

# NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold

Kristina Peters

Nina Schrott

Thomas Steenbreker

## AUFSÄTZE

Wertungen in der Strafrechtswissenschaft  
ARMIN ENGLÄNDER

Individuelle Tatbestandsverwirklichung durch gemeinsames Handeln  
HELMUT FRISTER

Verfassungswandel und die relative Autonomie des einfachen Rechts  
VICTORIA IBOLD

Elektronisch überwachter Hausarrest als neue Kriminalstrafe?  
GABRIELE KETT-STRAUB

Strafrechtliche Sanktionen gegen Fake News?  
THOMAS WEIGEND

Noch immer keine „Quellen-TKÜ“ in Österreich  
INGEBORG ZERBES

## URTEILSANMERKUNGEN

BVerfG zur Cannabis-Legalisierung – Eine verfassungsrechtliche Perspektive  
BVerfG, Beschl. v. 14.6.2023 – 2 BvL 3/20 u.a.  
LUCAS HARTMANN

BVerfG zur Cannabis-Legalisierung – Eine strafrechtliche Perspektive  
BVerfG, Beschl. v. 14.6.2023 – 2 BvL 3/20 u.a.  
ANNE BALDAUF

„Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung  
LG München I, Beschl. v. 16.11.2023 – 2 Qs 14/23  
MARK A. ZÖLLER

## Editorial

„[D]ass in ihr scharfe politische Gegner [und Gegnerinnen, Anm.] sich zu wissenschaftlicher Arbeit zusammenfinden“<sup>1</sup>.

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns sehr, Ihnen die erste Ausgabe der Neuen Strafrechtswissenschaft (NSW) vorzustellen. Mit dieser und allen folgenden Ausgaben verbinden wir den eben zitierten Wunsch Webers – dass also diese Zeitschrift eine Plattform für einen offenen wissenschaftlichen Austausch werden möge.

Die thematische Ausrichtung der NSW wird schwerpunktmäßig auf der Diskussion grundlegender Fragestellungen der Strafrechtsdogmatik, Strafrechtsgeschichte, (Straf-)Rechtsphilosophie und des Strafprozessrechts liegen. Ein besonderes Anliegen ist es uns, die in den letzten Jahren aufgekommene Debatte über Gegenwart und Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft aufzugreifen. Darüber hinaus bietet die NSW ausdrücklich auch ein Forum für Beiträge, die das Nebenstrafrecht oder interdisziplinäre Gebiete betreffen, wie das Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, das Jugendstrafrecht, das Strafvollzugsrecht, die Kriminologie und die Rechtssoziologie. Die erste Ausgabe der NSW ist hinsichtlich dieses thematischen Horizonts exemplarisch und greift nicht nur die erwähnte Diskussion über die Natur der Strafrechtswissenschaft auf, sondern behandelt daneben Probleme des Kernstrafrechts, strafrechtliche

---

<sup>1</sup> So anlässlich der Übernahme der Herausgeberschaft des Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik *Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, ursprünglich erschienen im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 19 (1904), S. 22–87, Nachdruck in: Weber/Winkelmann (Hrsg.): Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tübingen 1922 [1988], S. 146, 157 f.



Herausforderungen im Zusammenhang mit der zunehmenden Digitalisierung und die Frage nach den Grenzen eines modernen Strafrechts.

Bei der Umsetzung unserer Idee von einer offenen und zugänglichen Plattform für den strafrechtswissenschaftlichen Austausch geht die NSW neue Wege – sie erscheint sowohl im Open-Access-Format als auch unter Verwendung eines Double-Blind-Peer-Review-Verfahrens.

Die Entscheidung für ein *Open-Access-Format* abseits einer Verlagsbindung basiert auf der Überzeugung, dass Wissen frei zugänglich sein sollte. Gerade in der aktuellen Zeit, in der das Strafrecht mit neuer Vehemenz zum Gegenstand politischer Debatten wird, sollten die Überlegungen und Ergebnisse der Strafrechtswissenschaft nicht hinter einer „Paywall“ verborgen bleiben und so die Divergenzen zwischen wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Diskursen weiter verstärken. Dies gilt umso mehr, wenn die Personen, die diese Überlegungen anstellen, wie hier in Deutschland durch die öffentliche Hand finanziert werden. Gleichzeitig ist auch der internationale wissenschaftliche Austausch auf eine Zugänglichkeit wissenschaftlicher Ideen und Konzepte angewiesen. Sprachhürden verlieren in Zeiten von „DeepL“ und „Google Translate“ an Bedeutung – diese Entwicklung könnte auch die Strafrechtswissenschaft in noch größerem Maße nutzen.

Beispiele für Open-Access-Strukturen ohne Verlagsbindung in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft – etwa die ZfIStW, die KriPoZ, die KrimOJ oder der Verfassungsblog – bilden bislang jedoch die Ausnahme.<sup>2</sup> In anderen Ländern und anderen Wissenschaftsdisziplinen ist die Verbreitung von Open-Access-Strukturen dagegen schon weit fortgeschritten. Auch der Wissenschaftsrat als wissenschaftspolitisches Beratungsgremium von Bund und Ländern hat sich für Open Access als Publikationsstandard ausgesprochen;<sup>3</sup> insbesondere bei wissenschaftlichen

---

<sup>2</sup> Eine Erhebung aus dem Jahr 2019 nennt gerade einmal 47 Internetzeitschriften für den gesamten Bereich der Rechtswissenschaft. Hiervon weisen nur sechs Zeitschriften einen strafrechtlichen Einschlag auf. Zum Ganzen *Hamann/Hürlimann* in Hamann/Hürlimann (Hrsg.), *Open Access in der Rechtswissenschaft*, 2019, 3, 85, 90 f. Siehe auch *Engel/Schön* in Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, IX: „Juristen stellen ihre Texte nicht im Internet zur Verfügung.“; ähnlich *Eisenbraut* *Open Access in der Rechtswissenschaft*, RBD 48 (2018), S. 87, 88. Die Skepsis der Rechtswissenschaft gegenüber Open Access betont auch das *open-access.network*, ein vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderte Projekt zur Schaffung neuer Informations- und Vernetzungsangebote, siehe hierzu <https://open-access.network/informieren/open-access-in-fachdisziplinen/rechtswissenschaft#c1060>.

<sup>3</sup> Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access (Drs. 9477-22), Januar 2022, 8, abrufbar unter [https://www.wissenschaftsrat.de/download/2022/9477-22.pdf?\\_blob=publicationFile&v=20](https://www.wissenschaftsrat.de/download/2022/9477-22.pdf?_blob=publicationFile&v=20).

Zeitschriften soll die Transformation zu Open Access zeitnah und vollständig erreicht werden. Wir freuen uns, dass wir mithilfe einer Förderung durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) unseren Beitrag dazu leisten können, diese Entwicklung in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft voranzubringen. Unsere Strukturen gewährleisten, dass die Veröffentlichung und Lektüre von Beiträgen in der NSW dauerhaft kostenfrei möglich sind.

Daneben fördert die Einführung eines *Double-Blind-Peer-Review-Verfahrens* das Ziel einer Plattform, die allen Autorinnen und Autoren gleichermaßen offensteht. International sowie in den meisten anderen wissenschaftlichen Disziplinen gehören Double-Blind-Peer-Review-Verfahren mittlerweile zum wissenschaftlichen Standard. Die Entscheidung über die Annahme von Beiträgen treffen nicht die jeweiligen Herausgeberinnen und Herausgeber, sondern Gutachterinnen und Gutachter. Diese kennen die Identität der Autorinnen und Autoren nicht und vice versa – daher „double blind“.<sup>4</sup> Diese Anonymität während des Begutachtungsprozesses soll sicherstellen, dass die Qualität des Beitrags im Vordergrund steht, und Faktoren wie etwa der wissenschaftliche Status oder das Geschlecht der Autorinnen und Autoren keine Rolle spielen. Forschungsergebnisse belegen, dass Herausgeberinnen und Herausgeber – allen redlichen Absichten zum Trotz – bestimmten unbewussten Vorbehalten unterliegen. Dies führt beispielsweise dazu, dass Beiträgen männlicher Autoren oftmals eine höhere wissenschaftliche Qualität zugesprochen wird und diese eine höhere Aussicht haben, zur Veröffentlichung angenommen zu werden, als Beiträge von Autorinnen.<sup>5</sup>

Double-Blind-Peer-Review-Verfahren bei der NSW heißt: Nicht wir als Herausgeberinnen und Herausgeber entscheiden über die Annahme von Beiträgen, sondern Gutachterinnen und Gutachter. Peer-Review-Verfahren mögen gewissen Herausforderungen ausgesetzt sein und stehen daher in ihrer genauen Ausgestaltung zu Recht in der Diskussion. Die Erfahrungen aus den ersten Durchgängen der Peer-Review-Verfahren

---

<sup>4</sup> Instruktiv Forsberg/Geschwind/Levander/Wermke (Hrsg.), *Peer review in an Era of Evaluation. Understanding the Practice of Gatekeeping in Academia*, Cham 2022.

<sup>5</sup> Siehe statt vieler etwa *Knobloch-Westerwick/Glynn/Huge* *Science Communication* 35 (5/2013), 603 ff.; *Kern-Goldberger/James/Berghella/Miller* *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 227 (1/2022), 43 ff.; *Fox/Paine* *Ecology and Evolution* 9 (3/2019), 3599 ff. und allgemein zum Problem *Roper* *Microbiol Mol Biol Rev* 83:e00018-19. Ähnliche Effekte dürfte es auch hinsichtlich des wissenschaftlichen Status, der universitären Anbindung oder auch gegenüber Autorinnen und Autoren, deren Namen auf einen Migrationshintergrund hindeuten, geben.

stimmen uns jedoch sehr positiv, dass dadurch eine offene, d.h. diskriminierungsfreie, Auswahl qualitativ hochwertiger Beiträge erfolgt. Gleichwohl werden wir die Prozesse zukünftig sorgsam begleiten, regelmäßig evaluieren und ggf. anpassen.

Die Etablierung von Open Access und Peer-Review-Verfahren verbindet die NSW mit einem weiteren Anliegen. Für Aufsätze ist eine *Zeichenbegrenzung* von 35.000 Zeichen und für Anmerkungen und Rezensionen von 8.000 Zeichen vorgesehen. Hiermit möchten wir dem Trend hin zu überlangen Beiträgen entgegenwirken – kürzere Beiträge fördern unserer Überzeugung nach Prägnanz und Austausch. Die NSW nimmt daher einen internationalen Trend auf, der von der Harvard Law Review initiiert wurde und dem bereits viele weitere US-amerikanischen Law Journals gefolgt sind.<sup>6</sup> Nicht alle Gedankengänge werden sich in dieser Knappheit darstellen lassen, doch stehen in diesen Fällen weiterhin die etablierten Veröffentlichungsorgane zur Verfügung.

Uns bleibt zuletzt all jenen zu danken, die zu dieser ersten Ausgabe beigetragen haben – den Autorinnen und Autoren für die Einreichung von Beiträgen zu einer erst in der Gründung befindlichen Zeitschrift sowie den Gutachterinnen und Gutachtern für die Übernahme des Reviews. Wir danken auch unserem Redaktionsteam, Laureen Balz, Julia Prigl und Erik Warschkow, für ihr überragendes Engagement und ihr Herzblut, das sie in die Gestaltung des Internetauftritts und die erste Ausgabe haben einfließen lassen.

Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, wünschen wir nun viel Freude bei der Lektüre der ersten Ausgabe. Die NSW wird künftig quartalsmäßig erscheinen. Sollten Sie keine Ausgabe der NSW verpassen wollen, können Sie sich für unseren Newsletter anmelden. Zudem können Sie uns auch auf Instagram [@neuestrafrechtswissenschaft](#) folgen.

Die Herausgeberinnen und Herausgeber

Victoria Ibold – Kristina Peters – Nina Schrott – Thomas Steenbreker

---

<sup>6</sup> [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/03/articles\\_length\\_policy.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/03/articles_length_policy.pdf); für eine Zeichenbegrenzung spricht sich auch *Walter* ZIS 2023, 298, 304, aus.

## Wertungen in der Strafrechtswissenschaft

von Armin Engländer, München\*

### ABSTRACT

Der Beitrag befasst sich mit Wertungen in der Strafrechtswissenschaft. Er zeigt zunächst auf, dass und weshalb Werturteile nicht wahrheitsfähig sind, keine Erkenntnisse ausdrücken und somit als wissenschaftliche Äußerungen einen problematischen Charakter haben. Sodann wird untersucht, welche Konsequenzen sich daraus für eine Strafrechtswissenschaft ergeben, die sich als kritisch-praktische Disziplin mit entscheidungsvorbereitender Funktion versteht.

### A. Einleitung: Wertungen in Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft

Wertungen sind in der Strafrechtspraxis ubiquitär. Das gilt für Gesetzgebung und Gesetzesanwendung gleichermaßen. Gesetzgeberische Festlegungen, welche Handlungen strafbar (und damit strafwürdig und strafbedürftig) sind, wem sie zugerechnet und vorgeworfen werden können und innerhalb welchen Strafrahmens die Strafe für diese Handlungen zuzumessen ist, beruhen stets auf Werturteilen. Aber auch die Gesetzesanwendungsorgane nehmen eine Vielzahl von Wertungen vor, so beispielsweise, wenn sie entscheiden, ob ein bestimmtes Unterlassen einem Tun entspricht, ob in einer Notstandslage das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt und die Tat ein angemessenes Mittel zur Gefahrenabwehr darstellt, ob ein Beweggrund niedrig i.S. des § 211 StGB ist, ob eine Äußerung des Täters eine andere Person herabwürdigt, ob eine konkrete Strafe unter Abwägung aller für und gegen den Täter sprechenden Umstände tat- und schuldangemessen ist

---

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München.



oder ob bei der Interpretation einer Vorschrift der gesetzlichen Systematik der Vorrang vor den Gesetzesmaterialien zukommt.

Dass die Strafrechtspraxis allgegenwärtig mit Wertungen verbunden ist, bedeutet freilich nicht, dass es sich bei der *Strafrechtswissenschaft* ebenso verhalten muss. Allein der Umstand, dass sie die Wertungen der Praxis zu ihrem Untersuchungsgegenstand macht, verleiht ihr selbst noch keinen wertenden Charakter.<sup>1</sup> Am Beispiel: Beantwortet die Autorin einer strafrechtswissenschaftlichen Abhandlung die Frage, wann der 3. Strafsenat politische Tötungsmotive als niedrige Beweggründe bewertet und wie diese Rechtsprechung sich zur früheren höchstrichterlichen Judikatur verhält, trifft sie schlicht bestimmte Tatsachenaussagen *über* gewisse Wertungen seitens des BGH; sie schaut also insoweit aus einer wertungsneutralen Beobachter- auf die wertende Teilnehmerperspektive und enthält sich dabei einer eigenen Bewertung.

Jedoch geht es der Strafrechtswissenschaft nach vorherrschendem Selbstverständnis nicht lediglich darum, aus der Beobachterperspektive Gesetzgebungsakte, Gesetzestexte und gerichtliche Entscheidungen zu beschreiben, zu analysieren und ggf. zu prognostizieren. Vielmehr sieht sie sich im Kern als eine *kritisch-praktische* Disziplin mit entscheidungsvorbereitender Funktion, die die Legislative berät und rechtsanwendungsorientiert die Gerichte und andere rechtsanwendende Organe bei ihrer Tätigkeit anleitet bzw. unterstützt und damit zu einer konsistenten Entscheidungspraxis beiträgt. Nach überwiegender Ansicht nimmt sie deshalb grundsätzlich die Teilnehmerperspektive ein. Wertungen sind daher auch in der Strafrechtswissenschaft ubiquitär. So sind dort getroffene Aussagen etwa über die Legitimität des Strafens, vorpositive Grenzen der Strafgesetzgebung, Vorzüge oder Mängel der aktuellen Gesetzeslage oder konkreter Gesetzesvorhaben, begrüßenswerte oder kritikbedürftige Tendenzen in der gegenwärtigen Kriminalpolitik, die richtige Auslegung einer Strafvorschrift oder die systematische Ordnung und Gliederung des Strafrechts regelmäßig mit Werturteilen verbunden. Der Sprecher nimmt hier stets positiv oder negativ zu bestimmten rechtlich relevanten Aspekten Stellung. Können solche Werturteile aber in

---

<sup>1</sup> Allgemein dazu *Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Aufl. 1988, S. 499 f.; vertiefend *Albert*, Konstruktion und Kritik, 2. Aufl. 1975, S. 55; *Dreier*, Kelsen im Kontext, 2019, S. 351 ff. Speziell zu den Implikationen der Weberschen Wissenschaftstheorie für die Rechtswissenschaft *Peters* in dies./Schrott (Hrsg.), Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts, 2023, S. 35. Zur Werturteilsproblematik im Strafrecht *Hilgendorf*, in Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe (Hrsg.), Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, 2000, S. 1 ff.

irgendeiner Form wissenschaftliche Objektivität für sich beanspruchen? Das erscheint fraglich, denn nach einer verbreiteten wissenschaftstheoretischen Auffassung sind sie weder wahr noch falsch, also nicht wahrheitsfähig, beruhen nicht auf (methodengeleiteter) Erkenntnis und artikulieren kein Wissen, sondern bringen vielmehr voluntative bzw. expressive Haltungen subjektiver Natur zum Ausdruck.<sup>2</sup>

## B. Zur (Un-)Möglichkeit eines Wertewissens

Allerdings verflüchtigte sich die Frage nach der wissenschaftlichen Objektivität von Werturteilen, wenn sich zeigen ließe, dass ihnen sehr wohl Wahrheitsfähigkeit zukommt und sie, falls sie wahr und begründet sind, echtes Wissen ausdrücken können.<sup>3</sup> In Bezug auf moralische Werturteile wird eine solche Sichtweise in der Moralphilosophie (genauer: der Metaethik<sup>4</sup>) von einer wieder im Vordringen befindlichen Meinung auch bejaht. Träfen die dort zur Begründung vorgebrachten Überlegungen zu, ließen sie sich womöglich auch auf strafrechtliche Werturteile anwenden – zumindest soweit diese Werturteile *moralische* Bewertungen im Zusammenhang mit strafrechtlichen Problemstellungen enthalten.

Für die Möglichkeit eines Wertewissens spricht zunächst, dass moralische Werturteile wie beispielsweise „das Retten einer in Not befindlichen Person ist gut“ dieselbe *grammatikalische Form* aufweisen wie normale Tatsachenaussagen, bei denen über die Wahrheitsfähigkeit kein Zweifel besteht. Freilich: Die Oberflächengrammatik eines Satzes kann über seine tatsächliche Bedeutung täuschen. Zudem ist die Sprachbedeutung nicht selbstrechtfertigend.<sup>5</sup> Selbst wenn eine Bedeutungsanalyse zeigte, dass (moralische) Werturteile wie Tatsachenaussagen einen Wahrheitsanspruch erheben, könnten dem unzutreffende Annahmen

---

<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang ist freilich zu beachten, dass nicht jeder Gebrauch bewertender Begriffe eine Äußerung zu einem Werturteil macht und damit Fragen nach der Wahrheitsfähigkeit aufwirft. Am Beispiel: Die Erklärung, bei einem PKW handle es sich um ein „gutes Auto“, stellt eine wahrheitsfähige Tatsachenaussage dar, wenn mit ihr ausgedrückt werden soll, dass das Fahrzeug die Anforderungen eines *vorausgesetzten Bewertungsmaßstabs* – etwa den schnellen oder sicher oder umweltschonenden Transport der Insassen – erfüllt. Die *Festlegung* des Bewertungsmaßstabes – gut ist ein Fahrzeug dann, wenn es die Insassen schnell oder sicher oder umweltschonend an ihr Ziel bringt – bildet dagegen ein Werturteil, bei dem sich die Frage nach der Wahrheitsfähigkeit stellt.

<sup>3</sup> Zu einem umfassenden Überblick über die Debatte *Staake*, Werte und Normen, 2018, S. 97 ff.

<sup>4</sup> Die Metaethik befasst sich mit den semantischen, epistemologischen und ontologischen Fragen der Moral, darunter der nach der Begründbarkeit bzw. Rechtfertigbarkeit moralischer Urteile. Zum Überblick über den gegenwärtigen Diskussionsstand s. *Rüther* (Hrsg.), Grundkurs Metaethik, 2016; *Stahl*, Einführung in die Metaethik, 2013; eine Zusammenstellung klassischer Texte bei *Heinrichs/Heinrichs* (Hrsg.), Metaethik, 2016.

<sup>5</sup> *Mackie*, Ethics, 1977, S. 35.

der Sprachgemeinschaft über die Existenz objektiver Werte oder Normen zugrunde liegen.<sup>6</sup> Die Frage, ob Werturteile ein Wertewissen ausdrücken können, lässt sich daher nur mit erkenntnistheoretischen und ontologischen Argumenten beantworten.<sup>7</sup>

### I. Wertewissen durch Erfahrung?

Einige Moralphilosophen vertreten die Ansicht, der Erwerb eines Wertewissens unterscheide sich im Grundsatz nicht von der Gewinnung empirischer Erkenntnis. Zur Lösung moralischer Probleme seien evaluative bzw. normative Theorien zu entwickeln, die als zentralen Bestandteil bestimmte mit Allgemeinheitsanspruch ausgestattete Werte, Regeln, Prinzipien oder Zwecke beinhalten. Diese Theorien könnten dann anhand unserer auf Einzelfälle bezogenen moralischen Intuitionen bzw. moralischen Wahrnehmungen geprüft und kritisiert werden. Stimme die aus der Theorie folgende Bewertung eines Einzelfalles nicht mit der diesbezüglichen moralischen Intuition bzw. Wahrnehmung überein, werde die Theorie durch letztere falsifiziert.<sup>8</sup>

Moralische Intuitionen bzw. Wahrnehmungen erfüllen nach diesem Verständnis für die Prüfung evaluativer bzw. normativer Theorien erkenntnistheoretisch die gleiche Funktion wie Beobachtungen für die Prüfung empirischer Theorien.<sup>9</sup> Eine solche Gleichsetzung erscheint bei genauerer Betrachtung indes problematisch. Als Erkenntnisakte beziehen sich Beobachtungen auf die wahrnehmbaren Objekte, Eigenschaften, Strukturen oder Prozesse der objektiven Welt.<sup>10</sup> Daher kommt ihnen nicht bereits *als solchen* eine bestätigende oder widerlegende Kraft zu. Ihre Eignung als Prüfungsinstanz einer Theorie ist vielmehr davon abhängig, dass sie auch zutreffen. Das ist nur dann der Fall, wenn der wahrgenommene Sachverhalt wirklich besteht. Falsifikatoren einer Theorie sind

---

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> Ausführlicher zu den folgenden Überlegungen Engländer ARSP 2004, 86; ders. *Homo Oeconomicus* 39 (2022), 25.

<sup>8</sup> Für eine Anwendung des Falsifikationismus auf normative Theorien z.B. Steinvorth, *Gleiche Freiheit*, 1999, S. 28 ff. Zur hypothetisch-deduktiven Methode in den empirischen Wissenschaften s. Albert, *Kritik der reinen Erkenntnislehre*, 1987, S. 70 ff.; Popper, *Logik der Forschung*, 10. Aufl. 1991, S. 34 ff.; sowie – stärker empiristisch akzentuiert – Quine, *Pursuit of truth*, rev. ed. 1992, S. 1 ff.

<sup>9</sup> In Übereinstimmung damit nimmt eine in der juristischen Methodenlehre vertretene Auffassung an, dass bei der Prüfung juristischer Theorien oder Normhypothesen das *Rechtsgefühl* eine beobachtungsäquivalente Rolle spielen könne; vgl. v. Savigny, *Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze*, 1967, S. 82 f., 91 ff.; ders., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, S. 120 ff.

