheint kaum möglich, kann doch das Leben schon aufgrund der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG nicht in einem zahlbaren Wert wiedergegeben werden. Nichts anderes kann für Lebenszeit gelten, da sie die Ausgestaltung des Lebens selbst darstellt. Mangels Festsetzbarkeit des Wertes von Lebenszeit würde wohl jeder Betrag willkürlich erscheinen. Daher könnte man einwenden, dass die Entschädigung über eine Tagespauschale per se bereits in direktem Widerspruch zu Art. 1 Abs. 1 GG steht. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass die Entschädigung für den Nichtvermögensschaden durch die Freiheitsentziehung – wie auch bei den Vermögensschäden – keine Naturalrestitution ist, sondern lediglich einen gewissen Ausgleich und eine Genugtuung für die erlittenen Grundrechtseingriffe bezweckt. Berücksichtigt man also, dass von vornherein die verlorene Lebenszeit nicht i.e.S. „ausgeglichen“ werden kann, erscheint eine Bemessung einer finanziellen Genugtuung nach den Tagen der Freiheitsentziehung jedenfalls insoweit zwingend, als die Geldzahlung nicht absurd gering ausfallen darf. Immerhin stellt es sich für den Betroffenen auf den ersten Blick so dar, als würde seine Lebenszeit entschädigt werden.

Doch ist damit noch nicht die Frage der angemessenen

⁵⁶ Beispielhaft hierzu *LG Saarbrücken*, Urt. v. 29.1.2015 – 3 O 295/13, BeckRS 2015, 1947.

⁵⁷ *BGH*, NJW 1971, 1986.

⁵⁸ Im Fall *Mollath* (siehe hierzu bereits Fn. 4) wurde ein Amtshaftungsprozess gestützt auf eine Rechtsbeugung angestrengt, vgl. zu diesem Vorwurf das Wiederaufnahmegesuch seines damaligen Verteidigers, online abrufbar unter: <https://www.strate.net/de/dokumentation/Mollath-Wiederaufnahmeantrag-2013-02-19.pdf#page=129> (zuletzt abgerufen am 21.1.2024), wobei ein Vergleich mit dem Freistaat Bayern auf 600.000 EUR erfolgte, sodass es letztlich zu keiner Entscheidung des Gerichts kam, vgl. Bericht der SZ, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-justiz-gustl-mollath-entschaedigung-1.4678709> (zuletzt abgerufen am 21.1.2024).

⁵⁹ *Peters* (Fn. 26), S. 190 f.

Höhe der Entschädigung beantwortet. Jedenfalls eine Erhöhung von der bis 2020 geltenden Tagespauschale von 25 EUR pro Tag erschien überfällig. Allerdings liegt es nahe, die Tagespauschale auf mindestens 100 EUR festzusetzen, denn ein dreistelliger Betrag könnte psychologisch als deutlich höher empfunden werden. Diese Höhe käme nicht von irgendwo: Vergleicht man etwa die Haftkosten für einen Häftling pro Tag mit der derzeitigen Tagespauschale, stellt man fest, dass erstere immerhin ca. das Doppelte der Entschädigung ausmachen.⁶⁰ Auch der Lohn einer Person läge bei Zugrundelegung des Mindestlohns und einer Arbeitszeit von acht Stunden schon bei 96 EUR pro Tag. Zwar wird der Verdienstausschlag freilich gesondert im Rahmen des Vermögensschadens ersetzt, trotzdem mutet es mit Blick auf die Schwere des Grundrechtseingriffs seltsam an, dass die Entschädigung für den Freiheitsentzug geringer ausfällt als für potentiell geleistete Arbeit.

Außerdem schiene eine Staffelung der Pauschale nach der Dauer der gesamten Freiheitsentziehung zweckmäßig, da die psychischen Belastungen einer Unterbringung in Haft zunehmen können und damit die Lebensqualität stärker beeinträchtigen, wenn die Haftdauer über einen erheblichen Zeitraum anhält.⁶¹ Insbesondere steigt mit zunehmender Haftdauer und unterbliebener Korrektur des Urteils auch die Frustration und der Unmut über die Freiheitsentziehung. Dies war im Gesetzgebungsverfahren zur letzten Erhöhung des Pauschalbetrags auf 75 EUR bereits teilweise in den alternativen Gesetzesentwürfen vorgesehen. So lautete ein Vorschlag, die Tagespauschale zunächst bei 100 EUR und ab einer Freiheitsentziehung von einem Jahr auf 200 EUR pro Tag anzuheben.⁶² Ein anderer Entwurf regte eine grundsätzliche Erhöhung auf 150 EUR pro Tag an, die ab dem 90. Tag Freiheitsentziehung 200 EUR und ab einem Jahr Freiheitsentziehung 250 EUR betragen sollte.⁶³

b) Individualentschädigung?

Alternativ zur aktuellen Gesetzeslage – Tagespauschale als Bemessungsgrundlage – könnte auch in Erwägung gezogen werden, bei der Festsetzung individuelle Umstände des Betroffenen zu berücksichtigen.⁶⁴ Ein Faktor bei der Berechnung der Höhe des Tagessatzes könnte die psychische Belastung des Betroffenen infolge der Gesamtdauer der Haft sein. Oder aber man wählt einen zukunftsorientierten Ansatzpunkt, der die Entschädigung danach bemisst, was der Betroffene für den Wiedereinstieg ins Leben finanziell benötigt, wiederum basierend auf den individuellen Auswirkungen der Haft. Allerdings würden bei dieser Beurteilung wohl die Grenzen zum ohnehin zu gewährenden Vermögensschaden verwischt, denn der Ersatz

des Schadens, der sich aus einer verurteilungsbedingt geringer vergüteten beruflichen Position ergibt, wird bereits nach geltendem Recht ersetzt.

Als Vorteil der Pauschale kann angeführt werden, dass damit die Schwierigkeiten bei der Beurteilung von psychischen Auswirkungen der Haft vermieden werden. Zudem würde sich die Prognose zukünftiger Entwicklungen beim Betroffenen, die für die Festsetzung einer finanziellen Hilfestellung für den Wiedereinstieg in den Alltag relevant wären, gerade nach einer Unterbringung in Haft, wonach sich Lebensweisen wesentlich geändert haben könnten, uneindeutig gestalten. Auch wird vermieden, dass bei der Gewährung einer Entschädigung für die Freiheitsentziehung der Vorwurf der Ungleichbehandlung erhoben wird. Insbesondere könnten die Betroffenen den Eindruck gewinnen, dass bei einer unterschiedlichen Festsetzung der Tagessätze ihre Lebenszeit als unterschiedlich „wertvoll“ eingeordnet wird. Ein Ergebnis, das mit Blick auf den ohnehin bereits erschütterten Rechtsfrieden dringend vermieden werden sollte.

V. Fazit

Angesichts der ausgeführten Überlegungen stellt sich die Frage, inwieweit die Entschädigungsmöglichkeiten reformbedürftig sind und was in dieser Hinsicht künftig zu erwarten ist.

Zunächst erscheint die Pauschalentschädigung pro Hafttag hinsichtlich des verfolgten Ziels zweckmäßig und mit Blick auf Gleichbehandlungsgrundsätze sowie die Schwierigkeit, Freiheit in Geld zu bemessen, praktikabel. Eine mit symbolischer Wirkung verbundene weitere Erhöhung auf 100 EUR oder 150 EUR pro Tag wäre jedoch auch – verglichen mit den der tatsächlichen Kosten eines Hafttages – wünschenswert.

Auch das Bundesministerium für Justiz unter *Marco Buschmann* sieht hinsichtlich des StrEG Reformbedarf und veröffentlichte am 19.9.2022 ein entsprechendes Eckpunktepapier zur Modernisierung.⁶⁵ Neben einigen Änderungen bezüglich des Verfahrens der Geltendmachung der Entschädigung wird vorgeschlagen, eine Staffelung der in § 7 Abs. 3 StrEG geregelten Tagespauschale einzuführen, worin die typischerweise zunehmend auftretende psychische Belastung bei längeren Haftstrafen berücksichtigt und zwischen Untersuchungs- sowie Strafhaft unterschieden wird.⁶⁶ Innerhalb des zu leistenden Ersatzes für Vermögensschäden soll auch die bisherige Anrechnung der Haftkosten als ersparte Aufwendungen entfallen, die beim Betroffenen auf Unverständnis stößt, da er sie für ge-

⁶⁰ In Bayern für das Jahr 2021 etwa 157 EUR pro Tag, vgl. Bayerisches Staatsministerium der Justiz, Justizvollzug in Bayern (Stand: 31.3.2022), S. 47, online abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/justizvollzug/jvib_broschuere_2022.pdf (zuletzt abgerufen am 21.1.2024).

⁶¹ Schilderungen von Betroffenen zu den zunehmenden Belastungen bei längerer Haftdauer in *Hoffmann/Leuschner*, KrimZ, Rehabilitation und Entschädigung nach Vollstreckung einer Freiheitsstrafe und erfolgreicher Wiederaufnahme, 2017, S. 78

⁶² BT-Drs. 19/15785, S. 2.

⁶³ BT-Drs. 19/17108, S. 1.

⁶⁴ Von Betroffenen geäußerte Kritik an der Pauschalisierung zusammengefasst in *Hoffmann/Leuschner*, S. 77 f.

⁶⁵ Siehe Pressemitteilung des BMJ, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/09/19_Eckpunktepapier_Modernisierung_Strafverfolgungsma%C3%9Fnahmen_StrEG.html (zuletzt abgerufen am 21.1.2024).

⁶⁶ Eckpunktepapier zur Modernisierung des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunktepapier_Modernisierung_StrEG.html?nn=110490, S. 5 (zuletzt abgerufen am 21.1.2024).

wöhnlich als aufgedrängte Leistungen des Staates wahrnimmt.⁶⁷ Als allgemeine weitere Rehabilitierungsmaßnahme wird zudem vorgeschlagen, einen Anspruch des Betroffenen nach einer erfolgreichen Wiederaufnahme auf öffentliche Bekanntmachung des aufgehobenen Urteils festzuschreiben.⁶⁸ Der DAV begrüßte die im Eckpunktepapier vorgesehenen Änderungen und eine entsprechende Umsetzung.⁶⁹ Zu einem Gesetzesentwurf kam es bislang allerdings nicht.

Oftmals ist es mit der Geldentschädigung – sei sie pauschal oder gestaffelt geregelt – nicht getan. Zu Unrecht Verurteilte können angesichts vieler Jahre in Haft auch psychische Schäden erleiden.⁷⁰ Untersuchungen zu diesen

Folgen haben im deutschsprachigen Raum Seltenheitswert.⁷¹ In jedem Fall sollte an eine ganzheitliche Restitution gedacht werden, bei der nicht ein rein finanzieller Ausgleich im Vordergrund steht, sondern vor allem auch der Wiedereinstieg ins Berufsleben⁷² begleitet und speziell zugeschnittene medizinische Unterstützung gewährleistet wird⁷³ – vergleichbare Modelle existieren außerhalb Deutschlands bereits.⁷⁴ Daneben haben Betroffene mit Stigmatisierungswirkungen zu kämpfen, beispielsweise bei der Anmietung einer Wohnung.⁷⁵ Dabei wird es freilich schwer, diese – v.a. nachweisbar – auszuräumen, das Mindeste könnte hier aber eine öffentliche „Entschuldigung“ sein (public apology).⁷⁶

⁶⁷ Vgl. Eckpunktepapier, S. 6 f.

⁶⁸ Vgl. Eckpunktepapier, S. 7.

⁶⁹ Siehe Pressemitteilung des DAV, online abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/pm-29-22-haftentschaedigung-endlich-reformieren> (zuletzt abgerufen am 21.1.2024).

⁷⁰ *Ambrust*, *American Law Review* 2004, 157 (178).

⁷¹ Auf Defizite in der Rehabilitierung der Betroffenen machen *Hoffmann/Leuschner*, S. 86 ff. aufmerksam. Vgl. für den anglo-amerikanischen Raum etwa *Campbell/Denov*, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 2004, 139 ff.; *Grounds*, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 2004, 165 ff.; *ders.*, *Crime and Justice*, 2005, 1 ff.; *Konvisser*, *DePaul Journal for Social Justice*, 2012, 221 ff.

⁷² *Wildeman/Costellone/Schehr*, *Journal of Offender Rehabilitation* 2011, 411 (427 f.).

⁷³ *Ambrust*, *American Law Review* 2004, 157 (175 ff.; 177 ff.).

⁷⁴ Hierzu *Hoffmann/Leuschner*, S. 92 ff.

⁷⁵ Vgl. Dazu die kanadische Untersuchung von *Hamovitch/Zanella/Rempel/Graf/Clow*, *Wrongful Conviction Law Review* 2022, 34 (46), nach der z.B. Vermieter ggü. (auch zu Unrecht) Verurteilten etwa dreimal höher im Vergleich zur Kontrollgruppe angeben, dass eine Wohnung nicht mehr verfügbar sei.

⁷⁶ *Zdenkowski*, *Current Issues in Criminal Justice* 1993, 105 (109).

Kollateralschäden nicht ausgeschlossen – Das „Rückführungsverbesserungsgesetz“, der „Schleusertatbestand“ und die zivile Seenotrettung

Von Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. und
Prof. Dr. Valentin Schatz*

Abstract

Die Steuerung und Kontrolle von Migration ist eines der beherrschenden Themen unserer Zeit und erfasst alle Ebenen der Politik, von der Kommune, über Landes- und Bundesregierung bis nach Brüssel. Der Trend geht dabei unverkennbar in Richtung eines robusten Migrationsrechts, flankiert durch strafrechtliche Sanktionsnormen. Am 18. Januar 2024 hat der Bundestag in zweiter und dritter Lesung das sogenannte „Rückführungsverbesserungsgesetz“ beraten und verabschiedet. Diesem Beschluss war zum Jahresende 2023 eine Debatte über die mögliche Kriminalisierung der zivilen Seenotrettung im Mittelmeer durch die geplante Novellierung des § 96 Abs. 4 AufenthG vorausgegangen. Die Koalitionsfraktionen hatten versucht, mit einem Änderungsantrag diese unerwünschte Folge rechtssicher auszuschließen, was ihnen jedoch nur partiell gelungen ist. Anhand des Rückführungsverbesserungsgesetzes lässt sich anschaulich nachvollziehen, vor welchen Herausforderungen die Kriminalpolitik derzeit – nicht nur im Bereich Migration – steht.

Migration control is one of the dominant issues of our time and affects all levels of politics, from local authorities to the state and federal governments to the European Union. There is an unmistakable trend towards robust migration law, flanked by criminal sanctions. On January 18, 2024, the national parliament of Germany – the Bundestag – debated and passed the so-called “Repatriation Improvement Act”. This decision was preceded by a debate, at the end of 2023, on the possible criminalization of civil sea rescue in the Mediterranean by a planned amendment to Section 96 (4) of the Residence Act contained in the Repatriation Improvement Act. The coalition parties had attempted to exclude this undesirable consequence by

amending the initial proposal but were only partially successful. The Repatriation Improvement Act illustrates the challenges currently facing criminal policy, not limited to the policy area of migration.

I. Kriminalisierung der zivilen Seenotrettung durch das Rückführungsverbesserungsgesetz?

Im Herbst 2023 legte das Bundesministerium des Inneren und Heimat (BMI) einen Entwurf für ein „Rückführungsverbesserungsgesetz“ vor. Das Gesetz wurde am 30. November 2023 in erster Lesung im Bundestag beraten und im Anschluss an die Ausschüsse verwiesen.¹ In einer zwischenzeitlich den Abgeordneten der die Regierungskoalition tragenden Fraktionen zur Verfügung gestellten Formulierungshilfe des BMI waren zahlreiche Änderungen am ursprünglichen Regierungsentwurf vorgesehen, unter anderem auch hinsichtlich der künftigen Ausgestaltung des § 96 AufenthG, dem sogenannten „Schleusertatbestand“.² Dieser kriminalisiert das „Einschleusen“ von Ausländer:innen. Im Folgenden wird dieser zunächst grob skizziert (dazu 1.), bevor die vom BMI zunächst vorgesehenen Änderungen vorgestellt und ihre potenziellen Auswirkungen auf die zivile Seenotrettung im Mittelmeer erörtert werden (dazu 2.). Sodann wird auf den „Reparaturversuch“ des Innenausschusses eingegangen, wie er letztlich beschlossen wurde (dazu 3.).

1. Das Einschleusen von Ausländern nach dem derzeit (noch) geltenden Aufenthaltsgesetz

§ 96 AufenthG kriminalisiert das Einschleusen von Ausländer:innen bereits in seiner gegenwärtig geltenden Fassung umfangreich. So wird mit Freiheitsstrafe von drei

* Prof. Dr. Aziz Epik ist Inhaber der Juniorprofessur für Strafrecht, Internationales Strafrecht und Kriminologie an der Universität Hamburg. Prof. Dr. Valentin Schatz ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht und Europarecht mit Schwerpunkt Nachhaltigkeit an der Leuphana Universität Lüneburg. Der Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten, das die Autoren im Auftrag von LeaveNoOneBehind gUG erstellt haben: Epik/Schatz, Kriminalisierung der Seenotrettung? Gutachten zur geplanten Neufassung des § 96 Abs. 4 AufenthG, 2023, online abrufbar unter: <https://cdn.inob.net/wp-content/uploads/2023/12/Gutachten-zur-Neufassung-des-§-96-AufenthG-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024), sowie auf einer aktualisierten Stellungnahme zum Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen: Epik/Schatz, Kurzstellungnahme, Update: Kriminalisierung der Seenotrettung?, 2024, online abrufbar unter: <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-epik/aktuelles/20240117-update-kriminalisierung-der-seenotrettung/kurzstellungnahme.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024).

¹ BT-Plenarprotokoll 20/141, S. 17767 ff.

² Vgl. Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, online abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/sonstige-downloads/formulierungshilfen/rueckverbege.html> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024), 3, Nr. 1 c) cc).

Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wer eine andere Person anstiftet oder ihr dazu Hilfe leistet, ohne erforderlichen Pass beziehungsweise Passersatz oder ohne erforderlichen Aufenthaltstitel (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG) oder trotz eines Einreise- und Aufenthaltsverbots (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 lit. a i.V.m. § 11 Abs. 1, 6 und 7 AufenthG) in das Bundesgebiet einzureisen, sofern der/die Täter:in dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG) oder aber wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländer:innen handelt (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b AufenthG). Was nach allgemeinen strafrechtsdogmatischen Grundsätzen eine *Anstiftung* oder *Beihilfe* zur unerlaubten Einreise wäre (§ 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 lit. a AufenthG, §§ 26 oder 27 Abs. 1 StGB), wird bei Vorliegen eines der sogenannten Schleusermerkmale³ des § 96 Abs. 1 AufenthG zur Täterschaft. § 96 Abs. 1 AufenthG stellt aus strafrechtsdogmatischer Perspektive also eine tatbestandlich typisierte Teilnahme an der Haupttat des:der unerlaubt einreisenden Ausländers:in dar, weshalb nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* der Grundsatz der limitierten Akzessorietät Anwendung findet. Voraussetzung für eine Strafbarkeit des:der Schleusers:in ist also eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat in Form der unerlaubten Einreise nach § 95 AufenthG.⁴

Schon nach der bislang geltenden Rechtslage machen sich daher auch altruistisch motivierte Hilfeleistende als „Schleuser“ strafbar, soweit sich ihre Hilfeleistung auf die Einreise in das *Bundesgebiet* bezieht. Da die Hilfeleistung nach Rechtsprechung des *BGH* aber auch weit im Vorfeld der eigentlichen Einreise erfolgen kann, also etwa im Herkunftsstaat oder an den europäischen Außengrenzen, solange sie nur final auf die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland zielt,⁵ ist der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 1 AufenthG vergleichsweise weit.

§ 96 Abs. 2 S. 1 AufenthG qualifiziert den Grundtatbestand des Einschleusens für Fälle des gewerbsmäßigen Handelns (Nr. 1), bei Bandentaten (Nr. 2), bei einem Beisichführen von Schusswaffen (Nr. 3), bei einem Beisichführen anderer Waffen in Verwendungsabsicht (Nr. 4), bei einer das Leben der Geschleusten gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung sowie bei Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung (Nr. 5). Einen weiteren Qualifikationstatbestand enthält – sofern sich der:die Täter:in einen Vorteil versprechen lässt oder einen solchen erhält – § 96 Abs. 2 S. 2 AufenthG, der das Einschleusen minderjähriger lediger Ausländer:innen,

die ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut übernommen hat, einreisen (sog. unbegleitete Minderjährige⁶), mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren bedroht.

§ 96 Abs. 4 Var. 1 AufenthG erstreckt sodann die Anwendbarkeit des § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 und 5 sowie Abs. 3 AufenthG auf „Zuwerhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates“. Die Vorschrift setzt die Richtlinie 2002/90/EG⁷ um, aus der sich eine Pönalisierungspflicht – allerdings unter expliziter Ausnahme humanitärer Hilfeleistung – für Unterstützungsleistungen bei der unerlaubten Einreise ergibt. Voraussetzung einer Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG ist, dass die entsprechenden Zuwerhandlungen der unerlaubten Einreise oder dem unerlaubten Aufenthalt⁸ entsprechen (§ 96 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG), wobei kein Verstoß gegen Strafvorschriften gefordert wird.⁹ Die Unterstützung muss zudem zugunsten von Ausländer:innen geleistet werden, die nicht die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-Staates besitzen.¹⁰ Nach der derzeitigen Gesetzeslage macht sich also auch strafbar, wer einem:einer Ausländer:in dabei Hilfe leistet, in das Gebiet eines EU- oder Schengen-Staates einzureisen, sofern er:sie dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt. Die altruistische Hilfeleistung zur Einreise in den EU- oder Schengen-Raum ist dagegen bislang *grundsätzlich* nicht strafbar, da § 96 Abs. 4 AufenthG gerade nicht auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. b AufenthG verweist.

Etwas anderes gilt nach Auffassung des *BGH* allerdings schon nach der derzeitigen Gesetzeslage, wenn einer der von § 96 Abs. 4 AufenthG in Bezug genommenen Qualifikationstatbestände (§ 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 und 5 AufenthG) verwirklicht ist. Nach Ansicht des *BGH* führt der *ausdrückliche* Verweis auf diese Qualifikationstatbestände nämlich dazu, dass § 96 Abs. 4 AufenthG in diesen Fällen sowohl für altruistische wie auch für eigennützige Hilfeleistungen gilt, obwohl der Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG hinsichtlich des Grundtatbestandes *ausdrücklich* auf eigennützige Hilfeleistungen beschränkt worden ist.¹¹ Daraus folgt, dass die eigentlich *tatbestandslose* altruistische Hilfeleistung zur Einreise in den EU- oder Schengen-Raum in dem Moment tatbestandsmäßig wird, in dem sie qualifiziert ist. Für diese Position spricht *prima*

³ *BGH*, Beschl. v. 23.9.2021 – 1 StR 173/21 = BeckRS 2021, 32624.

⁴ St. Rspr., siehe nur *BGH*, NStZ 2013, 483; 2015, 399; NJW 2017, 1624; 2018, 3658 (3659); *BGH*, Beschl. v. 23.9.2021 – 1 StR 173/21 = BeckRS 2021, 32624, Rn. 9; vgl. *Gericke*, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. (2022), § 96 AufenthG Rn. 2 f.; *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, S. 168.

⁵ *BGH*, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19, Rn. 25 f.

⁶ Vgl. dazu BAMF, Unbegleitete Minderjährige, 7.6.2023, online abrufbar unter: <https://www.bamf.de/DE/Themen/Asyl/Fluechtlingsschutz/UnbegleiteteMinderjaehrige/unbegleiteteminderjaehrigenode.html> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024).

⁷ Richtlinie 2002/90/EG des Rates vom 28.11.2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/90/oj> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024).

⁸ Also den in § 95 Abs. 1 Nr. 2 oder 3, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG bezeichneten Handlungen.

⁹ *BGH*, NStZ 2015, 399 (401); NStZ-RR 2020, 184 (185); *BGH*, Beschl. v. 6.10.2021 – 6 StR 371/21; enger *Gericke*, in: MüKo-StGB, § 96 AufenthG Rn. 43 (mit Sanktion belegt).

¹⁰ § 96 Abs. 4 Nr. 2 AufenthG.

¹¹ *BGH*, Urt. v. 15.3.2021 – 5 StR 627/19 = BeckRS 2021, 6675, Rn. 24: „[...] vielmehr erfasst § 96 Abs. 4 AufenthG auch uneigennützige Einreiseschleusungen, wenn sie unter den qualifizierenden Voraussetzungen des § 96 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder 5 AufenthG begangen werden [...]“. So bereits implizit *BGH*, Urt. v. 14.11.2019 – 3 StR 561/18, Rn. 19 ff.; anders dagegen *Gericke*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2022), § 96 AufenthG Rn. 42.

facie, dass der Gesetzgeber die Qualifikationstatbestände ausdrücklich in § 96 Abs. 4 AufenthG aufgenommen hat. Hieraus könnte geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber den Unrechtsgehalt in diesen Fällen als so schwerwiegend bewertet, dass es auf die Täter:innenmotivation nicht ankommen soll. Diesem Begründungsansatz, für den sich in den Gesetzesmaterialien kein eindeutiger Anhaltspunkt findet, lassen sich freilich zwei Argumente entgegenhalten: Zum einen ist der Verweis auf die Qualifikationstatbestände zwingend, wenn der Gesetzgeber deren erhöhten Strafraumen im Anwendungsbereich des § 96 Abs. 4 AufenthG zur Anwendung bringen will, worum es ihm mit dem Verweis primär gegangen sein dürfte.¹² Zum anderen widerspricht es der Gesetzessystematik, den *explizit* beschränkten Verweis auf den Grundtatbestand durch einen Rückgriff auf den Qualifikationstatbestand auszuweiten. Obschon damit strafrechtsdogmatische Bedenken gegenüber der vom *BGH* vertretenen Auffassung bestehen, dürfte sie die Praxis der Rechtsanwendung prägen und muss daher die Bewertung der Gesetzeslage informieren.