<sup>10</sup> Dazu Albert (Fn. 8), S. 43 ff.

demnach nicht Beobachtungen, sondern die *Tatsachen der Welt*.<sup>11</sup> Bei den Beobachtungen und den Beobachtungsaussagen, in denen erstere formuliert werden, handelt es sich deshalb lediglich um die – falliblen – Mittel, mit deren Hilfe der Mensch diese Tatsachen erfassen will.

Moralische Intuitionen bzw. Wahrnehmungen müssten somit, um erkenntnistheoretisch die gleiche Rolle wie empirische Beobachtungen zu spielen, wie letztere bestimmte Tatsachen erfassen. Das verpflichtet zu ontologischen Annahmen, die entweder einen *moralischen Realismus* oder einen *moralischen Platonismus* implizieren. Moralische Realisten behaupten, es gebe Werteigenschaften, die den Objekten, Ereignissen oder Zuständen der Welt unabhängig von subjektiven Bewertungen zukommen. Sie postulieren objektive Werttatsachen, die Bestandteil unserer natürlichen Welt sein sollen.<sup>12</sup> Platonisten hingegen vertreten die Auffassung, objektive moralische Werte oder Normen gehörten als abstrakte bzw. ideale Entitäten zu einer von der natürlichen Welt zu unterscheidenden eigenen normativen Welt.<sup>13</sup> Beide Konzeptionen stimmen aber darin überein, dass Werteigenschaften bzw. moralische Werte oder Normen normative Tatsachen darstellen, die wie andere Tatsachen der menschlichen Erkenntnis zugänglich seien.<sup>14</sup>

Diese Annahmen sind indes mit erheblichen Problemen behaftet. Ontologisch spricht gegen die These von objektiven Werttatsachen als Bestandteilen der natürlichen Welt, dass sie kaum mit den Gesetzmäßigkeiten dieser Wirklichkeit vereinbar scheinen.<sup>15</sup> Kennzeichnend für die Elemente der natürlichen Welt ist, dass sie in naturgesetzlicher Weise miteinander verbunden sind. Wertqualitäten verfügen dagegen nicht über diese Eigenschaft. Sie wären somit die einzigen natürlichen Entitäten, die in keiner naturgesetzlichen Relation zueinander und zu den anderen Objekten und Ereignissen ihrer gemeinsamen Welt stünden. Die Annahme einer eigenen normativen Welt vermeidet zwar dieses Problem. Sie steht

---

<sup>11</sup> Der Begriff der Tatsache wird hier verwendet als abkürzende Bezeichnung der existierenden Entitäten der Realität und ihrer Beziehungen zueinander, ohne dass damit eine bestimmte ontologische Annahme über den Status von Tatsachen verbunden sein soll.

<sup>12</sup> So z.B. Boyd, in Sayre-McCord (Hrsg.), *Essays on Moral Realism*, 1988, S. 181 ff.; Enoch, *Taking Morality Seriously*, 2011; v. Kutschera, *Grundlagen der Ethik*, 2. Aufl. 1999, S. 219 ff.; Werner *Ethics* 93 (1983), 653 ff.

<sup>13</sup> Etwa Hartmann, *Ethik*, 3. Aufl., 1949, S. 148 ff.

<sup>14</sup> Je nachdem, wie sich moralische Platonisten die Erfassung objektiver Werttatsachen vorstellen, kann es sich bei ihnen aus erkenntnistheoretischer Sicht allerdings auch um Vertreter einer moralischen Erkenntnis durch reine Vernunftkenntnis handeln. Für sie gelten die unter II.2. angestellten Überlegungen entsprechend.

<sup>15</sup> Mackie (Fn. 5), S. 38 ff., bezeichnet diesen Einwand als „argument from queerness“.

aber – neben generellen Bedenken gegen den Platonismus – vor der Schwierigkeit, dass völlig unklar bleibt, in welchem Verhältnis diese eigene normative Welt zur natürlichen Welt steht, insbesondere wie die erstere ohne das Bestehen naturgesetzlicher Verbindungen auf die letztere Einfluss nehmen können soll.

Ebenso schwer wiegen die erkenntnistheoretischen Bedenken. Beobachtungen der Welt sind möglich, weil ihre Objekte und Prozesse *kausal* auf die menschlichen Sinnesorgane einwirken. Den postulierten objektiven Werteigenschaften, Werten und Normen fehlt aber eine solche kausale Wirksamkeit. Ohne die Möglichkeit einer kausalen Einwirkung auf die Sinnesorgane ist jedoch nicht zu sehen, wie der Mensch von Werttatsachen empirisch Kenntnis erlangen soll.<sup>16</sup> Anders als bei sozialen Tatsachen – etwa durch bestimmte Personen realiter vorgenommenen Wertungen oder in bestimmten Gesellschaften faktisch geltenden Normen – kann man hier auch nicht an ein bestimmtes sprachliches oder nonverbales menschliches Verhalten als wahrnehmbares Ereignis anknüpfen, das dann entsprechend gedeutet wird.<sup>17</sup>

Die Möglichkeit einer Werterkenntnis kann somit nicht durch eine einfache Übertragung des empirischen Erkenntnisverfahrens auf den Bereich der Moral begründet werden. Für den Erwerb von Erfahrungswissen ist die Fähigkeit des Menschen, Tatsachen der natürlichen Welt durch Beobachtung zutreffend zu erfassen, konstitutiv. Eine solche beobachtungsanaloge Funktion können moralische Intuitionen nicht erfüllen. Denkbar ist allerdings, für den Bereich der Moral das Erfordernis der Bezugnahme auf bestimmte Werttatsachen aufzugeben. So wollen manche Moralphilosophen sich damit begnügen, die allgemeine moralische Theorie und die auf Einzelfälle bezogenen moralischen Intuitionen bzw. moralischen Alltagsurteile durch einen wechselseitigen Abgleich in ein kohärentes Beziehungsgefüge, das sog. *Überlegungsgleichgewicht*, zu bringen, ohne dass dabei den Intuitionen beziehungsweise den Alltagsurteilen irgendwelche Werttatsachen korrespondieren müssten.<sup>18</sup> Prüfungs-

---

<sup>16</sup> Kein Ausweg ist es dabei, Wertbegriffe als *theoretische Begriffe* zu klassifizieren, die sich auf nicht beobachtbare Aspekte der Realität beziehen, oder Werteigenschaften als *sekundäre Qualitäten* wie Farbe, Geschmack, Geruch oder Klang aufzufassen, die nur in Abhängigkeit von menschlichen Empfindungen oder Wahrnehmungen bestimmt werden können. Näher dazu Engländer ARSP 2004, 86, 91 f.

<sup>17</sup> Zur Ontologie sozialer Tatsachen vgl. Searle, *The Construction of Social Reality*, 1995.

<sup>18</sup> Goldman, *Moral Knowledge*, 1988. Zum Gedanken eines kohärenztheoretischen Überlegungsgleichgewichts in der politischen Philosophie vgl. Rawls, *A Theory of Justice*, rev. ed., 1999, S. 42 ff.

instanz der Theorie sind nach diesem Verständnis also anders als bei der empirischen Erkenntnis nicht die Tatsachen der Welt, die in Beobachtungen und ihren sprachlichen Korrelaten lediglich erfasst werden, sondern die moralischen Intuitionen oder moralischen Alltagsurteile *selbst*.

Durch den Verzicht auf Werttatsachen als Prüfungsinstanz umgeht der kohärenztheoretische Ansatz die Probleme des moralischen Realismus und des moralischen Platonismus. Dafür zahlt er indes einen Preis: Es ist nicht zu sehen, wie sich für rein kohärenztheoretisch begründete Werturteile ein Wahrheits- und Erkenntnisanspruch aufrechterhalten lässt. Zwar sind wahre Aussagen über die logischen Relationen zwischen den einzelfallbezogenen moralischen Intuitionen oder moralischen Alltagsurteilen und der allgemeinen normativen Theorie möglich. Ob ein im Wege des Überlegungsgleichgewichts konstruiertes System allgemeiner und individueller moralischer Werturteile stimmig, also kohärent ist, stellt eine der menschlichen Erkenntnis zugängliche Tatsache dar. Das verleiht jedoch nicht den individuellen Werturteilen *selbst* einen erkenntnistheoretischen Charakter. Ohne einen solchen bleibt die kohärenztheoretisch konzipierte Moraltheorie, die diese Werturteile zur Theorie- und Systembildung heranzieht, aber subjektivistisch. Erkenntnisse könnten die individuellen Werturteile nur ausdrücken, wenn sie sich auf Werttatsachen bezögen – was zurückführt zu den Problemen des moralischen Realismus und des moralischen Platonismus.

## II. Wertewissen durch gedankliche Einsicht?

Andere Moralphilosophen meinen, moralische Erkenntnis bestehe in der *gedanklichen Einsicht* in die Gültigkeit eines Wertes oder einer Norm.<sup>19</sup> Als objektive Beurteilungsmaßstäbe sollen dabei bestimmte oberste Werte, Zwecke, Regeln oder Prinzipien dienen. Bekannte Beispiele sind *Kants* kategorischer Imperativ, das utilitaristische Nutzenmaximierungsprinzip oder der diskursethische Universalisierungsgrundsatz (U). Damit stellt sich die Frage, auf welche Weise diese obersten Werte, Zwecke, Regeln oder Prinzipien ihrerseits objektiv begründet werden können. Eine empirische Erkenntnis als Werttatsache kommt aus den dargelegten Gründen nicht in Betracht. Als Alternative bliebe daher nur eine Erkenntnis *a priori*, das heißt eine *reine Vernunftkenntnis*, die durch Erfahrung weder bestätigt noch widerlegt werden kann. Möglich ist eine

---

<sup>19</sup> So z.B. *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung, 1999, S. 271 ff.

solche Erkenntnis a priori bei sog. *analytischen Aussagen*, deren Wahrheitswert bereits aus ihrer logischen Form oder den Bedeutungen der in ihnen vorkommenden Ausdrücke folgt. Am Beispiel: Die Aussage „alle Junggesellen sind unverheiratete Männer“ ist wahr schlicht aufgrund der Bedeutung des Begriffs „Junggeselle“. Aus logischen Gesetzen und semantischen Sprachregeln allein lassen sich jedoch keine moralischen Werte, Zwecke oder Prinzipien gewinnen.<sup>20</sup> Wie aber sollen sie dann unabhängig von Erfahrung erkannt werden können? Denkbar wäre es, sie aus weiteren theoretischen Aussagen abzuleiten. Damit verschöbe sich das Erkenntnisproblem jedoch nur um eine Ebene, da nunmehr die als Prämissen fungierenden Aussagen ihrerseits einer Rechtfertigung als apriorische Erkenntnisse bedürften.

Um hier sowohl einen infiniten Begründungsregress als auch eine zirkuläre Begründung zu vermeiden, müssen die Vertreter einer reinen Vernunftethik letztlich behaupten, dass der menschliche Verstand irgendwelche obersten Werte, Zwecke, Regeln oder Prinzipien unmittelbar einsehen kann.<sup>21</sup> Sie nehmen damit ebenso wie manche moralische Realisten, die eine moralische Intuition als eigene Art des Erkennens von konkreten Werttatsachen auffassen,<sup>22</sup> Zuflucht zu einem mysteriösen besonderen Erkenntnisvermögen, das sie jedoch nicht plausibel begründen können. Damit führt auch das aprioristische Begründungsmodell in eine erkenntnistheoretische Sackgasse.

### **C. Folgen der Unmöglichkeit eines Wertewissens für die Strafrechtswissenschaft**

Nach alledem ist die Möglichkeit eines Wertewissens – sei es durch Erfahrung, sei es durch gedankliche Einsicht – zu verneinen. Was folgt daraus für die Strafrechtswissenschaft, in der, wie eingangs erwähnt, Werturteile (bislang) weit verbreitet sind? Muss der geschilderte Befund nicht erhebliche Zweifel an der wissenschaftlichen Objektivität ihrer Aussagen aufwerfen?

---

<sup>20</sup> Zu einem Versuch, auf einer Analyse der Semantik präskriptiver Sätze aufbauend eine utilitaristische Ethik zu begründen, vgl. allerdings *Hare*, *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*, 1982. Kritisch dazu *Tugendhat*, *Philosophische Aufsätze*, 1992, S. 292 ff.

<sup>21</sup> Kein Ausweg ist es, die zu begründenden Werte, Zwecke, Regeln und Prinzipien lediglich als Hypothesen zu behandeln, da keine Prüfungskriterien zur Verfügung stehen, nach denen die nur hypothetisch angenommene Werte, Zwecke, Regeln oder Prinzipien als richtig oder falsch beurteilt werden könnten. Näher dazu *Engländer* ARSP 2004, 86, 94.

<sup>22</sup> So aktuell etwa *Audi*, *The Good in the Right*, 2004.

Eine erste Strategie im Umgang mit dieser Problematik besteht darin, schlicht ihre Relevanz zu bestreiten oder zumindest zu relativieren. Manche berufen sich darauf, dass die (Straf-)Rechtswissenschaft eben keine empirische oder formale, sondern eine normative, argumentierende und begründende Wissenschaft darstelle.<sup>23</sup> Deshalb sei es auch von vornherein verfehlt, die fremden Maßstäbe empirischer oder formaler Disziplinen an die (Straf-)Rechtswissenschaft anzulegen.<sup>24</sup> Das vermag indes kaum zu überzeugen, da mit dem Verweis auf die Topoi der Normativität, Argumentation oder Begründung – deren epistemischer Status im Unklaren bleibt – das Problem mangelnder Wahrheitsfähigkeit und Objektivität wertender Aussagen nicht gelöst, sondern lediglich verdeckt wird.

Für eine zweite Strategie steht insbesondere die Reine Rechtslehre *Hans Kelsens*. Sie propagiert als Lösung eine radikale Selbstbeschränkung der (Straf-)Rechtswissenschaft. Diese habe, gereinigt von allen ihr fremden Elementen, vor allem von Ethik, politischer Theorie, Psychologie und Soziologie, allein ihren Gegenstand – das positive Recht – zu erkennen und objektiv zu beschreiben.<sup>25</sup> Die damit verbundene „Wertungsaskese“<sup>26</sup> umfasst zunächst den Verzicht auf jegliches „rechtspolitisches Raisonement“<sup>27</sup> (was nicht ausschließt, dass Rechtswissenschaftler sich *als Bürger* zu politischen Fragen äußern<sup>28</sup>). Aussagen über die Legitimität der Institution der Strafe, rechtsethische Grenzen der Strafgesetzgebung oder Vorzüge oder Mängel konkreter Gesetzesvorhaben gehörten demnach nicht in den Kompetenzbereich der Strafrechtswissenschaft. Ferner müsste sich die (Straf-)Rechtswissenschaft bei der Interpretation der Rechtstexte damit zufriedengeben, ihre *möglichen* Bedeutungen herauszuarbeiten; eine Empfehlung, welche Deutungsvariante sodann den Vorzug verdiene, könnte sie dagegen nicht geben.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Zur Debatte über das Wissenschaftsverständnis der Jurisprudenz s. *Dreier* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018; *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

<sup>24</sup> *Hörnle* in *Dreier* (Fn. 23), S. 187 ff.; *Kuhlen* in *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe* (Fn. 1), S. 35 ff.

<sup>25</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 1. Zu *Kelsens* Wissenschaftsprogramm s. *Dreier* (Fn. 1), S. 27 ff.

<sup>26</sup> *Dreier* (Fn. 1), S. 32.

<sup>27</sup> *Kelsen* (Fn. 25), S. III. Die verlangte Entpolitisierung bezieht sich dabei nur auf die *Rechtswissenschaft*, nicht auf dessen Untersuchungsgegenstand, das positive Recht. Dieses ist für *Kelsen* stets ein Ergebnis von Politik und damit mit ihr verbunden. Vgl. *Kelsen*, in *Klecatsky u.a.* (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 1, 1968, S. 611, 620.

<sup>28</sup> *Kelsen* JW 1929, 1723, 1724.

<sup>29</sup> *Kelsen* (Fn. 25), S. 353. Ausf. zu *Kelsens* Interpretationslehre *Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl. 1990, S. 145 ff.

Diese weitgehende Selbstbescheidung unter Verzicht auf eine beratende und entscheidungsvorbereitende Funktion der (Straf-)Rechtswissenschaft scheint prima facie das Werturteilsproblem an der Wurzel zu packen. Fraglich ist freilich, ob eine solch radikale Lösung wirklich *erforderlich* (dazu sogleich) und ob sie überhaupt *durchführbar* ist. *Kelsens* Interpretationslehre geht davon aus, dass – obgleich jede Rechtsanwendung immer auch wertende Rechtserzeugung darstellt – eine wertungsfreie Rechtswissenschaft immerhin einen *Rahmen* abstecken kann, also im Wege der Erkenntnis zu bestimmen vermag, welche Konkretisierungsmöglichkeiten von gesetzlichen Regelungen vertretbar sind und welche nicht. Problematisch erscheint hier jedoch nicht bloß, dass eine vollständige Aufzählung aller in Betracht kommenden statthaften Interpretationsvarianten bei etwas komplexeren Rechtsverhältnissen nicht einmal annäherungsweise leistbar sein dürfe.<sup>30</sup> Vielmehr ist bereits zweifelhaft, ob der Rahmen, der die zulässigen Deutungen von den unzulässigen scheidet, tatsächlich gänzlich wertungsfrei durch einen Akt reiner Erkenntnis zu ermitteln ist.<sup>31</sup> Besonders augenfällig wird das bei Rechtstexten, die bewertende Begriffe enthalten, die gerade auf eine Eigenwertung des Rechtsanwenders abzielen – wie etwa die Merkmale der Angemessenheit in § 34 StGB, des Beschimpfens in § 166 StGB, der niedrigen Beweggründe in § 211 StGB oder der Verwerflichkeit in §§ 240, 253 StGB.

Eine dritte Strategie plädiert dafür, die herkömmliche Konzeption der (Straf-)Rechtswissenschaft als vorwiegend normativ-hermeneutische Rechtsanwendungswissenschaft durch ein sozialwissenschaftliches Rechtswissenschaftsmodell zu ersetzen. Danach soll (Straf-)Rechtswissenschaft als eine auf die Erforschung von Wirkungszusammenhängen gerichtete *Realwissenschaft* betrieben werden.<sup>32</sup> Ihre Aufgabe bestünde danach im Kern darin, die sozialen Wirkungen von denkbaren Regelungsvorschlägen, die sich etwa durch die Interpretation bestimmter Rechtstexte gewinnen lassen oder die zur Ausfüllung von Gesetzeslücken in Betracht kommen, zu ermitteln und im Hinblick auf *rechtlich vorgegebene* oder *hypothetisch vorausgesetzte* Zwecksetzungen und Wertungen zu beurteilen. Die Entscheidung, welche Zwecksetzungen

---

<sup>30</sup> *Dreier* (Fn. 1), S. 62.

<sup>31</sup> Krit. dazu *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung, 1989, S. 252 ff.

<sup>32</sup> *Albert*, Kritische Vernunft und rationale Praxis, 2010, S. 163 ff.; *ders.*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, 1993; *ders.*, Kritischer Rationalismus, 2000, S. 57 ff.; *Eidenmüller* JZ 1999, 53 ff.

tatsächlich verfolgt und welche Wertungen gelten sollen, fiel allerdings nicht mehr in den Aufgabenbereich einer so verstandenen (Straf-)Rechtswissenschaft. Vielmehr begnügte sie sich mit deskriptiven Aussagen über Normen und ihre Wirkungen und verzichtete auf Eigenwertungen. Gleichwohl wäre sie, im Unterschied zu *Kelsens* Reiner (Straf-)Rechtslehre, in der Lage, die Rechtspraxis zu unterstützen, indem sie diese über ihre Möglichkeiten informiert und darüber aufklärt, wie sie sich rationalerweise entscheiden müsste, wenn sie bestimmte Ziele anstrebt.

Für diese Konzeption spricht auf den ersten Blick, dass sie einerseits an der praktischen Funktion der (Straf-)Rechtswissenschaft festhält, andererseits aber durch die Bezugnahme auf gesetzlich vorgegebene oder hypothetisch angenommene Zwecksetzungen und Wertungen auf wissenschaftstheoretisch problematische eigene Werturteile verzichtet. Eine Schwäche besteht aber darin, dass das Modell mit seiner zu einseitigen Fokussierung auf empirische Wirkungszusammenhänge das Verstehen und Interpretieren von Rechtstexten als eine letztlich nicht weiter problematische Vorfrage behandelt. Damit werden die besonderen Herausforderungen und Schwierigkeiten der Gesetzesinterpretation unterschätzt.<sup>33</sup> Auch verliert die sozialwissenschaftliche Konzeption die klassische rechtsdogmatische Arbeit der Systematisierung des geltenden Rechts durch die Bildung von dogmatischen Kategorien, Grundstrukturen und Figuren, die sodann die Rechtsanwendung zu strukturieren, zu vereinfachen, zu vereinheitlichen, zu kontextualisieren und zu kontrollieren vermag, aus dem Blick.

Es verbleibt eine vierte Strategie. Sie bekennt sich dazu, dass die (Straf-)Rechtswissenschaft in erheblichem Maße eine hermeneutische Disziplin mit kritisch-praktischer Funktion darstellt,<sup>34</sup> was in gewissem Umfang Wertungen unvermeidbar macht. Anders als die erste Strategie ebnet sie den Unterschied zwischen Tatsachenaussage und Werturteil aber nicht ein, sondern legt offen, an welchen Stellen sie mit Wertungen operiert, wobei deren subjektiver Entscheidungscharakter angezeigt wird. Sie gehorcht also insoweit dem Transparenzgebot *Max Webers*.<sup>35</sup> Dabei gibt sie ihre Prämissen präzise an, denn auch wenn Werturteile als

---

<sup>33</sup> S. dazu auch *Huster* in Hilgendorf (Hrsg.), *Wissenschaft, Religion und Recht*, 2006, S. 385, 393 ff.; *Neumann* in Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 2016, 11.4.2.

<sup>34</sup> Freilich darf dies nicht zu einer Ausblendung empirischer Wirkungszusammenhänge führen. Insoweit zu Recht kritisch *Hörnle* (Fn. 24), S. 215 ff.

<sup>35</sup> *Weber* (Fn. 1), S. 500.

solche nicht wahrheitsfähig sind, können sie unter objektiv feststellbaren Mängeln leiden und in dieser Hinsicht rational kritisierbar sein, so etwa, wenn sie auf unzutreffenden tatsächlichen Annahmen beruhen, mit zu beachtenden rechtlichen Vorgaben nicht im Einklang stehen oder anderen Werturteilen des Wertenden widersprechen. Am Beispiel: Das Werturteil, Strafe sei legitim, weil sie die Allgemeinheit von der Begehung weiterer Straftaten abschrecke, wäre fehlerbehaftet, wenn die angenommene Präventivwirkung von Strafen tatsächlich nicht bestünde oder eine generalpräventiv begründete Strafe gegen die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG verstieße. (Ob das der Fall ist, braucht hier nicht entschieden zu werden.) Schließlich folgt die vierte Strategie einer *Sparsamkeitsmaxime*, d.h. sie verzichtet auf Werturteile, wo es ihrer nicht bedarf.

Welche Konsequenzen ergeben sich aus einem solchen Verständnis für die Strafrechtswissenschaft im Einzelnen? Das sei im Hinblick auf vier Problemkreise kurz skizziert.

(1) Strafrechtstheorie und Verbrechenslehre: Die Strafrechtstheorie als Teilgebiet der Strafrechtswissenschaft kann die Institution der Strafe stets nur – aber auch immerhin – *relativ* zu bestimmten subjektiven Interessen und Wertungen begründen. Dass diese Interessen verfolgt, diese Wertungsentscheidungen realisiert werden *sollen*, vermag sie nicht darzutun. Somit liegt es jenseits ihrer Möglichkeiten, die Institution der Strafe in einem absoluten Sinne zu rechtfertigen; entsprechende Bestrebungen<sup>36</sup> sind zum Scheitern verurteilt. Freilich kann sie Scheinbegründungen – metaphysische und andere – entschleiern, falsche empirische Annahmen über die Wirkungsweise von Strafe aufzeigen sowie auf unerwünschte Nebenfolgen hinweisen und dadurch verschiedene Begründungskonzeptionen delegitimieren. Insoweit kommt ihr eine wichtige aufklärende Funktion zu. Ebenso verhält es sich in Bezug auf die Verbrechenslehre. Die Suche nach absoluten Grenzen der Pönalisierung, etwa in Form der materiellen Rechtsgutslehren,<sup>37</sup> erweist sich als fehlgeleitet.<sup>38</sup> Wo die Grenzen der Strafbarkeit zu ziehen sind, hängt von grundlegenden weltanschaulichen Festlegungen ab, die der Strafgesetzgebung (jenseits des Verfassungsrechts) nicht vorgegeben sind.

---

<sup>36</sup> Klassisch *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd. VIII, 1968, S. 452 ff.; gegenwärtig z.B. *Zaczyk*, FS Eser, 2005, 207.

<sup>37</sup> *Hassemer*, FS Androulakis, 2002, 207; *Neumann*, FS Fischer, 2018, 183; *Roxin* GA 2013, 433.

<sup>38</sup> Zur Kritik *Engländer* ZStW 127 (2015), 616; *ders.*, FS Neumann, 2017, 547; *Stuckenberg* GA 2011, 653.

(2) Kriminalpolitische Beratung: Die Strafrechtswissenschaft kann die Rechtspolitik bei der Verwirklichung ihrer kriminalpolitischen Ziele beraten, indem sie untersucht, ob diese Ziele erreichbar sind, welche gesetzlichen Regelungen dazu geeignet wären und mit welchen Schwierigkeiten und Folgen gerechnet werden müsste.<sup>39</sup> Eigene Werturteile braucht die Strafrechtswissenschaft dabei in der Regel nicht zu treffen, da es für die Aufklärung und Information der Rechtspolitik über die bestehenden Optionen keine Rolle spielt, wie sie selbst deren Anliegen bewertet. Eine gewisse Ausnahme gilt bei axiologischen Einschätzungen. Geht es darum, eine vorgeschlagene Regelung – etwa im Hinblick auf den ins Auge gefassten Strafrahmen – vergleichend einzuordnen, beinhaltet dies notwendig eine subjektive Wertungskomponente.

(3) Interpretation: Bei der Erarbeitung von Interpretationsvorschlägen für Gesetzestexte sind Wertungen kaum vermeidbar. Das betrifft etwa die Kontextualisierung von Normformulierungen,<sup>40</sup> die Zurechnung von Äußerungen und Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren zum gesetzgeberischen Willen, die Gewichtung von Interpretationstopoi, die Graduierung der Begriffsmerkmale bei Typusbegriffen<sup>41</sup> oder die Ausfüllung bewertender Begriffe, die auf eine Eigenwertung des Rechtsanwenders abzielen. Die Offenlegung der entsprechenden Wertungen inklusive ihrer Prämissen zeigt dem Rechtsanwender auf, an welcher Stelle er über Entscheidungsspielräume verfügt, bietet ihm aber zudem (sofern keiner der oben erwähnten Wertungsmängel vorliegt) eine vertretbare Interpretation an und nennt ihm Gründe, die für ihre Annahme sprechen.<sup>42</sup>

(4) Dogmatische Systembildung: Auch die Systematisierung des geltenden Rechts durch die Bildung von dogmatischen Kategorien, Grundstrukturen und Figuren kommt nicht ohne Wertungen aus. Indem die Strafrechtswissenschaft die Mannigfaltigkeit des positiven Strafrechts

---

<sup>39</sup> Näher zu den kriminalpolitischen Ambitionen der Strafrechtswissenschaft *Kölbel/Kubiciel* GA 2023, 181; *Münkler* GA 2023, 230.

<sup>40</sup> Zur Bedeutung des Kontextes bei der Bedeutungsbestimmung *Herbert*, *Rechtstheorie als Sprachkritik*, 1995, S. 241 ff.

<sup>41</sup> S. dazu *Puppe*, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 5. Aufl. 2023, S. 66 ff.

<sup>42</sup> Die rechtswissenschaftliche Erarbeitung von Interpretationsvorschlägen kann daher eine unter Zeit- und Ressourcenknappheit tätig werdende Rechtspraxis *entlasten*. Zur weitergehenden Entlastungsfunktion der rechtsdogmatischen Systematisierung s. *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991, S. 329 f.

ordnet, bezieht sie diese auf begriffliche Einheiten, die *idealtypisch*<sup>43</sup> bestimmte Aspekte hervorheben und andere in den Hintergrund treten lassen, Gemeinsamkeiten oder Unterschiede in einer Hinsicht sichtbar machen und in anderer Hinsicht ignorieren, Hierarchien und Relationen bilden, die prinzipiell auch anders gestaltet werden könnten. Freilich erstreckt sich das Wertungserfordernis dabei zunächst nur auf die Auswahl der Ordnungskategorien; inwieweit sodann das Ordnen der strafrechtlichen Materie ebenfalls Wertungen verlangt, hängt von den gebildeten Kategorien ab.

#### **D. Fazit**

Werturteile sind nicht wahrheitsfähig und drücken keine Erkenntnisse aus. Als wissenschaftliche Äußerungen sind sie daher problematisch. Ein vollständiger Verzicht auf sie ist allerdings nicht möglich, wenn die Strafrechtswissenschaft weiterhin als kritisch-praktische Disziplin mit entscheidungsvorbereitender Funktion fungieren will. Die Strafrechtswissenschaft muss aber zumindest offenlegen, an welchen Stellen sie mit Wertungen operiert, und darf von ihnen nur sparsamen Gebrauch machen. Verbindlichkeit und Objektivität kann sie für diese Wertungen nicht beanspruchen.

---

<sup>43</sup> Instrukтив zu Parallelen zu *Webers* Methode der Bildung von Idealtypen *Peters* (Fn. 1), S. 43 ff., 47 ff.

## Individuelle Tatbestandsverwirklichung durch gemeinsames Handeln

von Helmut Frister, Düsseldorf\*

### ABSTRACT

Die in § 25 Abs. 2 StGB als gemeinschaftliche Begehung einer Straftat legaldefinierte Mittäterschaft setzt einen verbindenden Tatplan voraus, der üblicherweise als „gemeinsamer Tatentschluss“ bezeichnet wird. Der Beitrag untersucht, in welchem Sinne der verbindende Tatplan einen gemeinsamen Entschluss der Beteiligten voraussetzt (B.), legt dar, dass dieser Tatplan nur das gemeinschaftliche Handeln und nicht die Verwirklichung des gesamten Straftatbestands zum Gegenstand haben muss (C.) und zeigt auf, welche Konsequenzen sich daraus ergeben (D.). Als Grundlage der Überlegungen wird aber zunächst die Zurechnungsstruktur der Mittäterschaft analysiert (A.)

### A. Die janusköpfige Struktur der Mittäterschaft

#### I. Zurechnung der Beiträge zu einer gemeinsamen Handlung

Gemäß § 25 Abs. 2 StGB wird bei der gemeinschaftlichen Begehung einer Straftat durch mehrere Personen jede dieser Personen als Täter bestraft. Die Regelung beruht auf dem Gedanken, gemeinsam handelnden Personen die gemeinsame Handlung wie eine eigene Handlung zuzurechnen, d.h. die Strafbarkeit solcher Personen so zu beurteilen, als hätte jede von ihnen alle zu der gemeinsamen Handlung gehörenden Tatbeiträge selbst

---

\* Der Autor war bis 2023 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Er hat eine Seniorprofessur inne und ist Direktor des Instituts für Rechtsfragen der Medizin.



ausgeführt.<sup>1</sup> Dies ermöglicht es, zusätzlich zu den eine Tat unmittelbar ausführenden Personen noch weitere an der gemeinsamen Handlung beteiligte Personen als (Mit-)Täter zu bestrafen,<sup>2</sup> ist aber vor allem deshalb wichtig, weil bei einer gemeinsamen Handlung die Tatausführung so aufgeteilt sein kann, dass keine der beteiligten Personen den durch die gemeinsame Handlung erfüllten Straftatbestand allein durch ihren eigenen Tatbeitrag verwirklicht.

Fall 1: Bei einem Wohnungseinbruch hält A mit einer Schusswaffe den Bewohner der Wohnung in Schach, während B die Wohnung nach Bargeld durchsucht und die Beute zum Abtransport in eine Tasche packt.

In Fall 1 erfüllt keine der von den Beteiligten vorgenommenen Handlungen für sich genommen den Tatbestand des schweren Raubs (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Eine isolierte Beurteilung der Strafbarkeit der Beteiligten würde deshalb dazu führen, dass A nur wegen Nötigung, Bedrohung und Hausfriedensbruch (§§ 240, 241 Abs. 2, 123 StGB) und B lediglich wegen Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242, 244 Abs. 4 StGB) strafbar ist. Hätten A und B unabhängig voneinander gehandelt, so wäre dieses Ergebnis durchaus angemessen. Wegen der Gemeinsamkeit ihres Handelns schöpft es jedoch das verwirklichte Unrecht nicht aus. Aufgrund ihres arbeitsteiligen Zusammenwirkens sind A und B gemäß § 25 Abs. 2 StGB die Beiträge des jeweils anderen ebenso zuzurechnen wie ihre eigenen Beiträge zu der gemeinsamen Tat.<sup>3</sup> Deshalb sind in Fall 1 beide als Mittäter wegen schweren Raubs (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB) strafbar.

Die Regelung des § 25 Abs. 2 StGB setzt die gemeinsame Vornahme derselben Handlung voraus. Haben mehrere Personen nicht verschiedene Teilakte einer Handlung, sondern verschiedene Handlungen vorgenommen, so sind diese Handlungen auch dann nicht nach § 25 Abs. 2 StGB wechselseitig zurechenbar, wenn ihre Vornahme verabredet worden ist und einem gemeinsamen Ziel dienen soll. Der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 StGB wird damit – was in Rechtsprechung und Schrifttum

---

<sup>1</sup> Vgl. zur Zusammenfassung der individuellen Tatbeiträge zu einer gemeinsamen Handlung grundlegend *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 120 ff.

<sup>2</sup> Welche Art der Beteiligung hierfür erforderlich ist und ob es insoweit auf den Täterwillen, die Tatherrschaft oder ein sonstiges Kriterium ankommt, soll in diesem Beitrag nicht thematisiert werden (vgl. dazu die Darstellung bei *Frister*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2022, § 26 Rn. 14–33 m.N.).

<sup>3</sup> Vgl. dazu *Jakobs*, FS Lampe, 2003, S. 561, 568: Die Freiheit zur Gemeinsamkeit bedingt die Verantwortung für das gemeinschaftliche Werk.

kaum explizit thematisiert wird<sup>4</sup> – maßgeblich durch die Reichweite des strafrechtlichen Handlungsbegriffs im Sinne der § 52 ff. StGB bestimmt.

Fall 2: A und B verachten den deutschen Staat und wollen ihn durch Terrorattentate destabilisieren. Zu diesem Zweck verabreden sie Bombenattentate auf die Fußballstadien in München und Dortmund. Verabredungsgemäß wird das Attentat in München allein von A und das in Dortmund allein von B vorbereitet und ausgeführt. Die von A in München gelegte Bombe zündet nicht, in Dortmund wird durch die von B gelegte Bombe der Zuschauer Z getötet.

In Fall 2 hat B heimtückisch und aus niedrigen Beweggründen den Z getötet und damit einen vollendeten Mord (§ 211 StGB) begangen. Ungeachtet der zwischen A und B getroffenen Verabredung ist A jedoch nicht Mitäter dieser von B begangenen Tat. Schon aufgrund der örtlichen Distanz handelt es sich bei den beiden Bombenattentaten nicht um eine gemeinsame, sondern um zwei unterschiedliche Handlungen. Deshalb ist A das Handeln des B nicht gemäß § 25 Abs. 2 StGB als gemeinsames Handeln zurechenbar. Soweit sich B erst aufgrund der Verabredung mit A zu dem begangenen Mord entschlossen hat, ist A jedoch Anstifter und wird damit gleichwohl wie ein Täter bestraft (§§ 211, 26 StGB). Außerdem ist er natürlich aufgrund seines eigenen fehlgeschlagenen Bombenattentats wegen Mordversuchs (§§ 211, 22, 23 Abs. 1 StGB) strafbar.

Fall 3: A und B spielen in ihrer möbliert gemieteten Wohnung Dart. Die Dartscheibe haben sie an einen wertvollen antiken Schrank gehängt, der im Eigentum ihres Vermieters V steht. Beide sind keine Dartprofis und wissen deshalb, dass im Verlauf des Spiels auch Fehlwürfe zu erwarten sind, durch die der Schrank beschädigt würde. Dies nehmen sie in Kauf. Schon der dritte Wurf des A geht daneben und beschädigt den Schrank des V.

In Fall 3 hat A bereits allein durch sein eigenes Handeln eine vollendete Sachbeschädigung (§ 303 StGB) begangen. B ist dieses Handeln gemäß § 25 Abs. 2 StGB nur zuzurechnen, wenn die Würfe der Dartpfeile nicht als verschiedene Handlungen, sondern als Teilakte einer gemeinsamen Handlung von A und B zu bewerten sind. Hätte eine Person die Würfe allein vorgenommen, so läge aufgrund der einheitlichen Motivation und dem unmittelbaren zeitlichen und örtlichen Zusammenhang nur eine strafrechtliche Handlung im Sinne des § 52 StGB vor.<sup>5</sup> Entsprechendes

---

<sup>4</sup> Vgl. aber *Frister*, AT § 26 Rn. 7-9; *Jakobs*, FS Herzberg, 2008, S. 395, 405, 408; andeutungsweise auch *Puppe* GA 2004, 129, 133.

<sup>5</sup> Vgl. zu den Kriterien für eine Handlungseinheit allgemein *Frister*, AT § 30 Rn. 14-28 m.N.

hat bei ansonsten gleicher Sachlage auch zu gelten, wenn die Würfe nicht von einer, sondern von mehreren Personen vorgenommen werden. Im Ergebnis sind die Würfe von A und B deshalb eine gemeinsame Handlung, die gemäß § 25 Abs. 2 StGB beiden Beteiligten zuzurechnen ist. Neben A ist damit auch B als Mittäter einer vollendeten Sachbeschädigung (§§ 303, 25 Abs. 2 StGB) strafbar.

## II. In eigener Person zu erfüllende Tatbestandsvoraussetzungen

Die nach § 25 Abs. 2 StGB erfolgende Zurechnung der gemeinsamen Handlung begründet nur dann eine Mittäterschaft der an der Handlung beteiligten Personen, wenn infolge der Ergänzung des eigenen Tatbeitrags durch die Tatbeiträge der anderen alle Voraussetzungen des jeweiligen Tatbestands erfüllt sind. Soweit ein Beteiligter selbst bei alleiniger Ausführung der gemeinsamen Handlung einen Straftatbestand nicht erfüllen würde, ist die Zurechnung der Tatbeiträge der anderen Beteiligten naturgemäß nicht geeignet, seine Strafbarkeit zu begründen.

Fall 4: Wie Fall 1, aber B geht irrtümlich davon aus, dass A den Inhaber der Wohnung mit einer täuschend echt aussehenden Spielzeugpistole in Schach hält.

Weil die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine objektive Gefährlichkeit des verwendeten Gegenstands voraussetzt und damit die Verwendung einer Scheinwaffe nicht erfasst,<sup>6</sup> hat B in Fall 4 keinen auf die Verwirklichung dieser Qualifikation gerichteten Vorsatz. Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ist er deshalb nicht nach §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB, sondern nur nach den auch die Verwendung einer Scheinwaffe erfassenden §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1b, 25 Abs. 2 StGB strafbar. Der Vorsatz und alle anderen subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen<sup>7</sup> werden schon aufgrund des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips auch bei gemeinsamem Handeln nicht nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet.<sup>8</sup>

Fall 5: Wie Fall 1, aber A geht irrtümlich davon aus, dass B gegen den Bewohner der Wohnung einen fälligen und einredefreien Anspruch in Höhe des erbeuteten Geldbetrags hat, dessen Erfüllung mit der Tat durchgesetzt wird.

---

<sup>6</sup> BGH NJW 1998, 2914 f.; *Kindhäuser/Hoven*, in NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 250 Rn. 18 m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. zu den subjektiven Mordmerkmalen BGHSt 36, 231, 232; BGH StV 2015, 287.

<sup>8</sup> Frister, AT § 25 Rn. 21; *Rengier*, Strafrecht AT, 15. Aufl. 2023 § 44 Rn. 3.

Da die Rechtswidrigkeit der Zueignung von Geld bereits durch einen fälligen und einredefreien Anspruch auf den entwendeten Geldbetrag ausgeschlossen wird,<sup>9</sup> hat A in Fall 5 nicht die Absicht, das Geld sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Er ist deshalb nur wegen Nötigung, Bedrohung und Hausfriedensbruch (§§ 240, 241 Abs. 2, 123 StGB), nicht aber wegen eines mittäterschaftlich begangenen schweren Raubs (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB) oder eines mittäterschaftlich begangenen Wohnungseinbruchsdiebstahls (§§ 242, 244 Abs. 4 StGB) strafbar. Ebenso wie jeder Mittäter selbst vorsätzlich handeln muss, so muss bei einem Zueignungsdelikt auch jeder selbst die Absicht haben, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.<sup>10</sup> Eine bei einem Mittäter vorhandene Absicht rechtswidriger Zueignung ist dem anderen nicht nach § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

Für den objektiven Tatbestand gilt ebenfalls der Grundsatz, dass die nach § 25 Abs. 2 StGB erfolgende Zurechnung der gemeinsamen Handlung nur dann eine Mittäterschaft begründet, wenn infolge der Ergänzung des eigenen Tatbeitrags durch die Tatbeiträge der anderen alle Voraussetzungen des jeweiligen Tatbestands erfüllt sind. Objektive Tatbestandsmerkmale, die nicht die tatbestandsmäßige Handlung beschreiben, müssen deshalb von jedem Mittäter selbst erfüllt werden, weil ohne deren Erfüllung der objektive Tatbestand des betreffenden Delikts selbst bei eigenhändiger Ausführung aller Teilakte der gemeinsamen Handlung nicht verwirklicht wäre.

Fall 6: K hat sich auf einer Hauptverkehrsstraße festgeklebt, um für einen effektiveren Klimaschutz zu demonstrieren. Es dauert eine Stunde, bis der Kleber gelöst und K unter Beteiligung des Polizisten P von der Straße getragen worden ist. P und ein Autofahrer A, der die Stunde in seinem Fahrzeug warten musste, sind über das Verhalten des K so erbost, dass sie ihn nach Beendigung der Straßenblockade gemeinsam mit Faustschlägen traktieren.

In Fall 6 hat sich P als Amtsträger durch das gemeinsame Handeln mit A wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt (§§ 340 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) strafbar gemacht. A hingegen verwirklicht durch das gemeinsame Handeln mit P lediglich den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB). Die Amtsträgereigen-

---

<sup>9</sup> Bei der Wegnahme von Geld ist für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit der Zueignung keine Konkretisierung des Anspruchs auf die weggenommenen Münzen oder Scheine erforderlich; vgl. dazu *Hoyer*, in SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 105 m.w.N.

<sup>10</sup>BGH NSTZ 2011, 699, 701.

schaft des P gehört nicht zur gemeinsamen Handlung, sondern begründet eine besondere Verpflichtung des P, die A nicht gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen ist. Bei dem unechten Amtsdelikt des § 340 StGB ergibt sich der Ausschluss einer Zurechnung der Amtsträgereigenschaft unmittelbar aus dem auf Täter und Teilnehmer anwendbaren § 28 Abs. 2 StGB, aber auch bei echten Amtsdelikten und anderen Delikten, deren Tatbestand die Verletzung einer Sonderpflicht voraussetzt, muss ein Mittäter stets selbst Adressat der betreffenden Pflicht sein. Wer sich als Außenstehender (sog. Extraneus) an der Verletzung einer Sonderpflicht beteiligt, kann unabhängig von dem Gewicht seiner Beteiligung nur wegen Teilnahme an der betreffenden Tat strafbar sein. Der in seiner Person fehlenden Sonderpflicht wird dabei durch eine Strafrahmengmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB Rechnung zu tragen.

Fall 7: A prahlt, dass er in alkoholisiertem Zustand besser Auto fahren kann als B mit 0,0 Promille. B nimmt ihn beim Wort und fordert ihn zu einem Autorennen heraus, bei dem A zuvor eine für absolute Fahrtüchtigkeit ausreichende Menge Alkohol, B hingegen nichts getrunken hat. A nimmt die Herausforderung an und beide fahren nachts auf einer öffentlichen Straße ein solches Rennen.

In Fall 7 hat sich A durch die Teilnahme an dem Rennen wegen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) strafbar gemacht. Eine mittäterschaftliche Beteiligung des B an dieser Tat setzt zunächst voraus, dass es sich bei dem Rennen um eine gemeinsame Handlung von A und B handelt. Dies wird man wie in Fall 3 aufgrund der übereinstimmenden Motivation und des unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs annehmen können. Zwar unterscheiden sich die beiden Fälle insofern, als in Fall 7 beide Beteiligte zeitgleich gegeneinander fahren und es deshalb gar nicht möglich wäre, dass einer von ihnen alle Teilakte der gemeinsamen Handlung allein ausführt. Aber die Notwendigkeit eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens zur Realisierung des gemeinsam angestrebten Ziels steht der Annahme einer gemeinsamen Handlung nicht entgegen.

Gleichwohl würde die überwiegende Auffassung B im Ergebnis nicht als Mittäter einer Trunkenheit im Verkehr (§§ 316, 25 Abs. 2 StGB) bestrafen, weil es sich bei diesem Tatbestand um ein eigenhändiges oder verhaltensgebundenes Delikt handelt.<sup>11</sup> Bei solchen Delikten soll die Mittäterschaft eine eigenhändige Beteiligung an der tatbestandlichen Handlung

---

<sup>11</sup> Zieschang, in NK-StGB § 316 Rn. 12; Wolters, in SK-StGB § 316 Rn. 15, beide m.w.N.

voraussetzen,<sup>12</sup> sodass eine mittäterschaftliche Trunkenheitsfahrt nur dadurch möglich wäre, dass sich zwei Personen die für das Führen des Fahrzeugs erforderlichen Verrichtungen teilen,<sup>13</sup> etwa die eine Gas und Bremse betätigt und die andere das Fahrzeug lenkt. Anders als bei den Sonderdelikten ist diese Einschränkung jedoch nach dem Prinzip der Mittäterschaft nicht zwingend.<sup>14</sup> Wenn allen an einer gemeinsamen Handlung Beteiligten gemäß § 25 Abs. 2 StGB die gesamte gemeinsame Handlung wie eigenes Handeln zugerechnet wird, erfüllt in Fall 7 auch B durch die gemeinsame Handlung den Tatbestand des § 316 StGB.

### III. Möglichkeit isolierter Mittäterschaft

Weil die Strafbarkeit als Mittäter nicht nur von der Beteiligung an der gemeinsamen Handlung, sondern auch von in eigener Person zu erfüllenden Voraussetzungen abhängt, kann es vorkommen, dass im Ergebnis nur eine an einer gemeinsamen Handlung beteiligte Person als Täter strafbar ist.<sup>15</sup> Eine solche „isolierte Mittäterschaft“ ist unproblematisch, wenn diese Person bereits durch ihr eigenes Handeln den betreffenden Tatbestand vollständig verwirklicht. Hätte etwa in Fall 3 B nicht mit der Möglichkeit eines Fehlwurfs gerechnet und deshalb ohne den für eine Strafbarkeit erforderlichen eigenen Sachbeschädigungsvorsatz gehandelt, so käme es für die Strafbarkeit des A nicht darauf an, ob ihm die Würfe des B nach § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sind. Er wäre gemäß § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB bereits als Alleintäter wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB) strafbar.