2. Die Formulierungshilfe des BMI und das Risiko einer Kriminalisierung ziviler Seenotrettung im Mittelmeer

Eine vom BMI den Koalitionsfraktionen noch vor der ersten Lesung zum „Rückführungsverbesserungsgesetz“ zur Verfügung gestellte Formulierungshilfe sah eine im Regierungsentwurf noch nicht enthaltene erhebliche Verschärfung der Gesetzeslage im Blick auf die Einschleusung von Ausländer:innen (§ 96 AufenthG) vor. So sollte der Strafraumen von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe im Grundtatbestand des § 96 Abs. 1 AufenthG auf sechs Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe verdoppelt werden. Für die Qualifikationstatbestände sollte eine Hochstufung zum Verbrechen mit einer Strafdrohung von „nicht unter einem Jahr“ Freiheitsstrafe erfolgen. Im Blick auf die Schleusung nicht handlungsfähiger oder unvorsätzlich handelnder Kinder sah die Formulierungshilfe ferner vor, die von der Rechtsprechung angenommene limitierte Akzessorietät zu durchbrechen. Dazu sollte in § 96 Abs. 1 AufenthG der folgende Satz 2 eingefügt werden: „Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 oder 2 begangen hat.“ Auch die Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG sollten ausgeweitet werden. Unter anderem sollte mit einer neuen Nummer 6 der Versuch, sich im Straßenverkehr in grob verkehrswidriger und rücksichtsloser Weise einer polizeilichen Kontrolle zu entziehen, erfasst werden, wenn dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet

werden. Zudem sah die Formulierungshilfe vor, in Fällen der Schleusung unbegleiteter Minderjähriger künftig an den Grundtatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG insgesamt anzuknüpfen und damit auch eine altruistische Hilfeleistung ausreichen zu lassen.¹³

Neben diesen Änderungsvorschlägen, die bereits für sich genommen weitreichende Folgen hätten und eine kritische Auseinandersetzung herausfordern, sah die Formulierungshilfe auch vor, den Anwendungsbereich der Auslandschleusung in § 96 Abs. 4 AufenthG erheblich auszuweiten. So sollte § 96 Abs. 4 AufenthG künftig auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 *insgesamt* und damit auch auf Fälle altruistischer Hilfeleistung verweisen sowie auf § 96 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2, 3, 5 und 6 sowie S. 2 AufenthG. Dieser Änderungsvorschlag soll im Folgenden näher betrachtet werden, weil er das Risiko einer Kriminalisierung ziviler Seenotrettung barg.¹⁴

Denn in der nach der Formulierungshilfe geplanten Gesetzesfassung hätte für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 96 Abs. 4 AufenthG ausgereicht, dass der:die Täter:in wiederholt oder zugunsten mehrerer Nicht-EWR-Ausländer:innen Hilfe zu Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise von Ausländer:innen in das Hoheitsgebiet eines EU- oder Schengen-Staates leistet, sofern diese der unerlaubten Einreise nach dem AufenthG entsprechen. In den Fällen ziviler Seenotrettung liegt angesichts der Vielzahl geretteter Menschen regelmäßig ein Handeln zugunsten mehrerer Ausländer:innen vor.¹⁵ Ein tatbestandliches Hilfeleisten liegt in jeder die unerlaubte Einreise objektiv fördernden oder sie erleichternden, nicht notwendigerweise kausalen Handlung.¹⁶ Seenotrettungsorganisationen, welche Menschen auf dem Mittelmeer aufnehmen und in einen europäischen Hafen transportieren, leisten in objektiver Hinsicht tatbestandlich Hilfe. Diese Hilfeleistung wäre – abhängig von der konkreten Ausgestaltung des nationalen Rechts im Zielstaat des Seenotrettungsschiffes – mit großer Wahrscheinlichkeit auch als Hilfe zu einer Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften über die Einreise von Ausländer:innen in das Hoheitsgebiet eines EU- oder Schengen-Staates anzusehen. Denn zur Erfüllung des Merkmals der Zuwiderhandlung genügt nach Rechtsprechung des *BGH* grundsätzlich, dass die geschleusten Personen kein gemäß Art. 1 Abs. 1 Anlage I der Verordnung (EU) 2018/1806¹⁷ für das Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten des Schengen-Raumes erforderliches Visum besitzen.¹⁸ Tatbestandsmäßig ist also bereits die visumslose Einreise. Die von Seenotrettungsorganisationen geretteten Menschen werden ein solches Visum regelmäßig nicht besitzen.

¹² Vgl. die Begründung für die Ausweitung des Verweises in § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 5 AufenthG durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union v. 19.8.2007 (BGBl. I, S. 1970), BT-Drs. 16/5065, S. 200: „Um der Strafbemessung im Sinne des Rahmenbeschlusses zu genügen, ist der für Inlandstaaten geltende Absatz 2 Nr. 1, 2 und 5 auch auf Auslandsstaaten zu beziehen.“

¹³ Vgl. Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, 2 f., Nr. 1 c).

¹⁴ Ausführlich *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 7 ff.; *Epik/Schatz*, Neue Kriminalpolitik 2024, Heft 1, im Erscheinen.

¹⁵ Zu diesem Merkmal *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 14.

¹⁶ *BGH*, NStZ-RR 2020, 184 (185); vgl. *Gericke*, in: MüKo-StGB, § 96 AufenthG Rn. 15 m.w.N.

¹⁷ Verordnung (EU) 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1806/oj> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024).

¹⁸ *BGH*, Beschl. v. 6.10.2021 – 6 StR 371/21.

Fraglich könnte dann allenfalls das Merkmal der Einreise sein. Der *BGH* bejaht dieses bereits mit Passieren der seewärtigen Grenze, jedenfalls sofern beabsichtigt ist, das Land unter Umgehung der Grenzübergangsstellen zu betreten.¹⁹ In der spezifischen Situation der zivilen Seenotrettung liegen die Sachverhalte typischerweise so, dass die Menschen ihre Überfahrt in nicht seetüchtigen Booten begonnen haben und sich spätestens in „internationalen Gewässern“ (also seewärts des Küstenmeers in der ausschließlichen Wirtschaftszone oder in der Hohen See) in Seenot befinden. Dort findet auch ihre Rettung statt. Im Anschluss werden die Geretteten regelmäßig in Absprache mit und auf Anordnung der Behörden des zuständigen Küstenstaates – derzeit faktisch stets Italien – in einen zugewiesenen Ausschiffungshafen verbracht. Die seewärtige Grenze wird dementsprechend erst auf dem Seenotrettungsschiff passiert, sodass sich die Frage stellt, ob die Geretteten damit in das Hoheitsgebiet eines EU- oder Schengen-Staates einreisen. Dies beurteilt sich nach dem Recht des jeweiligen EU- oder Schengen-Staates, wobei allerdings nicht erkennbar ist, dass die entsprechenden staatlichen Rechtsordnungen eine Einreise erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt annehmen.²⁰ Spätestens zum Zeitpunkt der Ausschiffung erfolgt jedoch nach der derzeitigen Praxis eine Einreise der Geretteten. Der Umstand der Seenotrettung und der mit dem Ausschiffungsstaat koordinierten Verbringung der Menschen in einen Ausschiffungshafen ändert dabei grundsätzlich nichts an der Visumslosigkeit der Einreise. Ob diese an sich unerlaubte Einreise durch Asylantragstellung legalisiert werden kann, sodass im Ergebnis keine *unerlaubte* Einreise vorläge,²¹ ist wiederum vom Recht des entsprechenden Staates abhängig. Zudem ist nicht sicher, dass alle Geretteten einen solchen Antrag stellen werden, insbesondere wenn sie eine Weiterreise beabsichtigen. Nach alledem wird auch in Fällen ziviler Seenotrettung regelmäßig eine Hilfeleistung zu einer Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften über die Einreise von Ausländer:innen in das Hoheitsgebiet eines EU- oder Schengen-Staates vorliegen. Insoweit wird sich auch ein bedingter Vorsatz der Beteiligten weder im Blick auf die Zuwiderhandlung noch im Blick auf die Hilfeleistung verneinen lassen.

Damit hängt die Strafbarkeit der Beteiligten im Wesentlichen von der Frage einer Rechtfertigung ihres Verhaltens ab. Insoweit ist zwar nach auch vom BMI geteilter Auffassung²² anzunehmen, dass regelmäßig ein rechtfertigender Notstand gemäß § 34 StGB anzunehmen sein wird, und zwar sowohl hinsichtlich der unmittelbaren Rettung durch Aufnahme auf das Seenotrettungsschiff als auch hinsichtlich des Transports zum Ausschiffungshafen.²³ Gerade die rechtliche Beurteilung des Weitertransports ist jedoch mitunter intrikat und wird nicht einheitlich beurteilt.²⁴ Die im Rahmen des § 34 StGB stets erforderliche Interessenabwägung eröffnet der Justiz einen Wertungsspielraum und bewirkt damit, dass jede Prognose bezüglich der künftigen Rechtsanwendung mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist. Eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB kommt nämlich nur in Betracht, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.

Geht man davon aus, dass auch im Anschluss an die unmittelbare Rettung und Aufnahme auf das Seenotrettungsschiff die durch die Seenot begründete Notstandslage fort-dauert, wofür eine völkerrechtskonforme Auslegung des § 34 StGB streitet,²⁵ überwiegen die Rechtsgüter der Geretteten – namentlich Leben und Gesundheit – das Interesse an einer effektiven Kontrolle der europäischen Außengrenzen und damit verbunden einer Kontrolle der Zuwanderung.²⁶ Dies gilt selbst dann, wenn auf ein „Eigenverschulden“ der in Seenot geratenen Menschen abgestellt wird, die sich trotz der Gefährlichkeit auf den Weg über das Mittelmeer gemacht haben.²⁷ Die Rechtfertigung aus diesem Grunde zu versagen, blendete die komplexen Hintergründe für die Entscheidung zur Überfahrt aus,²⁸ die das Argument des „Eigenverschuldens“ regelmäßig als unterkomplex entlarven dürften.²⁹ Erfolgt die Einfahrt in den Hafen und die Ausschiffung der Geretteten entsprechend den Anordnungen des die Rettungsoperation koordinierenden Staates (meist identisch mit dem Ausschiffungsstaat), ist dieses Ergebnis angesichts bestehender öffentlich-rechtlicher Pflichten, diesen Anordnungen Folge zu leisten,³⁰ zudem zur Vermeidung widersprüchlicher Normbefehle innerhalb einer Rechtsordnung geboten. Denn das Verhalten der Seenotretter:innen steht in diesen

¹⁹ *BGH*, NStZ-RR 2020, 184 (185).

²⁰ Zur Auseinandersetzung mit dem Argument des BMI, es liege formal keine Einreise vor, im Einzelnen *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 10 ff.; *Epik/Schatz*, Neue Kriminalpolitik 2024, Heft 1, im Erscheinen.

²¹ Für den Fall der geplanten Einreise aus einem Nicht-Schengen-Staat in die Bundesrepublik auf dem Luftweg hat der *BGH* auf Grundlage der deutschen Rechtslage entschieden, dass es bis zum Passieren der Grenzübergangsstelle an einer Einreise fehle und dass ein entsprechend dort gestellter Asylantrag bewirke, dass die sich anschließende Einreise nicht mehr unerlaubt im Sinne der §§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 14 Abs. 1 Nr. 2, 4 Abs. 1 AufenthG sei. Dementsprechend entfalle die für § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG notwendige Haupttat, vgl. *BGH*, NStZ 2022, 239 (240 f.).

²² Vgl. Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung (überarbeitete Fassung, den Bundestagsabgeordneten am 20. November 2023 zugewiesen), 8.

²³ Vgl. *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 16 ff.

²⁴ Vgl. dazu *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 31 ff.; *Epik/Schatz*, Neue Kriminalpolitik 2024, Heft 1, im Erscheinen.

²⁵ Vgl. eingehend zu dieser *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 22 ff. m.w.N.; vgl. auch *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, 257 (289 f.) in Bezug auf die Interessenabwägung.

²⁶ Enger *Trinh*, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, 2021, S. 290.

²⁷ Vgl. *Lenk*, ZaöRV 79 (2019), 713 (721 ff.), der davon spricht, dass das „Notstandsrecht geradezu rechtsmissbräuchlich in Anspruch“ genommen werde. Zur Minderung der Schutzbedürftigkeit in solchen Fällen *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 34 StGB Rn. 189. Eine Minderung der Schutzbedürftigkeit mindestens in Fällen einer drohenden Zurückschiebung nach Libyen ablehnend *Hahn/Schatz*, ZIS 2020, 537 (546 f.) – allerdings im Kontext der Notwehr.

²⁸ Vgl. *Madjidian/Wissmann*, Seenotrettung? Frag doch einfach!, 2023, S. 121 f.; *Funke/Madjidian*, LogR 2023, 133 (137).

²⁹ Der Vorwurf, Geflüchtete würden sich „teils vorsätzlich in Seenot begeben“ (*Lenk*, ZaöRV 79 [2019] 713 [721]), ist zwar ein gängiges Argumentationsmuster, empirisch jedoch nicht belegt. Zudem stellt sich die Frage nach dem hier angelegten Maßstab für die Beurteilung von Freiwilligkeit.

³⁰ Dazu ausführlich *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 19 ff.

Fällen im Einklang mit (ausländischen) staatlichen Anordnungen, die innerhalb der deutschen Rechtsordnung nach der Verordnung über die Sicherung der Seefahrt (SeeFSichV) sanktionsbewehrte Bindungswirkung entfalten.³¹

Hier ließe sich freilich auch die entgegengesetzte Position vertreten: Im Rahmen der Interessenabwägung ist nämlich auch der Grad der dem geschützten Rechtsgut drohenden Gefahr zu berücksichtigen. Nach der Aufnahme der Menschen an Bord und ihrer Erstversorgung auf dem Seenotrettungsschiff ist der Grad der drohenden Gefahr tatsächlich anders zu beurteilen als in der Situation akuter Seenot. So ließe sich argumentieren, dass das durch Ansteuern des europäischen Hafens und der dort erfolgenden Ausschiffung der Geretteten akut bedrohte Schutzgut des § 96 Abs. 4 AufenthG nicht mehr hinter dem Schutz von Leib und Leben zurücktreten müsse, da insofern von einem deutlich reduzierten Gefahrgrad auszugehen wäre. Dementsprechend ließe sich ein wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses gegenüber dem beeinträchtigten Interesse verneinen, sodass eine Rechtfertigung entfielen. Zwar liegt diese Auffassung angesichts des völkerrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsrahmens nicht nahe; es ist jedoch keinesfalls sicher, dass deutsche Gerichte der hier vertretenen Rechtsansicht folgen werden.

3. Der Reparaturversuch des Innenausschusses

Im Blick auf das – medial thematisierte und durch zahlreiche Stellungnahmen bekräftigte³² – Risiko, durch die Ausweitung des § 96 Abs. 4 AufenthG auf altruistische Hilfeleistungen die zivile Seenotrettung im Ergebnis zu kriminalisieren, kündigten die die Regierungskoalition tragenden Fraktionen an, sicherzustellen, dass eine solche Kriminalisierung nicht erfolgt.³³ Der über den Jahreswechsel 2023/2024 erarbeitete Änderungsantrag der Regierungskoalition sah zu diesem Zweck vor, die Ausweitung des Verweises in § 96 Abs. 4 Var. 1 AufenthG auf altruistische Hilfeleistungen auf Einreisen *auf dem Landweg* zu beschränken.³⁴ Die übrigen Änderungen des § 96 AufenthG, welche in der Formulierungshilfe vorgesehen waren, wurden dagegen in der vorgeschlagenen Form übernommen. Nach der Lösung des Innenausschusses unterfällt die altruistische Hilfeleistung zur Einreise in das

Hoheitsgebiet eines EU- oder Schengen-Staates auf dem Seeweg – und auch auf dem Luftweg – *unmittelbar* nicht mehr dem Tatbestand. § 96 Abs. 4 AufenthG soll danach im maßgeblichen Teil künftig lauten:

„Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a und Nummer 2, Satz 2, Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 2, 3, 5 und 6, Satz 2 und Absatz 3 *sowie bei Einreise auf dem Landweg auch Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b* sind auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates anzuwenden, wenn [...]“³⁵

Die strafrechtsdogmatisch stringente Lösung eines Tatbestandsausschlusses für Fälle humanitärer Hilfeleistung, die in der entsprechenden EU-Richtlinie ausdrücklich vorgezeichnet wird,³⁶ wurde – soweit ersichtlich – nicht ernsthaft in Erwägung gezogen. Stattdessen hat der Bundestag die oben aufgeführte Gesetzesfassung am 18. Januar 2024 mit den Stimmen der Koalitionsfraktionen verabschiedet.³⁷

II. Verbleibende Kriminalisierungsrisiken

Der kurzfristige Reparaturversuch des Innenausschusses hat das Kriminalisierungsrisiko für zivile Seenotretter:innen zwar *reduziert*, jedoch nicht beseitigt. Denn die Beschränkung des Verweises auf § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b AufenthG in § 96 Abs. 4 AufenthG auf Einreisen auf dem Landweg schließt lediglich eine Strafbarkeit wegen altruistischer Hilfeleistung zugunsten Erwachsener und *begleiteter* Minderjähriger, die auf dem Luft- oder Seeweg einreisen, aus. Übersehen wurde nämlich, dass die nunmehr verabschiedete Gesetzesfassung bewirkt, dass § 96 Abs. 4 AufenthG künftig auch auf § 96 Abs. 2 S. 2 AufenthG verweist. Dieser nimmt aber nach der neuen Fassung seinerseits auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG *insgesamt* Bezug, also nicht mehr nur auf die eigennützige Hilfeleistung in Nr. 1 lit. a. Dadurch bewirkt § 96 Abs. 4 AufenthG in der vom Bundestag verabschiedeten Fassung, dass zwar die Rettung Erwachsener und begleiteter Minderjähriger nicht von § 96 Abs. 4 AufenthG erfasst wird, sehr wohl aber die Rettung unbegleiteter Minderjähriger.³⁸ Dieses Ergebnis widerspricht zwar ersichtlich dem

³¹ Vgl. § 2 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 1 SeeFSichV.

³² Vgl. *Werdermann*, It's Called Saving Lives: Zur Kriminalisierung von Fluchthilfe, Verfassungsblog, 9.11.2023, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/its-called-saving-lives/> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024); *Werdermann*, Faktencheck Seenotrettung, Volksverpetzer, 15.11.2023, online abrufbar unter: <https://www.volksverpetzer.de/faktencheck/faktencheck-seenotrettung-innenministerium/> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024); *Steinke*, Drohen Seenotrettern bald Strafen?, sueddeutsche.de, 8.11.2023, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/ampelkoalition-gesetzentwurf-seenotretter-strafen-schleuser-1.6300208> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024); *Ärzte ohne Grenzen*, Kriminalisierung von Seenotretter*innen verhindern!, 22.11.2023, online abrufbar unter: <https://www.aerzte-ohne-grenzen.de/presse/kriminalisierung-seenotrettung-verhindern> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024); *PRO ASYL*, Zivilgesellschaftliches Bündnis warnt vor Kriminalisierung von Seenotretter*innen, 21.11.2023, online abrufbar unter: <https://www.proasyl.de/pressemitteilung/zivilgesellschaftliches-buendnis-warnt-vor-kriminalisierung-von-seenotretterinnen/> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024).

³³ Vgl. die Rede des Abgeordneten *Limburg* anlässlich der ersten Lesung am 30.11.2023, BT-Plenarprotokoll 20/141, S. 17780.

³⁴ Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 20/9463, 20/9642 – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung (Rückführungsverbesserungsgesetz), BT-Drs. 20/10090, S. 20.

³⁵ Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung, BT-Drs. 20/10090, S. 9, 2. i) cc).

³⁶ Dazu bereits *Epik/Schatz*, Gutachten, 2023, S. 43; *Epik/Schatz*, Neue Kriminalpolitik 2024, Heft 1, im Erscheinen.

³⁷ Vgl. Plenarprotokoll zur 147. Sitzung am 18.1.2024, BT-Plenarprotokoll 20/147, S. 18737.

³⁸ Vgl. zu dieser Konsequenz bereits *Epik/Schatz*, Kurzstellungnahme, Update: Kriminalisierung der Seenotrettung?, Punkt 2., online abrufbar unter: <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-epik/aktuelles/20240117-update-kriminalisierung-der-seenotrettung/kurzstellungnahme.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024).

gesetzgeberischen Willen, der die altruistische Hilfeleistung zur Einreise auf dem See- und Luftweg aus dem Tatbestand ausklammern wollte.³⁹ Sie ist allerdings eine Konsequenz aus der oben dargestellten Rechtsprechung des *BGH*, der den Verweis des § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 2 AufenthG so liest, dass die Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes – trotz der in § 96 Abs. 4 AufenthG bislang enthaltenen Beschränkung des Verweises auf eigennützige Hilfeleistungen (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG) – einen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG bildet, selbst wenn hinsichtlich des Grundtatbestandes lediglich eine altruistische Hilfeleistung anzunehmen ist (siehe dazu bereits oben I.1.). Mit anderen Worten: Der Verweis im geänderten § 96 Abs. 4 AufenthG auf den gleichfalls geänderten § 96 Abs. 2 S. 2 AufenthG bewirkt die eigentlich unerwünschte Konsequenz, dass das Kriminalisierungsrisiko für zivile Seenotretter:innen immer dann bestehen bleibt, wenn sie unbegleitete minderjährige Personen aus Seenot retten und in den Hafen eines EU- oder Schengen-Staates verbringen. Dem Gesetzgeber war dieses Risiko vor der finalen Abstimmung im Bundestag deutlich vor Augen geführt worden.⁴⁰ Gleichwohl entschied sich die Mehrheit der Abgeordneten, dem Änderungsantrag zuzustimmen – freilich nicht, ohne eine erneute Prüfung anzukündigen.⁴¹ Es bleibt der Befund, dass die Parlamentsmehrheit offenbar bereit war, die partielle Kriminalisierung der Seenotrettung *vorläufig* in Kauf zu nehmen, um die Verabschiedung des Gesamtpakets des Rückführungsverbesserungsgesetzes nicht zu gefährden.

IV. Ausblick

Die Genese der Änderung des § 96 AufenthG verdeutlicht, vor welchen Herausforderungen die Kriminalpolitik dieser Tage steht. Schon der Umstand, dass massive Strafverschärfungen und Tatbestandserweiterungen im Wege einer Formulierungshilfe in das parlamentarische Verfahren eingebracht, also nach Verabschiedung des Regierungsentwurfs nachgeschoben wurden, begegnet im Blick auf Transparenz, Nachvollziehbarkeit und daraus resultierender Normakzeptanz erheblichen Bedenken. Das Postulat von der *ultima ratio* des Strafrechts leitet den Gesetzgeber dabei offenkundig nicht an. Vielmehr scheint der Rückgriff auf das Strafrecht selbstverständlich und nicht im Einzelnen begründungsbedürftig. So wird etwa eine Verdoppelung der Strafrahmen ohne jede Bezugnahme

auf empirische Erkenntnisse zu den Folgen einer solchen Maßnahme vorgesehen und – soweit ersichtlich – nicht einmal kontrovers diskutiert. Stattdessen dominiert die seit längerem bekannte „Bekämpfungsrhetorik“.⁴² Dies ist sicher auch dem Narrativ geschuldet, dass Täter:innen des § 96 AufenthG nun einmal die bekanntermaßen „rücksichtslosen“ Schlepper seien, deren Geschäftsmodell nachhaltig bekämpft werden müsse. Wie schon aus den vorangegangenen Ausführungen deutlich geworden sein sollte, ist diese Erzählung aber jedenfalls im Blick auf altruistisch Hilfeleistende mindestens schief, wenn nicht gar ganz falsch. Das medial verbreitete und im politischen Diskurs regelmäßig in Bezug genommene Schleusungsrecht manifestiert sich daher auch weniger im Grundtatbestand des § 96 Abs. 1 AufenthG; dieses spiegelt sich viel eher in den durch die Qualifikationstatbestände des § 96 Abs. 2 AufenthG erfassten Verhaltensweisen.⁴³ Das Etikett „Schleuserparagraf“ ist aber höchst wirkungsvoll, wenn es darum geht, empfindliche Strafverschärfungen im Aufenthaltsstrafrecht durchzusetzen.

Die Bedenken am Vorgehen des Gesetzgebers werden verstärkt, wenn in den Blick genommen wird, dass Formulierungshilfen ohne Gesetzessynopse – wie sie vorliegend zum Einsatz gekommen sind – nur durch einige wenige, mit juristischem Expertenwissen ausgestattete, Personen zu dechiffrieren sind. Eine taugliche Grundlage für eine informierte parlamentarische und erst recht öffentliche Diskussion fehlt bei einem solchen Vorgehen. Wenn dann noch handwerkliche Mängel hinzutreten, die – wie im Falle der Seenotrettung – potenzielle Kollateralschäden verursachen, hat sich das Schadenspotenzial eines übermäßig beschleunigten Verfahrens, das kaum Zeit für eine Reflexion über die Gesetzesfolgen und mögliche Lösungen lässt, realisiert. Spätestens nachdem den Abgeordneten des Innenausschusses das Kriminalisierungsrisiko gewahr wurde, hätte das Gesetz, jedenfalls soweit es § 96 AufenthG betraf, einer grundsätzlichen Überprüfung unterzogen werden müssen. Stattdessen einigten sich die Koalitionsfraktionen auf einen strafrechtsdogmatisch inkonsistenten und überdies unzureichenden Kompromiss: Die Beschränkung des Verweises in § 96 Abs. 4 AufenthG auf § 96 Abs. 1 S. 1 lit. b AufenthG auf Einreisen auf dem Landweg ist nicht mehr als eine mit heißer Nadel gestrickte Notlösung, die den in der Öffentlichkeit besonders akut vorgetragenen Bedenken der Seenotrettungsorganisationen Rechnung tragen und die rasche Verabschiedung

³⁹ Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 20/9463, 20/9642 – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung (Rückführungsverbesserungsgesetz), BT-Drs. 20/10090, S. 3, 27.

⁴⁰ Vgl. *Epik/Schatz*, Kurzstellungnahme, Punkt 2.; vgl. auch die Medienberichterstattung im Vorfeld der Abstimmung, etwa *Betschka/Hackenbruch*, Zwei Rechtsgutachten warnen. Ausgerechnet die Seenotrettung Minderjähriger könnte doch strafbar werden, Tagesspiegel v. 17.1.2024, online abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/zwei-rechtsgutachten-warnen-ausgerechnet-die-seenotrettung-minderjaehriger-konnte-doch-strafbar-werden-11065984.html> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024); *Biselli*, Eingeschleuste Staatstrojaner, netzpolitik.org v. 18.1.2024, online abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2024/rueckfuehrungsverbesserungsgesetz-eingeschleuste-staatstrojaner/> (zuletzt abgerufen am 26.1.2024), jeweils unter Bezugnahme auf ein weiteres Gutachten von *Werdermann/Keller* (unveröffentlicht).

⁴¹ Vgl. die Rede des Abgeordneten *Limburg* anlässlich der zweiten und dritten Lesung am 18.1.2024, BT-Plenarprotokoll 20/147, S. 18728 (C).

⁴² Vgl. Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, online abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/sonstige-downloads/formulierungshilfen/rueckverbege.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 26.1.2024), S. 7: „Zur Bekämpfung der (organisierten) Schleuserkriminalität müssen alle Anstrengungen unternommen werden, um diese besonders sozialschädliche Form kriminellen Verhaltens mit allen verfügbaren Mitteln zurückzudrängen.“

⁴³ Vgl. zutreffend *Jeßberger*, GS Weßlau, 2016, S. 507, 517.

des Gesetzespakets sicherstellen sollte. Weshalb das Unrecht der Schleusung bei Einreisen auf dem Landweg abweichend von Einreisen auf dem Luft- oder Seeweg zu beurteilen sein sollte, ist nicht dargelegt. Dass in diesem Zusammenhang übersehen wurde, dass die gewählte Notlösung die Schleusung unbegleiteter Minderjähriger nicht in gleicher Weise von der Strafbarkeit ausnimmt, dürfte auch auf die zahlreichen Verweise (von § 96 Abs. 4 n.F. auf § 96 Abs. 2 S. 2 n.F. und von dort auf § 96 Abs. 1 S. 1 lit. b n.F. AufenthG), die – insbesondere ohne Synopse – kaum nachzuvollziehen sind, sowie eine mögliche Unkenntnis der zuvor dargestellten *BGH*-Rechtsprechung zurückzuführen sein. Beide Fehlerquellen hätten sich bei einer auch in zeitlicher Hinsicht ausreichenden Befassung mit den zu ändernden *Strafvorschriften* vermeiden lassen.

Es bleibt abzuwarten, ob der Ankündigung, die Rechtslage noch einmal prüfen zu wollen, weitere Schritte folgen werden. Sollte eine solche Initiative ergriffen werden, liegt es nahe, Fälle humanitärer Hilfeleistung generell aus dem Tatbestand auszuklammern (was dann im Übrigen auch für die Beihilfe zu Taten nach § 95 Abs. 1 AufenthG geboten wäre). Darin liegt die systematisch konsequente, strafrechtsdogmatisch unangreifbare, unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten unproblematische und unionsrechtlich ausdrücklich gebilligte Lösung. Sie stellt nicht nur sicher, dass die zivile Seenotrettung im Mittel-

meer nicht kriminalisiert wird, sondern darüber hinaus, dass auch andere humanitäre Helfer:innen mitmenschliche Solidarität ohne Sorge vor strafprozessualen Ermittlungen wegen Einschleusens von Ausländer:innen (oder wegen Beihilfe zur unerlaubten Einreise) ausüben können. Sollte eine solche Lösung unterbleiben, müssen Seenotretter:innen darauf hoffen, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte vor dem Hintergrund des deutlichen gesetzgeberischen Willens, die Seenotrettung nicht zu kriminalisieren, die bisherige Rechtsprechung des *BGH* zu § 96 Abs. 4 AufenthG nicht auf die altruistische Hilfeleistung zur Einreise auf dem Seeweg übertragen.

Im Übrigen bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber sich künftig in Erinnerung ruft, dass er nicht nur, aber insbesondere auch im Bereich des Strafrechts schwerwiegende Grundrechtseingriffe legitimiert, weshalb entsprechende Gesetze in besonderem Maße am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen sind, dem nur durch eine materielle Würdigung entsprechender Gesetzesvorhaben im parlamentarischen Verfahren angemessen Rechnung getragen werden kann. Der dem Gesetzgeber vom *BVerfG* eingeräumte weite Beurteilungsspielraum⁴⁴ beruht auf der Grundannahme, dass die Ausübung dieses gesetzgeberischen Privilegs im Bewusstsein um die Verantwortung für die Konsequenzen und nicht vorschnell erfolgt.

⁴⁴ Zum großzügigen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers *BVerfG* v. 9.3.1994 – 2 BvL 43/92 = BVerfGE 90, 145 (173); *BVerfG* v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 (1) = BVerfGE 120 (224, 240 f.).

Das neue Bayerische Verfassungsschutzgesetz (BayVSG) – (k)ein Modell für den Bund und andere Länder?

von Prof. Dr. Mark A. Zöller,
Dr. Ruben Doneleit, Isabella Klotz und
Maximilian Schach*

Abstract

Das BVerfG hat im Jahr 2022 zahlreiche Regelungen des 2016 reformierten Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) für verfassungswidrig erklärt. Diese Entscheidung ist wegweisend für die gesamte deutsche Sicherheitsgesetzgebung. Dem bayerischen Gesetzgeber ist es jedoch nicht gelungen, im Rahmen der erneuten Reform von 2023 das BayVSG vollumfänglich verfassungskonform auszugestalten. Insbesondere bei besonders eingriffintensiven Maßnahmen und bei der Datenübermittlung an andere Behörden bestehen weiterhin erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit. Das BayVSG in seiner neuen Fassung kann somit allenfalls eingeschränkt als Vorbild für die derzeit laufenden Reformen des Nachrichtendienstrechts im Bund sowie in anderen Bundesländern dienen.

The German Federal Constitutional Court declared part of the regulations of the Bavarian Constitutional Protection Act (BayVSG) unconstitutional in 2022. This verdict is groundbreaking for German internal security legislation in general. However, the Bavarian legislature did not fully succeed in its attempt to adequately amend its intelligence law in order to make it constitutional. Especially in the case of particularly intrusive surveillance techniques and the transfer of personal data to other authorities, considerable concerns about constitutionality remain. Therefore, the BayVSG can only partially serve as a role model for the ongoing reform of the German intelligence law system on federal and state level.

I. Verfassungsgerichtliche Vorgaben

Mit seiner Entscheidung vom 26. April 2022¹ hat das BVerfG zahlreiche Bestimmungen des im Jahr 2016 umfassend reformierten BayVSG² für verfassungswidrig erklärt. Damit wies es nicht nur den bayerischen Landesgesetzgeber deutlich in die (verfassungsrechtlichen) Schranken, sondern setzte auch seine bisherige Rechtsprechungslinie zum Sicherheitsrecht konsequent fort.

Schließlich hat das BVerfG auf die zunehmende Ausweitung der Eingriffsbefugnisse von Sicherheitsbehörden in der jüngeren Vergangenheit bereits unter anderem³ in seinen Urteilen zum BKA-Gesetz⁴ und zur nachrichtendienstlichen Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung⁵ reagiert. Im BayVSG-Urteil machte der Erste Senat durch sehr grundsätzliche Ausführungen deutlich, dass über die Grenzen des Freistaats hinaus auch bundesweit dringender Reformbedarf für das Nachrichtendienstrecht und daran „angrenzende“ Rechtsgebiete besteht.⁶ In diesem Grundsatzurteil entwickelt es detaillierte Anforderungen für die nachrichtendienstliche Beobachtung, was als „Gängelung aus Karlsruhe“ in Teilen des juristischen Schrifttums auf Widerstand und Kritik gestoßen ist.⁷ Diese Kritik verkennt allerdings Ursache und Wirkung. Das BVerfG hat insbesondere in seiner Entscheidung zum BayVSG deutlich gemacht, dass seine Geduld mit Sicherheitsgesetzgebern in Bund und Ländern erschöpft ist, die immer wieder die von ihm markierten Grenzen überschreiten. Je unwilliger der Gesetzgeber, desto detaillierter die Vorgaben aus Karlsruhe.⁸

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend der Frage nachgegangen werden, inwieweit das BayVSG nach der Reform im Jahr 2023 den verfassungsgerichtlichen Anforderungen genügt bzw. an welchen Stellen nach wie vor Bedenken gegen seine Verfassungsmäßigkeit bestehen. Mit Blick auf zentrale Gegenstände der Neuregelung soll dann untersucht werden, ob das umfassend überarbeitete bayerische Verfassungsschutzrecht auch ein geeignetes Regelungsvorbild für die auf Bundes- wie Landesebene erforderliche und derzeit bereits stattfindende Reform des deutschen Nachrichtendienstrechts zu bieten vermag. Aus einer Zusammenschau der in jüngerer Zeit ergangenen, bedeutendsten Entscheidungen des BVerfG zum Sicherheitsrecht lassen sich insoweit wichtige Vorgaben für eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Nachrichtendienstrechts ableiten. Wegweisend sind dabei neben dem Urteil zum BayVSG auch der Beschluss zu den Übermittlungsbefugnissen nach §§ 20, 21 BVerfSchG vom

* Prof. Dr. Mark A. Zöller ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung an der Ludwig-Maximilians-Universität München; die weiteren Autoren sind bzw. waren wissenschaftliche Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

¹ BVerfGE 162, 1.

² GVBl. 2016, S. 145.

³ Vgl. auch BVerfGE 133, 277 (Antiterrordateigesetz); 155, 119 (Bestandsdatenauskunft II); BVerfG BeckRS 2022, 41609 (SOG MV); BVerfG NJW 2023, 1196 („Hessen Data“) sowie zuletzt BVerfGE 163, 43 (Datenübermittlungsbefugnisse im BVerfSchG).

⁴ BVerfGE 141, 220.

⁵ BVerfGE 154, 152.

⁶ S. Bantlin/Graulich, GSZ 2023, 179 (182); trotz intendiertem Wettbewerbsföderalismus lassen sich der Rspr. des BVerfG „wiederkehrende Grundsätze für normative Kontrollen der Nachrichtendienste entnehmen“.

⁷ Etwa Gärditz, GSZ 2022, 161 (170); Unterreitmeier, GSZ 2023, 34 (40); Aicher/Unterreitmeier, BayVBl. 2023, 617 (622 f.).

⁸ Zöller, StV 2022, 693 (700); ferner Gärditz, GSZ 2022, 161 (170).

28. September 2022⁹ sowie der Beschluss zu den polizeilichen Befugnissen nach dem Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (SOG MV) vom 9. Dezember 2022¹⁰.

1. Urteil zum BayVSG

In seinem BayVSG-Urteil arbeitet das *BVerfG* die strukturellen Unterschiede zwischen den Überwachungsbefugnissen der Verfassungsschutzbehörden einerseits und den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden andererseits heraus und grenzt diese klar voneinander ab. Letztere dürfen basierend auf den aus der Überwachungsmaßnahme gewonnenen Informationen konkrete Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsmaßnahmen gegen Einzelne unmittelbar mit Zwang durchsetzen.¹¹ Dass der Verfassungsschutz, dessen Aufgabenbereich die Beobachtung im Vorfeld der polizeilichen Gefahrenschwelle oder eines strafprozessualen Anfangsverdachts ist, dies nicht darf, ist konsequent. Denn zur Erfüllung seines Beobachtungsauftrags ist er gerade nicht an diese Eingriffsschwellen gebunden.¹² Der Verfassungsschutz „weiß“ also mehr als er „darf“, wohingegen Behörden mit operativen Anschlussbefugnissen mehr „dürfen“, als sie „wissen“.¹³ Dennoch dürfen auch Verfassungsschutzbehörden nicht anlasslos tätig werden, sondern erst, wenn ein *hinreichender verfassungsschutzspezifischer Aufklärungsbedarf* besteht.¹⁴ Dieser setzt hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine beobachtungsbedürftige Bestrebung¹⁵ sowie die Gebotenheit der Überwachungsmaßnahme zur Aufklärung im Einzelfall voraus.¹⁶ Dabei ist nach dem Eingriffsgewicht der Maßnahme zu entscheiden – je tiefer die Maßnahme in Grundrechte der Bürger eingreift, desto dringender muss das Beobachtungsbedürfnis sein.¹⁷ Zudem soll gerade bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen eine Absenkung der Eingriffsschwelle für die Nachrichtendienste nur dann verhältnismäßig und damit verfassungsgemäß sein, wenn die Befugnisse für die Übermittlung der daraus gewonnenen Informationen an andere Stellen (z.B. Polizei und Staatsanwaltschaft) dem sog. „Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung“ gerecht werden. Das *BVerfG* betont damit noch einmal ausdrücklich die Geltung des *informationellen Trennungsprinzips*.¹⁸ Nachrichtendienstliche Erkenntnisse dürfen also nicht ohne Weiteres an andere Behörden mit operativen Anschlussbefugnissen, wie Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsbehörden, übermittelt werden.¹⁹ Insoweit ist die Botschaft aus Karlsruhe unmissverständlich: Um dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu entgehen, müssen jedenfalls die Übermittlungsvorschriften in den Nachrichtendienstgesetzen hin-

reichende Hürden für die Weitergabe von Erkenntnissen an andere Sicherheitsbehörden vorsehen. Kommt der jeweils zuständige Gesetzgeber dieser Aufforderung nicht nach, müssen die nachrichtendienstlichen Überwachungsbefugnisse denselben Eingriffsvoraussetzungen unterworfen werden wie die Überwachungsbefugnisse von Polizeibehörden.²⁰

Diese Entscheidung vom April 2022 zielt erkennbar darauf ab, die Tätigkeit der Nachrichtendienste insgesamt verhältnismäßig auszugestalten und eine rechtsstaatlich ausgewogene Rechtsgrundlage für diese einzufordern. Im Ergebnis wurden daher auch zahlreiche, zu weit reichende Befugnisse des Bayerischen Landesamtes für Verfassungsschutzes beanstandet, bei deren Schaffung im Jahr 2016 die Bayerische Staatsregierung – gegen entsprechenden Rat aus der Wissenschaft²¹ – die verfassungsrechtlichen Grenzen überschritten hatte.

2. Beschluss zu den §§ 20, 21 BVerfSchG

In seinem Beschluss vom 28. September 2022 hatte das *BVerfG* anschließend auch die mittlerweile reformierten²² § 20 Abs. 1 S. 1, 2 und § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 S. 1, 2 BVerfSchG für mit der Verfassung unvereinbar erklärt.²³ Zur Begründung griffen die Richter wesentliche Aussagen der BayVSG-Entscheidung nochmals auf.²⁴ Insbesondere forderten sie für Datenübermittlungsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden erneut eine verhältnismäßige Ausgestaltung, die sich am informationellen Trennungsprinzip, dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung und den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung zu orientieren habe.²⁵ Wie schon im Urteil zum BayVSG, stehen die bei der Datenweitergabe konkret vorgegebenen Anforderungen an die Eingriffsschwellen und den damit korrespondierenden Rechtsgüterschutz im Zentrum der Betrachtung. Die Übermittlung zur Strafverfolgung kann demgemäß nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten zugelassen werden, wenn bestimmte, den Verdacht begründende Tatsachen gegeben sind.²⁶ Speziell eine Weitergabe an Gefahrenabwehrbehörden mit operativen Befugnissen muss von einer wenigstens konkretisierten Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut getragen werden.²⁷

3. Beschluss zum SOG MV

In seinem Beschluss zum SOG MV vom 9. Dezember 2022²⁸ hebt das *BVerfG* schließlich erneut²⁹ vor allem die strengen Anforderungen hervor, die an die Wohnraum-

⁹ BVerfGE 163, 43 (88 ff. Rn. 120 ff.).

¹⁰ *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609.

¹¹ BVerfGE 162, 1 (75 Rn. 154).

¹² BVerfGE 162, 1 (79 Rn. 163).

¹³ Gusy, KritV 1994, 242 (243).

¹⁴ BVerfGE 162, 1 (87 Rn. 181).

¹⁵ BVerfGE 162, 1 (90 Rn. 187); dazu Zöller, StV 2022, 693 (695).

¹⁶ BVerfGE 162, 1 (98 Rn. 206).

¹⁷ BVerfGE 162, 1 (87 Rn. 181).

¹⁸ BVerfGE 162, 1 (82 f. Rn. 170 f.).

¹⁹ BVerfGE 162, 1 (84 Rn. 173).

²⁰ BVerfGE 162, 1 (83 Rn. 172).

²¹ Löffelmann, BayVBl. 2017, 253 ff.

²² Durch Art. 1 des Gesetzes zum ersten Teil der Reform des Nachrichtendienstrechts vom 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 413), in Kraft seit 30.12.2023.

²³ BVerfGE 163, 43 (105 Rn. 164).

²⁴ Vgl. Eichenhofer, NVwZ 2023, 41 (42).

²⁵ Zu den Grundsätzen BVerfGE 163, 43 (88 ff. Rn. 120 ff. m.w.N.); näher dazu Löffelmann/Zöller, Nachrichtendienstrecht, 2022, Rn. A.1, 35, 60, 91 f.

²⁶ BVerfGE 162, 1 (118 f. Rn. 249 ff.); 163, 43 (95 Rn. 153 ff.).

²⁷ BVerfGE 162, 1 (111 ff. Rn. 235 ff.); 163, 43 (90 ff. Rn. 124 ff.).

²⁸ *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609.

²⁹ Schon BVerfGE 162, 1 (80 ff. Rn. 165 ff.).

überwachung und die Online-Durchsuchung als besonders eingriffsintensive Maßnahmen zu stellen sind.³⁰ Zudem betont das *BVerfG* den Kernbereichsschutz im Zusammenhang mit Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen, da bei deren Einsatz eine vermeintliche Vertrauensbeziehung ausgenutzt wird,³¹ und konkretisiert die Verpflichtung, diesen normenklar zu regeln³². Gleichzeitig wird deutlich, dass der Einsatz von Verdeckten Ermittlern bzw. Mitarbeitern oder Vertrauenspersonen als sicherheitsbehördliche Maßnahme nicht gänzlich unterbleiben muss.

II. Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetzgebungsverfahren, das schließlich zur aktuell geltenden Fassung des BayVSG führte, verlief außerordentlich holprig und ist derart komplex, dass die einschlägigen Gesetzgebungsmaterialien für Außenstehende kaum verlässlich nachvollziehbar sind. Nach der Reform des BayVSG im Jahr 2016³³, die noch mit der damaligen absoluten Stimmenmehrheit der CSU-Landtagsfraktion verabschiedet worden war³⁴, machten zunächst die BKAG-Entscheidung vom 20. April 2016³⁵ und anschließend der Bestandsdatenauskunft-II-Beschluss des *BVerfG* vom 27. Mai 2020³⁶ eine Anpassung des Gesetzes erforderlich.³⁷ Hierfür brachte die Staatsregierung bereits am 2. März 2022 einen Entwurf in den Landtag ein.³⁸ Dieser wurde schon wenige Wochen später durch das BayVSG-Urteil vom 26. April 2022 überholt, das dem bayerischen Landesgesetzgeber eine Nachbesserungsfrist bis zum 31. Juli 2023 vorgab.³⁹ Infolgedessen wurden die Beratungen ausgesetzt, da nun ein Entwurf vorgelegt werden musste, der insgesamt den verfassungsgerichtlichen Maßstäben entsprach.⁴⁰ Die BayernSPD-Landtagsfraktion erarbeitete parallel dazu einen vollständigen eigenen Gesetzentwurf und brachte diesen am 20. Dezember 2020 als „Gesetzentwurf für ein modernes und rechtsstaatskonformes Bayerisches Verfassungsschutzgesetz“ (Bay-ModVSG-E)⁴¹ in den Landtag ein. Darauf folgte am 24. Januar 2023 ein Änderungsantrag der CSU-Fraktion zum ursprünglichen Gesetzentwurf der Staatsregierung.⁴² In der darauffolgenden Sachverständigenanhörung im Innenausschuss des Bayerischen Landtags am 25. April 2023 äußerten jedoch die geladenen Sachverständigen vor

dem Hintergrund des BayVSG-Urteils teilweise erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs⁴³, sodass die Fraktionen der CSU und Freien Wähler sich gezwungen sahen, zwei weitere Änderungsanträge vom 15. Mai⁴⁴ und 28. Juni 2023⁴⁵ vorzulegen, die zu weiteren Anpassungen des Gesetzestextes führten.⁴⁶ Das neue BayVSG wurde letztendlich mit Beschluss vom 19. Juli 2023 verabschiedet und trat am 1. August 2023 in Kraft.⁴⁷ Der parallele BayernSPD-Entwurf, der die komplizierte Rechtsmaterie des Landesverfassungsschutzrechts deutlich übersichtlicher, strukturierter und sprachlich verständlicher aufbereitet hatte, fand – mit Blick auf die politischen Mehrheiten in Bayern wenig überraschend – im Bayerischen Landtag demgegenüber keine Mehrheit⁴⁸.

III. Datenerhebung durch das Landesamt für Verfassungsschutz

1. Eingriffsschwellen

Das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz nimmt nach Art. 3 S. 1 BayVSG zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes, der Länder sowie überstaatlicher und internationaler Organisationen, denen Deutschland angehört (Nr. 1), auswärtiger Belange der Bundesrepublik Deutschland vor einer Gefährdung durch Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen (Nr. 2) sowie des Gedankens der Völkerverständigung, insbesondere des friedlichen Zusammenlebens der Völker (Nr. 3) (sog. Verfassungsschutzgüter) die in § 3 des Bundesverfassungsschutzgesetzes (BVerfSchG) bezeichneten Aufgaben wahr. Es kümmert sich also im Wesentlichen um die *Beobachtung*, d.h. die Sammlung und Auswertung von Informationen über verfassungsfremde Bestrebungen. Hinzu kommt als landesspezifische Besonderheit die Beobachtung von Bestrebungen und Tätigkeiten der Organisierten Kriminalität (Art. 3 S. 2 BayVSG). Unter welchen Voraussetzungen das Landesamt diesem Beobachtungsauftrag nachkommen darf, regelt Art. 5a Abs. 1 BayVSG. Danach müssen *tatsächliche Anhaltspunkte für beobachtungsbedürftige Bestrebungen oder Tätigkeiten* vorliegen.

³⁰ *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 124 ff.

³¹ *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 105 ff.

³² *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 108.

³³ Vgl. LT-Drs. 17/10014.

³⁴ Plenarprotokoll 17/78 v. 7.7.2016, S. 6698.

³⁵ Dazu *Rusteberg*, KritV 2017, 24.

³⁶ Dazu *Löffelmann*, GSZ 2020, 182.

³⁷ Vgl. LT-Drs. 17/20763, S. 1. Zur Entstehungsgeschichte s. auch *Aicher/Unterreitmeier*, BayVBl. 2023, 617 (617 f.).

³⁸ LT-Drs. 18/21537.

³⁹ BVerfGE 162, 1 (176 Rn. 403).

⁴⁰ Vgl. *Aicher/Unterreitmeier*, BayVBl. 2023, 617.

⁴¹ LT-Drs. 18/25825.

⁴² LT-Drs. 18/26159.

⁴³ Vgl. *Zöller*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes und des Bayerischen Datenschutzgesetzes v. 2.3.2023, online abrufbar unter: <https://cms-cdn.lmu.de/media/03-jura/02-lehrstuehle/zoeller/downloads/stellungnahme-zoeller-innenausschuss-25.04.23.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.1.2024). Insofern waren sich die Experten auch nicht „ganz überwiegend“ darin einig, dass sowohl der SPD-Entwurf als auch der Änderungsantrag der CSU den gerichtlichen Vorgaben „im Wesentlichen Rechnung“ tragen, so aber *Aicher/Unterreitmeier*, BayVBl. 2023, 617 (618).

⁴⁴ LT-Drs. 18/29057.

⁴⁵ LT-Drs. 18/29650.

⁴⁶ Weitere Änderungsanträge wurden von Bündnis 90/Die Grünen, LT-Drs. 18/28899, und FDP-Fraktion, LT-Drs. 18/29007, 18/29008, 18/29009 am 11.5.2023 eingebracht, außerdem von der AfD am 16.5.2023, LT-Drs. 18/29058. Im Plenum am 19.7.2023 wurden letztere Änderungsanträge jedoch abgelehnt und der angepasste Gesetzentwurf der Staatsregierung letztlich mit 86 zu 41 Stimmen bei 25 Enthaltungen angenommen.

⁴⁷ LT-Drs. 18/30352, S. 1, 13.

⁴⁸ Der Entwurf wurde im Plenum mit 40 zu 104 Stimmen abgelehnt, Anlage 1 zum Plenarprotokoll 18/151 v. 19.7.2023, S. 21781.

Für die Frage der Beobachtungsbedürftigkeit wird wiederum auf die Legaldefinition in Art. 4 Abs. 2 BayVSG verwiesen. Allerdings erweist sich die Überschrift des Art. 4 BayVSG („Begriffsbestimmungen“) schnell als Euphemismus. Tatsächlich inhaltlich bestimmt wird dort bei näherer Betrachtung kaum ein Begriff. Stattdessen wird die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Landesamt zu welchen Befugnissen greifen darf, eher vernebelt als geklärt. So entsteht der Eindruck, dass man sich in Verfassungsschutzfragen möglichst wenig „in die Karten“ schauen lassen und ein Höchstmaß an behördlicher Flexibilität ohne externe Kontrolle bewahren möchte.

Art. 4 Abs. 2 BayVSG verfolgt ein *Drei-Stufen-Modell*, das das Kriterium der Intensität der Beobachtungsbedürftigkeit von nachrichtendienstlich relevanten Bestrebungen und Tätigkeiten in den Mittelpunkt stellt. Dabei werden die Eingriffsschwellen abgestuft, je nachdem ob eine Bestrebung *beobachtungsbedürftig* (Nr. 1), *erheblich beobachtungsbedürftig* (Nr. 2) oder *gesteigert beobachtungsbedürftig* (Nr. 3) ist. So soll den Anforderungen des *BVerfG* entsprochen werden⁴⁹, denn Karlsruhe fordert, dass der Gesetzgeber mit steigender Eingriffsintensität höhere Anforderungen an die Beobachtungsbedürftigkeit vorsieht. Diese muss er selbst hinreichend bestimmt und normenklar regeln.⁵⁰

Die *gesetzestechische Umsetzung* dieser Anforderungen im neuen BayVSG ist allerdings klar *misslungen*, da die Norm wegen ihrer zahlreichen *Verweisungen* und der überbordenden *Verwendung unbestimmter Begriffe* an Unübersichtlichkeit kaum zu übertreffen ist. So muss sich der Rechtsanwender fragen, was genau eigentlich die *erhebliche* von der *gesteigerten* Beobachtungsbedürftigkeit unterscheidet. Schon die Einteilung in diese Intensitätsstufen scheint nicht ganz willkürfrei gewählt.⁵¹ Eine eindeutige Abgrenzung zwischen Beobachtungsbedürftigkeit, erheblicher Beobachtungsbedürftigkeit und gesteigerter Beobachtungsbedürftigkeit scheint im Wege einer sauberen juristischen Subsumtion nach den im Gesetz angelegten Kriterien kaum möglich.