Hätte jedoch in Fall 3 zwar B, aber nicht A mit der Möglichkeit eines Fehlwurfs gerechnet, so wäre B nur wegen Sachbeschädigung strafbar, wenn ihm die Würfe des A gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sind. Ebenso ist in Fall 5 eine Strafbarkeit des B wegen schweren Raubs (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) nur zu begründen, wenn ihm die durch A erfolgte Drohung mit der Schusswaffe gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen ist. Ob eine solche Zurechnung möglich ist, obwohl – wegen des fehlenden Sachbeschädigungsvorsatzes bzw. der fehlenden Absicht rechtswidriger Zueignung – A selbst jeweils nicht als Mittäter des betreffenden Delikts

---

<sup>12</sup> Zum Führen einer Schusswaffe (§ 51 Abs. 1 WaffG) BGH NStZ 2010, 456 m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl. NK-StGB-Zieschang § 316 Rn. 12.

<sup>14</sup> Vgl. dazu bereits *Frister*, AT § 25 Rn. 18.

<sup>15</sup> Vgl. dazu eingehend *Rengier*, FS Puppe, 2011, 849 ff. m.w.N.

strafbar ist, hängt davon ab, ob der für die Zurechnung erforderliche gemeinsame Tatentschluss die Tatbestandsverwirklichung oder nur die gemeinsame Handlung zum Gegenstand haben muss. Darauf wird sogleich näher einzugehen sein.

#### **IV. Ergebnis**

Zunächst ist aber als Grundlage für die weiteren Überlegungen festzuhalten, dass eine gemeinsame Handlung den an ihr beteiligten Personen gemäß § 25 Abs. 2 StGB wie eine eigene Handlung zugerechnet wird, die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen aber jede dieser Personen selbst erfüllen muss. Mittäter begehen zwar die in dem objektiven Tatbestand vorausgesetzte Handlung gemeinsam, aber ob sie durch diese gemeinsame Handlung der Geltung der durch den jeweiligen Tatbestand geschützten Norm widersprechen und damit strafrechtliches Unrecht begehen, ist individuell zu beurteilen.

Wäre dies anders, so ließe sich das Institut der Mittäterschaft mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Bestrafung ohne Schuld (Schuldprinzip) gar nicht vereinbaren. Aufgrund dieses Verbots darf jeder nur für seine eigene Schuld bestraft werden. Bei der Mittäterschaft wird diese Schuld durch die Beteiligung an einer gemeinsamen Handlung begründet. Weil eine solche Beteiligung bei Vorliegen der übrigen Deliktsvoraussetzungen der Geltung der durch die Handlung verletzten Norm in prinzipiell gleichem Maße widerspricht wie ein Handeln als Einzeltäter, werden auch Mittäter nur für von ihnen selbst begangenes strafrechtliches Unrecht verantwortlich gemacht.<sup>16</sup>

#### **B. Der „gemeinsame Tatentschlusses“ als verbindender Tatplan**

Vor Erörterung der Frage, ob der verbindende Tatplan nur die gemeinsame Handlung oder die gesamte Tatbestandsverwirklichung zum Gegenstand haben muss, soll noch kurz dargelegt werden, dass der übliche Begriff „gemeinsamer Tatentschluss“ insofern missverständlich ist, als die Mittäterschaft keinen gemeinsam gefassten Entschluss zur Begehung der Tat voraussetzt. Die Legaldefinition des § 25 Abs. 2 StGB fordert lediglich eine gemeinschaftliche Begehung der Tat. Die dafür notwendigen Voraussetzungen werden nur deshalb als „gemeinsamer Tatent-

---

<sup>16</sup> Vgl. dazu eingehend *Frister*, FS Dencker, 2012, S. 119, 124 ff.

schluss“ bezeichnet, weil gemeinsame Handlungen typischerweise auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Absprache zwischen den handelnden Personen beruhen. Das muss jedoch nicht immer so sein. Die Gemeinsamkeit kann auch in anderer Weise, z.B. durch einen Befehl begründet werden, den alle an der gemeinsamen Handlung beteiligte Personen befolgen.

Fall 8: C ist der unumstrittene Chef einer auf Kunstdiebstähle spezialisierten Bande, dessen Anweisungen von allen Bandenmitgliedern befolgt werden. Er plant den Diebstahl eines durch eine Alarmanlage gesicherten Gemäldes aus einem Museum. Das Bandenmitglied A weist er an, durch einen Hackerangriff nachts die Alarmanlage außer Betrieb zu setzen. Das Bandenmitglied B soll in das Museum einsteigen und das Gemälde entwenden. A und B kennen den Plan des C und führen die ihnen darin zugewiesenen Aufgaben aus. Untereinander hatten sie keinen Kontakt.

A und B haben in Fall 8 den Entschluss zur Begehung des Gemäldediebstahls (§§ 242, 243 Nr. 1, 2, 3 und 5 StGB) nicht gemeinsam gefasst und damit ihre Tatbeiträge auch nicht gegenseitig verursacht.<sup>17</sup> Sie kannten aber den auf die arbeitsteilige Begehung dieses Diebstahls gerichteten Plan des C, haben ihn für sich akzeptiert und die ihnen darin zugewiesene Aufgabe erfüllt. Dies reicht als Grundlage für gemeinschaftliches Handeln im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB völlig aus. Der „gemeinsame Tattentschluss“ ist nicht notwendigerweise ein gemeinsam gefasster Entschluss, sondern setzt lediglich die Akzeptanz eines auf ein gemeinsames Handeln gerichteten Plans durch die Beteiligten voraus. Woher dieser verbindende Tatplan stammt, aus welchem Grund er von den Beteiligten akzeptiert und wie seine Umsetzung organisiert wird, ist für die Gemeinschaftlichkeit des Handelns ohne Bedeutung.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Weil die Tatbeiträge bei der Mittäterschaft nicht wechselseitig verursacht sein müssen, stellt sie eine eigenständige Zurechnungsform dar. Sie kann – entgegen einer im Schrifttum verschiedentlich vertretenen Auffassung (z.B. SK-StGB-Hoyer § 25 Rn. 133; Puppe, FS Spinellis, 2001, S. 915, 917 ff.) – nicht als eine Kombination von unmittelbarer Täterschaft und wechselseitiger Anstiftung begriffen werden; vgl. dazu Frister, AT § 25 Rn. 16 f.; sowie eingehend Dencker (Fn. 1), S. 130 ff.

<sup>18</sup> Dazu grundlegend Dencker (Fn. 1), S. 158 ff.

### C. Die gemeinsame Handlung als Gegenstand des verbindenden Tatplans

Die Frage, ob der von den Beteiligten akzeptierte Tatplan zur Begründung einer Mittäterschaft nur die Vornahme der gemeinsamen Handlung oder auch die Verwirklichung des durch diese Handlung verwirklichten Straftatbestands umfassen muss, hat – wie unter A. III. bereits angedeutet worden ist – für den Anwendungsbereich dieser Täterschaftsform erhebliche Bedeutung. Gleichwohl wird diese Frage in Rechtsprechung und Schrifttum nur vergleichsweise selten<sup>19</sup> und zumeist eher am Rande erörtert. Allerdings hat der Bundesgerichtshof unlängst zu ihr anlässlich eines Falles Stellung genommen, der durch die Problematik des Tötungsvorsatzes bei illegalen Autorennen große Bekanntheit erlangt hat.

Fall 9 („Berliner Raserfall“): H und N standen nachts mit ihren hochmotorisierten Fahrzeugen an einer Ampel. Sie verständigten sich per Handzeichen darauf, ein illegales Rennen auf dem Kurfürstendamm, einer zentralen innerstädtischen Straße in Berlin, zu fahren. Im Verlauf des Rennens überfuhren beide mehrere rote Ampeln und steigerten ihre Geschwindigkeit auf weit über 100 km/h. Das Fahrzeug des H kollidierte schließlich an einer Kreuzung, die H bei roter Ampel mit einer Geschwindigkeit von mindestens 160 km/h durchfahren wollte, mit einem aus einer Seitenstraße bei grüner Ampel in die Kreuzung eingefahrenen Fahrzeug. Dessen Fahrer W wurde durch den Unfall getötet. Nach den tatrichterlichen Feststellungen hatten sowohl H als auch N zwar noch nicht bei Beginn, aber im weiteren Verlauf des Rennens das Risiko der Tötung anderer Verkehrsteilnehmer erkannt und in Kauf genommen, um das Rennen zu gewinnen.

Auf der Grundlage dieser vom Bundesgerichtshof nicht beanstandeten Feststellungen hat H den W mit bedingtem Vorsatz getötet und dabei heimtückisch und aus niedrigen Beweggründen gehandelt. Er hat damit bereits durch sein eigenes Handeln einen Mord (§ 211 StGB) begangen und ist entsprechend verurteilt worden. Das Landgericht Berlin hatte auch N als Mittäter wegen Mordes (§§ 211, 25 Abs. 2 StGB) verurteilt, der Bundesgerichtshof hat diese Verurteilung jedoch aufgehoben.<sup>20</sup> Er begründete dies u.a. damit, dass H und N keinen auf die Begehung eines Mords gerichteten gemeinsamen Tatentschluss gehabt hätten. Weil nur das illegale Rennen selbst, nicht aber die Tötung von Verkehrsteilnehmern Gegenstand der per Handzeichen getroffenen Verabredung war,

---

<sup>19</sup> Eine ausführliche Erörterung findet sich insbesondere bei *Sung-Ryong*, Die Analyse des gemeinschaftlichen Begehens, 2001, S. 252 ff.; sowie bei *Peters/Bildner* JuS 2020, 731 f.; vgl. auch *Frister*, AT § 25 Rn. 3.

<sup>20</sup> BGHSt 65, 42, 46 ff.

könne die Tötungshandlung des H dem N ungeachtet seines im Verlauf des Rennens entstandenen eigenen Tötungsvorsatzes nicht gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.<sup>21</sup>

Diese Argumentation ist bereits deshalb fragwürdig, weil sie bei konsequenter Anwendung die Mittäterschaft weitgehend auf die Fälle absichtlicher Tatbestandsverwirklichung beschränken würde. Da es zur Organisation und Koordination gemeinsamen Handelns völlig ausreicht, sich über den Zweck der gemeinsamen Handlung zu verständigen, besteht für die an ihr Beteiligten keine Notwendigkeit, deren (mögliche) Nebenfolgen zu thematisieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie selbst entschlossen sind, die betreffenden Nebenfolgen in Kauf zu nehmen. Auch wenn H und N das Risiko der Tötung anderer Verkehrsteilnehmer bereits bei der Verabredung des Rennens erkannt und in Kauf genommen hätten, wäre dieses Tötungsrisiko damit noch kein stillschweigend vereinbarter Gegenstand ihres gemeinsamen Tatentschlusses. Sie müssten über das Risiko zumindest kommunizieren, um es in den gemeinsamen Tatentschluss einzubeziehen. Dazu hätte aber für beide gar keine Veranlassung bestanden, wenn sie bereit waren, dieses Risiko selbst in Kauf zu nehmen.

Dies zeigt, dass die (möglichen) Nebenfolgen einer gemeinsamen Handlung nicht für die Herstellung der notwendigen Gemeinsamkeit, sondern für die Entscheidung von Bedeutung sind, die gemeinsame Handlung vorzunehmen bzw. sich an ihr zu beteiligen. Selbstverständlich können gemeinsam Handelnde auch hierüber kommunizieren, aber da jeder Mittäter für sein durch die Beteiligung an der gemeinsamen Handlung verwirklichtes eigenes strafrechtliche Unrecht verantwortlich gemacht wird,<sup>22</sup> gibt es keinen Grund, die Zurechnung der gemeinsamen Handlung von einer solchen Kommunikation und deren Ergebnis abhängig zu machen. Wer sich mit bedingtem Tötungsvorsatz an einer gemeinsamen Handlung beteiligt, die den Tod eines Menschen verursacht, begeht nicht deshalb weniger strafrechtliches Unrecht, weil er sich mit dem oder den anderen Beteiligten nicht über diese mögliche Folge ausgetauscht hat. Mit seiner Beteiligung an der gemeinsamen Handlung widerspricht er auch ohne eine solche Kommunikation in prinzipiell gleicher Weise dem Tötungsverbot wie durch ein Handeln als Einzeltäter.

---

<sup>21</sup> BGHSt 65, 42, 48; ebenso bereits zum gleichen Fall BGHSt 63, 88, 97.

<sup>22</sup> Vgl. oben unter A. IV.

Deshalb ist nach dem Grundgedanken der Mittäterschaft die für den gemeinsamen Tatentschluss erforderliche inhaltliche Übereinstimmung nur auf die Vornahme der gemeinsamen Handlung und nicht auf die Verwirklichung des durch sie erfüllten Straftatbestands zu beziehen. Im Hinblick auf das im Strafrecht nach Art. 103 Abs. 2 GG geltende Analogieverbot<sup>23</sup> müsste diese Auslegung allerdings auch mit dem Wortlaut des § 25 Abs. 2 StGB vereinbar sein. Daran könnte man insofern zweifeln, als die Formulierung gemeinschaftliche Begehung „der Straftat“ eher darauf hindeutet, dass alle Deliktsvoraussetzungen gemeinschaftlich verwirklicht werden müssen. Jedoch lässt sich diese Formulierung sprachlich auch als ein abgekürzter Ausdruck für die Begehung einer Straftat durch eine gemeinschaftliche Handlung verstehen. Da das Analogieverbot lediglich eine Überschreitung des möglichen Wortsinns verbietet, ist die nach dem Strafgrund der Mittäterschaft gebotene Beschränkung der Gemeinsamkeit auf die im objektiven Tatbestand beschriebene Tathandlung deshalb auch mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.

Im Ergebnis sprechen also die besseren Gründe dafür, dass zur Begründung einer Mittäterschaft der von den Beteiligten akzeptierte Plan nur die Handlung selbst und nicht die Verwirklichung des jeweiligen Straftatbestands umfassen muss.<sup>24</sup> Daraus abzuleiten, dass in Fall 9 die Verurteilung des N zu Unrecht aufgehoben wurde, wäre allerdings insofern voreilig, als der Bundesgerichtshof die Aufhebung noch mit einer zweiten Überlegung begründet hat. Er beanstandet, das Landgericht habe zwar festgestellt, dass H,<sup>25</sup> nicht aber, dass auch N den bedingten Tötungsvorsatz bereits zu einem Zeitpunkt gefasst habe, in dem der tödliche Zusammenstoß des Fahrzeugs des H mit dem Fahrzeug des W noch hätte vermieden werden können. Eine solche Feststellung sei aber für eine Verurteilung des N als Mittäter unerlässlich, weil sein mit Tötungsvorsatz

---

<sup>23</sup> Vgl. zu diesem *Frister*, AT § 4 Rn. 22 ff. m.w.N.

<sup>24</sup> Im Ergebnis ebenso bereits *Sung-Ryong*, Die Analyse des gemeinschaftlichen Begehens, 2001, S. 252 ff.; vgl. ferner *Hörnle* NJW 2018, 576, 577; *Peters/Bildner* JuS 2020, 731 f. sowie *Frister*, AT § 25 Rn. 3.

<sup>25</sup> Bei seiner ersten Verurteilung der beiden Angeklagten wegen Mordes hatte das LG Berlin in dem „Berliner Raserfall“ auch diese Feststellung nicht getroffen, sondern sogar dargelegt, dass H den Tötungsvorsatz zu einem Zeitpunkt gefasst habe, in dem er nicht mehr fähig war, den Unfall zu vermeiden. Der Bundesgerichtshof beanstandete zu Recht, dass auf der Grundlage dieser Feststellung schon bei H nur ein *dolus subsequens* vorlag und hob deshalb auch dessen Verurteilung zunächst auf (BGHSt 63, 88, 91 f.).

erbrachter Tatbeitrag sonst keinen Einfluss auf den weiteren Ablauf des tatbestandsmäßigen Geschehens gehabt hätte.<sup>26</sup>

Diese Überlegung erweist sich im Ergebnis als zutreffend. Wenn N seinen Tötungsvorsatz erst zu einem Zeitpunkt gefasst hätte, in dem der tödliche Zusammenstoß nicht mehr zu vermeiden war, hätte er sich zwar durchaus an der für den Tod des W ursächlichen gemeinsamen Handlung beteiligt. Jedoch hätte er dies ohne den für seine Bestrafung aus einem vorsätzlichen Tötungsdelikt erforderlichen eigenen Tötungsvorsatz getan. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Vorsatz ist gemäß § 8 StGB die Tat handlung, also bei der Mittäterschaft die gemeinsame Handlung. Wenn ein an dieser Handlung Beteiligter den Vorsatz erst zu einem Zeitpunkt fasst, in dem die tödliche Wirkung der gemeinsamen Handlung nicht mehr zu verhindern ist, liegt deshalb lediglich ein sog. *dolus subsequens* vor. Dieser ist entgegen seiner missverständlichen Bezeichnung rechtlich gerade kein *dolus* und deshalb nicht geeignet, die Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdelikts zu begründen.<sup>27</sup>

Im Ergebnis war die Aufhebung der Verurteilung des N durch den Bundesgerichtshof damit insofern berechtigt, als es das Landgericht Berlin versäumt hatte, in seinem Urteil festzustellen, dass N den bedingten Tötungsvorsatz bereits zu einem Zeitpunkt hatte, in dem der tödliche Zusammenstoß des Fahrzeugs des H mit dem Fahrzeug des W noch hätte vermieden werden können. Wenn sich diese Feststellung aber treffen ließe, wäre N in Fall 9 – weil er mit bedingtem Tötungsvorsatz und aus niedrigen Beweggründen gemeinsam mit H das illegale Rennen gefahren ist, durch das W unter Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit getötet wurde – wegen eines mittäterschaftlich begangenen Mordes (§§ 211, 25 Abs. 2 StGB) zu verurteilen. Der Umstand, dass nicht beide gemeinsam, sondern jeder für sich die Tötung anderer Verkehrsteilnehmer in Kauf genommen haben, hindert eine solchen Verurteilung entgegen der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auffassung nicht.

---

<sup>26</sup> BGHSt 65, 42, 48 f.

<sup>27</sup> Vgl. zum *dolus subsequens* *Frister*, AT § 11 Rn. 5 m.w.N.

## D. Konsequenzen

### I. Begründung isolierter Mittäterschaft

Auf der Grundlage der vorstehenden Überlegungen beantwortet sich nun auch die unter A. III. noch offen gelassene Frage, ob eine isolierte Mittäterschaft auch durch die Zurechnung der Tatbeiträge von Personen begründet werden kann, die selbst nicht als Mittäter des betreffenden Delikts strafbar sind. Da der von den Beteiligten als Grundlage für die gemeinsame Handlung akzeptierte Plan nur die Handlung selbst umfassen muss, kann in der Abwandlung von Fall 3 der Wurf des A und in Fall 5 die Drohung des A dem B gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.<sup>28</sup> So hat der Bundesgerichtshof in einem die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung bei der räuberischen Erpressung (§ 255 StGB) betreffenden, aber ansonsten wie Fall 5 gelagerten Fall auch zu Recht entschieden.<sup>29</sup> Die in den beiden Urteilen des Bundesgerichtshofs zum Berliner Raserfall vertretene Auffassung würde aber konsequenterweise zum gegenteiligen Ergebnis führen, weil die Verwirklichung des jeweiligen Tatbestands nicht Gegenstand des von A und B als Grundlage für ihr gemeinsames Handeln akzeptierten Tatplans, m.a.W. nicht Gegenstand ihres „gemeinsamen Tatentschlusses“ war.

### II. Möglichkeit fahrlässiger Mittäterschaft

Die Erkenntnis, dass der die Grundlage für ein gemeinschaftliches Handeln bildende Tatplan nur das Handeln selbst umfassen muss, hat darüber hinaus Konsequenzen für die umstrittene Möglichkeit einer fahrlässigen Mittäterschaft.<sup>30</sup> Weil der das gemeinschaftliche Handeln begründende Tatplan einen anderen Gegenstand hat als der Vorsatz können die Beteiligten ihn auch dann anerkennen, wenn sie nicht vorsätzlich han-

---

<sup>28</sup> Die Formulierung des § 25 Abs. 2 StGB, bei gemeinschaftlicher Begehung werde „jeder als Täter bestraft“, steht dem nur scheinbar entgegen. Sie ist im systematischen Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Vorschriften dahingehend auszulegen, dass bei einer gemeinschaftlichen Begehung „jeder als Täter bestraft“ wird, der in seiner Person die weiteren, sich aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergebenden Voraussetzungen der Strafbarkeit verwirklicht. Mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG ist dies schon deshalb vereinbar, weil sich aus ihm keine Verpflichtung ergibt, bei der Regelung der Zurechnung gemeinschaftlichen Handelns noch einmal auf bereits in anderen Vorschriften geregelte Voraussetzungen der Strafbarkeit zu verweisen.

<sup>29</sup> BGH JR 1999, 336 mit insoweit zustimmender Anm. *Graul*. Die Möglichkeit der mittäterschaftlichen Zurechnung gemäß § 25 Abs. 2 StGB scheint der Senat dabei als selbstverständlich vorausgesetzt zu haben. Sie wird in dem Urteil nicht thematisiert.

<sup>30</sup> Vgl. zum Streitstand die Darstellung und die Nachweise bei *Frister*, AT § 26 Rn. 4 f.

deln. Deshalb ist entgegen der traditionellen Lehre Mittäterschaft auch möglich, wenn die an einer gemeinschaftlichen Handlung Beteiligten nur fahrlässig handeln.

Fall 10: Wie Fall 9, aber H und N haben es nicht ernsthaft für möglich gehalten, dass sie durch ihr Rennen einen anderen Verkehrsteilnehmer töten werden bzw. irrational darauf vertraut, dass es nicht zu einer solchen Tötung kommen wird.

In Fall 10 hatten H und N keinen bedingten Tötungsvorsatz und sind deshalb nicht wegen eines gemeinschaftlich begangenen Mordes (§§ 211, 25 Abs. 2) strafbar. Gleichwohl haben beide gemeinschaftlich das illegale Rennen gefahren, durch das W getötet wurde. Dabei war für beide die Möglichkeit der Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmers zumindest erkennbar, so dass sie sich wegen einer gemeinschaftlich begangenen fahrlässigen Tötung (§§ 222, 25 Abs. 2) strafbar gemacht haben. Bei erfolgsqualifizierten Delikten und sonstigen Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen ist Mittäterschaft ebenfalls möglich. Deshalb wären H und N wegen eines gemeinschaftlich begangenen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge (§§ 315d Abs. 1, 2 u. 5, 25 Abs. 2 StGB) strafbar, wenn beide in Fall 10 zumindest den Vorsatz einer konkreten Gefährdung des Lebens anderer Verkehrsteilnehmer hatten.<sup>31</sup>

Fall 11: Wie Fall 9, aber nur H oder nur N hat die Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmers ernsthaft für möglich gehalten und in Kauf genommen, der jeweils andere hat eine tödliche Folge nicht ernsthaft für möglich gehalten bzw. irrational darauf vertraut, dass sie nicht eintreten wird.

Die in Fall 11 vorhandene Unterschiedlichkeit der Vorstellungen von H und N über die möglichen Folgen ihres Rennens ändert nichts daran, dass beide den W gemeinschaftlich getötet haben. Ob sie sich aufgrund dieser gemeinschaftlichen Tötung wegen Mord (§ 211 StGB), verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge (§ 315d Abs. 1, 4 u. 5 StGB) oder fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) strafbar gemacht haben, ist für beide getrennt zu beurteilen und hängt davon ab, ob sie selbst mit Tötungsvorsatz oder zumindest konkretem Lebensgefährdungsvorsatz gehandelt haben. Die Frage, wer mit seinem Fahrzeug den Tod des W unmittelbar verur-

---

<sup>31</sup> Im Originalfall hätten H und N wegen des Rückwirkungsverbots (Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 StGB) allerdings nicht nach § 315d StGB verurteilt werden können, weil der Gesetzgeber die Vorschrift erst nach ihrer Tat geschaffen hat.

sacht hat, ist dagegen aufgrund der Gemeinschaftlichkeit des Handelns gemäß § 25 Abs. 2 StGB für die Strafbarkeit ohne Bedeutung.