Nach Art. 4 Abs. 2 Nr. 1 BayVSG sollen (einfach) *beobachtungsbedürftig* zunächst Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BVerfSchG sein. Durch diesen Verweis aus dem Landes- in das Bundesrecht werden Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben, Bestrebungen, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden sowie Bestrebungen, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung, insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind, in die *Basiskategorie*

der einfachen Beobachtungsbedürftigkeit eingestuft.

Erheblich beobachtungsbedürftig i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Nr. 2 BayVSG sollen dann Bestrebungen und Tätigkeiten der Organisierten Kriminalität im Sinne des Absatzes 4, Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG oder Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BVerfSchG sein, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Mitglieder den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich kämpferisch-aggressiv gegen die Verfassungsschutzgüter richten, ihre Existenz, Organisation, Ziele oder Tätigkeit in erheblichem Maße zu verschleiern suchen, in erheblichem Maße oder in besonders wirkungsvoller Art Propaganda betreiben oder systematisch Fehlinformationen verbreiten oder Einschüchterung betreiben, um die öffentliche politische Willensbildung zu beeinträchtigen oder den öffentlichen Frieden zu stören.

Und schließlich sind *gesteigert beobachtungsbedürftig* Bestrebungen und Tätigkeiten nach Art. 4 Abs. 2 Nr. 3 BayVSG, die mit der Bereitschaft zur Begehung schwerer Straftaten im Sinne des Art. 4 Abs. 3 Nr. 1 BayVSG einhergehen oder nach Größe und gesellschaftlichem Einfluss, insbesondere auf Grund des Gesamtbilds von Mitglieder- und Unterstützerzahl, Organisationsstruktur, Mobilisierungsgrad, Aktionsfähigkeit und Finanzkraft, geeignet sind, ein Verfassungsschutzgut zu beeinträchtigen. Die Unschärfe und Unbestimmtheit eines derart kompliziert ausformulierten Stufenkonzepts für Maßnahmen des Verfassungsschutzes ist nicht nur ein Beispiel für *gesetzestechisch* verfehlte Gesetzgebung im Bereich des Sicherheitsrechts.⁵² Sie lässt auch für *die Anwendungspraxis* im Bayerischen Landesamt für Verfassungsschutz keine trennscharfe Abgrenzung zwischen den verschiedenen Intensitätsgraden der nachrichtendienstlichen Beobachtungsbedürftigkeit zu. Man kann allerdings davon ausgehen, dass es sich hier nicht um ein Versehen oder mangelhafte ministerielle Formulierungskunst handelt. Vielmehr dürfte die Intransparenz und das Fehlen einer klaren juristischen Überprüfbarkeit der Frage, wann das Landesamt in der Beobachtungspraxis zu welchen Überwachungsinstrumenten greifen darf, klarem politischen Kalkül entsprechen. Schließlich werden auf diese Weise nach innen der *Handlungsspielraum für die Akteure des Landesamtes erweitert* und nach außen ihr *Rechtfertigungsdruck* im Zusammenhang mit Grundrechtseingriffen *vermindert*.

Dass eine solche gesetzestechische Vorgehensweise in der Sache keineswegs zwingend ist, belegt der parallele Gesetzesentwurf der BayernSPD.⁵³ In diesem waren gerade keine Intensitätsgrade der Beobachtungsbedürftigkeit vorgesehen, was verfassungsrechtlich ohnehin nicht gefordert wird. Stattdessen knüpft der Entwurf den Einsatz bestimmter nachrichtendienstlicher Mittel an generelle, auf die Gefährlichkeit der Bestrebung abstellende Voraussetzungen an⁵⁴ und führt infolgedessen zu weit weniger komplexen und intransparenten Regelungen, die

⁴⁹ Vgl. Aicher/Unterreitmeier, BayVBl. 2023, 617 (620).

⁵⁰ BVerfGE 162, 1 (91 Rn. 190).

⁵¹ So schon Zöller (Fn. 43), S. 10 f.

⁵² Zu Kriterien für gute Gesetzgebung im Bereich des Sicherheitsrechts Zöller/Esser/Voigt/Gerson/Niedernhuber (Hrsg.), Sicherheitsgesetzgebung und Überwachungsgesamtrechnung, 2023, S. 41 ff. m.w.N.

⁵³ LT-Drs. 18/25825.

⁵⁴ LT-Drs. 18/25825, S. 5, vgl. auch S. 30 ff.

auch eine angemessene Verhältnismäßigkeitsprüfung einzelner Maßnahmen ermöglichen.

2. Besonders eingriffsintensive Maßnahmen

Darf der Verfassungsschutz generell zur Erfüllung seiner Aufgaben tätig werden, stehen ihm hierfür im Einzelfall verschiedene Befugnisse zur Verfügung. Einige davon sind besonders eingriffsintensiv. Hierzu zählen vor allem der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur *Wohnraumüberwachung* und der verdeckte Zugriff auf informationstechnische Systeme, die sog. *Online-Durchsuchung*.⁵⁵ Nach den Vorgaben des *BVerfG* gelten für diese Maßnahmen der Dienste die gleichen – aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleiteten – Anforderungen wie für polizeiliche Maßnahmen, wenn der Grundrechtseingriff bereits für sich genommen und nicht erst aufgrund sich daran anschließender Zwangsmaßnahmen so schwer wiegt, dass eine Differenzierung nach Folgeeingriffen nicht mehr möglich ist. Ist eine weitestgehende *Erfassung der Persönlichkeit der Bürgerinnen und Bürger* möglich, bleibt deshalb kein Raum für abgesenkte nachrichtendienstliche Eingriffsschwellen im Vorfeld.⁵⁶ Stattdessen setzt auch ein Rückgriff der Dienste auf solche Mittel voraus, dass bereits eine hinreichend konkretisierte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht.⁵⁷

a) Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung

Über besonders eingriffsintensive Überwachungsbefugnisse verfügt auch nach neuem Recht das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz. Art. 9 Abs. 1 S. 1 BayVSG ermächtigt es dazu, den *Wohnraum* der jeweiligen Zielperson *akustisch und optisch zu überwachen*. Hierfür darf bei ausdrücklicher Anordnung auch die Wohnung ohne Wissen betreten werden (Art. 9 Abs. 1 S. 2 BayVSG). Die Maßnahmen dürfen sich grundsätzlich nur gegen die Wohnung der Zielperson, also der Person, die aufgrund von tatsächlichen Anhaltspunkten für die Gefahr verantwortlich zu sein scheint, richten (Art. 9 Abs. 2 S. 1 BayVSG). In den Ausnahmefällen des Art. 9 Abs. 2 S. 2 BayVSG sind die Maßnahmen aber auch gegen Dritte zulässig. Als Eingriffsschwelle und Zwecksetzung ist in Art. 9 Abs. 1 S. 1 BayVSG verfassungskonform die Abwehr einer dringenden Gefahr genannt (vgl. Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG). Hiermit wird zugleich das notwendige Erfordernis einer hinreichenden Finalität gewährleistet.⁵⁸ Die Wohnraumüberwachung ist jedoch nicht nur bei einer Gefährdung der vom bayerischen Gesetzgeber in Art. 3 S. 1 BayVSG statuierten *Verfassungsschutzgüter* möglich (Art. 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayVSG), sondern auch bei einer

dringenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person (Art. 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayVSG) oder für Sachen, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse geboten ist (Art. 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayVSG). Dies geht teilweise über die von Seiten des *BVerfG* gezogenen Grenzen der Verhältnismäßigkeit hinaus.⁵⁹ So kann beispielsweise eine einfache Körperverletzung (z.B. nach einer leichten Ohrfeige) im Einzelfall nicht als gewichtige Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit genügen.⁶⁰ Die Pflicht einer richterlichen Anordnung und damit einer unabhängigen Vorabkontrolle⁶¹ ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayVSG. Aufgeweicht wird diese verfassungsgerichtliche Vorgabe – wohl mit Blick auf Art. 13 Abs. 4 S. 2 GG – aber durch Art. 11 Abs. 1 S. 2 BayVSG, der bei Gefahr im Verzug auch eine Anordnung durch die Behördenleitung oder deren Vertretung zulässt. In diesen Fällen ist die richterliche Entscheidung jedoch zwingend unverzüglich nachzuholen. Art. 9 Abs. 1 S. 3 BayVSG trägt dem Subsidiaritätserfordernis⁶² Rechnung, indem eine Wohnraumdurchsuchung nur dann zulässig ist, „wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre und geeignete polizeiliche Hilfe für das bedrohte Rechtsgut ansonsten nicht rechtzeitig erlangt werden kann“.⁶³

Bei den in Art. 10 BayVSG geregelten *Online-Durchsuchungen*, Art. 10 Abs. 1 BayVSG, genügt bereits eine *konkretisierte Gefahr* für die in Art. 9 Abs. 1 S. 1 BayVSG genannten Rechtsgüter, um durch technische Mittel beispielsweise verdeckt Zugangsdaten zu erheben. Der Begriff der konkretisierten Gefahr ist ein Novum im bayerischen Verfassungsschutzrecht, aber mittlerweile in der verfassungsgerichtlichen⁶⁴ und fachgerichtlichen Rechtsprechung⁶⁵ etabliert. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zum ersten Teil der Reform des Nachrichtendienstrechts vom 22. Dezember 2023 zum 30. Dezember 2023 wird er nunmehr auch in § 19 Abs. 2 BVerfSchG legal definiert. Nach dieser auch für das BayVSG heranzuziehenden Definition ist vom Vorliegen einer *konkretisierten Gefahr* auszugehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf zwar noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, aber bereits bestimmte Tatsachen im Einzelfall auf die Entstehung einer konkreten Gefahr für ein besonders wichtiges Rechtsgut hinweisen. Auf diese Weise werden reduzierte Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs bei einer Gefahrenprognose beschrieben. Allerdings unterscheidet sich die „konkretisierte Gefahr“ nach dem ausdrücklichen Willen des Bundesgesetzgebers von dem das Gefahrenvorfeld kennzeichnenden Begriff der „drohenden Gefahr“, die mittlerweile insbesondere in Bayern als polizeirechtliche

⁵⁵ Zur nicht abschließenden Einordnung von nachrichtendienstlichen Mitteln als besonders eingriffsintensiv bereits Zöllner, StV 2022, 693 (696). Eine solche Kategorisierung wird ohnehin dadurch erschwert, dass die Liste zulässiger nachrichtendienstlicher Mittel nicht im BayVSG direkt, sondern in einer Dienstvorschrift geregelt ist (Art. 8 Abs. 2 BayVSG). Auch dahingehend wäre eine abschließende Aufzählung, wie in Art. 5 Abs. 1 BayModVSG-E, vorzugswürdig.

⁵⁶ BVerfGE 162, 1 (80 ff. Rn. 165 ff.).

⁵⁷ Zöllner, StV 2022, 693 (696).

⁵⁸ Hierzu BVerfGE 162, 1 (135 f. Rn. 301).

⁵⁹ BVerfGE 162, 1 (135 Rn. 299).

⁶⁰ Kluckert, in: BeckOK-GG, 56. Ed. (Stand 15.8.2023), Art. 13 Rn. 19a.

⁶¹ Bantlin/Graulich, GSZ 2023, 179 (182) halten eine gerichtliche Vorabkontrolle nicht für zwingend nötig.

⁶² Hierzu BVerfGE 162, 1 (86 f. Rn. 180).

⁶³ Krit. zu den Vorgaben des *BVerfG* diesbezüglich Aicher/Unterreitmeier, BayVBl. 2023, 617 (622 f.).

⁶⁴ BVerfGE 141, 220 (272 f.); *BVerfG*, Beschl. v. 28.9.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 134; Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21, Rn. 91.

⁶⁵ *BGH*, Beschl. v. 10.6.2020 – 3 ZB 1/20, Rn. 27; *BVerwG*, Vorlagebeschl. v. 31.5.2022 – 6 C 2.20, Rn. 37 m.w.N.; *VG Ansbach*, Urt. v. 19.1.2022 – AN 1 K 21.30046, Rn. 81; *OVG Hamburg*, Urt. v. 31.1.2022 – 4 Bf 10/21, Rn. 40 m.w.N.

Eingriffsschwelle verbreitet ist (vgl. nur Art. 11a BayPAG) und deren Anwendungsvoraussetzungen im Vergleich zur konkretisierten Gefahr noch einmal deutlich reduziert sind.⁶⁶ Während der Bundesgesetzgeber allerdings durch die Einfügung des Zusatzes „zumindest“ (vgl. nur § 19 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG) in Umsetzung der Vorgaben des *BVerfG*⁶⁷ zutreffend zum Ausdruck gebracht hat, dass die konkretisierte Gefahr lediglich eine Mindestschwelle darstellt, hat der bayerische Gesetzgeber auf diese wichtige Klarstellung unerklärlicherweise verzichtet. Auch insoweit zeigt sich das Bestreben, dem Landesamt den größtmöglichen Handlungsspielraum zu gewähren. Art. 10 Abs. 1 S. 2 BayVSG verweist im Übrigen auf die Subsidiaritätsanordnung des Art. 9 Abs. 1 S. 3 BayVSG. Die richterliche Vorabkontrolle richtet sich ebenfalls nach Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayVSG. Jedoch sieht Art. 11 Abs. 3 und 4 BayVSG zum Teil fragwürdige Ausnahmen vor.

b) Weitere Maßnahmen

Allerdings sind nicht allein die Wohnraumüberwachung und die Online-Durchsuchung mit intensiven Eingriffen in Grundrechte verbunden. Diese beiden Überwachungsbefugnisse erfassen diejenigen „Maßnahmen, die zu einer weitestgehenden Erfassung der Persönlichkeit führen können“, somit *nicht abschließend*.⁶⁸ Konsequenterweise hat deshalb auch der Entwurf der BayernSPD-Landtagsfraktion zusätzlich die längerfristige Observation, den Einsatz technischer Observationsmittel, den Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauensleuten, Auskunftersuchen, Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung, die Überwachung des gesprochenen Worts außerhalb von Wohnungen und die Asservatenauswertung als besonders eingriffsintensive Mittel eingestuft, die einer Sonderregelung bedürfen.⁶⁹ Die Bayerische Staatsregierung hat derartige Bedenken bedauerlicherweise beiseitegeschoben und damit die Chance verpasst, auch solche Überwachungsmaßnahmen zum Schutz der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger nur unter besonders engen Voraussetzungen zuzulassen und damit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ernst zu nehmen. Einmal mehr hat man sich somit für maximalen Spielraum der Praxis und damit für das Risiko einer erneuten Verfassungswidrigkeit entschieden.

3. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Der Schutz des *Kernbereichs privater Lebensgestaltung*⁷⁰ soll nach dem neuen BayVSG vor allem durch Art. 8a Abs. 1 S. 1 BayVSG gewährleistet werden. Ergänzende Regelungen zum Kernbereichsschutz enthalten die Art. 9 Abs. 3, 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 11 Abs. 2 S. 3, 18 Abs. 1 S. 6

und 7, 19 Abs. 3 BayVSG.

a) Erhebungsebene

Nach Art. 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayVSG ist die Anwendung nachrichtendienstlicher Mittel unzulässig, wenn hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass durch sie allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung gewonnen werden. Während des Zeitraums, in dem diese Voraussetzungen vorliegen, sind nachrichtendienstliche Maßnahmen zu unterbrechen (Art. 8a Abs. 1 S. 2 BayVSG). Dies gilt aber nur, wenn eine Gefährdung von Leib und Leben oder die Enttarnung eingesetzter Personen ausgeschlossen ist. Erkenntnisse, die den Kernbereich betreffen, sind umgehend zu löschen (Art. 8a Abs. 1 S. 4 BayVSG). Beides muss nach Art. 8a Abs. 1 S. 6 BayVSG aktenkundig gemacht werden (Art. 8a Abs. 1 S. 6 BayVSG).

Der Kernbereichsschutz besitzt einen absoluten Achtungsanspruch, der aufgrund seiner Verankerung in Art. 1 Abs. 1 GG hinsichtlich jedweden staatlichen Handelns gilt und abwägungsresistent ist.⁷¹ Somit ist der Schutz des Kernbereichs bei der Erhebung, Auswertung und Verwertung von Daten durch das Landesamt stets zu berücksichtigen. Eingriffe darin sind von vornherein zu minimieren.⁷² Auch eine unbeabsichtigte Miterfassung ist soweit wie möglich zu vermeiden.⁷³ Nach der Konzeption des BayVSG ist eine nachrichtendienstliche Maßnahme aber nur dann von vornherein unzulässig, wenn sie „*allein*“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich einer Person enthält. Da solche ausschließlich kernbereichsrelevanten Informationen in der Lebenswirklichkeit nur ausgesprochen selten vorkommen dürften, läuft ein derartiges *Erhebungsverbot* faktisch nahezu leer.⁷⁴ Immerhin findet sich in Art. 9 Abs. 3 S. 1 BayVSG die gesetzliche Vermutung, dass Konversationen mit Personen des besonderen persönlichen Vertrauens in Privatwohnungen dem Kernbereichsschutz unterfallen.⁷⁵

Im Übrigen reicht die vorgeschriebene *Dokumentation* nicht weit genug. Es ist vielmehr erforderlich auch zu dokumentieren, wenn durch eine Maßnahme in den Kernbereich vorgegriffen wurde, ohne dass Daten aufgezeichnet oder sonst gespeichert wurden.⁷⁶ Hinsichtlich der *Löschungspflichten* wird außerdem nicht hinreichend klar, dass auch Informationen zu tilgen sind, die vor allem von Vertrauenspersonen selbst festgehalten worden sind.⁷⁷

b) Auswertungs- und Verwertungsebene

Für die Wohnraumüberwachung und die Online-Durchsuchung regelt Art. 11 Abs. 2 S. 3 BayVSG, dass alle perso-

⁶⁶ So explizit BT-Drs. 20/9345, S. 22.

⁶⁷ BVerfGE 162, 1 (85 Rn. 176).

⁶⁸ Zöller, StV 2022, 693 (696).

⁶⁹ LT-Drs. 18/25825, S. 7 ff.; zu den Kriterien, die die Schwere solcher Maßnahmen bestimmen, Löffelmann/Zöller, Rn. B.79 m.w.N.

⁷⁰ BVerfGE 162, 1 (126 ff. Rn. 275 ff.); *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 (99 f. Rn. 100 ff.).

⁷¹ BVerfGE 141, 220 (277 f. Rn. 123 f.); 162, 1 (126 f. Rn. 275, 278).

⁷² BVerfGE 141, 220 (278 f. Rn. 126); 162, 1 (127 Rn. 277); *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 108 ff.

⁷³ BVerfGE 161, 1 (127 Rn. 277).

⁷⁴ Zöller, in: Zöller/Esler/Voigt/Gerson/Niedernhuber (Hrsg.), Sicherheitsgesetzgebung und Überwachungsgesamtrechnung, 2023, S. 249 (257 f.); Gercke, in: HK-StPO, 7. Aufl. (2023), § 100d Rn. 3 m.w.N.

⁷⁵ Mit dieser Forderung BVerfGE 162, 1 (137 f. Rn. 305).

⁷⁶ *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 119.

⁷⁷ Vgl. *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 123.

nenbezogenen Daten aus diesen Maßnahmen unverzüglich der richterlichen Entscheidung über die Verwertbarkeit zuzuführen sind, sofern sie nicht ohne inhaltliche Kenntnissnahme unmittelbar nach Erhebung gelöscht wurden. Damit normiert das Gesetz – etwas kryptisch und versteckt – die vom *BVerfG* für diese besonders intensiven Eingriffe geforderte⁷⁸ unabhängige Vorabkontrolle auf Kernbereichsrelevanz.⁷⁹

Für den Einsatz von V-Personen sowie Verdeckten Mitarbeitern ist eine vollumfängliche unabhängige Kernbereichskontrolle aber grundsätzlich nicht erforderlich.⁸⁰ Deshalb bleibt es hier bei der allgemeinen Regelung aus Art. 8a Abs. 1 S. 5 BayVSG, nach der lediglich bei *Zweifeln über die Tangierung des Kernbereichs eine richterliche Entscheidung* über die Verwertbarkeit herbeizuführen ist. Die Vertrauensleute oder Verdeckten Mitarbeiter haben aber jeweils selbstständig die Voraussetzungen der Unterbrechung zu prüfen und gegebenenfalls für eine Einhaltung der Lösch- und Dokumentationspflichten zu sorgen (Art. 18 Abs. 1 S. 6 BayVSG, ggf. i.V.m. Art. 19 Abs. 1 S. 1 BayVSG). Außerdem ist in Art. 19 Abs. 3 BayVSG vorgesehen, dass Informationen von Vertrauenspersonen erst verarbeitet werden dürfen, wenn zuvor ihre Verwertbarkeit geprüft wurde. Damit ist *keine unabhängige Kontrolle* gemeint, sondern der bayerische Gesetzgeber versucht augenscheinlich, die Vorgaben des *BVerfG* umzusetzen, wonach der V-Person-Führer die Daten noch einmal selbst auf Kernbereichsrelevanz zu prüfen hat, bevor sie der restlichen Behörde zugänglich gemacht werden.⁸¹ Trotz der Formulierung im Passiv wird die Regelung wohl in diesem Sinne auszulegen sein und hat damit durchaus mehr als eine deklaratorische Wirkung.⁸²

4. Schutz der Daten Minderjähriger

Regelmäßig kommt es auch vor, dass *Minderjährige* in den Fokus der Verfassungsschutzbehörden rücken und sich so die Frage stellt, welche Besonderheiten zu beachten sind, wenn sie von Datenverarbeitungsmaßnahmen des Landesamtes betroffen sind. Art. 5 Abs. 1 S. 3 BayVSG normiert lediglich, dass die Daten Minderjähriger zu *kennzeichnen* und besonders *gegen unbefugten Zugriff zu sichern* sind. In Art. 21 Abs. 1 S. 2 BayVSG findet sich zudem ein Verweis auf § 63 Abs. 1 BZRG, wonach die Daten grundsätzlich mit Vollendung des 24. Lebensjahres gelöscht werden müssen. Außerdem schreibt das Gesetz eine regelmäßige Prüfung vor, ob Daten zu berichtigen oder zu löschen sind, wobei es für Minderjüngendaten eine Halbierung der entsprechenden Prüffrist auf zwei Jahre vorsieht (Art. 21 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 BayVSG). Damit ist der *Schutz der Daten Minderjähriger* auch nach der Reform *unzureichend* ausgestaltet.⁸³ Die bayerischen

Regelungen bleiben weit hinter denen des Bundes zurück, wo in §§ 11, 24 BVerfSchG ein nach Alter und Art der Speicherung oder Übermittlungsziel abgestuftes Schutzkonzept vorgesehen ist.⁸⁴ Bereits mit der Novelle des BayVSG im Jahr 2016 hatte der bayerische Gesetzgeber bedauerlicherweise eine zuvor auch in Bayern geltende, ähnlich differenzierende Ausgestaltung⁸⁵ aufgegeben und durch die zuvor genannte pauschale Regelung ersetzt.⁸⁶ Trotz der Anregung, zum alten Rechtszustand zurückzukehren⁸⁷ verzichtet das neue BayVSG überdies weiterhin auf verkürzte Löschfristen. Die Kombination aus der nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayVSG grundsätzlich 15-jährigen Speicherdauer und dem sachlich eher unpassenden Verweis auf das BZRG wird der besonderen Schutzbedürftigkeit Minderjähriger jedenfalls nicht gerecht.⁸⁸ Schließlich ist der Verweis auf das Bundeszentralregister schon deshalb problematisch, weil dort in der Regel nur rechtskräftige Verurteilungen und keine „weichen Tatsachen“ wie verfassungsfeindliche Aktivitäten eingetragen werden.

Minderjährige sind als natürliche Personen unabhängig von ihrem Alter Träger des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.⁸⁹ Die besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit von Informationseingriffen ergibt sich bei ihnen daraus, dass sie in ihrer *Persönlichkeit noch nicht ausgereift* sind und die Tragweite ihrer Handlungen altersbedingt regelmäßig nicht überblicken können⁹⁰. In der Folge können sie beispielsweise leichter in die Fänge von Extremisten geraten. Zudem begründet Art. 24 GRCh einen besonderen Schutzanspruch von Kindern. Daraus folgt, dass personenbezogene Daten von Minderjährigen zwar grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen gespeichert werden können, es müssen aber aus Gründen des Schutzes der Persönlichkeitsentwicklung verkürzte Löschfristen gelten.⁹¹ Das Erfordernis, Daten Minderjähriger im Vergleich zu Daten Erwachsener früher zu löschen, verfolgt dabei den gewichtigen Zweck, ein „Mitschleppen von Jugendsünden“ zu verhindern und auf Resozialisierung hinzuwirken.⁹² Im Vergleich zu den jüngst ebenfalls reformierten Nachrichtendienstgesetzen auf Bundesebene (vgl. §§ 24, 25 Abs. 5 BVerfSchG, §§ 9f, 9g BNDG) trägt das neue BayVSG dem nicht hinreichend Rechnung.

IV. Datenübermittlung durch das Landesamt

Die Vorschriften zur Datenübermittlung durch das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz finden sich nun in Art. 24 bis 28 BayVSG. Die praktisch bedeutsamste Norm dürfte dabei Art. 25 BayVSG sein, der die Übermittlung *personenbezogener Daten* durch das Landesamt

⁷⁸ BVerfGE 109, 279 (333 f.); 141, 220 (301 Rn. 200, 307 Rn. 220); 162, 1 (129 Rn. 282, 130 Rn. 286).

⁷⁹ LT-Drs. 18/29057, S. 25.

⁸⁰ *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 117 ff.

⁸¹ *BVerfG*, BeckRS 2022, 41609 Rn. 118.

⁸² A.A. LT-Drs. 18/29057, S. 36.

⁸³ Vgl. *Petri*, GSZ 2022, 137 (144) zum BayVSG a.F.

⁸⁴ Ausf. dazu *Zöllner* (Fn. 43), S. 13 f.

⁸⁵ Art. 7 Abs. 2 S. 3 und 4 BayVSG a.F.

⁸⁶ Zur Begründung LT-Drs. 17/10014, S. 45.

⁸⁷ *Zöllner* (Fn. 43), S. 14 f.

⁸⁸ *Zöllner* (Fn. 43), S. 14 f.

⁸⁹ Statt vieler *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 2 Rn. 56; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 2 Abs. 1 Rn. 223.

⁹⁰ *Bock*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. (2019), § 24 BVerfSchG Rn. 1; *Dieterle*, in: BeckOK-Polizei- und Sicherheitsrecht, 23. Ed. (Stand 15.4.2023), Art. 21 BayVSG Rn. 12; *Zöllner* (Fn. 43), S. 13.

⁹¹ *Zöllner* (Fn. 43), S. 13.

⁹² Vgl. BT-Drs. 11/4306, S. 62; LT-Drs. 17/10014, S. 45.

im Inland an öffentliche oder nicht-öffentliche Stellen betrifft. Diese Norm hat im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens durch die hierzu gehörten Sachverständigen nicht unerhebliche Kritik erfahren und wurde infolge dessen im Laufe des parlamentarischen Beratungsverfahrens im Vergleich zum ursprünglichen Vorschlag der Bayerischen Staatsregierung noch einmal deutlich verändert.⁹³ Die Übermittlung *nicht personenbezogener Daten* soll sich demgegenüber nach der allgemeinen Datenverarbeitungsbefugnis aus Art. 5 BayVSG richten.⁹⁴

1. Übermittlung an öffentliche Stellen zur Gefahrenabwehr

Zulässig ist eine Übermittlung an öffentliche Stellen nach Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG zunächst zur Abwehr einer konkretisierten Gefahr für ein Verfassungsschutzgut aus Art. 3 S. 1 BayVSG, für Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse geboten ist. Dieser Rechtsgüterkatalog geht zwar über diejenigen Güter hinaus, welche das *BVerfG* explizit als besonders gewichtig benennt,⁹⁵ dürfte aber die Grenze der Verfassungswidrigkeit noch nicht überschreiten⁹⁶. Ähnliches gilt auch für die Übermittlungsschwelle selbst. Allerdings hat es der bayerische Gesetzgeber auch in diesem Kontext versäumt, die konkretisierte Gefahr durch einen Zusatz wie „zumindest“ oder „mindestens“ als absolute Untergrenze für Datenübermittlungen zu Gefahrenabwehr auszuweisen.⁹⁷ Auch eine Legaldefinition der konkretisierten Gefahr fehlt im Gegensatz zum neuen § 19 Abs. 2 BVerfSchG.

2. Übermittlung an öffentliche Stellen zur Strafverfolgung

Eine Übermittlung an öffentliche Stellen ist auch dann möglich, wenn dies erforderlich *ist zur Verfolgung einer besonders schweren Straftat*, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht einer solchen begründen (Art. 25 Abs. 1 Nr. 2 BayVSG). Mit diesem Erfordernis des Vorliegens „*bestimmter Tatsachen*“ ist gemeint, dass konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für einen strafprozessualen Anfangsverdacht bestehen müssen.⁹⁸ Das steht insoweit in Einklang mit den Vorgaben des *BVerfG*.⁹⁹

a) Begriff der besonders schweren Straftaten

Bezugspunkt des konkretisierten Anfangsverdachts ist der Begriff der *besonders schweren Straftat*, wie er in Art. 4 Abs. 3 Nr. 2 BayVSG legaldefiniert ist. Diese Norm beruht wiederum auf einem *dualistischen Konzept*.¹⁰⁰ Es rekurriert zum einen auf die Rechtsgüter, gegen die sich die

Straftat richtet. Zum anderen findet aber auch das für das jeweilige Delikt abstrakt angedrohte Höchstmaß der Freiheitsstrafe Eingang in die Definition, wobei eine geringere Höchststrafe teilweise durch einen konkretisierten Begehungsbezug ausgeglichen werden kann. Nach der gesetzlichen Konzeption müssen alle besonders schweren Straftaten gegen ein Verfassungsschutzgut (Art. 3 S. 1 BayVSG), Leib, Leben oder Freiheit von Personen oder gegen Sachen, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse liegt, gerichtet sein. Eine hiergegen gerichtete Tat ist dann besonders schwer, wenn sie entweder mit einer Höchststrafe von mindestens zehn Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 4 Abs. 3 Nr. 2 lit. a BayVSG) oder eine Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe aufweist und im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder in Ausführung einer beobachtungsbedürftigen Tätigkeit begangen wird.

Damit wird das Gesetz den Anforderungen nicht gerecht, die das *BVerfG* noch zum Begriff der besonders schweren Straftat aus Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG aufstellte, also für die akustische Wohnraumüberwachung. Hier forderte es eine Höchststrafe von *mehr* als fünf Jahren Freiheitsstrafe.¹⁰¹ Betrachtet man aber den Aufgabenbereich des Landesamts für Verfassungsschutz, dann wird klar, dass es dabei nicht für den Bereich der gesamten nachrichtendienstlichen Übermittlung bleiben kann. Vor allem in der Spionageabwehr fallen regelmäßig Erkenntnisse an, die für die Verfolgung von Staatsschutzdelikten zentrale Bedeutung haben, deren Strafraumen aber nicht immer über fünf Jahre Freiheitsstrafe hinausreicht. Das gilt z.B. prominent für den einfachen Fall der Geheimdienstlichen Agententätigkeit (§ 99 Abs. 1 StGB). Eine verfassungsschutzspezifische Ausgestaltung des Begriffs der besonders schweren Straftaten erscheint deshalb im Ergebnis durchaus vertretbar.¹⁰²

Allerdings fordert das *BVerfG*, dass Übermittlungen durch eine Verfassungsschutzbehörde stets dem Schutz eines besonders wichtigen Rechtsguts¹⁰³ bzw. herausragenden öffentlichen Interesses¹⁰⁴ dienen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Ausgestaltung des neuen Art. 25 Abs. 1 S. 2 BayVSG *zu weit* geraten. Durch die vom Landesgesetzgeber gewählte Mischlösung gelten nun auch Straftaten aus dem Bereich der einfachen und mittleren Kriminalität, wie einfache Körperverletzungen (§ 223 Abs. 1 StGB), Diebstähle (§ 242 Abs. 1 StGB) oder Betrugstaten (§ 263 Abs. 1 StGB), als besonders schwere Straftaten, wenn diese nur im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer beobachtungsbedürftigen Bestrebung begangen werden.¹⁰⁵ Dies gilt insbesondere, da ein solcher Zusammenhang von Seiten des Landesamtes regelmäßig

⁹³ Vgl. LT-Drs. 18/29057, S. 38 ff.

⁹⁴ LT-Drs. 18/29057, S. 38.

⁹⁵ BVerfGE 162, 1 (115 Rn. 243); 163, 43 (92 Rn. 130).

⁹⁶ Vgl. *Löffelmann*, JR 2023, 195 (204).

⁹⁷ BVerfGE 162, 1 (115 ff.); 163, 43 (93 ff. Rn. 132 ff.); *Zöllner* (Fn. 43), S. 8.

⁹⁸ BVerfGE 154, 152 (270 Rn. 222); 156, 11 (56 Rn. 120); 162, 1 (118 Rn. 252); 163, 43 (95 Rn. 137); vgl. auch BT-Drs. 20/9345, S. 27.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 162, 1 (118 Rn. 252); 163, 43 (95 Rn. 137).

¹⁰⁰ *Schach*, in: Dietrich/Gärditz (Hrsg.), Spionageabwehr und Sabotageschutz, 2024 (i. Ersch.).

¹⁰¹ BVerfGE 109, 279 (347 f.).

¹⁰² Zum Ganzen *Löffelmann*, JR 2022, 433 (439 f.); *Gärditz*, GSZ 2022, 161 (168 f.); *Unterreitmeier*, GSZ 2023, 34 (39 f.); *Schach* (Fn. 100); ferner LT-Drs. 18/29057, S. 21 f. m.w.N. zu den Sachverständigen.

¹⁰³ BVerfGE 162, 1 (111 Rn. 236); 163, 43 (91 Rn. 125).

¹⁰⁴ BVerfGE 162, 1 (118 Rn. 250); 163, 43 (95 Rn. 136).

¹⁰⁵ A.A. *Unterreitmeier*, GSZ 2023, 34 (39).

ungeprüft durch unabhängige Dritte unterstellt werden kann, um eine Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden erst einmal zu ermöglichen.¹⁰⁶ Jedenfalls die Nutzung solcher personenbezogener Informationen aus dem Verfassungsschutzkontext als *Spurenansatz für weitere Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden* steht dann als Option regelmäßig offen.

b) Weitere Probleme repressiver Übermittlung

Eine verfassungsschutzspezifische Ausgestaltung der besonders schweren Straftaten ist zu Recht nicht vorgesehen, wenn Daten aus einer Wohnraumüberwachung oder einer Online-Durchsuchung betroffen sind. Im Übrigen sind hier auch die Anforderungen an die präventive Übermittlung verschärft. Nach Art. 25 Abs. 6 S. 3 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 S. 4, 5 und Art. 10 Abs. 1 S. 3 BayVSG ist hier die Übermittlung nur zur Verfolgung einer Straftat im Sinne des § 100b StPO, ggf. i.V.m. § 100c StPO zulässig. Verwiesen wird also auf die strafprozessualen Anforderungen der entsprechenden Maßnahmen.¹⁰⁷ Eine vergleichbare Regelung findet sich nunmehr auch in § 21 Abs. 3 BVerfSchG und § 11a Abs. 2 BNDG. Der Sache nach wird auf diese Weise dem Prinzip der *hypothetischen Datenneuerhebung* Rechnung getragen. Schließlich ist im Strafverfahren vor dem Hintergrund von Art. 13 Abs. 3 GG („akustische Überwachung“) die Anfertigung von Bildaufnahmen aus Wohnungen zu Ermittlungszwecken de lege lata ausgeschlossen. Zudem sind die Straftaten, zu deren Aufklärung auf solche Maßnahmen zurückgegriffen werden kann, durch einen eigenständigen Katalog umgrenzt.

Darüber hinaus existiert mit Blick auf den Rechtsgüter-schutz ein *Unterschied zwischen der Übermittlung zu präventiven und derjenigen zu repressiven Zwecken*, die sich letztlich mit Blick auf die grundrechtlichen Schutzpflichten legitimieren lässt. Erstere ist unter anderem zum Schutz der Gesundheit oder sexuellen Selbstbestimmung möglich (Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Alt. 3, 5 BayVSG), nicht aber die Strafverfolgungsübermittlung (Art. 25 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 Nr. 1 lit. a BayVSG). Da die Polizeibehörden jedoch eine Pflicht aus dem Legalitätsprinzip zur Verfolgung der in den übermittelten Sachverhalten regelmäßig enthaltenen Straftaten trifft (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 S. 1 StPO)¹⁰⁸, kommt es faktisch auch im Anschluss an Übermittlungen zu Gefahrenabwehrzwecken zur Strafverfolgung.¹⁰⁹

Darüber hinaus sieht Art. 28 BayVSG *Übermittlungsverbote* vor, die für alle Übermittlungstatbestände des Gesetzes gelten. Die Norm entspricht weitgehend § 23 BVerfSchG, weicht aber vor allem in einem entscheidenden Punkt ab. Die überwiegenden Sicherheitsinteressen aus Art. 28 Abs. 1 Nr. 2 BayVSG können nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BayVSG nämlich grundsätzlich nicht vorliegen, wenn die Übermittlung zur Verfolgung einer besonders

schweren Straftat erforderlich ist. Von vornherein darf aber nur zur Verfolgung einer besonders schweren Straftat übermittelt werden. Einer Strafverfolgungsübermittlung können daher nie beispielsweise Erfordernisse des Quellenschutzes oder des Schutzes operativer Maßnahmen entgegengehalten werden. Eine Ausnahme bildet insoweit lediglich die unmittelbare Gefährdung von Leib oder Leben. Angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes kann das auch nicht durch das Übermittlungsermessen aus Art. 25 BayVSG umgangen werden.¹¹⁰

3. Übermittlung an öffentliche Stellen zu sonstigen Zwecken

Art. 25 Abs. 2 BayVSG regelt die Übermittlung an öffentliche Stellen zu einer Vielzahl von weiteren Zwecken. Hierfür sind weder das Vorliegen einer zumindest konkretisierten Gefahr noch ein durch bestimmte Tatsachen konkretisierter Anfangsverdacht erforderlich.

a) Regelungskonzept von Art. 25 Abs. 2 BayVSG

Die Vorschrift erklärt zunächst eine Weitergabe der Daten zum Zwecke eines Vereinsverbots nach § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG, einer Entscheidung zur Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 S. 2 GG oder eines Verfahrens zum Parteiverbot oder zum Ausschluss von der Parteienfinanzierung nach Art. 21 Abs. 4 GG für zulässig (Art. 25 Abs. 2 Nr. 1 BayVSG). Voraussetzung ist lediglich, dass dies dem Schutz eines derjenigen Rechtsgüter dient, zu denen auch eine Übermittlung zur Gefahrenabwehr möglich wäre und zum angestrebten Zweck erforderlich ist. In gleicher Weise wird die Übermittlung zur Strafvollstreckung, zum Vollzug von Straf-, Untersuchungs- und Sicherungsverwahrungshaft oder Jugendarrest sowie zu Zwecken eines Gnadenverfahrens privilegiert (Art. 25 Abs. 2 Nr. 2 BayVSG).

Daneben ermöglicht das Gesetz eine Weitergabe an *öffentliche Stellen* zu einer unbegrenzten Vielzahl an sonstigen Zwecken. Voraussetzung hierfür ist, dass die Übermittlung zur Erfüllung eigener Aufgaben des Landesamts oder von Aufgaben des Datenempfängers dient und eine Verwendung der Daten für Maßnahmen, die unmittelbar mit Zwangswirkung vollzogen werden, ausgeschlossen ist (Art. 25 Abs. 2 Nr. 3 BayVSG).

b) Relevanz operativer Befugnisse

Hintergrund der Regelung des Art. 25 Abs. 2 BayVSG ist, dass das *BVerfG* in seinem Urteil zum BayVSG vom 26. April 2022 in Bezug auf die Übermittlung an inländische Behörden nur explizit auf die Übermittlung an Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsbehörden eingegangen ist. Für sonstige Zwecke hat der *Erste Senat* nur festgestellt, dass nach dem Kriterium der *hypothetischen Datenneuerhebung* auch hier die Datenweitergabe dem

¹⁰⁶ So Zöllner (Fn. 43), S. 6 zur in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayModVSG-E vorgesehenen Abhängigkeit von Tätermotiven.

¹⁰⁷ Insoweit im Einklang mit der Empfehlung von Zöllner (Fn. 43), S. 7; näher Schach (Fn. 100).

¹⁰⁸ Zur Verfolgungspflicht Zöllner, in: HK-StPO, 7. Aufl. (2023), § 163 Rn. 1, 6 ff.

¹⁰⁹ So zur Übermittlung bei Vereinsverbots-sachverhalten auch Unterreitmeier, GSZ 2023, 34 (37).

¹¹⁰ Ausf. zum Ganzen Schach (Fn. 100).

Schutz eines Rechtsguts von besonderem Gewicht dienen müsse. Die maßgebliche Eingriffsschwelle könne aber abgesenkt werden, wenn die empfangende Stelle keine operativen Befugnisse habe.¹¹¹ Was operative Befugnisse genau ausmacht, haben die Karlsruher Richter jedoch nicht definiert, sodass der Gehalt dieses Begriffs umstritten ist.¹¹² Das BayVSG in der nun in Kraft getretenen Version verzichtet deshalb gänzlich auf dessen Verwendung.¹¹³

Gesetzestechisch kann man eine Definition des Begriffs zwar umgehen, materiell aber nicht – zumindest nicht, soweit das BayVSG die verfassungsrechtlichen Spielräume umfassend nutzen will. Für die inhaltliche Bewertung der Übermittlungsnormen spielt er dann nämlich weiterhin eine Rolle. Richtigerweise wird man unter *operativen Befugnissen* solche zu verstehen haben, „mit denen behördliche Aufgaben der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung unmittelbar erfüllt und notfalls mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt werden können.“¹¹⁴

c) Folgeprobleme

Auf dieser Basis bleibt bestenfalls unklar, ob beispielsweise die Privilegierung einer Übermittlung zum Zwecke eines Vereinsverbots verhältnismäßig ist. Die Verbotsbehörden haben nach § 4 VereinsG diverse Ermittlungsbefugnisse, die teilweise strafprozessualen Befugnissen entsprechen. Sie können so unter anderem Beschlagnahmen vornehmen, die als typisches Beispiel für eine operative Befugnis gelten können.¹¹⁵ Problematisch erscheint die pauschale Begründung des Gesetzgebers, ein zu verbietender Verein stelle stets eine konkretisierte Gefahr für die Verfassungsschutzgüter dar.¹¹⁶ Die Verbotsgründe aus § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG umfassen auch die bloße Strafwidrigkeit des Vereins.

Art. 25 Abs. 2 Nr. 3 BayVSG nutzt hingegen letztlich die obige, weite Definition, indem dort die Nutzung „für Maßnahmen, die unmittelbar mit Zwangswirkung vollzogen werden“ ausgeschlossen sein muss.¹¹⁷ Das ist im Grundsatz zu begrüßen. Allerdings soll ein Ausschluss unmittelbarer Zwangsmaßnahmen nicht nur dann gegeben sein, wenn die Empfangsbehörde generell über solche rechtlich nicht verfügt. Vielmehr entspricht es der Konzeption des Gesetzes, dass ein hinreichender Ausschluss auch vorliegen soll, wenn der Empfänger solche Befugnisse aufgrund der Verwendungsbeschränkungsregelung aus Art. 25 Abs. 5 S. 1 BayVSG nicht einsetzen können soll.¹¹⁸ Das wiederum erscheint aus *kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten* äußerst problematisch, soweit als Daten-

empfänger Behörden anderer Länder oder des Bundes betroffen sind und die jeweiligen Gesetzgeber keine Öffnungsklauseln vorgesehen haben.¹¹⁹ Konsequenterweise hat deshalb auch der Bundesgesetzgeber in den jüngst reformierten Datenübermittlungsregelungen der Nachrichtendienste im BVerfSchG, BNDG und MADG auf das verfassungsrechtlich zweifelhafte und praktisch kaum kontrollierbare Konzept verzichtet, Übermittlungsbefugnisse durch Zweckbindungsvorgaben hinsichtlich der übermittelten Informationen an die Datenempfänger weiter auszudehnen. Außerdem bleibt im Rahmen des Art. 25 Abs. 2 Nr. 3 BayVSG fraglich, wann z.B. das Ordenswesen dem Schutz der Verfassungsschutzgüter, von Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung einer Person oder von Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse geboten ist, dienen soll.

Auf die Regelung einer echten Übermittlungsschwelle wurde im gesamten Art. 25 Abs. 2 BayVSG verzichtet. Das soll angeblich der besseren Lesbarkeit der Vorschrift dienen, denn die Vorschrift sei aufgrund der Rechtsprechung des *BVerfG* hochkomplex. Die Schwelle ergebe sich ohnehin aus dem Merkmal der „Erforderlichkeit“.¹²⁰ Das kann als Begründung kaum überzeugen und ist außerdem von gesetzlicher Bestimmtheit und Anwenderfreundlichkeit weit entfernt. Auch der pauschale Verweis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 28 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG¹²¹ hilft nicht weiter. Das *BVerfG* hat klargestellt, dass allgemeine Verhältnismäßigkeitsvorbehalte den Anforderungen an Normenklarheit und -bestimmtheit nicht gerecht werden.¹²²

4. Übermittlung von Daten, die nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben wurden oder allgemein zugänglich sind

Art. 25 Abs. 3 BayVSG stellt klar, dass die strengen Anforderungen zur Übermittlung personenbezogener Daten an öffentliche Stellen aus den Absätzen 1 und 2 der Norm nur gelten, wenn die Daten *mit – in Art. 8 Abs. 2 BayVSG nicht abschließend definierten, sondern weitgehend in einer Dienstvorschrift „versteckten“ – nachrichtendienstlichen Mitteln* erhoben wurden oder nicht allgemein zugänglich sind. Ansonsten ist die Übermittlung schon zulässig, wenn dies zur Erfüllung eigener Aufgaben des Landesamts oder von Aufgaben des Empfängers erforderlich ist. Die Regelung geht insofern über Art. 25 Abs. 2 Nr. 3 BayVSG hinaus, als sie einen Ausschluss operativer Befugnisse nicht voraussetzt und keinen konkreten Rechtsgutsbezug aufweist. Das wird den einschlägigen

¹¹¹ BVerfGE 162, 1 (119 ff. Rn. 254 ff.).

¹¹² S. dazu Zöller (Fn. 43) S. 7 f.; ausf. zum Begriff *Unterreitmeier*, GSZ 2023, 34 (34 ff.); vgl. auch Gärditz, GSZ 2022, 161 (166); krit. Löffelmann, JR 2022, 433 (436); Müller/Schwabenbauer, GSZ 2023, 1 (5).

¹¹³ LT-Drs. 18/29057, S. 38, 43 m.w.N.

¹¹⁴ Zöller (Fn. 43), S. 8.

¹¹⁵ Insoweit auch LT-Drs. 17/29057, S. 41; *Unterreitmeier*, GSZ 2023, 34 (37); zu Beispielen für operative Befugnisse Zöller (Fn. 43), S. 7; vgl. zum Problem ferner Löffelmann, JR 2023, 195 (202); *Aicher/Unterreitmeier*, BayVBl. 2023, 617 (624).

¹¹⁶ LT-Drs. 18/29057, S. 41; Entwicklung dieser Begründung bei *Unterreitmeier*, GSZ 2023, 34 (37 f.).

¹¹⁷ LT-Drs. 18/29057, S. 43.

¹¹⁸ LT-Drs. 18/29057, S. 43.

¹¹⁹ Zöller (Fn. 43), S. 18; für bundesgesetzliche Regelung der Verwendungsbeschränkung aufgrund des bundesrechtlichen Legalitätsprinzips *Bund-Länder-AG*, Abschlussbericht, S. 7, online abrufbar unter: www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2022/abschlussbericht-bund-laender-ag.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 16.1.2024).

¹²⁰ LT-Drs. 18/29057, S. 41.

¹²¹ LT-Drs. 18/29057, S. 43.

¹²² BVerfGE 162, 1 (164 Rn. 367).

verfassungsgerichtlichen Vorgaben nicht gerecht. Das *BVerfG* hat gerade nicht ausgeführt, dass die Übermittlung von nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen personenbezogenen Informationen generell an geringere Voraussetzungen gebunden werden kann. Es hat vielmehr umgekehrt bei der Übermittlung von Informationen, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnen wurden, das zusätzliche Erfordernis des hypothetischen Ersatzeingriffs aufgestellt.¹²³

5. Übermittlung an nicht-öffentliche Stellen

Art. 25 Abs. 4 BayVSG regelt die Datenübermittlung an *nicht-öffentliche Stellen*. Dies setzt immer den Schutz eines Rechtsguts aus Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG voraus, also eines solchen, zu dessen Schutz auch eine Gefahrenabwehrübermittlung möglich wäre. Zudem darf sie nur vorgenommen werden, wenn dies erforderlich ist, entweder zur Verhütung oder Beseitigung sonstiger erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl (Art. 25 Abs. 4 Nr. 1 lit. a BayVSG) oder zur Wahrung schutzwürdiger Interessen des Empfängers, wenn der Betroffene kein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat (Art. 25 Abs. 4 Nr. 1 lit. b BayVSG). Zudem muss das Staatsministerium des Innern der Übermittlung zugestimmt haben, was aber auch antizipiert für eine Mehrzahl von Fällen erfolgen kann (Art. 25 Abs. 4 Nr. 2 BayVSG). Das *BVerfG* hat sich nicht explizit zu den Anforderungen der Informationsweitergabe an private Stellen geäußert. Doch wird man ein Bedürfnis danach nicht *per se* verneinen können. Zu denken ist etwa an den Schutz kritischer Infrastruktur.¹²⁴ Dennoch kann die bayerische Regelung nicht überzeugen. Das liegt schon an der massiven *Kumulation* bereits für sich genommen *unbestimmter Begriffe*: sonstiger erheblicher Nachteil, Gemeinwohl, Verhütung, schutzwürdige Interessen des Empfängers und schutzwürdige Interessen des Betroffenen. Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass eine Stelle jenseits des Landesamtes der Übermittlung an Private zustimmen muss. Warum allerdings das Bayerische Staatsministerium des Innern als oberste Dienstbehörde ohne gesetzlich festgelegte Kriterien in diese operative Entscheidung eingeschaltet werden muss, bleibt unklar. Im Übrigen bleibt auch die inhaltliche Frage offen, was einen erheblichen Nachteil von einem *sonstigen* erheblichen Nachteil unterscheiden soll. Bei der Übermittlung von personenbezogenen Daten an private Stellen ist sachlich eine besondere Zurückhaltung geboten. Private sind rechtlich nicht an gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzungen gebunden und faktisch auch im Umgang mit Vertretern der Dienste nicht geübt und infolgedessen leicht überfordert. Überzeugender ist deshalb der diesbezügliche Ansatz des Bundesgesetzgebers. In den neuen

§ 22a BVerfSchG, § 11c BNDG wird der *Grundsatz* aufgestellt, dass die *Übermittlung personenbezogener Daten an inländische nichtöffentliche Stellen unzulässig* ist. Von diesem Grundsatz werden dann in einem abschließenden und eng begrenzten Katalog *Ausnahmen* zugelassen, etwa beim Schutz der Infrastruktur, des Kindeswohls oder von Präventions-, Ausstiegs- oder Deradikalisierungsprojekten (§ 22a Nr. 3 lit a, e, f BVerfSchG).