#### **E. Ergebnis**

Das Ergebnis der Untersuchung sei noch einmal in drei Punkten zusammengefasst:

1. Eine gemeinschaftliche Handlung wird den an ihr Beteiligten gemäß § 25 Abs. 2 StGB wie eine eigene Handlung zugerechnet. Alle weiteren Deliktsvoraussetzungen sind aber von jedem Mittäter in eigener Person zu erfüllen.
2. Die Gemeinschaftlichkeit einer Handlung wird durch einen verbindenden Tatplan begründet, der von allen Beteiligten als Vorgabe für eine gemeinsame Handlung akzeptiert wird. Woher dieser Plan stammt, aus welchem Grund er von den Beteiligten akzeptiert und wie seine Umsetzung organisiert wird, ist für die Gemeinschaftlichkeit des Handelns ohne Bedeutung.
3. Der verbindende Tatplan muss nur die gemeinsame Handlung selbst und nicht die Verwirklichung des gesamten Straftatbestands zum Gegenstand haben. Die von jedem Mittäter in eigener Person zu erfüllenden Deliktsvoraussetzungen müssen nicht noch zusätzlich durch die Mittäter gemeinsam verwirklicht werden.

## Verfassungswandel und die relative Autonomie des einfachen Rechts – zu den Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung im Strafrecht

Victoria Ibold, München/Halle\*

### ABSTRACT

Die Rechtsprechung des BVerfG hat das Grundgesetz als „living constitution“ ausgestaltet – als eine Verfassung, die auch heute noch Antworten auf gesellschaftlichen Wandel geben kann. Der Beitrag untersucht, welche Folgen Verfassungswandel und ein damit einhergehender Bedeutungszuwachs des Verfassungsrechts für das Strafrecht haben. Er legt dar, dass dadurch dem Strafrecht neue Arbeitsaufträge geliefert werden, dass dessen Anwendbarkeit im Einzelnen aber nicht vorgezeichnet wird. Das Strafrecht bewahrt eine „relative Autonomie“ – aktuelle Konfliktlinien, etwa bei der Sterbehilfe oder im Umgang mit dem Klimaaktivismus, bedürfen daher einer genuin strafrechtswissenschaftlichen Aufarbeitung.

2024 wird das Grundgesetz 75 Jahre alt. Die deutsche Verfassung wird meist als ein Erfolgsmodell beschrieben, als eine Verfassung, die auch heute noch Antworten auf Fragen einer sich wandelnden Gesellschaft geben kann und nicht nur ein Gesetzeswerk seiner Zeit geblieben ist.<sup>1</sup> Dass das Grundgesetz offen ist gegenüber der Wirklichkeit und ihren Veränderungen, hat seine Ursache weniger in Verfassungsänderungen durch den Gesetzgeber;<sup>2</sup> vielmehr geht dies zurück auf Verfassungswandel –

---

\* Die Autorin ist Privatdozentin an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Vertreterin des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

<sup>1</sup> Vgl. *Prantl SZ* vom 29.11.2018, <https://www.sueddeutsche.de/medien/grundgesetz-70-jahre-magazin-1.4230480>; *Vofßkuhle JZ* 64 (2009), 917.

<sup>2</sup> *Volkman JZ* 73 (2018), 265, 266.



auf Änderungen des Sinns einer Verfassungsnorm ohne Änderung des Verfassungstextes<sup>3</sup>, und zwar durch Interpretation seitens des BVerfG. Dieses sieht sich nicht an den Willen des ursprünglichen Verfassungsgesetzgebers gebunden, sondern hält dessen objektivierten Willen für maßgeblich.<sup>4</sup> Verfassungsinterpretation kann so „Aufladung und Anreicherung der Verfassung mit immer neuen Inhalten“<sup>5</sup> angesichts sich wandelnder Lebensrealitäten sein. Dazu zwei, zunächst nur kurz ange-rissene Beispiele:

- In seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit von § 217 StGB hat das BVerfG 2020 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben abgeleitet, das auch das Recht umfasse, dafür bei Dritten Hilfe zu suchen.<sup>6</sup> Diese Entscheidung setzte den vorläufigen Höhepunkt einer seit den 1990er Jahren einsetzenden Rechtsprechungsentwicklung zunächst der Fachgerichte, die zunehmend die Selbstbestimmung auch am Lebensende betonte und Ausdruck sich wandelnder gesellschaftlicher Wertvorstellungen war.

Zur Zeit des Erlasses des Grundgesetzes indes war der Suizid – auch im Hinblick auf die noch frische Erinnerung an die NS-Verbrechen – tabuisiert sowie mit religiösen Moralvorgaben und paternalistischen Vorstellungen belegt.<sup>7</sup> Exemplarisch dazu 1954 der Große Strafsenat: „[...] jeder Selbstmord [ist] – von äußersten Ausnahmefällen vielleicht abgesehen – vom Sittengesetz streng mißbilligt [...], da niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben darf [...].“<sup>8</sup> Die Entscheidung des BVerfG zu § 217 StGB markiert also einen am allgemeinen Persönlichkeitsrecht ansetzenden Verfassungswandel,<sup>9</sup> da ein Recht auf Suizid bei Erlass des Grundgesetzes weder gesellschaftlich noch rechtlich anerkannt war.

---

<sup>3</sup> *Voßkuhle* Der Staat 43 (2006), 450, 451 f., der diesem Begriff eine lediglich soziologisch-empirische Bedeutung zuweist; *Volkman* JZ 73 (2018), 265, 266 Fn. 5 mwN.

<sup>4</sup> BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 35, 263, 278 f.; 105, 135, 157; 133, 168, 205; 144, 20, 212 f.

<sup>5</sup> *Volkman* JZ 73 (2018), 265, 269.

<sup>6</sup> BVerfGE 153, 182.

<sup>7</sup> *Walter* JR 2022, 621.

<sup>8</sup> BGH GSSt 4/53, NJW 1954, 1049, 1050.

<sup>9</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht selbst markiert auch einen Verfassungswandel. Als ungeschriebenes, aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG abgeleitetes Grundrecht werden ihm diverse Ausprägungen verliehen, etwa bzgl. der geschlechtlichen Identität (BVerfGE 147, 1), im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1, 43 ff.) oder als Grundrecht auf Gewährleistung der

- Im Beschluss zum Klimaschutzgesetz erstreckte das BVerfG 2021 erstmalig die staatliche Schutzpflicht für Leib und Leben auf die Risiken durch den Klimawandel – und dies auch für im Ausland lebende Personen. Neuartig an dieser Entscheidung ist zudem die Erstreckung der Schutzpflicht nicht nur auf die jetzige Generation, sondern in objektivrechtlicher Hinsicht auch auf künftige Generationen. Hinzukommt die neuartige Interpretation der Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung: Die Zulassung einer hohen Menge an CO<sub>2</sub>-Emission entfalte eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“, da sie zukünftige Generationen mit einer zu hohen Treibhausgasminderungslast belaste.<sup>10</sup> Als Maßstab für die Rechtfertigung einer solchen Wirkung wählte es die 1994 in Art. 20a GG eingefügte Staatszielbestimmung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, deren Bedeutung bisher gering geblieben war.<sup>11</sup>

Auch diese Entscheidung markiert einen Verfassungswandel: Die Risiken für das globale Klima durch eine fortschreitende Industrialisierung und Technisierung waren bei Erlass des Grundgesetzes allenfalls abstrakt bekannt. Zwar hat der Verfassungsgesetzgeber den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen formell in Art. 20a GG als Staatsziel verankert, als sich die Klimarisiken zum Ende des letzten Jahrhunderts konkretisierten; eine Drittwirkung und damit eine Justiziabilität waren damit aber nicht verbunden.<sup>12</sup> Letztere ergibt sich nun durch eine erweiternde Interpretation der staatlichen Schutzpflicht gegenüber den Folgen des Klimawandels bzw. durch Schaffung eines (ungeschriebenen) Rechts auf intertemporale Freiheitssicherung.

Diese aktuellen Beispiele zeigen: Das BVerfG überlässt auch in Bezug auf sozialen Wandel, der bei Entstehung des Grundgesetzes noch nicht absehbar war, die Entscheidung über das Ob und Wie rechtlichen Wandels nicht ausschließlich dem politischen Diskurs und der Gesetzgebung.<sup>13</sup> Und es passt den Korridor legitimen staatlichen Handelns *kontinuierlich an*.

---

Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (BVerfGE 120, 274, 313 ff.). Siehe dazu *Voßkuhle* JZ 64 (2009), 917, 920.

<sup>10</sup> BVerfGE 157, 30, 91, 102, 111, 131.

<sup>11</sup> *Muckel* JA 2021, 610, 611.

<sup>12</sup> Vgl. *Voland* NVwZ 2019, 114, 117.

<sup>13</sup> Vgl. *Böckenförde* Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1981, 402.

Verfassungswandel wirkt auch in die Anwendung und Auslegung des bestehenden Rechts durch die Fachgerichte hinein. Über das Institut der verfassungskonformen Auslegung kann Verfassungswandel zu einem Wandel des einfachen Rechts – auch des materiellen Strafrechts – führen.<sup>14</sup> Die Befugnis auch der Fachgerichte, auf sozialen Wandel mit einer Neuinterpretation und Fortbildung des Rechts zu reagieren,<sup>15</sup> kann also durch zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden sein. Der strafrechtliche Umgang mit dem Klimaaktivismus ist das Beispiel der Stunde, wie um eine solche Weiterentwicklung des einfachen Rechts außerhalb des Parlaments gerungen wird.

Oder: Wenn nun das BVerfG ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben anerkennt, ist dann nicht auch die Legitimität von § 216 StGB zu verneinen bzw. die Unterscheidung zwischen einer strafbaren Fremdtötung mit Einwilligung und einer straffreien Beihilfe zur Selbsttötung zu überdenken? 2022 jedenfalls hat der BGH sowohl eine zugunsten der freien Selbstbestimmung wirkende Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorgenommen als auch in einem obiter dictum eine verfassungskonforme Einschränkung von § 216 StGB angedeutet.<sup>16</sup>

Der nachfolgende Beitrag legt dar, dass die skizzierten Linien eines Verfassungswandels dem Strafrecht neue Arbeitsaufträge liefern, dass sie jedoch dessen Anwendbarkeit im Einzelnen nicht vorzeichnen und damit eine genuin strafrechtswissenschaftliche Aufarbeitung der aktuellen Konfliktlinien nicht entbehrlich machen. Zur Beschreibung dieser „relativen Autonomie“ des Strafrechts werden die Grundsätze rekapituliert, die nach dem Verständnis des BVerfG das Verhältnis zwischen Verfassung und Strafrecht bestimmen, da diese Perspektive bis heute oftmals vernachlässigt wird.<sup>17</sup>

## A. Verfassungswandel vs. Originalism

Das Grundgesetz wurde bereits als eine Ordnung beschrieben, die auf sozialen Wandel, der nach ihrer Entstehung eingetreten ist, Antworten

---

<sup>14</sup> Verfahren vor dem BVerfG haben daher eine große Bedeutung im Rahmen sog. „strategischer Prozessführung“, *Lange GVRZ* 2023, 12, Ziff. II; *Hahn ZfRSoz* 39 (2019), 5.

<sup>15</sup> Zur Rechtsfortbildungsbefugnis der Fachgerichte BVerfGE 34, 269, 287; § 132 Abs. 4 GVG.

<sup>16</sup> BGH NJW 2022, 3021, 3023.

<sup>17</sup> Vgl. auch die Kritik von *Tiedemann* Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, 3: Die „impliziten Schnittstellen“ zwischen Verfassungsrecht und Strafrecht bleiben weitgehend unerörtert.

geben kann;<sup>18</sup> dies geht v.a. auf Verfassungswandel, auf Verfassungsänderungen durch Interpretation seitens des BVerfG, zurück.<sup>19</sup> Es versteht das Grundgesetz als „living constitution“, die bspw. sich wandelnde gesellschaftliche Wertvorstellungen über die Selbstbestimmung am Lebensende oder neue gesellschaftliche Risiken durch den Klimawandel aufnehmen und verarbeiten kann.

Dass Verfassungswandel, also informelle Verfassungsänderung durch Interpretation, nicht selbstverständlich ist, zeigen Entwicklungen in den USA. Gegenkonzepte eines originalism bzw. eines textualism verlangen, dass Verfassungsnormen nur auf Grundlage des historischen Willens des Verfassungsgesetzgebers bzw. der historischen Wortbedeutung ausgelegt werden.<sup>20</sup> Der US Supreme Court entschied etwa 2022, dass es kein Recht der Frau auf einen Schwangerschaftsabbruch gebe. Ein ungeschriebenes Verfassungsrecht darauf könne nur anerkannt werden, wenn es „deeply rooted in our history and tradition“ sei; da der Schwangerschaftsabbruch jahrhundertlang strafbar gewesen sei, müsse eine solche Anerkennung versagt werden.<sup>21</sup>

Solche Konzepte werden v.a. damit begründet, dass Verfassungswandel zu sehr in die Rechte des Parlaments eingreife, also in die Rechte derjenigen staatlichen Gewalt mit der unmittelbarsten demokratischen Legitimation. Rechtlicher Wandel dürfe stattfinden, aber es sei Aufgabe der gesetzgebenden Gewalt diesen herbeizuführen.<sup>22</sup> Kritik an einem „verfassungsvollziehenden Jurisdiktionsstaat“<sup>23</sup> ist auch aus dem hiesigen Diskurs bekannt und im Streit um eine subjektive oder objektive Theorie zu verorten. Derzeit jedenfalls ist die hiesige Verfassungspraxis vom Konzept einer „living constitution“ geprägt und sichert so die Machtstellung des BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber auch im Wandel der Zeit – es soll eine „Verkrustung“ des Grundgesetzes, eine „Herrschaft der Toten über die Lebenden“ verhindert werden.<sup>24</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. *Hesse* JZ 50 (1995), 265, 266; *Voßkuhle* JZ 64 (2009), 917, 919.

<sup>19</sup> *Voßkuhle* JZ 64 (2009), 917, 918.

<sup>20</sup> *Möllers* Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. (2023), § 4 Rn. 160; § 6 Rn. 90; *Hirzel* s.o., 125 ff.

<sup>21</sup> *Dobbs v. Women`s Health Organization* 142 S.Ct. 2228 (2235, 2248 ff.) (2022).

<sup>22</sup> Vgl. etwa *Scalia* A matter of interpretation, 1997, 22.

<sup>23</sup> Vgl. *Böckenförde* s.o., 402. Zudem *Hirzel* s.o., 176 ff; *Hesse* JZ 50 (1995), 265, 267; *Greco* in *Brunhöber/Höffler/Kaspar u. a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, 13, 24; *NK-StGB/Kargl*, § 1 Rn. 108.

<sup>24</sup> *Voßkuhle* JuS 2019, 417, 423; *Schenke* JZ 103 (1978), 566, 584; *Hirsch* JZ 62 (2007), 853, 856.

## B. Verfassungskonforme Auslegung

Betrachtet man nun die verfassungskonforme Auslegung, dient diese – im funktionalen Kontext mit dem Verfassungswandel gesehen – dazu, einen Verfassungswandel in das einfache Recht zu übertragen und dort zu einer Anpassung zu führen. Methodisch geht es um zwei Aspekte:

Das Gebot verfassungskonformer Auslegung ist zunächst eine „interpretatorische Vorrangregel“<sup>25</sup> und durchbricht die grundsätzliche Gleichrangigkeit der üblichen Auslegungsmethoden:<sup>26</sup> Bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen sind verfassungswidrige Ergebnisse auszuschneiden und verfassungsgemäße vorzuziehen.<sup>27</sup> Das BVerfG soll sich also für eine Normerhaltung und gegen eine Nichtigerklärung entscheiden; und Fachgerichte sollen von einer konkreten Normenkontrolle absehen, ein Gesetz vielmehr verfassungskonform anwenden.<sup>28</sup>

Begründet wird dies mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und speziell mit der Höherrangigkeit der Verfassung gegenüber dem einfachen Recht – so auch dem Strafrecht.<sup>29</sup> Daraus ergibt sich aber noch nicht zwingend auch ein interpretatorischer Vorrang. Die Höherrangigkeit der Verfassung könnte im Kollisionsfall auch zu einer Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze führen (Geltungsvorrang). Ebenso könnte – theoretisch gedacht<sup>30</sup> – das Verfassungsrecht das einfache Recht verdrängen und selbst unmittelbar zur Anwendung gelangen (Anwendungsvorrang).<sup>31</sup> Ergänzend wird daher die interpretatorische Vorrangregel aus einem Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt begründet. Dem Willen des Gesetzgebers sei – so das BVerfG – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen so weit wie möglich Rechnung zu tragen<sup>32</sup> – das Verdikt einer Nichtigkeit ist also Ultima Ratio, eine verfassungskonforme

---

<sup>25</sup> Auer in *Neuner* (Hrsg.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, 2007, 27, 30 f. Ebenso *Canaris* in *Honsell* (Hrsg.), *Privatrecht und Methode*, 2004, 141, 146; *Kuhlen* *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, 2006, 2.

<sup>26</sup> Siehe nur: *Auer* s.o., 27, 31; *Canaris* s.o., 141, 143 f; *Kuhlen* s.o., 1.

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2023, 3072, 3074; 130, 372, 398; 138, 296, 350; 148, 69, 130; 159, 149, 172.

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2023, 3072, 3073; auch die Fachgerichte sind also zur verfassungskonformen Auslegung verpflichtet: *Kuhlen* s.o., 8; *Burkiczak* *Rechtstheorie* 52 (2021), 23, 26; *Lüdemann* *JuS* 2004, 27, 30; *Kaspar* *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, 526, 529.

<sup>29</sup> *Auer* s.o., 27, 35; *Kuhlen* s.o., 9.

<sup>30</sup> Zu den denkbaren Folgen einer Normenkollision *Möllers* s.o., § 2 Rn. 42 ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Auer* s.o., 27, 35.

<sup>32</sup> BVerfG NJW 2023, 3072, 3075; 130, 372, 398; 138, 296, 350; 148, 69, 130; 159, 149, 172.

Auslegung das mildere Mittel.<sup>33</sup> Denn die Nichtigkeit der gesamten Regelung würde eine Lücke hinterlassen, die auch nicht durch das Verfassungsrecht selbst geschlossen werden kann.<sup>34</sup> Das Grundgesetz enthält schließlich weitgehend unbestimmte Prinzipien, es erkennt Rechte und Wertungen an. Es lassen sich daraus in der Regel aber keine konkreten Verhaltensnormen ableiten.<sup>35</sup>

Das eben beschriebene Verständnis von der verfassungskonformen Auslegung impliziert einen Vorgang, der der Anwendung dieser Vorrangregel vorgelagert ist. Sind verfassungsgemäße von verfassungswidrigen Ergebnissen zu unterscheiden, besteht auch eine Pflicht, sich überhaupt mit den Wertungen der Verfassung auseinanderzusetzen; dies wird teilweise als grundrechts- oder verfassungsorientierte Auslegung bezeichnet.<sup>36</sup> Der Einfachheit halber soll hier begrifflich von einem weiten Verständnis einer verfassungskonformen Auslegung ausgegangen werden.

Ein Gericht muss also berücksichtigen, ob sein Auslegungsergebnis nicht einen Eingriff in Grundrechte darstellt, und wenn ja, ob dieser Eingriff verhältnismäßig ist.<sup>37</sup> Begründen lässt sich dies im Hinblick auf die Fachgerichte wiederum mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und dem Stufenbau des Rechts.<sup>38</sup> Für das Strafrecht: Das Strafrecht ist eine sekundäre Verhaltensordnung und gewinnt den Inhalt der unter Strafe gestellten Verhaltensnormen aus dem „gesamten öffentlichen Recht“. <sup>39</sup> Je inhaltserfüllter das Grundgesetz für eine Vielzahl alter und neuer sozialer Konflikte durch das BVerfG gestaltet ist, desto größer ist die Bedeutung des Verfassungsrechts für das Strafrecht.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> Lüdemann JuS 2004, 27 (29); Zippelius, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 108 (111).

<sup>34</sup> Auer s.o., 27, 39; Canaris s.o., 141, 152 f; Lüdemann JuS 2004, 27, 29.

<sup>35</sup> Vgl. Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.) Einführung in die Rechtsphilosophie, 9. Aufl. (2016), 294; Möllers s.o., § 13 Rn. 117.

<sup>36</sup> Kuhlen s.o., 2006, 2 f; Lüdemann JuS 2004, 27, 28 f; Kudlich JZ 2003, 127, 129 f.

<sup>37</sup> Siehe dazu Kudlich JZ 2003, 127, 130 ff.

<sup>38</sup> Zur „Stufentheorie“ des Rechts siehe nur Zippelius s.o., 108, 109.

<sup>39</sup> Binding Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl. (1890), 96 ff. Vgl. daneben nur Gärditz JZ 71 (2016), 641, 642; Lagodny Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 87 ff; Appel KritV 82 (1999), 278, 306.

<sup>40</sup> Ähnl. Kudlich JZ 2003, 127, 128; Kaspar s.o., 42; Greco s.o., 13, 17 mit dem Hinweis, dass eine verfassungskonforme Auslegung v.a. auch eine „verfassungsgerichtskonforme“ Auslegung bedeutet. Zur Präjudizienbindung bei Entscheidungen des BVerfG: § 31 Abs. 2 G, dazu BVerfG NJW 2023, 3072 (3075) mwN.

### C. Die relative Autonomie des einfachen Rechts

Nun zu den Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung, speziell im Strafrecht. Diese sollen erörtert werden unter dem Begriff einer relativen Autonomie des einfachen Rechts – ein Begriff, den die Rechtstheoretikerin *Marietta Auer* in diesem Zusammenhang verwendet.<sup>41</sup> Sie versteht darunter „ein bestimmtes Maß an methodologischer, begrifflicher, konzeptioneller und argumentativer Unabhängigkeit.“ Trotz zunehmender Überlagerungen bestünden im Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht „oft unterschiedliche Methoden, Theoriestrukturen und Argumentationszusammenhänge“.<sup>42</sup> Dies gilt u.a. für das materielle Strafrecht: Dieses basiert auf einer Dogmatik, die älter ist als die Grundrechtsdogmatik und die sich etwa im Hinblick auf das Rechtsgutprinzip zur Begrenzung hoheitlicher Strafgewalt ohne verfassungsrechtliche Schutzmechanismen entwickelt hat.<sup>43</sup>

Das einfache Recht kann – so *Auer* – vom Verfassungsrecht inhaltlich unbeeinflusst bleiben; nur wenn das Verfassungsrecht auch die Wertungsprärogative gegenüber dem einfachen Recht beanspruche, bestehe auch ein inhaltlicher Vorrang.<sup>44</sup> Die beiden Rechtsbereiche verhalten sich also eher wie zwei sich überschneidende Kreise zueinander – es gibt eine Schnittmenge, wo das Verfassungsrecht das einfache Recht bestimmt, aber auch einen Bereich, wo das einfache Recht inhaltlich unbeeinflusst bleibt. Diese Einsicht kumuliert im Verständnis einer „relativen Autonomie“ des einfachen Rechts.

Exemplifiziert wird dieses Verhältnis nun anhand zweier Beispiele, die aktuell von einem Verfassungswandel betroffen sind, der Sterbehilfe und dem Containern. Die in diesem Kontext aufgeworfenen Fragen können dabei nicht vollständig beantwortet, die Antworten vor dem Hintergrund einer verfassungsrechtlichen Bindung vielmehr nur angedeutet werden.

---

<sup>41</sup> *Auer* s.o., 27, 40 ff.

<sup>42</sup> *Auer* s.o., 27, 40.

<sup>43</sup> *Greco* s.o., 13, 15; *Kuhlen* in *Stolleis* (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, 2006, 39, 40 f; *Kaspar* s.o., 2014, 39.

<sup>44</sup> *Auer* s.o., 27, 36.

## D. Die relative Autonomie des einfachen Strafrechts am Beispiel der Sterbehilfe

Eine verfassungskonforme Auslegung ist nur möglich, wenn die üblichen Auslegungsmethoden – Wortlaut, Historie, Systematik und Telos – dies zulassen.<sup>45</sup> Am offensichtlichsten ist dies bei Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen.<sup>46</sup> Als „Stück offengelassene Gesetzgebung“<sup>47</sup> überlassen sie die Konkretisierung von nur abstrakt bestimmten Verhaltensnormen anderen – hier der Rechtsprechung. Die Fachgerichte haben sich bei der Konkretisierung dann auch an den Wertungen der Verfassung zu orientieren.

Eine solche Offenheit findet sich in den Normen, die für die Strafbarkeit der Sterbehilfe relevant sind. Zunächst ist dies § 216 StGB – die Tötung auf Verlangen. Strafbar macht sich – in einer gegenüber § 212 StGB privilegierten Weise –, wer zur Tat vom Getöteten bestimmt wurde. Die Einwilligung des Sterbewilligen hebt also – entgegen einem allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz<sup>48</sup> – das Unrecht der Tötung nicht vollständig auf. D.h.: Die aktive Sterbehilfe ist nach § 216 StGB strafbar; straflos ist hingegen die Beihilfe zu einer eigenverantwortlichen Selbsttötung.<sup>49</sup>

Was eine Tötung auf Verlangen ist, und was nur eine Suizidbeihilfe, regelt § 216 StGB nicht; die Tathandlung ist generalklauselartig gefasst. Die Strafrechtsdogmatik konkretisiert diese in erster Linie durch die ungeschriebenen Anforderungen von Kausalität und teilweise der objektiven Zurechnung;<sup>50</sup> hinzu treten die Regeln über die Täterschaft (§ 25 StGB) bzw. zum Unterlassen (§ 13 StGB). Wie nahezu alle Vorschriften des Allgemeinen Teils haben diese einen generalklauselartigen Charakter.<sup>51</sup> Der rechtliche Rahmen für die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe weist in Anbetracht dieser Offenheit eine Einbruchsstelle für verfassungsrechtliche Erwägungen auf.

---

<sup>45</sup> Vgl. BVerfG NJW 2023, 3072, 3074 mwN.

<sup>46</sup> Schönke/Schröder-Hecker, 30. Auflage 2019, vor § 1 Rn. 33 f; Auer s.o., 27, 30; Möllers s.o., § 11 Rn. 61. Ähnl. Tiedemann s.o., 1991, 58.

<sup>47</sup> So Hedemann Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, 58.

<sup>48</sup> Vgl. Roxin/Greco Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 13.

<sup>49</sup> Zur Straflosigkeit des Suizids BGH NJW 1952, 552 (553).

<sup>50</sup> Vgl. Roxin/Greco Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 11.

<sup>51</sup> Für § 25 StGB vgl.: BT-Drs. IV/650, S. 149. Für § 13 StGB: BVerfG NJW 2003, 1030 f.; NK-StGB/Gaede, 6. Auflage 2023, § 13 Rn. 3.

Innerhalb dieses rechtlichen Rahmens haben Fachgerichte – auch als Ausdruck gewandelter gesellschaftlicher Anschauungen – seit Beginn der 1990er Jahre die offenen Regelungen des Allgemeinen Teils „mit Leben gefüllt“ und zunehmend den Aspekt einer Selbstbestimmung über das eigene Leben berücksichtigt. Lebenserhaltende Maßnahmen dürfen unter den Voraussetzungen des (ungeschriebenen) gerechtfertigten Behandlungsabbruchs beendet werden.<sup>52</sup> Schmerzen dürfen gelindert werden, auch wenn sie das Sterben beschleunigen, weil ein solches Handeln den „sozialen Sinngehalt“ der Tötungsdelikte nicht erfülle bzw. jedenfalls gem. § 34 StGB gerechtfertigt sei.<sup>53</sup> Zuletzt dürfen sich Suizidenten im Sterben auch über die Bewusstlosigkeit hinaus begleiten lassen, weil eine mögliche Garantenpflicht durch einen selbstbestimmten Sterbewunsch überlagert werde.<sup>54</sup>

Diese Rechtsfortbildung gipfelte 2020 in der Entscheidung des BVerfG zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben.<sup>55</sup> Anlass waren Verfassungsbeschwerden gegen den erst 2015 eingeführten § 217 StGB, der die sonst straffreie Teilnahme an einer Selbsttötung bei geschäftsmäßigem Handeln unter Strafe gestellt hatte. Das BVerfG stellte fest, dass diese Strafnorm das Recht auf selbstbestimmtes Sterben<sup>56</sup> in unverhältnismäßiger Weise einschränke. Es sah sich aber nicht dazu in der Lage, § 217 StGB verfassungskonform, also geltungserhaltend, auszulegen.<sup>57</sup> Denn anders als der sonstige rechtliche Rahmen der Sterbehilfe war § 217 StGB nicht offen formuliert und der Wille des Gesetzgebers eindeutig. Diese Strafnorm sah ein uneingeschränktes Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vor und in den Gesetzesmaterialien wurden Einschränkungen, etwa beim Handeln von Ärzten, verworfen.<sup>58</sup> Also: In diesem Rahmen wurde das Strafrecht durch die Gesetzgebung so autonom gestaltet, dass sich daraus abschließend die Antwort auf die Zulässigkeit geschäftsmäßiger Suizidhilfe ergab. Die Wertungen der Verfassung

---

<sup>52</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2966 ff.

<sup>53</sup> BGH NStZ 1997, 182, 184.

<sup>54</sup> BGH NJW 2019, 3092, 3094; NJW 2019, 3089, 3091; NJW 2022, 3021, 3023 f.

<sup>55</sup> Nachweis s.o. Fn. 7.

<sup>56</sup> BVerfGE 153, 182, 261.

<sup>57</sup> BVerfGE 153, 182, 307 f.

<sup>58</sup> BT-Drs. 18/5373, 18.

konnten keine gestaltende, sondern „nur“ normbeseitigende Wirkung entfalten.<sup>59</sup>

Warum diese Grenze des Interpretationsvorrangs, wo doch eine verfassungskonforme Auslegung das grundsätzlich mildere Mittel gegenüber einer Nichtigerklärung sein soll? Begründet sich ein geltungserhaltender Interpretationsvorrang auch aus einem Ausdruck von Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt, dann bleibt von diesem Respekt nicht mehr viel übrig, wenn das Auslegungsergebnis die Norm deformiert oder inhaltlich völlig umwertet.<sup>60</sup> Dann muss ein Gesetz aufgehoben und die Entscheidung über das Wie rechtlichen Wandels in die Hände der Gesetzgebung gelegt werden.

Zu erwähnen bleibt, dass es das BVerfG in den Händen hält, wie weit eine solche Autonomie geht; sie ist eher größer, wenn auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers auf Grundlage historischer Gesetzgebungsmaterialien abgestellt wird, und eher geringer, wenn dieser Wille durch objektive Erwägungen gesetzgeberischer Vernünftigkeit seitens des BVerfG bestimmt wird.<sup>61</sup>

Im Recht der Sterbehilfe verbleiben noch weitere Fragen, für die maßgeblich ist, wie weit eine verfassungskonforme Auslegung, also eine Berücksichtigung eines selbstbestimmten Sterbewunsches, gehen darf. Dazu gehört zum einen die Frage der Legitimität des § 216 StGB – umfasst ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben nicht auch das Recht, sich durch die Hand Dritter töten zu lassen, jedenfalls dann, wenn jemand nicht in der Lage ist, sich selbst zu töten – Stichwort: Locked-in-Syndrom?<sup>62</sup> Eine solche Auslegung deutete der BGH in der sog. Insulinspritzen-Entscheidung 2022 im Rahmen eines obiter dictum an.<sup>63</sup> Wenn ja, kann dann § 216 StGB noch verfassungskonform ausgelegt werden oder widerspricht dies dem Wortlaut und Willen des Gesetzgebers, weil eine Fremdtötung auch mit Einwilligung eben ausnahmslos unter Strafe gestellt ist? Hier

---

<sup>59</sup> Eine Neuregulierung der geschäftsmäßigen Sterbehilfe scheiterte 2023 im Bundestag; zu den Vorschlägen BT-Drs. 20/7624, BT-Drs. 20/904.

<sup>60</sup> Auer s.o., 27, 39, 40; Lüdemann JuS 2004, 27, 29; Kaspar s.o., 2014, 527. Vgl. BVerfG NJW 2023, 3072, 3075; ebenso BVerfGE 130, 372, 398; 138, 296, 350; 148, 69, 130; 159, 149, 172.

<sup>61</sup> Vgl. Auer s.o., 27, 44. Zum klassischen Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegung Möllers s.o., § 6 Rn. 61 ff. Die Entscheidung BVerfGE 110, 226, 267 f. zum „Strafverteidiger-Privileg“ bei § 261 StGB ist Beispiel für eine eher objektive Auslegung.

<sup>62</sup> So Lindner NSTZ 2020, 505, 507; NK-StGB/Saliger, 6. Auflage 2023, § 216 Rn. 3b; Leitmeier NSTZ 2020, 508, 513; Kienzerle Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, 434; Ibold GA 2024, 16 (30).

<sup>63</sup> Zum Nachweis s.o. Fn. 13.

besteht die Besonderheit, dass die historischen Gesetzgebungsmaterialien vorkonstitutionell sind und damit keinerlei Aussagekraft haben,<sup>64</sup> und dass ansonsten ein Wille des nachkonstitutionellen Gesetzgebers schlicht nicht ermittelbar ist.<sup>65</sup> Daher ist es überzeugend, dass die Tötung auf Verlangen einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist.<sup>66</sup>

Diskutiert wird zudem auch, wie weit der Bereich strafloser Suizidbeihilfe in Abgrenzung zur strafbaren Fremdtötung zu ziehen ist, wenn denn der selbstbestimmte Wille eines Sterbewilligen so hohe Bedeutung hat. Die Legitimität von § 216 StGB also vorausgesetzt, können verfassungsrechtliche Erwägungen bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme eine Wertungsprärogative einnehmen? In seiner Insulinspritzen-Entscheidung hat der BGH jedenfalls eine faktisch zugunsten der freien Selbstbestimmung wirkende Abgrenzung vorgenommen und das todesursächliche Verabreichen von Insulin als bloße Beihilfe neben der selbstbestimmten Einnahme potentiell tödlicher Medikamente gewertet.<sup>67</sup> In seiner Begründung bediente er sich jedoch nicht verfassungsrechtlicher Erwägungen vom Recht auf selbstbestimmtes Sterben oder gar einer zwingenden verfassungskonformen Auslegung. Vielmehr versuchte er, diese Entscheidung in die ständige Rechtsprechung zu Täterschaft und Teilnahme einzugliedern und beschränkt mithin einen autonomen Weg, der über die zeitgenössische Reflexion der gewachsenen Strafrechtsdogmatik verläuft: Die Abgrenzung sei nicht naturalistisch, sondern normativ vorzunehmen, was eine Gesamtbetrachtung eines Suizidgeschehens erlaube.<sup>68</sup> Mittelbar räumte er der freien Selbstbestimmung des Suizidenten dadurch mehr Gewicht ein. Unabhängig davon, ob dies überzeugt – die Kritik an dieser Entscheidung ist groß<sup>69</sup> – und ob diese Entscheidung nicht einer Divergenzvorlage bedürft hätte:<sup>70</sup> Eine Begründung auf Grund

---

<sup>64</sup> Eine Bindung an den vorkonstitutionell geäußerten Willen des Gesetzgebers besteht nur, wenn er vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber durch eine wesentliche Gesetzesänderung oder in sonstiger Weise übernommen wurde, BVerfGE 22, 180, 214 f.; 15, 153, 160; 78, 179, 198 f. Dazu Mangoldt/Klein/Starck/Wolff, 7. Auflage 2018, Art. 123 Rn. 25.

<sup>65</sup> So auch Müller § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2010, 195; Ibold GA 2024, 16 (31). A.A. Rostalski/Weiss MedR 41 (2023), 179, 182 Fn. 46.

<sup>66</sup> Ebenso Müller s.o., 196 f. Ähnl. Franzke/Verrel JZ 2022, 1116, 1120.

<sup>67</sup> BGH NJW 2022, 3021, 3022 f.

<sup>68</sup> BGH NJW 2022, 3021, 3022.

<sup>69</sup> U.a. von Duttge GesR 2022, 642, 643; Rostalski/Weiss MedR 41 (2023), 179, 181 ff; Franzke/Verrel JZ 2022, 1116, 1118 f.; zust. hingegen Saliger MedR 41 (2023), 222, 223 f.

<sup>70</sup> Vgl. § 132 Abs. 2 GVG; dazu, dass es keiner Divergenzvorlage bedürfe BGH NJW 2022, 3021, 3022 f.

einer zwingenden verfassungskonforme Auslegung wäre jedenfalls nicht der richtige Weg gewesen. Dies hätte einen spezifischen Verfassungsbezug der ständigen Rechtsprechung zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorausgesetzt, weil nur dann die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts auch für zwingende verfassungsrechtliche Erwägungen offen ist.<sup>71</sup> Diese Rechtsprechung beruht aber nicht auf einer grundlegenden Verkennung der Bedeutung des Rechts auf ein selbstbestimmtes Sterben. Erst recht ist sie nicht objektiv willkürlich, sondern weitgehend getragen vom Bemühen um eine gleichmäßige und differenzierte Rechtsanwendung.<sup>72</sup> Verfassungsrechtliche Erwägungen können zwar grundsätzlich angestellt werden, sie wirken aber nicht prärogativ, sondern treten neben andere Erwägungen bei der Auslegung.

### **E. Die relative Autonomie des einfachen Rechts am Beispiel des Containers**

Containern beschreibt das Entwenden von Lebensmitteln aus Abfallcontainern von Supermärkten. Dadurch sollen noch genießbare Lebensmittel ihrer eigentlichen Bestimmung – dem Verzehr – zugeführt und ein politisches Zeichen für einen nachhaltigeren Umgang mit Lebensmitteln gesetzt werden.<sup>73</sup> Containern ist insofern eine Form des Klimaaktivismus.

Amtsgerichte haben Containern als Diebstahl gewertet, sofern kein Einverständnis der Supermarktbetreiber vorlag und sich die Lebensmittel verschlossen auf dem Gelände des Supermarkts befanden. Zentrales Argument: Die entwendeten Lebensmittel seien fremde, im Eigentum der Supermarktbetreiber stehende Sachen; mit der Entsorgung sei keine Aufgabe des Eigentums im zivilrechtlichen Sinne verbunden.<sup>74</sup> In der Revisionsinstanz blieb dieser Ansatz unbeanstandet.<sup>75</sup>

Dagegen wurden Verfassungsbeschwerden eingelegt u.a. mit dem Argument, dass der ausschließliche Rückgriff auf zivilrechtliche Wertungen verfassungswidrig sei. Man könne das Verhalten der

---

<sup>71</sup> Für eine „Autonomie“ der Dogmatik des Allgemeinen Teils ebenso Tiedemann, s.o., 59. Zudem näher unter E.

<sup>72</sup> Im Vergleich zur Tatherrschaftslehre jedenfalls lässt sich der subjektiven Theorie der Rechtsprechung allgemein ein erhöhtes Unsicherheitselement vorwerfen, *Roxin* Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn. 25 f.

<sup>73</sup> Weber Rechtswörterbuch-*Werner*, 31. Edition 2023, Containern.

<sup>74</sup> AG Fürstfeldbruck BeckRS 2019, 27260.

<sup>75</sup> BayObLG NSTZ-RR 2020, 104.

Supermarktbetreiber als Wille zur Eigentumsaufgabe interpretieren, wenn man die Fremdheit nicht streng zivilrechtsakzessorisch bestimme. Im Hinblick auf Art. 20a GG müsse man auch den Gemeinwohlbelang eines verantwortungsvollen und nachhaltigen Umgangs mit Lebensmitteln sowie die Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 GG berücksichtigen.<sup>76</sup> Gerügt wurde also, dass die Gerichte keine verfassungskonforme – einschränkende – Auslegung vorgenommen hatten.

Der Diebstahlstatbestand ist zwar weit weniger offen formuliert als der oben betrachtete rechtliche Rahmen der Sterbehilfe. Ein grundsätzliches „Einfallstor“ auch für verfassungsrechtliche Erwägungen besteht aber über das Tatbestandsmerkmal *fremd*; dass dieses zivilrechtsakzessorisch zu bestimmen ist, entspricht zwar ständiger Rechtsprechung,<sup>77</sup> ist aber vom Wortlaut nicht zwingend vorgegeben. Theoretisch denkbar wäre eine – im Vergleich zum Zivilrecht strafrechtsautonome – einschränkende Auslegung auf Grund verfassungsrechtlicher Erwägungen: Die mit der Entscheidung zum Klimaschutzgesetz gestärkte Staatszielbestimmung des Art. 20a GG könnte es gebieten, Verhaltensweisen straffrei zu stellen, die die staatliche Klimaschutzpflicht anmahnen; und aus der Sozialbindung des Eigentums könnte ein Schutz durch § 242 StGB für solche Lebensmittel versagt werden, die der Eigentümer zur Entsorgung vorsieht, obgleich sie noch verzehrt werden können.

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerden indes zurückgewiesen. Es hat die hohe Bedeutung des nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützten zivilrechtlichen Sacheigentums betont; dass § 242 StGB dieses unabhängig vom wirtschaftlichen Wert schütze, sei nicht unverhältnismäßig, verstoße also nicht gegen das Übermaßverbot. Das BVerfG könne indes nicht prüfen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden habe; es habe lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung stünde.<sup>78</sup> Zudem sei eine zivilrechtsakzessorische Bestimmung der Fremdheit im betreffenden Einzelfall auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung nicht willkürlich, sondern nachvollziehbar.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> BVerfG BeckRS 2020, 19650 Rn. 9, 21 (nicht abgedruckt in BVerfG NJW 2020, 2953).

<sup>77</sup> BGH NJW 1954, 1292; NSTZ-RR 2000, 234. Vgl. *Bülte* in Engelhart/Kudlich/Vogel (Hrsg.), FS Sieber, 2022, 183, 193: Straflosigkeit des Containers über das Merkmal der „Zueignungsabsicht“.

<sup>78</sup> BVerfG BeckRS 2020, 19650 Rn. 36 f., 40 ff.

<sup>79</sup> BVerfG BeckRS 2020, 19650 Rn. 24 f.

Diese Entscheidung zeigt eine weitere Grenze einer verfassungskonformen Auslegung auf, die eigentlich selbstverständlich ist, die es sich aber lohnt zu vergegenwärtigen: Das Übermaßverbot gegenüber staatlichen Eingriffen in Grundrechte und das Untermaßverbot für staatliche Schutzpflichten sind nicht kongruent:<sup>80</sup> Der Gesetzgeber hat einen *Spielraum*, wie er Freiheitsgrundrechte und Schutzpflichten gewichten möchte – die Verfassung gibt einen Korridor staatlichen Handelns vor. Am Beispiel des Containers: Dass dieses aus verfassungsrechtlicher Sicht als Diebstahl strafbar sein *kann*, heißt nicht, dass dies aus verfassungsrechtlicher Sicht auch so sein *muss*. Der Gesetzgeber kann sich im Hinblick auf die Sozialbindung des Eigentums bzw. im Hinblick auf seine Klimaschutzpflicht auch entscheiden, diese Form des Klimaaktivismus zu entkriminalisieren, weil er sich damit innerhalb seines legislativen Ermessens bewegt.<sup>81</sup> Ein solcher Spielraum gilt auch im Verhältnis Verfassungsgericht und Fachgerichte und lässt einen Korridor für fachgerichtliches Ermessen entstehen: Das BVerfG überprüft die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts nur dann, wenn es – wie oben schon kurz erwähnt – um die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ geht,<sup>82</sup> d.h. wenn eine Entscheidung auf einer unrichtigen Auffassung von Bedeutung und Tragweite des in Anspruch genommenen Grundrechts beruht oder sie objektiv willkürlich ist.<sup>83</sup> In Bezug auf das Containers: Es wäre grundsätzlich möglich, dass Fachgerichte von der ständigen Rechtsprechung abweichen, die Fremdheit einer Sache nicht ausschließlich zivilrechtsakzessorisch bestimmen, sondern ergänzend etwa Wertgrenzen vorsehen bzw. allgemein einen wirtschaftlichen Wert fordern. Verfassungsrechtliche Erwägungen zur Sozialbindung des Eigentums sowie zu Art. 20a GG könnten dabei einfließen, sie nehmen aber keinen interpretatorischen Vorrang ein.

Verfassungswandel kann also nur dann auch einen Wandel des einfachen Rechts *erzwingen* und bestehendes Recht gestalten (Interpretationsvorrang) bzw. jedenfalls beseitigen (Geltungsvorrang), wenn der beschriebene Korridor verlassen wird. Innerhalb dieses Korridors hingegen kann zwar rechtlicher Wandel stattfinden, verfassungsrechtliche

---

<sup>80</sup> *Kaspar* s.o., 77; *Alexy* Theorie der Grundrechte, 5. Aufl. (2006), 265; a.A.: *Starck* JZ 48 (1993), 816, 817.

<sup>81</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2020, 19650 Rn. 48.

<sup>82</sup> Grundsätzlich BVerfGE 1, 418 (421); 18, 85 (92 f.) – sog. Heck'sche Formel. Im Strafrecht bzw. Strafprozessrecht: BVerfG NSTZ 2004, 160; 122, 248, 257; BVerfG BeckRS 2020, 19650.

<sup>83</sup> StRspr: BVerfGE 18, 85, 92; 97 391, 401.

Erwägungen haben aber keinen Vorrang.<sup>84</sup> Es entscheidet über rechtlichen Wandel dann nicht das BVerfG, sondern der Gesetzgeber innerhalb seines legislativen Ermessens bzw. die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts.<sup>85</sup> Innerhalb dieses Korridors ist das einfache Recht autonom.<sup>86</sup>

Gerade wenn es um die Aufgabe bzw. um Ausnahmen von einer ständigen Rechtsprechung geht, besteht für die Fachgerichte aber ein erhöhter Begründungsaufwand.<sup>87</sup> Zu fragen ist auch, ob damit die stabilisierenden Faktoren des Rechts – Vorhersehbarkeit, Bestimmtheit verbotenen Handelns – ausreichend Berücksichtigung finden. Eine abweichende Bestimmung des Merkmals *fremd* dürfte also nicht nur vom Einzelfall des Containers – unter Berücksichtigung von Art. 14 Abs. 1, 20a GG –, sondern müsste aus einer ganzheitlichen Perspektive betrachtet werden – Rechtsprechung dient der Einzelfallgerechtigkeit wie der Rechtsanwendungsgleichheit. Auch in anderen denkbaren Fallgruppen des Diebstahls müsste also als Konsequenz eine wirtschaftliche Werthaltigkeit des Tatgegenstands als strafbarkeitseinschränkendes Merkmal gefordert bzw. davor gefragt werden, ob dies den Vorstellungen eines adäquaten Eigentumsschutzes entspricht.

## F. Ausblick

Ein offen gestaltetes Grundgesetz und eine Bereitschaft zum Verfassungswandel sichern dem BVerfG eine dauerhaft mächtige Stellung im Verhältnis zur Gesetzgebung sowie zu den Fachgerichten. Über das Gebot verfassungskonformer Auslegung wirken (sich verändernde) verfassungsrechtliche Wertungen auch in das Strafrecht hinein und liefern diesem angesichts einer „living constitution“ immer wieder neue Arbeitsaufträge.