6. Übermittlung an ausländische oder über- und zwischenstaatliche Stellen

Art. 26 Abs. 1 BayVSG regelt schließlich die Übermittlung personenbezogener Daten an *ausländische, über- und zwischenstaatliche Stellen*. Hierfür gelten die Voraussetzungen des Art. 25 BayVSG entsprechend. Daher ist eine Übermittlung nur dann möglich, wenn sie dem Schutz eines Rechtsguts von herausragendem öffentlichen Interesse dient und auch dieselben Übermittlungsschwellen wie im Inland eingehalten werden.¹²⁵ Davon ungeachtet erlangen deshalb auch bei Art. 26 BayVSG die zuvor genannten Kritikpunkte im Rahmen der Übermittlung an inländische Stellen Geltung.

Eine Übermittlung ins Ausland ist *ausgeschlossen*, wenn auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland entgegenstehen (Art. 26 Abs. 2 Nr. 1 BayVSG) oder ein datenschutzrechtlich angemessener und ein die elementaren Menschenrechte wahrender Umgang mit den Daten beim Empfänger nicht hinreichend gesichert ist (Art. 26 Abs. 2 Nr. 2 BayVSG). Insbesondere hinsichtlich des letztgenannten Ausschlussgrundes hat der bayerische Gesetzgeber nahezu wortgleich und damit zumindest inhaltlich nicht kritikwürdig die einschlägigen Vorgaben des *BVerfG* in das einfache Recht überführt.¹²⁶ Allerdings müssen im Einzelfall stets die jeweils bestehenden Besonderheiten der ausländischen Rechtsordnung, die eine Abweichung vom nationalen Recht nicht generell verbieten, berücksichtigt werden.¹²⁷ Immer unzulässig ist jedoch die Datenübermittlung beispielsweise zum Zwecke der politischen Verfolgung.¹²⁸

Die vom *BVerfG* statuierte Anforderung einer „Vergewisserung“ der Einhaltung dieser Standards durch die Bundesrepublik¹²⁹ wird formal durch das dem Landesamt vorbehaltene Auskunftsrecht bezüglich der Datenweiterverarbeitung durch den Empfänger gewahrt. Unabhängig davon gilt zudem nach Art. 26 Abs. 3 BayVSG das Zustimmungserfordernis des Landesamtes für Datenübermittlungen durch den nicht-inländischen Empfänger an Dritte¹³⁰, das gerade nicht das Verhältnis zwischen dem Landesamt und den nicht-inländischen Stellen betrifft.

¹²³ BVerfGE 162, 1 (108 f. Rn. 231 ff.).

¹²⁴ Bock, in: Schenke/Graulich/Ruthig, 2. Aufl. (2019) § 19 BVerfSchG Rn. 36.

¹²⁵ BVerfGE 162, 1 (121 f. Rn. 261).

¹²⁶ BVerfGE 162, 1 (121 f. Rn. 260, 264 f.); zuvor bereits BVerfGE 141, 220 (344 Rn. 332 ff.).

¹²⁷ BVerfGE 162, 1 (121 f. Rn. 266); ebenso bereits zur Beurteilung der ausländischen Eingriffsschwellen im Rahmen der hypothetischen Datenneuerhebung: BVerfGE 162, 1 (121 f. Rn. 263).

¹²⁸ BVerfGE 162, 1 (124 Rn. 268); LT-Drs. 18/29057, S. 46 nennt zudem das Verbot von Folter als absolute Grenze des zulässigen Übermittlungszwecks.

¹²⁹ BVerfGE 162, 1 (122, 124 Rn. 264, 269).

¹³⁰ Damit soll die „Third Party Rule“ als anerkannte Regelung im Bereich der internationalen Kommunikation im Sicherheits- und Nachrichtendienstrecht umgesetzt werden, LT-Drs. 18/29057, S. 46 f.

V. Fazit und Ausblick

Die jüngste Reform des BayVSG, die hier nur ausschnittsweise dargestellt werden konnte, ist nach alledem von wenig Licht und viel Schatten geprägt. Die Aufgabe, ein modernes und verfassungskonformes Nachrichtendienstrecht zu schaffen, welches das Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit auch in Zeiten verschärfter Bedrohungslagen und zunehmender technischer Eingriffsmöglichkeiten in einen angemessenen Ausgleich bringt,¹³¹ hat der bayerische Gesetzgeber nur teilweise erfüllt. Zu groß war bei der Reform des BayVSG im Jahr 2023 das Bestreben, Wege an den als zu eng empfundenen Vorgaben des *BVerfG* vorbei zu finden, um ein Höchstmaß an Flexibilität für das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz zu bewahren. Das Risiko, dass auch Teile dieser gesetzlichen Neuregelung erneut keinen Bestand vor den Schran-

ken des *BVerfG* haben könnten, wurde dabei erkennbar in Kauf genommen. Insbesondere die Datenübermittlungsvorschriften sind teilweise deutlich zu weit geraten, wie auch der Vergleich mit den jüngst reformierten Bestimmungen hierzu im *BVerfSchG* und im *BNDG* zeigt. Teilweise erscheint es auch, etwa bei der intransparenten und teilweise schlicht unverständlichen Ausgestaltung des dreistufigen Konzepts zur Beobachtungsbedürftigkeit, bewusst unpraktikabel formuliert, um dem Landesamt im Dickicht unklarer Eingriffsbefugnisse ein Maximum an Handlungsspielraum zu gewähren. Das neue BayVSG ist damit weder hinsichtlich der gewählten Herangehensweise im Gesetzgebungsverfahren noch bezüglich der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung ein umfassend brauchbares Vorbild für laufende oder künftige Reformen der Sicherheitsgesetze auf Landes- oder Bundesebene.

¹³¹ Vgl. *Ogorek*, NJW 2022, 1570 (1572).

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Verwirklichung des Qualifikationstatbestands des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen

BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22

Gründe:

¹ Das LG hat den Angeklagten K. wegen schwerer Zwangsprostitution, Vergewaltigung, versuchter Vergewaltigung, versuchter sexueller Nötigung und gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Die Angeklagten Kr. und H. hat es jeweils wegen Beihilfe zur Zwangsprostitution, Beihilfe zur Vergewaltigung, Beihilfe zur versuchten Vergewaltigung, Beihilfe zur versuchten sexuellen Nötigung und gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen, die Angeklagte H. darüber hinaus wegen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln schuldig gesprochen. Gegen den Angeklagten Kr. hat es eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten, gegen die Angeklagte H. eine solche von zwei Jahren und neun Monaten verhängt. Vom Vorwurf eines gemeinschaftlich begangenen Mordes hat es die Angeklagten freigesprochen, die Angeklagten K. und Kr. zudem vom Vorwurf eines weiteren gemeinschaftlich begangenen sexuellen Übergriffs.

² Die hiergegen gerichteten, auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten, vom Generalbundesanwalt nur teilweise vertretenen Revisionen der Staatsanwaltschaft haben ebenso wie die auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg. Ihre weitergehenden Rechtsmittel sowie die Revisionen des Nebenklägers sind unbegründet.

I.

³ 1. Das LG hat folgende Feststellungen getroffen:

⁴ Die zur Tatzeit 19-jährige, an einer paranoiden Schizophrenie erkrankte und unter Betreuung stehende Geschädigte ging der Prostitution nach. Ihr Zuhälter war ab 2020 der gesondert verfolgte D.

⁵ a) Ende März 2020 nahmen der Angeklagte K. und ein unbekannt gebliebener Dritter entgeltlich sexuelle Dienstleistungen der Geschädigten in Anspruch (Tat 1).

⁶ b) Kurze Zeit später informierte D. K. über das Alter und den aktuell psychotischen Zustand der Geschädigten und erklärte, dass er sie wegen dieser Probleme an einen anderen Zuhälter „veräußern“ wolle. K. zeigte Inter-

esse und übernahm die Geschädigte zunächst „probehalter“ für das Wochenende vom 4. bis 5. April 2020. Er beabsichtigte, die Geschädigte „anzukaufen“ und durch eine intensiviertere Prostitutionsausübung regelmäßig nicht unerhebliche Einkünfte für sich zu erwirtschaften. Von diesem Vorhaben sowie dem Gesundheitszustand und dem Alter der Geschädigten unterrichtete er den Angeklagten Kr. und seine Lebensgefährtin, die Angeklagte H., die sich beide zur Unterstützung des Vorhabens bereiterklärten, ohne dass ihnen hierfür ein finanzieller Vorteil gewährt oder versprochen wurde.

⁷ Obgleich sich die Geschädigte zu keinem Zeitpunkt ausdrücklich oder konkludent damit einverstanden erklärte, sexuelle Handlungen an anderen Personen vorzunehmen oder an sich zu dulden, mietete K. ein Hotelzimmer und bot ihre Dienste auf einer Internetplattform an. Krankheitsbedingt reagierte die Geschädigte nicht auf Ansprachen und verhielt sich häufig nicht situationsadäquat, lachte und weinte scheinbar grundlos. Die Verhandlungen mit interessierten Freiern führten daher K. und jedenfalls am Abend des 4. Aprils 2020 H. Der in der Wohnung des Kr. wartenden Geschädigten teilte K. mit, dass sie sich mit dem Zeugen Ka. in dessen Auto treffen und Oralverkehr bei diesem durchführen sollte. Sodann begleiteten beide Angeklagten sie zum vereinbarten Treffpunkt und nahmen sie nach erbrachter Dienstleistung wieder in Empfang (Taten 2 und 3).

⁸ c) Bis zum Abend des 5. April 2020 kam es zu einem weiteren Treffen mit einem unbekannt gebliebenen Freier in dem Hotel. Auch insoweit hatte K. die Geschädigte unmittelbar zuvor zur Erbringung im Einzelnen unbekannt gebliebener sexueller Dienstleistungen für den Interessenten aufgefordert. Ob es zu solchen tatsächlich kam, konnte das LG nicht feststellen (Tat 4).

⁹ d) Trotz der desolaten psychischen Verfassung der Geschädigten einigten sich K. und D. auf eine „endgültige Übernahme“ gegen eine Zahlung von 2.000 Euro und den Erlass von Verbindlichkeiten in Höhe von 900 Euro. Hierüber setzte K. die Mitangeklagten in Kenntnis und ließ sich von Kr. bei der Übergabe der Geschädigten in der Nacht auf den 6. April 2020 begleiten.

¹⁰ Jedenfalls am Abend des 6. April 2020 hielten sich die Geschädigte und alle Angeklagten in Kr.'s Wohnung auf. Dort führte K. mit Unterstützung von H., die sich in einem

Telefonat als die Geschädigte ausgab, Verhandlungen mit dem Zeugen B. Er informierte die Geschädigte über die Vereinbarung, dass sie ungeschützten Geschlechtsverkehr mit diesem auszuüben habe. Weisungsgemäß wartete sie auf den Freier und stieg in sein Auto. B. der alsbald bemerkte, dass der verwirrt wirkenden Geschädigten ein situationsadäquates Verhalten nicht möglich war, fuhr diese ohne die Inanspruchnahme sexueller Dienstleistungen zurück (Tat 5).

¹¹ e) Spätestens seit dem Abend des 7. April 2020 befand sich die Geschädigte erneut im Haus von K. und H. Zu ihrer Beruhigung überließ ihr H., die auf sie „aufpassen“ sollte, einen „Joint“ (Tat 6).

¹² f) Nachdem es zu einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen beiden gekommen war, rief die Angeklagte am frühen Morgen des 8. April 2020 ihren Lebensgefährten zu Hilfe. Gemeinsam verbrachten sie die Geschädigte in die Garage, wo sie bis zu ihrem Tod verblieb. K. verließ die Garage mehrmals, um zu rauchen; H. begab sich häufiger in das Wohnhaus; der hinzugekommene Kr. kehrte nach stundenlanger Abwesenheit einige Male zurück. Alle erkannten, dass sich die Geschädigte aufgrund ihrer akut psychotischen Symptomatik in Not befand und fachärztlicher Hilfe bedurfte. In der Hoffnung, die „Einnahmequelle“ für K. erhalten zu können, entschieden sie sich jedoch gemeinsam dazu, keine fachärztliche Hilfe zu organisieren, sondern sich selbst, um deren Zustand zu kümmern. Dabei nahmen sie eine Verlängerung des Leidens der Geschädigten in Kauf, das durch die Gabe von Medikamenten nach kurzer Zeit hätte gelindert werden können. Aufgrund ihrer akuten Psychose schrie die Geschädigte wiederholt laut auf, nässte sich ein, übergab sich und krampfte, was H. auf Vorschlag von Kr. dazu bewog, eine unbekannt gebliebene Menge Salz in einem Glas Wasser zu lösen, welches die Geschädigte sodann trank. Ferner wurden ihr erneut Cannabisprodukte angeboten. Bei jedenfalls einer Gelegenheit wurde sie gewürgt und ihr wurde der Mund zugehalten. Durch wen und in wessen Anwesenheit diese Handlungen erfolgten, konnte nicht festgestellt werden. Die Geschädigte verstarb zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt in der Nacht zum 9. April 2020 in der Garage. Todesursächlich war entweder ein Würgen oder die Einwirkung einer zu großen Menge Salz auf den Organismus. Wer ihren Tod verursacht hatte, vermochte die Strafkammer nicht festzustellen (Tat 7).

¹³ g) Um den Leichnam zu beseitigen, band jedenfalls K. diesen mit einem Kabel an eine etwa 20 Kilogramm schwere Waschbetonplatte, brachte ihn mit seinem Pkw zu einem Schleusenkanal der Weser und warf ihn von einer Brücke ins Wasser (Tat 8).

¹⁴ 2. Das LG hat die Angeklagten K. und Kr. bezüglich Tat 1 vom Vorwurf des gemeinschaftlichen sexuellen Übergriffs freigesprochen.

¹⁵ Das Tatgeschehen zu Tat 2 hat es hinsichtlich K. als schwere Zwangsprostitution gemäß § 232a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Abs. 4 StGB i.V.m. § 232 Abs. 3 Nr. 3 Alt. 1 StGB

gewertet. Soweit er die Geschädigte zur Vornahme sexueller Handlungen an den Freiern bestimmt und hierdurch die Tatbestandsverwirklichung des § 177 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 Nr. 3 StGB zumindest versucht habe, stünden diese Taten (Taten 3 bis 5) in Tatmehrheit dazu. Das Verhalten von Kr. und H. bewertete das LG – abweichend vom Anklagevorwurf – als vier tatmehrheitliche Beihilfehandlungen.

¹⁶ Bezüglich des Geschehens im Wohnhaus und in der Garage hat es die Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gemäß § 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 4, § 13 StGB (Tat 7) schuldig gesprochen, H. darüber hinaus wegen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG (Tat 6). Soweit den Angeklagten der Vorwurf einer Tateinheitlich begangenen Freiheitsberaubung und eines versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen gemacht wurde, hat sich das LG von der Verwirklichung dieser Tatbestände nicht zu überzeugen vermocht.

¹⁷ Vom tatmehrheitlich erhobenen Vorwurf, die Angeklagten hätten sich des gemeinschaftlichen Mordes schuldig gemacht, indem sie die Geschädigte in der Weser ertränkten, um sich ihrer zu entledigen und eine Verfolgung wegen der bis dahin begangenen Straftaten zu verhindern (Tat 8), hat das LG die Angeklagten freigesprochen.

II. Revisionen der Staatsanwaltschaft

¹⁸ 1. Den Verfahrensrügen bleibt aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts ausgeführten Gründen der Erfolg versagt.

¹⁹ 2. Die aufgrund der Sachrüge veranlasste materiell-rechtliche Überprüfung des Urteils führt zur Änderung der Schuldprüche und zur Aufhebung einiger Strafen sowie sämtlicher Gesamtstrafenaussprüche. Der Erörterung bedarf nur Folgendes:

²⁰ a) Taten 2 und 3 (Angeklagter K.)

²¹ aa) Die von der Strafkammer rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen die rechtliche Wertung des Verhaltens als Zwangsprostitution nach § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Im Ergebnis zutreffend ist auch die Annahme gewerbsmäßigen Handelns (§ 232a Abs. 4 i.V.m. § 232 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB).

²² Entgegen den Ausführungen des LG genügt es hierfür allerdings nicht, dass sich der Täter durch die Veranlassung der Prostitution eine dauerhafte Einnahmequelle erschließt. Gewerbsmäßigkeit verlangt darüber hinaus die Absicht, durch wiederholte Tatbegehung fortlaufend Einnahmen zu erzielen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 1.6.2022 – 1 StR 65/22; v. 14.9.2022 – 4 StR 55/22), wobei allein das Zuführen weiterer Kunden für eine neuerliche Verwirklichung des auf Wiederholung angelegten Tatbestandes regelmäßig nicht ausreicht; anders verhält es sich, wenn die Prostituierte zwischenzeitlich den Willen entwickelt hat, die Prostitution zu beenden (vgl. *BGH*, Beschl. v. 14.6.2000 – 3 StR 178/00, NStZ-RR 2001,

- 170 [zu § 180b StGB a.F.]; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], § 232a Rn.11) oder eine qualitative Änderung erfolgen soll (vgl. *BGH*, Urt. v. 16.7.1996 – 1 StR 221/96, BGHSt 42, 179 [184 f. zu § 180b StGB a.F.]; v. 27.5.2004 – 3 StR 500/03, NStZ 2004, 682 [683 zu § 181 StGB a.F.]). Gewerbmäßigkeit setzt aber nicht voraus, dass mehrere Taten begangen worden sind. Vielmehr genügt bereits eine einzige Tat, wenn sie auf einem auf Wiederholung gerichteten Willen beruht (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Urt. v. 10.11.2021 – 2 StR 433/20, Rn. 22; Beschl. v. 2.2.2011 – 2 StR 511/10, NStZ 2011, 515 [516]).
- ²³ So liegt es hier. K. handelte nach den Feststellungen von vornherein mit dem Ziel, die Prostitutionsausübung zu intensivieren, um hierdurch in Zukunft nicht unerhebliche Einnahmen für sich zu erwirtschaften. Er hatte keine Bedenken, die Geschädigte trotz ihrer akuten Erkrankung zum Zwecke der Prostitution auf unbestimmte Dauer einzusetzen, was die Bereitschaft beinhaltete, erneut auf sie einzuwirken, sollte sie sich weigern, die Prostitution fortzusetzen (vgl. zur Intention mehrfacher Tatbegehung *BGH*, Beschl. v. 1.6.2022 – 1 StR 65/22).
- ²⁴ bb) Der Schuldspruch ist aber in konkurrenzrechtlicher Hinsicht zu ändern.
- ²⁵ Bei der Zwangsprostitution handelt es sich nicht um ein Dauerdelikt, das sich über den gesamten Zeitraum der Prostitutionsausübung erstreckt, sondern um ein Erfolgsdelikt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 10.11.2020 – 2 StR 486/19 [zu § 232 StGB a.F.]; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, a.a.O. Rn.2). Dieses ist jedenfalls mit der Aufnahme der Prostitutionsausübung vollendet. Da weitere Feststellungen hierzu nicht zu erwarten sind, geht der Senat davon aus, dass dies erst mit dem Erbringen sexueller Leistungen für den Zeugen Ka. der Fall war. Deshalb überschneiden sich die Ausführungshandlungen der schweren Zwangsprostitution und der Vergewaltigung und stehen in Tateinheit (vgl. *BGH*, Urt. v. 9.11.1993 – 5 StR 539/93, NJW 1994, 1015 [zu § 181 StGB a.F.]; Beschl. v. 11.2.1999 – 3 StR 607/98, NStZ 1999, 311 [zu § 180b StGB a.F.]; vom 22.7.2020 – 2 StR 92/20 [zu § 232 StGB a.F.]), nicht aber die später verwirklichten Sexualdelikte.
- ²⁶ Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO. Dem steht § 265 StPO nicht entgegen. Die Änderung führt zum Wegfall der Strafe für die Vergewaltigung (Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten) und zur Aufhebung derjenigen für die schwere Zwangsprostitution (fünfjährige Freiheitsstrafe). Der Senat sieht davon ab, die vom *LG* für Tat 2 verhängte Strafe bestehen zu lassen. Denn er kann nicht ausschließen, dass das *LG* bei zutreffender konkurrenzrechtlicher Bewertung eine höhere Strafe für diese einheitliche Tat festgesetzt hätte. Die Aufhebung bzw. der Wegfall der Strafaussprüche entzieht zugleich der Gesamtstrafe die Grundlage. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bleiben aufrechterhalten; das neue Tatgericht kann ergänzende, zu ihnen nicht in Widerspruch stehende treffen.
- ²⁷ b) Taten 2 bis 5 (Angeklagte Kr. und H.)
- ²⁸ aa) Die Annahme des *LG*, die Angeklagten Kr. und H. hätten zu diesen Taten lediglich Beihilfe geleistet, erweist sich als rechtsfehlerfrei.
- ²⁹ Das *LG* hat im Rahmen einer Gesamtwürdigung widerspruchsfrei und ohne Lücken in der Beweiswürdigung deren eigenes Tatinteresse verneint. Dabei hat es weder die Bedeutung der persönlichen Beziehungen der Angeklagten zueinander noch den Umfang und das Gewicht der Unterstützungshandlungen verkannt, insbesondere nicht die Bedeutung, die Kr. seinem eigenen Verhalten beigemessen hat. In nicht zu beanstandender Weise hat es darauf abgestellt, dass beide Angeklagten keinen bestimmenden Einfluss auf das Tatgeschehen hatten. Soweit die Beschwerdeführerin das Tatinteresse damit begründen will, dass H. eigene finanzielle Interessen gehabt und Kr. die Tat zur Erfüllung eigener sexueller Bedürfnisse gewollt habe, handelt es sich um urteilsfremdes Vorbringen, mit dem sie im Revisionsverfahren im Rahmen der Sachrüge nicht gehört werden kann.
- ³⁰ bb) Jedoch erweist sich die Annahme von vier real konkurrierenden Beihilfetaten als rechtsfehlerhaft.
- ³¹ (1) Ob Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen ist, richtet sich nach der Zahl der geförderten Haupttaten und Beihilfehandlungen. Leistet ein Gehilfe für alle oder einige Taten des Haupttäters individuelle, je nur diese fördernden Beiträge, so sind ihm diese Taten als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Eine darüberhinausgehende Einbindung des Beteiligten in die Ausübung weiterer Taten ist nicht geeignet, diese individuell geförderten Taten einer Serie rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen. Fehlt es hingegen an einer individuellen Tatförderung und erbringt der Gehilfe Beiträge, die im Vorfeld oder während des Laufs einer Deliktserie alle oder mehrere Einzeltaten des Haupttäters gleichzeitig fördern, sind ihm diese als tateinheitlich begangen zuzurechnen (vgl. *BGH*, Urt. v. 17.6.2004 – 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177 [182 f.]; Beschl. v. 18.12.2019 – 4 StR 582/19, Rn. 3; v. 11.10.2022 – 2 StR 101/22 Rn.10).
- ³² (2) Bereits der geänderte Schuldspruch hinsichtlich K. führt infolge der Akzessorietät dazu, dass eine Beihilfe lediglich zu drei selbständigen Haupttaten in Betracht kommt.
- ³³ (3) Allerdings tragen die Feststellungen bezüglich beider Angeklagten lediglich die Annahme von zwei selbständigen Beihilfehandlungen. Die erste betrifft jeweils die Unterstützung der Zwangsprostitution, des Kontakts mit Ka. und dem unbekanntem Freier, die zweite die Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Erbringen von sexuellen Dienstleistungen zugunsten des Zeugen B. Denn weder lassen sich die von H. am 4. April 2020 geführten Verhandlungen konkret dem Freier Ka. oder dem unbekanntem Interessenten zuordnen, noch hat das *LG* andere diese Taten individuell fördernde Beiträge festgestellt; so verhält es sich auch bei Kr. Anders stellt sich die Situation

bei der Vermittlung der Geschädigten an den Zeugen B. dar, welche die Angeklagte durch die telefonische Kontaktaufnahme mit diesem sowie durch die Bereitstellung von Schuhen für die Geschädigte ebenso selbständig förderte wie Kr., der seine Wohnung für den Aufenthalt der Geschädigten zur Verfügung stellte und sie nach dem Treffen mit dem Zeugen B. dorthin zurückleitete.

³⁴ (4) Da ergänzende tatsächliche Feststellungen, die eine andere Bewertung rechtfertigen, nicht zu erwarten sind, ändert der Senat die Schuldsprüche entsprechend. § 265 StPO steht dem nicht entgegen. Infolge der Schuldspruchänderung entfallen jeweils zwei Strafen. Um im Hinblick auf den veränderten Schuldgehalt dem *LG* eine sachgerechte Strafzumessung zu ermöglichen, sind die weiteren in diesem Tatkomplex verhängten Strafen aufzuheben, was zugleich der Gesamtstrafe den Boden entzieht. Einer Aufhebung der Feststellungen bedarf es nicht; sie können durch ihnen nicht widersprechende ergänzt werden.

³⁵ c) Tat 6 (Angeklagte H.)

³⁶ Soweit das *LG* die Angeklagte H. wegen Abgabe von Betäubungsmitteln verurteilt hat, tragen die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen diesen Schuldspruch nicht, wohl aber einen solchen wegen Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BtMG. Eine Abgabe im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG erfordert eine Gewahrsamsübertragung an eine andere Person zur freien Verfügung. Daran fehlt es, wenn das Betäubungsmittel – wie hier – zum sofortigen Konsum an Ort und Stelle hingegeben wird (vgl. *BGH*, Beschl. v. 23.3.2021 – 3 StR 19/21, NStZ 2022, 301; v. 14.12.2022 – 6 StR 403/22 [jeweils zu § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG]).

³⁷ Der *Senat* ändert den Schuldspruch entsprechend; § 265 StPO steht dem auch insoweit nicht entgegen. Angesichts des unveränderten Strafrahmens und der Gesamtumstände ist auszuschließen, dass das *LG* bei zutreffender rechtlicher Würdigung auf eine andere Strafe erkannt hätte.

³⁸ d) Tat 7 (Sämtliche Angeklagten)

³⁹ aa) Der Schuldspruch zu Tat 7 hält revisionsgerichtlicher Überprüfung stand. Die Angeklagten haben den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB (mit-)täterschaftlich durch Unterlassen erfüllt (vgl. zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe bei untätigen Garanten *BGH*, Beschl. v. 18.10.2018 – 3 StR 126/18, NStZ-RR 2019, 341 [342]).