Dennoch bewahrt das „einfache“ Strafrecht eine relative Autonomie, da die Kompetenz der Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung bzw. die Kompetenz des BVerfG gegenüber den Fachgerichten begrenzt ist.

---

<sup>84</sup> Vgl. *Canaris s.o.*, 141, 146.

<sup>85</sup> Zur Rechtsfortbildungsbefugnis oben Fn. 15.

<sup>86</sup> Auch hier gilt: Je extensiver das Verständnis des BVerfG von spezifischem Verfassungsrecht, desto eher kann es die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts überprüfen und desto weniger autonom ist das einfache Recht, *Möllers s.o.*, § 13 Rn. 117. Zur Kritik: Sondervotum *Grimm BVerfGE 8, 137, 164 ff.*

<sup>87</sup> Vgl. *Möllers s.o.*, § 3 Rn. 34 ff.

Das Verfassungsrecht vermag die Anwendbarkeit des Strafrechts nicht im Einzelnen vorzuzeichnen – dies zeigen die Beispiele des rechtlichen Umgangs mit der Sterbehilfe sowie mit dem Containern. Gerade die obersten Fachgerichte haben bei der Wahrnehmung ihres Rechtsfortbildungsauftrags einen weiten legislativen Ermessensspielraum.

Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung müssen also weiterhin primär auf der Grundlage „eigener“ „Methoden, Theoriestrukturen und Argumentationszusammenhänge“<sup>88</sup> Antworten auf sozialen Wandel finden;<sup>89</sup> es bedarf einer genuin strafrechtswissenschaftlichen Aufarbeitung der aktuellen Konfliktlinien. Auch unter dem Eindruck einer zunehmenden Bedeutung des Verfassungsrechts ist Aufgabe der Strafrechtsdogmatik weiterhin nicht nur das Ermöglichen einer differenzierten, an Einzelfallgerechtigkeit orientierten Rechtsanwendung, sondern auch das einer gleichmäßigen – einer sicheren und berechenbaren – Rechtsanwendung.

---

<sup>88</sup> Nachweis s.o. Fn. 42.

<sup>89</sup> Zur Bedeutung einer eigenständigen Weiterentwicklung des einfachen Rechts *Greco* s.o., 13, 31 ff.

## **Elektronisch überwachter Hausarrest als neue Kriminalstrafe?**

**– zugleich eine kurze Bilanz unserer Hauptstrafen und ein Überblick über weitere Alternativen**

von Gabriele Kett-Straub, Erlangen-Nürnberg\*

### **ABSTRACT**

Elektronisch überwachter Hausarrest sollte in unserem Sanktionensystem als weitere Hauptstrafe etabliert werden. Anders als bei der Freiheitsstrafe wird der Straftäter nicht aus seinen sozialen Bezügen gerissen und anders als bei der Geldstrafe ist die Höchstpersönlichkeit der Strafwirkung gewährleistet. Im Blick behalten werden muss aber, dass der Hausarrest keineswegs eine kostengünstige Sanktionsart wäre und dass bestimmte Straftäter von vornherein aus dem Anwendungsbereich ausscheiden würden.

### **A. Einleitung**

Unser Sanktionensystem ist wenigstens im Erwachsenenstrafrecht ausgesprochen gestaltungsarm. Als Hauptstrafen stehen nur die Geld- und die Freiheitsstrafe zur Verfügung. Die elektronische Fußfessel in Form eines elektronisch überwachten Hausarrestes könnte eine echte Alternative bzw. Ergänzung zu diesen herkömmlichen Sanktionen darstellen. Sie reißt den Straftäter anders als die Freiheitsstrafe nicht aus seinen sozialen Bezügen und kann im Gegensatz zur Geldstrafe mit spezialpräventiven Behandlungsmaßnahmen wie Therapieangeboten kombiniert werden. Im Folgenden wird ein Überblick über die aktuelle Ausgestaltung unseres Sanktionensystems gegeben, werden kurz weitere mögliche

---

\* Die Autorin ist außerplanmäßige Professorin am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.



Hauptstrafen – konkret das Fahrverbot und die gemeinnützige Arbeit – vorgestellt und es wird insbesondere auf die Chancen und Risiken des elektronisch überwachten Hausarrestes als Kriminalstrafe eingegangen werden.

## B. Aktuelle Gesetzeslage

Mit der elektronischen Fußfessel als Sanktion sammelt man in Nordamerika schon seit Mitte der 1980er Jahre Erfahrungen.<sup>1</sup> In Deutschland dauert die Diskussion um das Instrument zwar schon lange an, der Gesetzgeber agiert aber bislang zögerlich.<sup>2</sup> Das europäische Ausland ist hier teilweise viel weiter,<sup>3</sup> bspw. Österreich verfügt inzwischen über mehr als 13 Jahre Erfahrung mit dem elektronisch überwachten Hausarrest als Vollzugsform.<sup>4</sup> Hierzulande wurde 2011 die Möglichkeit einer Elektronischen Aufenthaltsüberwachung als neue Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht gem. § 68b I S. 1 Nr. 12 StGB auf Bundesebene eingeführt.<sup>5</sup> Dies geschah in erster Linie als Reaktion auf ein Urteil des EGMR, das zur Folge hatte, dass als gefährlich eingestufte Straftäter kurzfristig aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden mussten.<sup>6</sup> Die ambulante Maßregel der Führungsaufsicht sollte mit Hilfe einer elektronischen Kontrolle die befürchteten Sicherheitslücken schließen und auch helfen, das „scharfe Schwert“ der Sicherungsverwahrung grundsätzlich zu

---

<sup>1</sup> Zur Geschichte dieser Maßnahme *Wittstamm*, Elektronischer Hausarrest? Zur Anwendbarkeit eines Sanktionsmodells in Deutschland, 1999, S. 31 ff., wonach ein Bezirksrichter Anfang der 1980er Jahre durch die Comic-Serie „Spider-Man“ des Marvel Verlags auf die Idee einer elektronischen Aufenthaltskontrolle gebracht wurde. Schon 1969 hatte sich der Harvard-Professor für Psychiatrie *Schwitzgebel* ein Gerät zur Aufenthaltskontrolle von Psychiatriepatienten und Straftätern patentieren lassen, das aber in der Praxis nicht zur Anwendung kam.

<sup>2</sup> Schon 1997 beschloss die Justizministerkonferenz durch Änderung des Strafvollzugsgesetzes den elektronisch überwachten Hausarrest als Modellversuch anstelle von kurzer Freiheitsstrafe einzusetzen, vgl. *Dahs* NJW 1999, 3469; *Krahl* NSTZ 1997, 457. In diesem Jahr brachte das Land Berlin zudem einen Gesetzesantrag ein, der den Ländern die Möglichkeit geben sollte, den elektronisch überwachten Hausarrest als Form der Vollzugslockerung zu erproben, vgl. BR-Drs. 698/97. Beide Initiativen verliefen im Sande, vgl. *Wiegand* der moderne Staat (dms) 2023, 166, 172.

<sup>3</sup> Vgl. *Dünkel/Thiele/Treig* (Hrsg.), Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2017.

<sup>4</sup> *Hochmayr* NSTZ 2013, 13, 16 ff.; ZIS 2012, 537; *Auer/Bartsch/Isenhardt/Lehmann* SIAK-Journal 2021, 58. Auf der behördenübergreifenden Plattform [oesterreich.gv](https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/strafrecht/7/1/Seite.2460312.html) kann man die Voraussetzungen einsehen und auch Anträge stellen, [https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente\\_und\\_recht/strafrecht/7/1/Seite.2460312.html](https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/strafrecht/7/1/Seite.2460312.html).

<sup>5</sup> *Baur/Kinzig* (Hrsg.), Die reformierte Führungsaufsicht. Ergebnisse einer bundesweiten Evaluation, 2015; vgl. auch *Kaiser*, Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung. Entwicklung, Rechtsgrundlagen, Verfassungsmäßigkeit, 2016.

<sup>6</sup> EGMR NSTZ 2010, 263. Hintergrund der Entscheidung war, dass der deutsche Gesetzgeber die absolute Höchstfrist der Unterbringungsdauer von 10 Jahren in der Sicherungsverwahrung strich und die neue Rechtslage auch auf Altfälle anwendete. Dies war ein Verstoß gegen Art. 5 I und 7 I EMRK.

vermeiden.<sup>7</sup> Elektronische Aufenthaltsüberwachung ist außerdem in § 56 BKAG und § 56a AufenthG gesetzlich geregelt; hier geht es jeweils darum, die Gesellschaft präventiv vor terroristischen Gefährdern bzw. vor im Inland lebenden als gefährlich eingestuften Ausländern zu schützen. Zudem gibt es die Möglichkeit der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung inzwischen auch in den Polizeigesetzen der Länder (z.B. § 32 PolG BW, § 34c PolG NRW, § 17c NPOG, § 201b LVwG, Art. 34 BayPAG).

Auf Länderebene praktiziert Hessen seit 2000 in Frankfurt und seit 2007 flächendeckend eine Elektronische Präsenzkontrolle, die der Vermeidung von Haftverbüßungen dienen soll.<sup>8</sup> Diese kann sowohl im Rahmen der §§ 56, 56c StGB als Bewährungsweisung als auch der Reststrafaussetzung sowie der Freistellung aus der Haft zur Entlassungsvorbereitung (vgl. § 16 III Hessisches StrafvollzG) und als milderes Mittel anstelle von Untersuchungshaft (vgl. § 116 I S. 1 StPO) zum Einsatz kommen.<sup>9</sup> Ein aktuelles Evaluationsprojekt läuft seit dem 1.2.2023 bei der Kriminologischen Zentralstelle (KrimZ); Ergebnisse sind erst 2026 zu erwarten.<sup>10</sup> In Baden-Württemberg wurde ab 2009 die elektronische Überwachung bei vollzugsöffnenden Maßnahmen wie dem Freigang, als Weisung im Rahmen einer Bewährungsstrafe, aber auch zur Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen erprobt.<sup>11</sup> Zum Teilnehmerkreis der Studie zählten u.a. Straftäter mit einem niedrigen Risikoprofil, die etwa Verkehrsdelikte, leichtere Gewaltstraftaten und Betrugsdelikte begangen hatten. Im Jahr 2013 wurde der Modellversuch nach einer negativen Evaluation eingestellt; vor allem die Zahl der (freiwilligen) Teilnehmer war – im Unterschied zu den Kosten – hinter den Erwartungen zurückgeblieben.<sup>12</sup> Bei

---

<sup>7</sup> Bräuchle, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Eine Studie zur Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, 2016; Bräuchle/Kinzig, Rechtspolitische Perspektiven der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, 2017; Dessecker BewH 2007, 276.

<sup>8</sup> Albrecht/Arnold/Schädler ZRP 2000, 466.

<sup>9</sup> Fünfsinn, in Müller/Sander/Valkova (Hrsg.), FS Eisenberg, 2009, 691; Mayer, Modellprojekt elektronische Fußfessel, 2004. Vgl. auch Infoblatt des Hessischen Ministerium der Justiz (Stand Juni 2021), online verfügbar unter: [https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-08/infoblatt\\_eaue\\_juni\\_2021\\_bf.pdf](https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-08/infoblatt_eaue_juni_2021_bf.pdf).

<sup>10</sup> Vgl. <https://www.krimz.de/forschung/elektronische-praesenzkontrolle.html>. Doch die bisherigen Ergebnisse sind durchaus ermutigend, vgl. Fünfsinn, FS Eisenberg, 691, 700 ff.

<sup>11</sup> Das Gesetz über elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe (EASTVollzG) war bis 2013 in Kraft. Vgl. Schwedler/Wößner, Elektronische Aufsicht bei vollzugsöffnenden Maßnahmen – Implementation. Akzeptanz und psychosoziale Effekte des baden-württembergischen Modellprojekts, 2015; Meuer, Legalbewährung nach elektronischer Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe, 2019.

<sup>12</sup> Vgl. Legal Tribune Online v. 22.5.2013, online verfügbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/fussfessel-versuch-beendet-baden-wuerttemberg-stickelberger/>.

der Rückfalluntersuchung, die mittels einer Auswertung des Bundeszentralregisters erfolgte, wurde kein Einfluss der Fußfessel auf die Rückfallquote festgestellt.<sup>13</sup> Mit der elektronischen Fußfessel als eigenständige Kriminalstrafe gibt es dagegen in Deutschland keine Erfahrungen, obwohl gerade hier das eigentliche Potential des Instrumentes liegen könnte.

### C. Begriff der elektronischen Fußfessel

Der Begriff der „elektronischen Fußfessel“ wurde zwar lange als zu martialisch gescholten, hat sich aber inzwischen durchgesetzt,<sup>14</sup> obwohl er nicht ganz eindeutig ist. Grundsätzlich gilt es zwischen der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) und einer Elektronischen Präsenzkontrolle (EPK) zu unterscheiden. In der Diskussion wird hier oft nicht exakt differenziert, obwohl diese Maßnahmen hinsichtlich ihrer Eingriffsart und -intensität erheblich divergieren. Zwar geht es jeweils darum, dass einem Betroffenen aufgegeben wird, sich mittels einem an seinem Fußgelenk angebrachten Funkgeräts elektronisch überwachen zu lassen,<sup>15</sup> doch die Überwachung erfolgt gänzlich unterschiedlich. Bei der klassischen Aufenthaltsüberwachung erfolgt diese satellitengestützte Kontrolle mittels Global Positioning System (GPS).<sup>16</sup> Dem Probanden wird eine große Fortbewegungsfreiheit zugestanden, er wird aber ständig mit dem Ergebnis eines kompletten Bewegungsprofils überwacht und muss klare Gebots- sowie Verbotszonen beachten, wie z.B. Spielplätze im Fall eines pädophilen Sexualstraftäters.

Bei dem großen hessischen Modellversuch mit Schwerpunkt Bewährungsweisung steht dagegen in der Wohnung des Betroffenen ein Empfängergerät, das per Telefonleitung mit einer Datenzentrale verbunden ist (Radiofrequenztechnik); der Sender schickt in kurzen Abständen Signale an das Empfängergerät. Außerhalb der Wohnung findet dagegen keine Überwachung statt. Sollte der Proband von den mit ihm

---

<sup>13</sup> Vgl. Pressemitteilung des Max-Planck-Instituts v. 26.3.2018, online verfügbar unter: <https://www.mpg.de/11984921/fussfessel-rueckfallquote>.

<sup>14</sup> Selbst das BVerfG verwendet in einer aktuellen Entscheidung schon im ersten Leitsatz diesen Begriff, vgl. NSTZ 2021, 348 = BVerfGE 156, 63.

<sup>15</sup> Dies beinhaltet auch die Pflicht, das derzeit noch etwa 180g schwere Gerät in betriebsbereitem Zustand zu halten. Die anfänglichen technischen Probleme mit vielen Fehlalarmen und sehr langen Ladezeiten scheinen inzwischen behoben zu sein, vgl. *Bräuchle/Kinzig*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht, 2016, S. 12.

<sup>16</sup> Technische Beschreibung bei *Fünfsinn*, in Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), FS Beulke, 2015, 1129, 1132 f. und 1135 f.

vereinbarten An- und Abwesenheitszeiten abweichen – er darf bspw. die Wohnung zur Arbeit, für Fortbildung, Therapie oder eine Freizeitaktivität verlassen – erfolgt über die Datenzentrale eine Meldung an die Bewährungshilfe und diese kann intervenieren.<sup>17</sup> Je nach technischer Umsetzung eines elektronisch überwachten Hausarrestes wäre eine solche Kriminalstrafe demnach unterschiedlich eingriffsintensiv; hierauf wird zurückzukommen sein. Zuerst sollen aber die derzeitigen Hauptstrafen danach beurteilt werden, ob es überhaupt alternativer Sanktionsformen bedarf.

## D. Die Hauptstrafen im Überblick

### I. Freiheitsstrafe

Die Freiheitsstrafe war früher die klassische Hauptstrafe. Doch diese Funktion hat hierzulande schon lange die Geldstrafe übernommen, obwohl nach wie vor kein Straftatbestand auf die Androhung einer Freiheitsstrafe gänzlich verzichtet. Sie deckt das ganze Spektrum der Strafzwecke ab.<sup>18</sup> Ihr größter Vorteil mag ihre höchstpersönliche Strafwirkung und ihre spezial- bzw. generalpräventive Bedeutsamkeit u.a. im Sinne von Resozialisierung, Abschreckung und Normbestätigung sein. Anders als bei der Geldstrafe ist nicht zu befürchten, dass andere für den verurteilten Straftäter die Strafe begleichen. Im Strafvollzug soll – jedenfalls theoretisch – durch gezielte Behandlungsmaßnahmen der Gefangene befähigt werden, „künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“ (§ 2 StVollzG). Allerdings kommt die Sanktion auch nicht nur bei dem Delinquenten an, sondern sie kann erhebliche Belastungen für Angehörige mit sich bringen. Im Fall einer vollstreckten Freiheitsstrafe kann eine Familie wenigstens vorübergehend ihr komplettes Einkommen verlieren, sofern der verurteilte Straftäter der Hauptversorger war. Um den Kontakt mit den Angehörigen aufrechtzuerhalten, ist man auf wenige Besuchsstunden beschränkt, sofern der Gefangene nicht in den Genuss von Vollzugslockerungen wie Urlaub kommt.<sup>19</sup> Viele Beziehungen zerbrechen an dieser Situation. Das heißt, Strafvollzug kappt

---

<sup>17</sup> Albrecht/Arnold/Schädler ZRP 2000, 466, 467 f.

<sup>18</sup> Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 5.

<sup>19</sup> Nur mindestens eine Stunde pro Monat gewähren die Landesstrafvollzugsgesetze Besuch. Ist es organisatorisch möglich, erlauben allerdings manche Anstalten häufigere Besuche. Langzeitbesuche wie in § 26 IV HmbStVollzG sind in den meisten Bundesländern nicht vorgesehen.

Familienbande und hat eine entsozialisierende sowie stark stigmatisierende Wirkung, obwohl seine Hauptaufgabe doch die Resozialisierung des Straftäters ist.

Strafvollzug ist außerdem teuer. Ein Hafttag kostet die Gesellschaft wenigstens 180 €, auch wenn die Angaben hierzu in den einzelnen Bundesländern divergieren.<sup>20</sup> In dieser Summe sind die Einnahmen bereits berücksichtigt, die die Gefangenen durch ihre Arbeit erwirtschaften. Die Kosten werden daher weiter deutlich ansteigen, denn erst kürzlich hat das BVerfG auf die Verfassungsbeschwerde zweier Betroffener hin richtigerweise entschieden, dass das Arbeitsentgelt für Strafgefangene aktuell zu niedrig ist, um einen Beitrag zu deren Resozialisierung zu leisten. Die Länder sind aufgefordert, die Gefangenenvergütung bis 2025 auf ein „angemessenes“ Niveau anzuheben.<sup>21</sup>

Die Effizienz der Freiheitsstrafe lässt sich am besten mit einem Blick auf die Rückfallquote beurteilen. Nach der großen Rückfallstudie des Bundesministeriums für Justiz „*Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen*“, im Rahmen derer zuletzt im Februar 2021 neue Ergebnisse präsentiert wurden, wird jeder dritte zu einer Kriminalstrafe verurteilte Straftäter (34 %) innerhalb von drei Jahren nach seiner Verurteilung bzw. im Fall einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe nach seiner Entlassung rückfällig.<sup>22</sup> Allerdings unterscheidet sich diese allgemeine Rückfallquote sehr deutlich im Hinblick auf die ursprüngliche Sanktionsentscheidung. So hat ein zu einer Geldstrafe verurteilter Straftäter eine Rückfallquote von 31 % im Unterschied zu 47 % im Fall des Täters, dessen Freiheitsstrafe nicht zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Dieses Ergebnis stellt demnach der Freiheitsstrafe unter spezialpräventiven Aspekten ein schlechtes Zeugnis aus. Allerdings ist eine zurückhaltende Interpretation angebracht: Die vollstreckbare Freiheitsstrafe hat wegen der besonders häufigen Anwendung auf Täter mit negativer Prognose von vornherein die größte Wahrscheinlichkeit einer hohen Rückfallquote. Selektionseffekte beeinflussen somit die Ergebnisse.<sup>23</sup> Viele

---

<sup>20</sup> 2022 betragen bspw. in Baden-Württemberg die Kosten eines Gefangenen je Hafttag einschließlich Bauinvestitionen 180,46 €. Diese Kosten liegen nach Angabe des Landesjustizministeriums unterhalb des Durchschnittswertes aller Bundesländer, vgl. <https://www.justiz-bw.de/Lde/Startseite/Justiz/datenundfakten#anker6181003>.

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2023, 2405.

<sup>22</sup> [https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/ef86549f51526ea61aeefc22edc66f4c.pdf/RF\\_Bericht\\_2020\\_Version\\_Feb21.pdf](https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/ef86549f51526ea61aeefc22edc66f4c.pdf/RF_Bericht_2020_Version_Feb21.pdf).

<sup>23</sup> *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 150, 326 ff.

Delikte lassen erst gar nicht die Wahl zwischen Freiheits- und Geldstrafe zu, bzw. die Schuld des Täters lag nicht in einem Bereich, in dem die Verhängung einer Geldstrafe noch gerechtfertigt gewesen wäre. Dennoch war es richtig vom Gesetzgeber, schon wegen der ambivalenten Wirkung einer Freiheitsstrafe, mit § 47 StGB eine Präferenzregel in Grenzbereichen zugunsten der Geldstrafe vorzugeben.<sup>24</sup>

## II. Geldstrafe

Der Siegeszug der Geldstrafe hält seit vielen Jahren an; sie ist mit Abstand die quantitativ bedeutsamste Kriminalstrafe. 2021 lag ihr Anteil an allen Verurteilungen bei 85 %.<sup>25</sup> Das Strafübel besteht in einem Entzug der Geldmittel und dem daraus folgenden zeitweiligen Verzicht auf Konsum und Bedürfnisbefriedigung. Sie wirkt in erster Linie als Denkkzettel, denn anders als bei der Freiheitsstrafe finden keinerlei Maßnahmen zur Resozialisierung statt. Ein Nachteil dieser Sanktion ist zudem die fehlende Höchstpersönlichkeit der Strafwirkung.<sup>26</sup> Von Vorteil ist dagegen ihre einfache Handhabung und der Umstand, dass der verurteilte Straftäter nicht aus seinen sozialen Bezügen gerissen wird. Er verursacht keine Kosten, sondern dem Staat fließen sogar noch Gelder zu. Außerdem versucht man Gerechtigkeit durch das am Nettoeinkommen orientierte Tagessatzsystem herbeizuführen. Dennoch trifft eine Geldstrafe mit geringer Tagessatzhöhe den Geringverdiener ohne Rücklagen härter als einen solventen Täter eine hohe Summe. Auf die enormen Schwierigkeiten mit der Beitreibung der Geldstrafe und die im Fall einer Uneinbringlichkeit drohende Ersatzfreiheitsstrafe wird noch eingegangen werden. Wie bereits dargestellt ist die Wiederverurteilungsquote nach einer Geldstrafe aber deutlich geringer als nach einer Freiheitsstrafe. Dennoch bleibt festzuhalten, dass die Erfolgsbilanz beider Kriminalstrafen nicht so beeindruckend ist, als dass man nicht über Ergänzungen nachdenken sollte.

---

<sup>24</sup> Bei Taten mit bereicherungsrechtlichem Hintergrund erlaubt § 41 StGB eine Kombination der Hauptstrafen, um gezielter auf den Täter einwirken zu können. Die Vorschrift begründet aber keine Strafrahmenerweiterung, daher ist auf die Schuldangemessenheit der Strafe besonders zu achten.

<sup>25</sup> Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes, 2022, S. 96, online verfügbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>26</sup> Früher war die Begleichung der Strafe durch Dritte sogar als Strafvereitelung nach § 258 II StGB geahndet worden. Diese Rspr. ist mit BGHSt 37, 226 = NJW 1991, 990 aufgegeben worden.