⁴⁰ (1) Nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB macht sich schuldig, wer die Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) mit einem Beteiligten gemeinschaftlich begeht. Um das gegenüber dem Grundtatbestand verdoppelte Strafhöchstmaß zu rechtfertigen, setzt diese Qualifikation eine Beteiligung voraus, die im konkreten Fall zu einer erhöhten abstrakten Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Opfer führt (vgl. *BGH*, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02, BGHSt 47, 383 [386]; Beschl. v. 24.1.2017 – 2 StR 188/16, NJW 2017, 1894). Eine solche liegt insbesondere vor, wenn

mindestens zwei Angreifer handeln und damit eine größere Zahl an Verletzungen beibringen können (vgl. *BGH*, Urt. v. 20.3.2012 – 1 StR 447/11 Rn.12; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 224 Rn. 36), wenn die Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers durch die Anwesenheit mehrerer Beteiligter tatsächlich oder vermeintlich eingeschränkt sind (vgl. *BGH*, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02, a.a.O.; Beschl. v. 30.6.2015 – 3 StR 171/15, BGHR StGB § 224 Abs. 1 Nr. 4 gemeinschaftlich 5) oder wenn der die Körperverletzung unmittelbar ausführende Täter durch einen weiteren Beteiligten in seinem Willen hierzu bestärkt wird (vgl. *BGH*, Urt. v. 5.2.1986 – 2 StR 640/85, StV 1986, 190).

⁴¹ (2) Die gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB kann durch Unterlassen begangen werden.

⁴² Der Gesetzeswortlaut lässt insoweit keine Einschränkung erkennen, sodass die allgemeinen Regeln einschließlich des Begehens durch Unterlassen nach § 13 StGB Anwendung finden. Zu diesem Normverständnis drängen insbesondere auch Sinn und Zweck der Vorschrift. Deren Neufassung durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I, S. 164) sollte zuvörderst dem Anliegen Rechnung tragen, dem Schutz körperlicher Unversehrtheit größeres Gewicht zu verleihen (vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 1, 19, 35; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 223 Rn. 3 m.w.N.). Eingedenk dieses erstrebten effektiven Rechtsgüterschutzes ist bei der Anwendung von § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in den Blick zu nehmen, dass auch einer Tatbeteiligung durch Unterlassen – nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls – die erhöhte Gefahr erheblicher Verletzungen bzw. die Einschränkung von Verteidigungsmöglichkeiten innewohnen kann. Für die Annahme einer gesteigerten Gefährlichkeit bei gemeinschaftlicher Begehung mit einem anderen aktiv handelnden Beteiligten genügt allerdings die Anwesenheit einer sich lediglich passiv verhaltenden Person ebenso wenig (vgl. *BGH*, Urt. v. 20.3.2012 – 1 StR 447/11 Rn.12) wie das bloße gleichzeitige Agieren von Beteiligten an einem Ort, wenn jedes Opfer nur einem Angreifer ausgesetzt ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 30.6.2015 – 3 StR 171/15 a.a.O.). Dementsprechend kann allein das gleichzeitige Unterlassen mehrerer Garanten im Sinne einer reinen Nebentäterschaft den Tatbestand nicht erfüllen. Die hierfür erforderliche höhere Gefährlichkeit wird aber regelmäßig gegeben sein, wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden (wie hier: *Momsen-Pflanz/Momsen*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. [2021], § 224 Rn. 39; *Wolters*, in: SK-StGB, 9. Aufl. [2017], § 224 Rn. 35; dem zugeneigt auch *Paeffgen/Böse*, in: NK-StGB, 5. Aufl. [2017], § 224 Rn. 26; eine Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen ohne nähere Differenzierung ablehnend bzw. auf die Konstellation eines Unterlassungstäters neben zwei aktiv handelnden Beteiligten beschränkend: *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 56. Ed., § 224 Rn. 39; *Grünwald*, in: LK-StGB, 12. Aufl. [2009], § 224 Rn. 33; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 224 Rn. 11b; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 38, 48) und mindestens zwei handlungspflichtige Garanten zu-

mindest zeitweilig am Tatort präsent sind. Denn die getroffene Vereinbarung und die damit einhergehende Verbundenheit verstärken wechselseitig den jeweiligen Tattentschluss, die gebotene Hilfe zu unterlassen, was zusätzlich zu dem gefahrsteigernden gruppenspezifischen Effekt die Wahrscheinlichkeit verringert, dass einer der Garanten der an ihn gestellten Verpflichtung gerecht wird.

⁴³ So liegt der Fall hier. Ausweislich der Feststellungen vereinbarten die Angeklagten am Vormittag des 8. April 2020 ausdrücklich, sich selbst um den Zustand der Geschädigten zu kümmern und keine ärztliche Hilfe zu holen. Dem Zusammenhang der Urteilsgründe ist weiterhin zu entnehmen, dass sich alle Angeklagten an diese Vereinbarung gebunden fühlten, was zur Folge hatte, dass sie bis zuletzt auf das Hinzuziehen professioneller Hilfe verzichteten, obgleich insbesondere die Zeuginnen N. und V. die Angeklagte H. hierzu anhielten. Die Vereinbarung bestärkte die Angeklagten in ihrer Entscheidung und hatte somit auf das Tatgeschehen bestimmenden Einfluss.

⁴⁴ bb) Rechtlicher Prüfung hält auch die Ablehnung eines versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen und einer tateinheitlichen Verurteilung wegen Freiheitsberaubung stand.

⁴⁵ Das *LG* hat sich mit der körperlichen Verfassung der Geschädigten und dem Vorstellungsbild der Angeklagten hinreichend auseinandergesetzt. Gegen seine Überzeugung, dass der Zustand der Geschädigten in der Garage nicht lebensbedrohlich gewesen sei, ist rechtlich nichts zu erinnern. Dabei hat es in den Blick genommen, dass die Geschädigte, bevor sie in die Garage gebracht wurde, noch laut und eindringlich schreien konnte und seitens der rechtsmedizinischen Sachverständigen keine Anhaltspunkte für eine körperliche Erkrankung der Geschädigten feststellbar waren. Weiter setzt sich das Urteil ausführlich mit der Mitteilung H. gegenüber den Zeuginnen N. und V. auseinander, „man versuche sie am Leben zu halten“, und führt diese einer möglichen revisionsgerichtlich damit hinzunehmenden (vgl. *BGH*, Urt. v. 11.1.2005 – 1 StR 478/04, NStZ-RR 2005, 147) Interpretation zu. Die Hintergründe zu der von Kr. am Abend des 8. Aprils 2020 an die Zeugin Dr. versandten SMS („Problem dickes erklär ich dir, wichtig ist Ernst bitte“) und seiner Bitte, die nächsten Tage bei ihr verbringen zu können, konnte das *LG* aufgrund deren widersprüchlicher Angaben nicht aufklären. Soweit sich die Revision zur Begründung eines Tötungsvorsatzes des Angeklagten Kr. überdies auf Sprachnachrichten vom 7. April 2020 bezieht, finden diese im Urteil keine Stütze und können auf die Sachrüge nicht berücksichtigt werden.

⁴⁶ e) Tat 8 (Sämtliche Angeklagten)

⁴⁷ Die sich gegen die unterbliebene Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts richtende insoweit vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Revision zeigt eingedenk des eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs keine Rechtsfehler auf.

⁴⁸ aa) Die Ausführungen zur Todesursache begegnen keinen durchgreifenden Bedenken. Hierzu hat das *LG* dargelegt, dass es mangels organischer Erkrankung der Geschädigten einen natürlichen Tod ausschließt. Abweichend von Anklage und Revision hat es sich ferner davon überzeugt, dass die Geschädigte nicht ertrunken ist. Dagegen ist rechtlich nichts zu erinnern.

⁴⁹ Das *LG* hat alle für die letztgenannte Todesursache sprechenden Gesichtspunkte, namentlich eine überblähte Lunge, Fremdmaterial in den Atemwegen, Flüssigkeit in der Keilbeinhöhle, fleckenartige Unterblutungen des Lungenaußenfelds sowie eine erhöhte Konzentration von Diatomeen in einzelnen Gewebeprobelementen ermittelt und in den Blick genommen. Dabei hat es deren Indizwert, der aufgrund der langen Liegezeit im Wasser, einer Vereinbarkeit auch mit anderen Todesursachen und nicht eingehaltener spezifischer Untersuchungsstandards jeweils gemindert ist, nicht nur isoliert betrachtet, sondern hat auch die gebotene Gesamtwürdigung vorgenommen (vgl. zu diesem Erfordernis *BGH*, Urte. v. 7.7.2012 – 5 StR 322/12, Rn. 10, 12; v. 30.11.2022 – 6 StR 243/22, NStZ-RR 2023, 59 [60]). In nicht zu beanstandender Weise hat es hierbei als entscheidendes Indiz gegen ein Ertrinken das Fehlen jeglicher Abwehrverletzungen gewertet. Diese wären nach Ansicht des Landgerichts aufgrund Gegenwehr oder ertrinkungstypischer Krämpfe in den Extremitäten im Bereich der nicht an die Betonplatte gefesselten Beine und Füße zu erwarten gewesen. Soweit die Revision rügt, das *LG* habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass H. bereits vor dem Versterben der Geschädigten zum „Tod durch Ertrinken“ recherchiert habe, handelt es sich um urteilsfremdes Vorbringen, mit dem sie im Rahmen der Sachrüge nicht gehört werden kann. Im Übrigen erschöpfen sich die Einwendungen letztlich in dem revisionsrechtlich unbehelflichen Versuch, die tatgerichtliche durch eine eigene Beweiswürdigung zu ersetzen.

⁵⁰ bb) Rechtlicher Prüfung halten auch die Erwägungen des Landgerichts stand, dass sich – unabhängig von der konkreten Todesursache – jedenfalls nicht feststellen lasse, wer den Tod der Geschädigten verursacht hat.

⁵¹ (1) Hierbei hat es maßgeblich darauf abgestellt, dass sich nicht aufklären ließ, wer sich von den Angeklagten zu welcher Zeit in der Garage aufhielt, und dass neben ihnen weitere Personen als Täter in Betracht kamen, weil in der Leiche Spermaspuren von zwei unbekannt gebliebenen männlichen Personen gefunden wurden, mit denen die Geschädigte kurz vor ihrem Tod Geschlechtsverkehr hatte.

⁵² (2) Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden. Das *LG* hat die erhobenen Beweise gewürdigt und dabei keine überspannten Anforderungen an die Bildung seiner Überzeugung gestellt; insbesondere war es sich bewusst, dass keine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit erforderlich ist (vgl. hierzu *BGH*, Urt. v. 3.2.2005 – 4 StR 540/04, NStZ-RR 2005, 149).

III. Revisionen der Angeklagten

- ⁵³ Die Revisionen der Angeklagten haben hinsichtlich des Schuldspruchs im selben Umfang Erfolg wie die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft.
- ⁵⁴ Die geänderte konkurrenzrechtliche Bewertung führt beim Angeklagten K. zum Wegfall der für die Vergewaltigung verhängten Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und bei den Angeklagten Kr. und H. zum Wegfall derjenigen für die Beihilfe zur Vergewaltigung (Kr.: ein Jahr; H.: neun Monate) und für die Beihilfe zur versuchten sexuellen Nötigung (Kr.: sechs Monate; H.: sechs Monate). Im Übrigen schließt der Senat wegen des hierdurch unveränderten Unrechts- und Schuldgehaltes aus, dass die verbleibenden Strafen und die Gesamtstrafen niedriger ausgefallen wären (§ 337 Abs. 1 StPO).

IV. Revisionen des Nebenklägers

- ⁵⁵ Den zulässigen (§ 400 Abs. 1, § 401 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 StPO) Revisionen des Nebenklägers bleibt der Erfolg versagt. Sie wenden sich aus den im Rahmen der Revisionen der Staatsanwaltschaft bereits ausgeführten Gründen erfolglos gegen die unterlassene Verurteilung der Angeklagten wegen eines gemeinschaftlich begangenen Mordes zum Nachteil der Geschädigten.

V.

- ⁵⁶ Der Senat verweist die Sache an eine allgemeine Strafkammer zurück (§ 354 Abs. 3 StPO), weil eine Zuständigkeit des Schwurgerichts nicht mehr besteht.

Gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.5.2023 – 6 StR 275/22

von Maximilian Nussbaum*

Zwei Garanten, die sich verabreden, gebotene Hilfsleistungen zu unterlassen und dadurch eine Körperverletzung durch Unterlassen verwirklichen, erfüllen den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Mit dieser Annahme widerspricht der 6. Strafsenat nicht nur der bislang weit überwiegenden Lehre,¹ sondern auch der vier Monate zuvor ergangenen Entscheidung des 2. Strafsenats². Eine Vorlage an den Großen Strafsenat (§ 132 GVG) unterblieb wohl deshalb, weil man in Leipzig nichts von dem Karlsruher Präjudiz wusste.³

Untersucht man die Begründung des 6. Senats und die hinter § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB stehenden, die erhöhte Gefährlichkeit begründenden Effekte (I.) jedoch genauer, zeigt sich, dass die Argumentation über die wechselseitige Motivation der Garanten eine Entsprechung des Unterlassens nicht tragen kann (II.). Zudem lässt sich der Motivationseffekt nicht mit den konkretisierenden Anforderungen an eine gemeinschaftliche Begehung in Einklang bringen (III.) und könnte eine Entgrenzung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch jenseits des Unterlassens befördern (IV.). Abschließend wird eine differenzierende Lösung entwickelt, die eine Verwirklichung der Qualifikation durch Unterlassen unter bestimmten Voraussetzungen für möglich erklärt (V.).

I. Gruppeneffekte hinter § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Zentrale Bedeutung erlangt für den 6. Senat ebenso wie für den 2. Senat der Strafgrund der Vorschrift.⁴ Unstrittig geht es bei der Qualifikation um die abstrakt (treffender wäre abstrakt-konkret⁵) erhöhte Gefährlichkeit, die der

gemeinschaftlichen Tatbegehung innewohnt. Anders als beim hinterlistigen Überfall (Nr. 3) zeigt sich die gesteigerte Gefährlichkeit und Verwerflichkeit aber nicht in der Definition selbst.⁶ Vielmehr sind die Effekte weiter zu konkretisieren, aus denen sich eine gesteigerte Gefährlichkeit typischerweise ergeben kann. So geht auch der 6. Senat vor und wiederholt zunächst drei weitgehend unbestrittene Aspekte der gemeinschaftlichen Begehung⁷: 1. Die kumulierten Verletzungen, insbesondere beim Einwirken mehrerer (*Kumulationseffekt*). 2. Die objektive Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeit⁸ (*Übermachteteffekt*). 3. Die durch das Opfer empfundene Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeit (*Einschüchterungseffekt*). Bis hierher gehen auch der 2. Senat und die herrschende Lehre mit.⁹ Der 6. Senat fügt jedoch 4. hinzu: Die Gefährlichkeit sei auch gesteigert, wenn der ausführende Täter durch weitere Beteiligte bestärkt würde (*Motivationseffekt*).¹⁰ Es ist dieser Motivationseffekt, von dem aus der 6. Senat seine extensive teleologische Auslegung im Hinblick auf das gemeinschaftliche Unterlassen zeichnet: Die gemeinschaftliche Körperverletzung durch Unterlassen sei gefährlicher, weil die Absprache des Unterlassens gruppenspezifische Effekte hervorrufe. Die Wahrscheinlichkeit, dass einer der Garanten seiner Handlungspflicht nachkommt, sinke nämlich durch die gegenseitige Bindung.¹¹

II. Fehlende Entsprechung des Motivationseffekts

Die Begründung des 6. Senats über den Motivationseffekt ist mit Blick auf die Modalitätenäquivalenz¹² (§ 13 Abs. 1

* Maximilian Nussbaum ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Susanne Beck) an der Leibniz Universität Hannover.

¹ Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 58. Ed. (Stand 08/2023), § 224 Rn. 39; Grünwald, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2019), § 224 Rn. 33; Wengenroth, JA 2014, 428 (431); Wolters, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 224 Rn. 35; aus dem älteren Schrifttum zu § 223a StGB a.F. Stree, Jura 1980, 281 (289); a.A. wie der 6. Senat ohne weitere Begründung Momsen-Pflanz/Momsen, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 224 Rn. 39 zu § 223a StGB a.F. Schaefer, in: LK-StGB, 8. Aufl. (1958), § 223a II. 3.; wohl i.E. auch Horn, in: SK-StGB, 5./6. Aufl. (1995), § 223a Rn. 25: keine gemeinschaftliche Unterlassung, wenn Garanten zusammen mit anderen eine Abwendung unterlassen, aber bei Verabredung zum Nichtstun § 223a StGB a.F. durch aktives Tun.

² BGH, NJW 2023, 2209 (Rn. 12 ff., Rn. 39 ff.).

³ Vgl. näher dazu Moslehi, HRRS 2023, 267 (Fn. 1); ausführlich auch Krehl, NStZ 2023, 607 (610).

⁴ Das historische Argument in Rn. 42 soll dabei anscheinend eine vage Offenheit für eine extensive Auslegung schaffen. Zustimmend Moslehi, HRRS 2023, 267 (270).

⁵ Dazu m.w.N. Eidam, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 103; ausführlich dazu auch Heinrich, Die gefährliche Körperverletzung. Bestandsaufnahme und Versuch einer Neuorientierung, 1993, S. 321 ff.

⁶ Hardtung, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 224 Rn. 37.

⁷ BGH, Ur. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40.

⁸ Gemeint ist hier wohl auch die Flucht- und Ausweichmöglichkeit (vgl. nur Krehl, NStZ 2023, 607 [610]).

⁹ BGH, NJW 2023, 2209 (Rn. 16); Eidam, (Fn. 5), S. 103; die ersten zwei Aspekte auch bei BGH, NStZ 2016, 595; Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 224 Rn. 39.

¹⁰ BGH, Ur. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40.

¹¹ BGH, Ur. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42; Befürwortet wird die Begründung von Lichtenthäler, FD-StrafR 2023, 458302; Moslehi, HRRS 2023, 267 (269 f.); differenzierend Petersen, ZfStw 2023, 409 (414), der es darauf ankommen lassen will, ob "es objektiv möglich erscheint, dass der Täter in seinem Tatentschluss wankt."

¹² Überblick über den unergiebigsten Streitstand zur Bedeutung der Entsprechungsklausel bei Satzger, Jura 2011, 749 ff.; Wagner, ZJS 2023, 1414 (1425) weist darauf hin, dass die Entsprechungsklausel – wie auch hier – als argumentativer "Aufhänger" ohne eigenständigen Inhalt verwendet wird.

Hs. 2 StGB) indessen zu kritisieren.¹³

1. Gefahr der gesteigerten Verletzungsintensität vs. erhöhte Begehungswahrscheinlichkeit

Zum Teil wird gegen die Entsprechung des Unterlassens vorgebracht, dass es bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB um die Gefahr einer intensiveren Körperverletzung gehe, während bei der Unterlassung nur die Wahrscheinlichkeit einer Verwirklichung von § 223 Abs. 1 StGB gesteigert werde. Das aber ist schon bei jeder Anstiftung der Fall, die dem Qualifikationstatbestand (unstrittig) nicht unterfallen soll.¹⁴ Dem ließe sich noch entgegenhalten, dass beim Unterlassen häufig ein enger Zusammenhang zwischen der verstrichenen Zeit und der Verletzungsintensität besteht.¹⁵ Zwar sind andere Fälle denkbar, in denen die Verletzungsintensität nicht mehr anwächst, während die Garanten ihre gebotene Handlung noch vornehmen könnten. In den Fällen, die der 6. und der 2. *Strafsenat* zu entscheiden hatten, fielen hingegen die gesteigerte Gefahr eines anhaltenden Unterlassens mit einer sich intensivierenden Gesundheitsschädigung zusammen. Im ersten Fall wegen fortschreitend unbehandelter Krankheit; im zweiten wegen Mangelernährung eines Säuglings durch die Eltern¹⁶.

2. Entfernung der Motivationseffekte von den anderen Effekten

Nichtsdestotrotz ist eine Vergleichbarkeit der Bewirkensart beim aktiven Tun und Unterlassen nicht anzunehmen. Der vom 6. *Senat* eingeführte Motivationseffekt wirkt nämlich allein zwischen den Beteiligten. Für die sonstigen Effekte gilt anderes: Der Übermachts- und der Einschüchterungseffekt wird über das Opfer vermittelt und der Kumulationseffekt beschreibt die unmittelbare Wirkung auf das Opfer. Außerdem ist der Motivationseffekt kaum im gleichen Maße wie die anderen Effekte beeinflusst von den zahlenmäßigen Verhältnissen.¹⁷ Ob eine gegenseitige Bindung von 30 Unterlassenden intensiver wirkt als von zweien, lässt sich nämlich schon bezweifeln.¹⁸

III. Motivationseffekt und die Anwesenheit am Tatort

Auch in der weiteren Begründung kann die Entscheidung

des 6. *Senats* nicht überzeugen. Er wiederholt nach Erläuterung des Motivationseffekts die kaum bestrittene Voraussetzung, dass die Unterlassenden zumindest zeitweilig gemeinsam am Tatort präsent sind.¹⁹ Der Zusammenhang zur Motivation der Garanten bleibt dabei im Dunkeln. Warum sollten sich beide Garanten in ihrem Unterlassungsentschluss besser bestärken oder überwachen können, wenn sie zeitweise beim Opfer präsent sind? Dabei erklärt sich schon nicht, warum es entscheidend auf die gemeinsame Präsenz beim Opfer ankommen soll und nicht ein Zusammensein der Garanten genügt, um ihre wechselseitige Bindung an die Unterlassensabrede zu bestärken.²⁰ Sinnvoll fügt sich das Präsenzerfordernis eben nur dann ein, wenn man den Übermachts- und Einschüchterungseffekt zentral stellt.

Abgesehen davon scheint in den meisten Konstellationen eine gegenseitige Kontrolle auch nur über einen bestimmten Zeitraum hinweg Wirksamkeit zu entfalten. Wieso wäre im Säuglings-Fall des 2. *Senats* die gegenseitige Bindung gestärkt, wenn sich die Eltern einmal am Tag treffen, aber ansonsten jeder einzeln der Pflicht nachkommen könnte, den Säugling zu versorgen? Ein kurzes Beisammensein der Garanten kann nur in solchen Konstellationen Wirkung entfalten, in denen sich auch die Körperverletzung in einem engen Zeitraum realisiert.

IV. Dogmatische Kollateralschäden des Motivationseffekts

Mit dem Motivationseffekt droht zudem eine Entgrenzung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB jenseits des Unterlassens. Denn die Neueinführung des Effekts nimmt der 6. *Senat* zunächst einmal im generellen Rahmen vor,²¹ bevor er zum Unterlassen kommt.²² Stellt man die wechselseitige Motivation nun eigenständig neben die anderen Effekte, ließe sich erstaunlich vieles vom Anwendungsbereich der Qualifikation erfasst sehen, das bislang als sicher ausgeschlossen galt: angefangen beim Zusammenwirken eines aktiv Handelnden und eines Unterlassenden²³ über die Anstiftung, bis hin zur psychischen Beihilfe²⁴. Da das Erfordernis einer Anwesenheit am Tatort sich nicht in Zusammenhang mit dem Motivationseffekt bringen ließ, könnte darüber hinaus – auch wenn das ausdrücklich nicht das Bestreben des 6. *Senats* war – konsequenterweise gleich ganz auf das einschränkende Merkmal verzichtet

¹³ BGH, NJW 2023, 2209 (Rn. 17); jeweils mit abweichenden Ergebnissen auf die Entsprechungsklausel eingehend Eisele, JuS 2023, 883 (884); Kudlich, JA 2023, 694 (696); Moslehi, HRRS 2023, 269 (269 f.).

¹⁴ Kudlich, JA 2023, 694 (696); vgl. auch ohne weitere Begründung BGH, NJW 2023, 2209 (Rn. 17); anders Krehl, NStZ 2023, 607 (611), der sich der Entsprechung durch die erhöhte „Begehungswahrscheinlichkeit“ offen gegenüber zeigt, jedoch fordert, dass anhand tatbezogener Umstände festgestellt wird, dass sie sich tatsächlich durch die Unterlassensabrede erhöht hat.

¹⁵ Wohl i.E. ähnlich Petersen, ZfStw 2023, 409 (414), der jedoch davon spricht, dass es unbeachtlich bleibt, dass das „Ob“ der Tatbegehung und nicht die Verletzungsintensität verändert wird, da die Auswirkung auf das Opfer bei beidem (gleichermaßen) betroffen ist.

¹⁶ BGH, NJW 2023, 2209.

¹⁷ Dazu allgemein Eidam, (Fn. 5), S. 104; Grünwald, in: LK-StGB, § 224 Rn. 30.

¹⁸ Vgl. auch Kudlich, JA 2023, 694 (696).

¹⁹ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

²⁰ Vgl. Eisele, JuS 2023, 883 (884); Lichtenthäler, FD-StrafR 2023, 458302.

²¹ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40.

²² BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 41 f.

²³ Ablehnend BGH, NJW 2023, 2209 (Rn. 11); BGH, BeckRS 2015, 14860 (Rn. 4); Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 224 Rn. 11b; Wengenroth, JA 2014, 428 (431); Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 224 Rn. 39; Hardtung, in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 38; ein anderes wird auch eher nicht bei BGH, BeckRS 1986, 31101559 gemeint sein, auch wenn es heißt: „Hierzu reicht es aus, daß bei der Verwirklichung des Körperverletzungstatbestands mindestens zwei Mittäter dem Opfer gegenüberstehen; denn bereits dadurch werden die Möglichkeiten des Angegriffenen, sich gegen den Täter erfolgreich zur Wehr zu setzen, eingeschränkt.“ Anschließend wird nämlich weiter begründet, warum auch psychische Förderungen (gemeint dürfte die durch aktives Tun sein) ausreichen können soll.

²⁴ Vgl. dazu Grünwald, in: LK-StGB, § 224 Rn. 31 sowie Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 224 Rn. 11b jeweils m.w.N.

werden.

V. Zurück: Zur Möglichkeit einer Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen

Es bleibt die Frage, ob beim gemeinschaftlichen Unterlassen einer der anderen drei Effekte einschlägig sein kann und daher eine Modalitätenäquivalenz zu bejahen wäre.²⁵

1. Kumulationseffekt

Zunächst kommt es nicht zu Kumulationseffekten der Körperverletzung durch Unterlassen. Denn das Passive kumuliert sich nicht, es verläuft vielmehr parallel. Die Intensität der Körperverletzung wächst nicht (unmittelbar) mit der Zahl der Unterlassenden, sondern mit Zeitablauf. Nebenbei ließe sich generell fragen, ob mit der Kumulation ein entscheidender Effekt hinter § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB benannt ist. Für sich genommen beschreibt er nämlich nichts, was die gemeinschaftliche Begehung von der Nebentäterschaft abhebt.

2. Übermachts- und Einschüchterungseffekt

Aber auch der Übermachts- und Einschüchterungseffekt lässt sich beim Unterlassen in der Regel nicht entdecken.²⁶ Das zeigt der Fall des 2. *Senats* besonders deutlich: In der Verteidigung war der Säugling keineswegs deshalb eingeschränkt, weil ihm beide Beschützergaranten gemeinsam gegenübergetreten sind. Anders mag es liegen, wenn das Opfer in eine Notsituation mit sich über die Zeit vertiefender Gesundheitsschädigung von einer Selbstrettung absieht, weil ihm beistehende Garanten zu verstehen geben, dass sie ein solches Unternehmen vereiteln würden. Hier kann das Vorhandensein mehrerer Garanten durchaus zu stärkeren Einschüchterungs- und Übermachtseffekten führen. Der Fall des 6. *Senats* lässt sich zwischen diesen Konstellationen nicht allzu leicht einordnen, weist aber eine größere Nähe zum Säuglings-Fall des 2. *Senats* auf.²⁷

3. Zweifel an der Bedeutung des Einschüchterungseffekts

Es zeigt sich, dass man bei der Einschätzung der Einschüchterungs- und Übermachtseffekte besonders auf de-

taillierte tatrichterliche Feststellungen angewiesen ist. Der entscheidende Gegenstand dieser Feststellung unterscheidet sich wiederum danach, ob man den Einschüchterungs- oder den Übermachtseffekt jeweils alleine oder nur kumulativ ausreichen lassen will, um den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu bejahen. Vorzugswürdig ist eine Betonung des Übermachtseffekts und daher nicht zu fordern, dass das Opfer beide Beteiligten wahrnimmt.²⁸ Gleichzeitig kann der Einschüchterungseffekt allein nicht ausreichen. Deshalb ist § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu verneinen, wenn das Opfer sich aus Angst eines Eingreifens eines objektiv sich sicher Zurückhaltenden versieht.²⁹ Die Formulierung, dass die Verteidigungsbereitschaft „tatsächlich oder vermeintlich“³⁰ eingeschränkt sein müsse, ist daher zu vermeiden. Für sich genommen hinreichend ist nur der Übermachtseffekt, der in bestimmten Unterlassungskonstellationen einschlägig sein kann.

4. Fazit: Voraussetzungen einer gemeinschaftlichen Begehung durch Unterlassen

Damit die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen ausnahmsweise angenommen werden kann, müssen nach alledem folgende Voraussetzungen vorliegen:

Erstens muss der Garant mit einem anderen Beteiligten dem Opfer physisch gegenübergetreten. Die Anwesenheit des Garanten muss dabei *zweitens* die Chancen einer möglichen Selbstbehauptung des Opfers gegen das verletzende Geschehen verringern können. Ist eine Selbstbehauptung – wie in den Fällen des 6. und 2. *Senats* – schon aus anderen Gründen erschwert, fehlt es an einem Übermachts- und Einschüchterungseffekt. *Drittens* bedarf es einer tatsächlichen Bereitschaft des Garanten, einzugreifen, will man Einschüchterungseffekte für sich genommen nicht ausreichen lassen. *Viertens* muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Zeitraum der gemeinsamen Anwesenheit ausreichend ist, die Chancen der Selbstbehauptung erheblich zu verringern. Diese Voraussetzungen können sowohl beim Zusammenwirken mit einem anderen Garanten als auch mit einem aktiv handelnden Beteiligten erfüllt sein.³¹

²⁵ Ein kumulatives Vorliegen fordert etwa *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 224 Rn. 39.

²⁶ So ohne Ausnahme *Krehl*, NSStZ 2023, 607 (610).

²⁷ In eine andere Richtung durch Anknüpfung an die körperlichen Übergriffe *Eisele*, JuS 2023, 883 (884); vgl. auch *Eisele*, JuS 2023, 881 (882).

²⁸ So auch *BGH*, NSStZ 2006, 572 (573); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 224 Rn. 11b; *Grünwald*, in: LK-StGB, § 224 Rn. 32; *Eisele*, JuS 2023, 881 (882); a.A. *BGH*, BeckRS 2012, 11487 (Rn. 12); *Wolters*, in: SK-StGB, § 224 Rn. 31; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 37; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 224 Rn. 25a; *Moslehi*, HRRS 2023, 267 (269), der beide Effekte kumulativ fordert.

²⁹ A.A. *Moslehi*, HRRS 2023, 267 (269); *Hardtung*, JuS 2008, 960 (965); *ders.*, in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 37.

³⁰ *BGH*, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40; so auch *BGH* NSStZ 2015, 584 (585).

³¹ Praktisch höhere Relevanz dürfte das Zusammenwirken mit einem aktiv Handelnden aufweisen, weil die Selbstbehauptung durch das Opfer häufiger in Betracht kommt. Das macht den vom 2. *Senat* gezogenen Schluss, dass, wenn aktives Tun plus Unterlassen nicht erfasst ist, erst recht nicht Unterlassen plus Unterlassen erfasst sein kann (*BGH*, NJW 2023, 2209 [Rn. 12]; reproduziert auch bei *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 224 Rn. 39; ähnlich die Übertragung auch bei *Grünwald*, in: LK-StGB, § 224 Rn. 33.) zwar methodisch nicht zutreffen (kritisch auch *Lichtenthaler* FD-StrafR 2023, 458302; *Moslehi* HRRS 2023, 267 [270]), ihm lässt sich aber im Hinblick auf den Übermachtseffekt eine empirische Glaubwürdigkeit nicht absprechen.

Malte Seyffarth: Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle von Polizeigewalt durch einen Bundespolizeibeauftragten

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18764-5, S. 242, Euro 89,90.

Nachdem der Bundestag am 10.11.2023, erstmals über einen Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP „über die Polizeibeauftragte oder den Polizeibeauftragten des Bundes beim Deutschen Bundestag“ (20/9148, Polizeibeauftragtegesetz – PolBeauftrG) beraten hat, bekommt die Arbeit von *Seyffarth* eine ganz neue Bedeutung. Das neue Gesetz – das der Verfasser in seiner im Juni 2022 abgegebenen Dissertation natürlich nicht berücksichtigen konnte – soll die Grundlagen für das neue Amt eines solchen Polizeibeauftragten für die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt und die Polizei beim Deutschen Bundestag schaffen. Insofern sollte im Gesetzgebungsprozess auf jeden Fall die Dissertation Berücksichtigung finden.

In den Mittelpunkt der Untersuchung seiner Dissertation stellt der Verfasser die Etablierung der Institution eines (echten und unechten) Parlamentsbeauftragten (S. 20). Intension ist es, einen „verwaltungswissenschaftlichen Mehrwert in vielfacher Hinsicht zu erzielen (S. 26). Insbesondere soll aufgezeigt werden, wie sich Änderungen des Kontrollparameters der Selbst- und Fremdkontrolle auswirken können. Daneben stehen der Aspekt der Legitimität eines Beauftragten sowie die Frage, wie im Kontext der Kontrolle von Polizeigewalt eine rechtliche und staatsphilosophische sowie eine soziologische Seite des Gegenstandes sachgerecht zusammengefügt werden können (S. 27).

Insofern wird als Grundlegung zunächst dem Begriff der Polizeigewalt nachgespürt, hierzu verschiedene Sichtweisen zusammengetragen und zwischen einem engen und weiten Begriffsverständnis differenziert. Zur Polizeigewalt im engeren Sinne gehöre die rechtswidrige Gewaltanwendung. Polizeigewalt im weiteren Sinne seien sämtliche physische Zwangsanwendungen. Diese Unterscheidung mache es möglich, die Folgen von Polizeigewalt im Hinblick auf Legitimität und Legalität besser erfassen zu können (S. 41).

In einem nächsten Schritt wird sodann das Verhältnis von Polizei, Gewalt und Gewaltmonopol beschrieben. Das Gewaltmonopol könne, so der Verfasser, nie für sich allein betrachtet werden, sondern es bestünden mehrere Korrelate zur Machtbegrenzung. Von Relevanz für die Untersuchung seien vor allem die Korrelate, die ihre Wirkungen primär und unmittelbar im Verhältnis zu dem das Gewaltmonopol ausübenden Staat zeigen. Hier müsse die mit der konkreten Ausübung des Gewaltmonopols verbundene Macht gebändigt werden. Daher wirke die Rechtsschutzgarantie als Korrektiv. Allerdings stehe das

Gewaltmonopol auch in einem engen Zusammenhang zum Demokratieprinzip. So müsse sich im Interesse des demokratischen Diskurses das Gewaltmonopol auch im Rahmen dieses Diskurses rechtfertigen lassen, sofern es diesen Diskurs zum Erliegen bringt. Hierzu müsse der durch die Ausübung des Gewaltmonopols unterbrochene Kommunikationsprozess wieder aufgenommen und auf die konkrete Ausübung des Gewaltmonopols erstreckt werden (S. 53).

Anschließend beschreibt der Verfasser die Polizei als Akteur des Gewaltmonopols. Hier sei die Einsicht entscheidend, dass wegen der Cop Culture eine Änderung im Umgang mit Polizeigewalt nicht nur deduktiv, sondern auch induktiv erfolgen müsse. Die Polizeibeamten müssten als relevante Akteure erkannt und in den Diskurs über Polizeigewalt einbezogen werden (S. 62). Wie dies erfolgen sollte, wird an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt. Vielmehr folgen Bewertungsmaßstäbe aufgrund des Gewaltmonopols und der Cop Culture. Der Verfasser identifiziert drei Bewertungsmaßstäbe für Kontrollverfahren, nämlich die Berücksichtigung der Cop Culture, den effektiven Rechtsschutz und die Dialogermöglichung (S. 62).

Konsequent wird daher im nächsten Kapitel der Frage nachgegangen, welches Kontrollverfahren hier die größte Sensibilität aufbringt (S. 66). Eingangs wird die Verortung der Verwaltung in der demokratischen rechtsstaatlichen Verfassungsordnung beleuchtet. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die Weisung das prägendste Merkmal der Verwaltung in der demokratischen rechtsstaatlichen Verfassungsordnung sei. Für einen Beauftragten sei daher immer sein Verhältnis zur Weisungsgebundenheit gegenüber einem anderen staatlichen Akteur einschließlich der Konnotationen mit der Verwaltung in der demokratischen rechtsstaatlichen Verfassungsordnung zu klären. Er müsse sich – auch im Falle einer gelockerten oder fehlenden Weisungsgebundenheit – stets in diesen verfassungsrechtlichen Rahmen einfügen (S. 89).

Danach stellt der Verfasser konsequent die Frage nach der konkreten Ausgestaltung der Einfügung des Polizeibeauftragten in den verfassungsrechtlichen Rahmen. Differenzieren lasse sich nach Verwaltungsbeauftragten und (echten und unechten) Parlamentsbeauftragten. Allerdings ließen sich die unechten Parlamentsbeauftragten wie Verwaltungsbeauftragte behandeln. Letztere seien zwischen den Kontrollparametern der Selbstkontrolle und Fremdkontrolle angesiedelt, wenn sie eine Sonderstellung innehätten und nicht nahtlos in die Verwaltungshierarchie integriert wären. Ob die Beauftragten Verwaltungstätigkeiten im materiellen Sinne ausübten, sei eine Frage der ihnen im Einzelfall übertragenen Aufgaben. Aufgrund

ihrer Sonderstellung seien sie zudem der Schnittpunkt, bei dem sich Fragestellungen rund um einen weisungsfreien Raum auf tun würden (S. 110).

Ein Kernstück der Arbeit bildet dann das Kapitel zu den Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle von Polizeigewalt. Zunächst werden sehr ausführlich die Gesetzesvorhaben in den Blick genommen, die einen Polizeibeauftragten als echten Parlamentsbeauftragten vorsehen (BT-Drs. 19/7928; LT-Drs. NRW 17/6147). Der Verfasser kritisiert diese Vorschläge, da sie hinsichtlich der Berücksichtigung der Cop Culture und der Einbeziehung der Polizisten Regelungen vermissen ließen, die sicherstellen, dass der Polizistenperspektive ausreichend Rechnung getragen würde. Es sei einem externen Beauftragten mangels polizeinahen Wissens schwer möglich, sachgerechte Lösungsvorschläge für den Polizeialltag zu erarbeiten, so dass sich Polizisten eher ab- als zuwenden würden. Auch würde der Beauftragte die Polizisten nicht ausreichend in den demokratischen Dialog einbeziehen, da Regelungen fehlten, die sicherstellten, dass Polizisten auch bei Eingaben und Hinweisen von Bürgern durch den Polizeibeauftragten einbezogen würden. Zudem könne der Beauftragte lediglich einen demokratischen Diskurs anregen, aber ihn nicht selbst führen, was dazu führen könnte, dass seine Gesamtberichte in den parlamentarischen oder gar öffentlichen Dialog einfließen, was wiederum auf Polizisten – die nach den Gesetzentwürfen nicht einbezogen werden können – abschreckend wirkt.

Positiv wertet dagegen der Verfasser, dass die Gesetzentwürfe dem Bewertungsmaßstab des petitionsrechtlichen Dialogs gerecht werden. Allerdings gäbe es noch Optimierungsbedarf hinsichtlich der unvoreingenommenen Prüfung. Zu kritisieren sei zudem, dass die mit der Fremdkontrolle verbundene Distanz des Beauftragten dazu führen würde, dass er seine Aufgabe hinsichtlich struktureller Mängel und Fehlentwicklungen nicht qualitativ hochwertig erledigen könne.

Aufgrund der festgestellten Defizite kommt *Seyffarth* dann zu einem eigenen Vorschlag. Seiner Ansicht nach

müsse die Polizistenperspektive gestärkt werden, d.h. Regelungen müssten sicherstellen, dass die Polizisten in einen regen Austausch mit dem Polizeibeauftragten treten können, so dass eine Zusammenarbeit ermöglicht wird. Dies fördere sowohl die Berücksichtigung der Cop Culture als auch den demokratischen Dialog. Insofern unterbreitet der Verfasser einen dezidierten Gesetzesvorschlag, der einen Polizeibeauftragten als unechten Parlamentsbeauftragten vorsieht. Der orientiert sich hierbei an dem ausführlich vorgestellten Gesetzentwurf aus BT-Drs. 19/7928 und modifiziert diesen an den Stellen, die kritisch gesehen wurden.

Innovativ wird daher der *de lege ferenda*-Vorschlag eines eigenständigen Gesetzes (§§ 1-19 BPolBeauftrGV) unterbreitet (S. 182-189). Anschließend werden die wichtigsten Unterschiede im Vergleich zum echten Parlamentsbeauftragten herausgearbeitet und betont, dass der eigene Vorschlag genau an die identifizierten Gesetzesdefizite der bisherigen Gesetzentwürfe anknüpft (S. 211). Das ist sicher richtig und insoweit die Dissertation von *Seyffarth* ein wichtiger Impulsgeber.

Im abschließenden Kapitel wird das Gesamtergebnis noch einmal komprimiert zusammengetragen und ein Überblick der Thesen gegeben. Über die identifizierten Defizite in den diskutierten Gesetzentwürfen hinaus, die durch *de lege ferenda* Vorschläge des Verfassers überwunden werden, sind noch zwei weitere Unterschiede auszumachen. Durch den Vorschlag soll zum einen der effektive Rechtsschutz und petitionsrechtliche Dialog gesteigert werden und zum anderen die verkürzte Distanz zur Verwaltung das Einbeziehen der Polizisten ermöglichen. Letzteres erfolgt durch die dogmatische Verschiebung des Beauftragten von einem echten zu einem unechten Parlamentsbeauftragten.

Die *de lege ferenda* Vorschläge des Verfassers sollten nicht verhallen, sondern in den aktuellen Diskurs um den neuen Gesetzentwurf einbezogen werden. Von daher bleibt zu wünschen, dass die Dissertationsschrift viele Leser findet.

Sarah Sänger: Die neuen §§ 113, 114, 115 StGB. Eine Untersuchung dogmatischer Probleme und kriminalpolitischer Rationalitäten in Bezug auf die Novellierung des Widerstandsstrafrechts

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18946-5, S. 613, Euro 79,90.

Die am 23.5.2017 in Kraft getretene Reform der Widerstandsdelikte war und ist kriminalpolitisch heftig umstritten. Kaum eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Neukonstruktion und Strafverschärfung war positiv konnotiert. Allerdings kam *Bolender* in seiner Promotionschrift zu dem Ergebnis, die *Reform* sei aus strafrechtsdogmatischer Sicht schlüssig und dieser demzufolge auch zuzustimmen.¹ Schon dem Untertitel nach darf der Leser vermuten, dass *Sänger* zu einem kritischeren Ergebnis kommt, fragt sie doch danach, welche dogmatischen Probleme die §§ 113, 114, 115 StGB seit der Novellierung aufwerfen und wie es trotz dieser Defizite zur Verabschiedung des Gesetzes kommen konnte. Es geht um die „Bewertung des Änderungsgesetzes auf seine Rationalität hin“ (S. 18).

Zunächst stellt die Autorin hierfür den Zustand vor und seit der Novellierung im ublick dar. Interessant ist der historische Abriss, der die Rechtslage vor dem Bestehen eines eigenständigen Tatbestands und seit dem Bestehen eines solchen beschreibt. Ausführlich wird dann das Gesetzgebungsverfahren zum 52. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches geschildert, in einen gesellschaftlichen Kontext gestellt und die wesentlichen Kritikpunkte zusammengefasst. Resumierend wird festgestellt, dass sich ein drastischer Gewalanstieg gegen Vollstreckungspersonen empirisch nicht nachweisen ließ, die Polizei aber mit neuen und zusätzlichen Aufgaben belastet wurde. Zudem deuteten Studien auf einen Anstieg der Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung hin (S. 69).

Einen Schwerpunkt der Arbeit bildet dann das Kapitel C, in dem dogmatische Probleme der aktuellen Gesetzeslage ausführlich behandelt werden. Hinsichtlich der Schutzgüter der §§ 113 ff. StGB kommt die Verfasserin zu dem Schluss, dass die Novellierung insgesamt den Individualschutz verstärkte und somit an die vorangegangene Gesetzesfassung von 2011 angeknüpft habe. Allerdings verfolge § 113 StGB nach wie vor einen doppelten Schutzzweck, bei dem der kollektive Zweck im Vordergrund stehe. Vage Rechtsgutsbegriffe wie die humanitäre Solidarität, die öffentliche Sicherheit, das überindividuelle Interesse an der Dienstausbung oder der Schutz des Staatsapparats legen die symbolische Natur der Novellierung nahe (S. 100).

Intensiv spürt *Sänger* der Auslegung des tätlichen Angriffs nach und macht anhand von Fallgruppen deutlich, dass eine restriktive Auslegung geboten und diese auch vom Wortlaut getragen sei. Darüber hinaus sei es sinnvoll, beim tätlichen Angriff Vorsatz bezuglich der Verletzungseignung zu fordern. Zudem sei zur Erleichterung der Abgrenzbarkeit zur Gewalt bei leichten Tathandlung eine gewisse Erheblichkeitsschwelle mit in den Straftatbestand hineinzulesen. Es wird folgende neue Definition vorgeschlagen: „Ein tatlicher Angriff ist eine mit feindseligem Willen unmittelbar auf den Körper zielende Handlung, die in der konkreten Situation korperverletzungsgeeignet ist“. Auf dieses Restriktionsmerkmal müsse sich auch der Vorsatz beziehen (S. 121).

Probleme bescheinigt die Autorin den novellierten Vorschriften auch im Bereich der Konkurrenzen (ausf. S. 144 f.). Zu dogmatischen Schwierigkeiten komme es im Rahmen des veränderten Regelbeispiels § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB. Zum einen ergäben sich Wertungswidersprüche im Strafmaß und zum anderen führe die Streichung der Verwendungsabsicht zu Auslegungsproblemen, die schon im Rahmen des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bekannt seien. Zudem sei in der überwiegenden Anzahl der Fälle die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung allein durch das Beisichführen ohne Verletzungsabsicht nicht erhöhet, so dass die Erforderlichkeit der Änderung zu bezweifeln sei (S. 155). Auch für das Regelbeispiel der gemeinschaftlichen Tatbegehung sei das Regelungsbedürfnis gering. Zudem bestünden auch hier Wertungswidersprüche zu anderen Normen.

Schließlich äußert *Sänger* Bedenken am durch §§ 113 ff. StGB geschützten Personenkreis im Hinblick auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot. Letztlich handele es sich um eine Sondervorschrift zu Gunsten einer bestimmten Personengruppe (S. 174). Abschließend identifiziert die Verfasserin systematische Defizite (S. 174 ff.). So wurde ihrer Meinung nach bei der Novellierung die Möglichkeit verpasst, bestehende Defizite zu beseitigen. Stattdessen habe man durch die Schaffung des § 114 StGB neue Probleme hinzugefügt (S. 194).

Im folgenden Kapitel nimmt die Verfasserin zur Rationalität der Gesetzesänderung Stellung. Sie bewertet das 52. Strafrechtsänderungsgesetz zum großen Teil als symbolischen Gesetzgebungsakt. Der beabsichtigte bessere Rechtsgüterschutz – sowohl physisch als auch psychisch – gelänge durch die Gesetzesänderung nicht, so dass auch die Bestimmung des geschützten Rechtsguts bei den

¹ *Bolender*, Das neue Widerstandsrecht, 2021, S. 360; vgl. auch die Rezension von *Schiemann*, KriPoZ 2023, 106.

§§ 113 ff. StGB schwer falle. Die Vorschriften seien zum Teil nicht erforderlich, fügten sich nicht widerspruchsfrei in die Systematik des Strafgesetzbuches ein und wecken Bedenken hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebots. Daher genüßten die Änderungen einem juristischen Rationalitätsgebot größtenteils nicht. Diese Prinzipien müßten aber im Gesetzgebungsverfahren beachtet werden, auch wenn die Verfasserin gleichzeitig einräumt, dass das *BVerfG* entgegen dieser Vorgaben geschaffene Gesetze nicht für verfassungswidrig erklärt. Etwas zurück rudert *Sänger* dann mit der Aussage, dass der Gesetzgebungsakt die Adressaten zumindest erfolgreich angesprochen habe, insoweit geeignet war, gesellschaftsstabilisierende Wirkung zu besitzen und daher aus politischer Sicht als rationaler Schritt angesehen werden könne. Allerdings führe symbolische Gesetzgebung nur scheinbar, oberflächlich und kurzfristig zur Lösung von Problemen.

Leserfreundlich werden die Ergebnisse der Untersuchung dann in Kapitel E noch einmal in Thesen zusammengefasst, bevor sich Schlussfolgerungen anschließen. *Sänger* stellt keine Verbesserung der Rechtslage durch die Novellierung der Widerstandsdelikte fest. Die Defizite lägen darin begründet, dass es sich um ein Gesetz handle, das nicht hinreichend an den harten, klassischen Rationalitätsaspekten – wie dem besseren Rechtsgüterschutz, der Schließung von Strafbarkeitslücken oder der Lösung anderer juristischer Probleme – ausgerichtet war. Vorrangig diene es politischen Zwecken, die geprägt waren vom aktuellen Zeitgeschehen, Unzufriedenheit innerhalb der Polizei und lautstark geäußerten Gewerkschaftsforderungen.

Auf lange Sicht seien solche symbolischen Gesetze fraglich, da eine andauernde Wirkung nicht zu erwarten sei und die Ineffektivität zur Lösung der zu Grunde liegenden Probleme charakteristisch für symbolische Gesetzgebung sei. Die Diskussion um vermeintlich steigende Gewalt berge zudem die Gefahr der Diskursverschiebungen im spannungsbehafteten Polizei-Individuum-Verhältnis. Darüber hinaus werden durch die Erweiterung des Schutz-

bereichs die Deutungshoheit der Mitglieder der Polizei verstärkt und durch die zunehmende Betonung der Opferrolle sei nicht ausgeschlossen, dass polizeiliches Fehlverhalten in den Hintergrund trete. Dies könne gesamtgesellschaftlich betrachtet zu negativen Folgen führen. Sinnvoller wäre es gewesen, so die Verfasserin, eine geeignete und vorausschauende Personalpolitik zu betreiben und auch monetäre Entlastungen zu bieten.

Schließlich wäre es wünschenswert gewesen, im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Vorschläge zu berücksichtigen, wie beispielsweise die Einführung eines mildernden Falls, die Verortung des § 115 StGB im Regelungskomplex des § 323c StGB und die Abschaffung des § 114 StGB. Denn das bestehende gesetzliche Instrumentarium ermögliche eine angemessene Bestrafung.

Das Fazit fällt dementsprechend „ernüchternd aus“. Die Novellierung reihe sich ein in eine Serie „kriminalpolitischer Fehlentwicklungen“ (S. 255) und sei dem Trend einer zunehmend punitiveren Gesetzgebung geschuldet. Zu kritisieren sei zudem, dass reflexhaft auf ein Ereignis reagiert und wissenschaftliche Expertise ignoriert wurde.

Insgesamt bietet die Dissertation von *Sänger* nicht nur eine umfangreiche Bestandsaufnahme zur Diskussion rund um die Novellierung der Widerstandsdelikte, sie übt auch treffsicher Kritik hinsichtlich mehrerer Unstimmigkeiten der Vorschriften und entlarvt diese als symbolische Gesetzgebung. Symbolische Gesetzgebung ist an sich schon sehr fragwürdig, ist sie aber zudem schlecht gemacht, so schießt der Gesetzgeber deutlich über das Ziel hinaus. Es ist aber leider kriminalpolitisch nicht damit zu rechnen, dass die §§ 113 ff. StGB entschärft werden – ganz im Gegenteil finden sich eher Forderungen zu einem weiteren Aufrüsten der Widerstandsdelikte. Insofern lohnt sich die Lektüre der Dissertation gleich in zweierlei Hinsicht. Zum einen, um den Ist-Zustand der Widerstandsdelikte nach Schutzrichtung, Dogmatik und Systematik in Frage zu stellen und zum anderen, insoweit mahndend einer weiteren Reformierung und Verschlechterung vorzubeugen.