## E. Überblick über alternative Hauptstrafen

### I. Fahrverbot

Lange hatte man erwogen, das Fahrverbot gem. § 44 StGB – nach dem Wegfall der Vermögensstrafe die letzte verbliebene Nebenstrafe – zur Hauptstrafe „upzugraden“.<sup>27</sup> Das Fahrverbot hätte dem Gericht dann insbesondere als Alternative zur Geldstrafe oder zu einer kurzen Freiheitsstrafe zur Verfügung gestanden. Die Idee war von der Erkenntnis getragen, dass manche Straftäter mit den herkömmlichen Kriminalstrafen nicht spezialpräventiv erreicht werden können. Im Blick hatte man wohlhabende, aber auch junge Straftäter wie z.B. Hooligans, bei denen die Motorisierung jeweils einen besonderen Stellenwert hat. Man hat diesen Ansatz jedoch auch aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken – namentlich dem Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 I GG – verworfen, aber 2017 den vorher zwingend notwendigen Straßenverkehrsbezug der zur Last gelegten Straftat gelockert, so dass der Anwendungsbereich dieser Nebenstrafe deutlich erweitert wurde.<sup>28</sup> Die Gerichte machen von dieser Möglichkeit großzügig Gebrauch; immerhin 20 % aller Fahrverbote werden inzwischen für Straftaten ohne Straßenverkehrsbezug angeordnet.<sup>29</sup>

### II. Gemeinnützige Arbeit

Die gesellschaftliche Akzeptanz für gemeinnützige Arbeit als echte Kriminalstrafe wäre vermutlich groß, auch wenn man Zweifel an der Sanktionswirkung haben könnte. In zahlreichen europäischen Ländern wurde dieses Konzept jedenfalls mit teils guten Erfahrungen bereits umgesetzt.<sup>30</sup> Der Straftäter verursacht – anders als im Strafvollzug – keine Kosten, sondern trägt durch seine Arbeitsleistung sogar etwas zum Gemeinwohl bei. Sein Arbeitseinsatz hätte hohe Symbolkraft und könnte den Rechtsfrieden wiederherstellen. Zudem würde der nicht

---

<sup>27</sup> Schöch, Gutachten am 59. Deutschen Juristentag, 1992, S. 116 f., online verfügbar unter: <https://e-pub.ub.uni-muenchen.de/6556/1/6556.pdf>.

<sup>28</sup> Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2021, BGBl. I. 3202; *Krumm* NJW 2018, 1738; *Schöch* NSTZ 2018, 15.

<sup>29</sup> Aus der Strafverfolgungsstatistik 2021 ergibt sich, dass 29.572 Verurteilte neben ihrer Hauptstrafe zusätzlich mit einem Fahrverbot belegt wurden. Davon handelte es sich in 5.672 Fällen um Straftaten ohne Verkehrsbezug, vgl. Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes, 2022, S. 364.

<sup>30</sup> Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2019, S. 141.

zahlungskräftige Straftäter nicht durch Zahlung einer Geldstrafe überfordert werden.

Hält man sich indes die Schwierigkeiten vor Augen, die man schon mit der Vermeidung der Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 43 StGB hat, ist davon auszugehen, dass der – dennoch verfolgenswerte – Vorschlag nicht einfach in der Umsetzung sein würde und dass eine solche Hauptstrafe auch mehr Kosten verursachen würde als gemeinhin angenommen wird. Arbeit-statt-Strafe (oder „Schwitzen statt Sitzen“-)Programme zur Haftvermeidung gibt es schon lange. Jedes Bundesland macht von dieser Möglichkeit über Art. 293 EGStGB in unterschiedlicher Art und Weise Gebrauch. Mit diesen Projekten soll erreicht werden, dass zu einer Geldstrafe verurteilte Straftäter – überwiegend sind es Ladendiebe und Schwarzfahrer<sup>31</sup> – nicht doch noch im Strafvollzug landen, weil sie die Strafe trotz grundsätzlich durchaus großzügig gewährter Zahlungserleichterungen (vgl. § 42 StGB) nicht bezahlen (können). Tatsächlich hat man es hier oft mit isolierten Menschen mit multikomplexen Problemlagen zu tun, die schon lange keine Behördenpost mehr öffnen, und engmaschig und damit kostenintensiv betreut werden müssen. Zwar können mit den Programmen viele Hafttage vermieden werden.<sup>32</sup> Eine höhere Erfolgsquote scheidet aber an der Überforderung und den Verständnisschwierigkeiten der von Ersatzfreiheitsstrafe betroffenen Straftäter.<sup>33</sup> Inzwischen ist bei den Entscheidungsträgern angekommen, dass man aktiv auf diese Personengruppe zugehen muss. Die ersten Bundesländer haben begonnen, diese Erkenntnis mit Hausbesuchen und Info-Material in verschiedenen Fremdsprachen umzusetzen.<sup>34</sup> Ähnliche Probleme wären auch bei der gemeinnützigen Arbeit zu erwarten.

---

<sup>31</sup> Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth MSchrKrim 2019, 282.

<sup>32</sup> 2020 wurden in Bayern 39.575 Hafttage vermieden, Drs. des Bay. Landtags 18/21495 v. 16.5.2022, S. 12.

<sup>33</sup> Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2019, S. 49.

<sup>34</sup> Flankierend hierzu sollte zum 1.10.2023 der Umrechnungsschlüssel für die Ersatzfreiheitsstrafe verändert werden; vgl. Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts BGBl. 2023 I Nr. 203 v. 2.8.2023. Ein Tagessatz der Geldstrafe soll künftig zwei Tage einer Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen, so dass deren Länge halbiert wird. Indes wurde die Halbierung kurzfristig auf 2024 verschoben, da offenbar die notwendige Umstellung der Computersysteme in den Ländern noch nicht bewerkstelligt ist.

## F. Elektronisch überwachter Hausarrest als Hauptstrafe

### I. Ausgestaltung

Elektronisch überwachter Hausarrest wäre eine freiheitsentziehende Kriminalstrafe, die dem betroffenen Straftäter auferlegt, sich überwiegend in seiner Wohnung aufzuhalten und diese nur zu bestimmten Zeiten verlassen zu dürfen.<sup>35</sup> Die Fortbewegungsfreiheit des Arrestanten wird also weitgehend auf die Wohnung und den Arbeitsplatz beschränkt; der Sanktionscharakter der Strafe ist daher unzweifelhaft gegeben. Wochenpläne mit einer strikten Tageseinteilung sollen den Straftäter Strukturen leben und damit erlernen lassen. Dies unterscheidet Hausarrest nicht von Strafvollzug, sondern ist Kern auch dieser Sanktion. Doch anders als die stationäre Unterbringung bedeutet Hausarrest Haftvermeidung. Der Straftäter würde nicht aus seinen sozialen Bezügen gerissen und könnte sogar seinen Arbeitsplatz erhalten. Stigmatisierung findet jedenfalls nicht in dem Umfang wie im Fall des Strafvollzugs statt. Der Straftäter behält die Eigenverantwortung für sein Leben. Die Gefahr „krimineller Ansteckung“ und Subkulturbildung würde eliminiert werden, denn man käme nicht in Kontakt mit anderen Gefangenen. Allein durch diese Vermeidung negativer Vollzugsfolgen würde schon eine bedeutsame spezialpräventive Wirkung erzielt werden. Zudem müssten dem Straftäter auch im Hausarrest spezifische Behandlungsangebote unterbreitet werden (hierzu sogleich unter III.).

Hausarrest wäre auch bei gesundheitlich eingeschränkten Tätern mit besonderen Anforderungen an eine Unterbringung oder Tätern bestimmter Straftaten von Vorteil, die in den Justizvollzugsanstalten besonderer Diskriminierung ausgesetzt wären und dort nicht immer den Schutz erhalten, den sie bräuchten. Zudem würden teure Hafttage vermieden<sup>36</sup> und die trotz sinkender Gefangenenzahlen nach wie vor teilweise überbelegten Anstalten würden spürbar entlastet werden. Da sich ambulante Therapieangebote effektiver als im Vollzug durchgeführte Maßnahmen

---

<sup>35</sup> Vgl. zu den ersten hierzulande geführten Diskussionen: *Schlömer*, Der elektronisch überwachte Hausarrest: Eine Untersuchung der ausländischen Erfahrungen und der Anwendbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1998; *Wittstamm*, Elektronischer Hausarrest?: Zur Anwendbarkeit eines amerikanischen Sanktionsmodells in Deutschland, 1999; *Schneider*, Electronic Monitoring: Alternativer Strafvollzug oder Alternative zum Strafvollzug?, 2003; *Illert*, Aspekte einer Implementierung des elektronisch überwachten Hausarrests in das deutsche Recht, 2005.

<sup>36</sup> Die Kosten pro Proband und Tag einschließlich der Personalkosten betragen beim Modellprojekt in Hessen 94,22 €, vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2019, S. 148.

erwiesen haben, könnte zudem mit größerer rückfallverhindernder Wirkung auf den Straftäter eingewirkt werden.<sup>37</sup>

## II. Anwendungsbereich

Elektronischer Hausarrest muss nicht zwingend auf leichte bis mittelschwere Kriminalität beschränkt sein. Doch vor allem mit Rücksicht auf die mit dem Betroffenen zusammenlebenden Angehörigen ist es sinnvoll, eine Obergrenze von maximal einem Jahr zu setzen.<sup>38</sup> Das bedeutet, diese Kriminalstrafe würde zumeist anstelle kürzerer Freiheitsstrafen treten. Man könnte sich aber auch durchaus vorstellen, Hausarrest in *Einzelfällen* anstatt einer Geldstrafe anzuordnen, um gezielter auf einen Straftäter einwirken zu können. Im Blick muss aber behalten werden, dass diese Kriminalstrafe nicht zu einem net-widening-Effekt gerade im Bereich kurzer Freiheitsstrafen führen darf, sondern tatsächlich Haftvermeidung bewirken soll. Die Sanktion sollte nicht auf Ersttäter beschränkt sein, aber auf Täter mit Vollzugserfahrung wird man mit dem Hausarrest als Kriminalstrafe nur noch schwerlich spezialpräventive Effekte erzielen können. Da die Überwachung des Täters nicht so engmaschig wie im Strafvollzug erfolgen kann, müssten außerdem Straftäter mit schlechter Prognose, solche mit einer akuten Suchtproblematik und solche besonders sicherheitsrelevanter Delikte von vornherein ausgenommen werden. Auch wäre es kontraproduktiv, dass ein Täter häuslicher Gewalt einen Hausarrest im Familienkreis verbüßen muss.

Da in dem hier unterbreiteten Vorschlag der elektronisch überwachte Hausarrest eine eigenständige Funktion hat und als dritte Hauptstrafe neben die Geld- und Freiheitsstrafe treten würde, spräche man von einer Frontdoor-Variante, da der Hausarrest den Strafvollzug komplett ersetzt und originär vom Tatgericht verhängt wird. Bei einer Backdoor-Variante würde die Freiheitsstrafe zunächst in einer Justizvollzugsanstalt angetreten und danach im Hausarrest abgeschlossen werden (Vollzugslösung).<sup>39</sup> Das heißt, Hausarrest wäre eine besonders weitreichende Vollzugslockerung und die Entscheidung fiele in den Verantwortungsbereich

---

<sup>37</sup> Vgl. Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung zur Überarbeitung des Sanktionenrechts, BT-Drs. 20/5913, S. 20 ff. Daher wurde die Therapieweisung nun ausdrücklich in § 56c II Nr. 6 StGB aufgenommen.

<sup>38</sup> Im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2019, S. 152, hält man dagegen nur eine Dauer von wenigen Monaten bis maximal 10 Monate zumutbar.

<sup>39</sup> Vgl. zu diesen Begrifflichkeiten *Hochmayr NSTZ* 2013, 13, 16.

der Anstalt. Beide Varianten schließen sich aber nicht aus, sondern könnten nebeneinander umgesetzt werden.

### III. Rahmenbedingungen

Der zu einem Hausarrest verurteilte Straftäter muss zuvörderst über eine geeignete Unterkunft und über stabile soziale Verhältnisse verfügen. Der Straftäter muss genügend Selbstdisziplin aufweisen, um ein ihm vorgegebenes starres Zeitschema eigenverantwortlich befolgen zu können. Sinnvoll erscheint die Strafe zudem nur, wenn erwachsene Mitbewohner grundsätzlich damit einverstanden sind. Das heißt, das Tatgericht müsste eine Art Stimmungsbild einholen. Zu weitgehend wäre es aber, die Sanktion von einer echten Einwilligung der Angehörigen oder des Verurteilten abhängig zu machen. Dies widerspräche der Struktur unseres Sanktionensystems.<sup>40</sup> Dieses konsensuale Element wird indes in der Diskussion überschätzt, denn auch die bisherigen Hauptstrafen gehen nicht spurlos an den Angehörigen vorüber, aber niemand käme auf die Idee, ihre Erlaubnis vor der Anordnung einzuholen.

Hausarrest dürfte vergleichbar dem Strafvollzug nicht zu einer reinen Verwahrsanktion werden. Dies wäre menschenunwürdig, denn das verfassungsrechtlich gebotene Prinzip der Resozialisierung würde verletzt.<sup>41</sup> Man kann einen Täter nicht bessern, indem man ihn 24 Stunden in seine Wohnung einsperrt. Um gezielter spezialpräventiv auf einen Täter einwirken zu können, müsste die Sanktion daher zwingend mit Behandlungsmaßnahmen kombiniert werden. Denkbar sind z.B. Anti-Aggressions-Trainings, Familien-, Schuldner- oder Suchtberatung. Auch wenn in manchen Bundesländern Strafgefangene nicht mehr zur Arbeit verpflichtet werden, ist im Fall des Hausarrests außerdem eine grundsätzliche Arbeits- oder Ausbildungspflicht unabdingbar. Das bedeutet, eine weitere Voraussetzung der Sanktion ist, dass der Straftäter zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung wenigstens die konkrete Perspektive

---

<sup>40</sup> Aus diesem Grund plädiert *Hochmayr* auch dafür den elektronischen Hausarrest wie in Österreich als Vollzugsform und nicht als selbstständige Strafart zu etablieren, NSTZ 2013, 13, 18.

<sup>41</sup> KG StV 2015, 707: „Der Vollzug der Strafhaft unter täglichem Einschluss von 23 Stunden ohne Ausbildungs- oder Arbeitsmöglichkeiten, ohne Gruppenangebote im weiteren Sinne und ohne jeden sozialen Austausch widerspricht den gesetzlichen Vollzugszielen in eklatanter Weise und verhindert jede Form der Resozialisierung. Er verletzt den Gefangenen in seiner Menschenwürde und macht ihn zum Objekt staatlichen Handelns“.

einer sinnvollen Tätigkeit hat.<sup>42</sup> Nicht überzeugend ist der diesbezügliche Einwand, dass man daher die Sanktionierung von den gegenwärtigen Lebensverhältnissen eines Beschuldigten abhängig machen würde und dies ein Verstoß gegen das Schuldprinzip sei.<sup>43</sup> Vielmehr spielen die persönlichen Verhältnisse des Täters bei der Strafzumessung gem. § 46 StGB immer eine wichtige Rolle und beeinflussen die Sanktionenwahl. Eine Strafzumessungsschuld ist eben nicht eine Strafbegründungsschuld, sondern fußt auf einer weiter ausgreifenden Wertungsbasis.<sup>44</sup>

In einem gesonderten Beschluss müsste jeweils festgelegt werden, zu welchen Zeiten der verurteilte Straftäter die Wohnung verlassen darf, um seiner Erwerbstätigkeit nachzugehen, Therapiestunden oder Termine bei der Schuldnerberatung etc. wahrzunehmen oder auch nur um notwendige Einkäufe zu erledigen. Wie diese Vorgaben dann überwacht werden, ist Sache des Gesetzgebers (hierzu gleich). Wichtig wäre es auch, den Hausarrest mit einem Abstinenzverbot zu koppeln, falls sich Alkohol im konkreten Fall als kriminogener Faktor erwiesen hat. Technisch wäre sogar eine Alkohol-Fernkontrolle möglich.<sup>45</sup>

Doch genauso wichtig wie eine elektronische Überwachung ist die psychosoziale Betreuung des Täters. Der elektronische Hausarrest darf nicht isoliert angeordnet werden, vielmehr haben regelmäßige Besuche durch geeignete Personen zwingend zu erfolgen. Es ist dann aber davon auszugehen, dass sich diese Art von Unterstützung sogar als gewinnbringender für den Probanden erweist, als dies die rudimentäre soziale Betreuung im Vollzug derzeit leisten kann. Sinnvoll erscheint es, diese Aufgaben der Bewährungshilfe als neuen Zuständigkeitsbereich zuzuordnen, da diese bereits über die entsprechende Erfahrung im Umgang mit Straftätern verfügt.

---

<sup>42</sup> Würde er die Arbeitsstelle später verlieren, wäre es Aufgabe der zuständigen Betreuungspersonen ihn bei der Arbeitssuche bzw. Wohnungssuche zu unterstützen, falls sich herausstellt, dass sich das gemeinsame Leben mit den Angehörigen nicht konfliktfrei umsetzen lässt.

<sup>43</sup> Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2019, S. 158.

<sup>44</sup> *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 527.

<sup>45</sup> Diesbezüglich sind verschiedene Methoden möglich. So werden im Bedarfsfall in den USA und anderen Ländern (z.B. in den Niederlanden im Modellversuch) die Fußfesseln mit einer Funktion zur transdermalen Alkohol- und inzwischen auch Drogenüberwachung ausgestattet. Sensoren messen Alkohol im Schweiß auf der Haut des Probanden und melden die Ergebnisse an die Überwachungszentrale, *Robertson/Vanlaar/Simpson*, Continuous Transdermal Alcohol Monitoring: A Primer for Criminal Justice Professionals, 2007, online unter: <https://www.scramsystems.com/wp-content/uploads/2020/06/TIRF-cam-primer.pdf>.

Nicht ganz einfach ist die Frage zu beantworten, wie bei Verstößen gegen Auflagen und Weisungen zu reagieren ist. Schließlich wurde der Täter nicht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und es würde ihm kein Bewährungswiderruf drohen. Dies ist daher auch eines der Hauptargumente, das gegen die Einführung dieser Strafe angeführt wird.<sup>46</sup> Doch vergleichbar mit einer uneinbringlichen Geldstrafe könnte man in Fällen eines misslungenen Hausarrestes die Möglichkeit einer Ersatzfreiheitsstrafe in Betracht ziehen.

#### **IV. Technische Umsetzung**

Die Überwachung des Verurteilten würde vorrangig elektronisch erfolgen. Da der Straftäter – wie dargestellt – eine Arbeitspflicht hat und tagsüber regelmäßig außer Haus sein wird, erscheint eine flächendeckende Überwachung mittels GPS im Sinne einer Elektronischen Aufenthaltsüberwachung und nicht nur einer Elektronischen Präsenzkontrolle unter Sicherheitsaspekten sinnvoller. Die erforderliche Infrastruktur wäre, nicht zuletzt als praktische Folge aus der Einfügung der Nr. 12 in § 68b Abs. 1 S. 1 StGB, wohl gegeben.<sup>47</sup>

#### **V. Verfassungsmäßige Bedenken**

Die verfassungsmäßigen Bedenken gegen die elektronische Fußfessel sind durchaus schwerwiegend. Die verwendeten elektronischen Apparate mögen zwar inzwischen klein genug sein, um die Überwachung dezent durchführen zu können. Dennoch handelt es sich hierbei um einen erheblichen Grundrechtseingriff, wie das BVerfG zuletzt im Rahmen der Führungsaufsicht festgestellt hat.<sup>48</sup> Dem Überwachungsmittel wurde aber seine Verfassungsmäßigkeit aufgrund der strengen und komplexen Voraussetzungen des § 68b I S. 1 Nr. 12, S. 3 iVm § 463a IV StPO attestiert; demnach greife es weder in den Kernbereich privater Lebensgestaltung

---

<sup>46</sup> Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2019, S. 158.

<sup>47</sup> Der GÜL (Gemeinsame elektronische Überwachungsstelle der Länder), die durch Staatsvertrag 2011 gegründet wurde, sind inzwischen alle Bundesländer beigetreten. Die GÜL hat aktuell ihren Sitz im hessischen Weiterstadt. In einem Nebengebäude einer JVA sind derzeit 17 Personen rund um die Uhr mit der Überwachung der Probanden beschäftigt. Vgl. Infoblatt des Hessischen Ministerium der Justiz (Stand Juni 2021), online verfügbar unter: [https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-08/infoblatt\\_eaue\\_juni\\_2021\\_bf.pdf](https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-08/infoblatt_eaue_juni_2021_bf.pdf).

<sup>48</sup> BVerfG NSTZ 2021, 348 = BVerfGE 156, 63; Kinzig NSTZ 2021, 467, 473: „Dass die Anfertigung einer derartigen validen Evaluation kein leichtes Unterfangen sein dürfte, steht dabei auf einem anderen Blatt“.

ein, noch führe es zu einer mit der Menschenwürde unvereinbaren „Rundumüberwachung“. Dem Gesetzgeber wurde allerdings aufgegeben, die spezialpräventiven Wirkungen der Maßnahme und die technischen Rahmenbedingungen empirisch zu beobachten und die aktuelle Regelung gegebenenfalls nachzubessern. Da die Entscheidung aber eine rein präventiv wirkende auf der zweiten Spur des Sanktionenrechts angesiedelte Maßregel der Besserung und Sicherung betraf, ist im Umkehrschluss zu folgern, dass eine Verfassungsmäßigkeit erst recht bei einer Kriminalstrafe mit Vergeltungscharakter angenommen werden kann. Das heißt, es kommt hier auch nicht auf den Streit an, ob Hausarrest originär Freiheitsentziehung und damit ein Strafübel ist.<sup>49</sup> Dies kann unterstellt werden. Diese Überlegungen wären bspw. im Fall von elektronisch überwachtem Hausarrest als Bewährungsweisung gem. § 56c StGB von Belang, denn deren ausschließliches Ziel darf die Hilfe für das künftig straffreie Leben eines Verurteilten sein.

## G. Fazit

Der elektronisch überwachte Hausarrest als Kriminalstrafe hat das Potential spezialpräventiv auf einen Straftäter einzuwirken, ohne dass es zu den nachteiligen Folgen des Strafvollzugs kommt. Allerdings muss ein Straftäter gewisse Mindestanforderungen wie das Vorhandensein einer festen Wohnanschrift und eines Arbeitsplatzes erfüllen, so dass sich nicht jeder für diese Sanktion eignen wird und ihr Anwendungsbereich letztlich klein sein würde. Man könnte daher eine Zwei-Klassen-Justiz befürchten und sich aus Gerechtigkeitsgründen auf den Standpunkt stellen, dass man es bei der bislang praktizierten Phantasielosigkeit bei den Kriminalstrafen im StGB belassen sollte. Dennoch gibt es Straftäter, die genau auf das „Anforderungsprofil“ des elektronischen Hausarrestes passen und diesen sollte diese im Hinblick auf eine erfolgreiche Resozialisierung bestmögliche Behandlung zuteilwerden. Wer indes Haftvermeidung nur aus Ersparnisgründen betreiben will, muss erkennen, dass Hausarrest als Hauptstrafe zusätzlich eine engmaschige und damit kostenintensive psychosoziale Betreuung des Verurteilten verlangt.

---

<sup>49</sup> *Hochmayr* NStZ 2013, 13, 15; abl. BGH NJW 1998, 767 (keine Anrechnung von in Italien verhängtem Hausarrest); LG Frankfurt a. M. NJW 2001, 697.

## **Strafrechtliche Sanktionen gegen Fake News?**

Thomas Weigend, Köln\*

### **ABSTRACT**

Die Verbreitung von Fake News über das Internet kann das Leben in vielen Bereichen beeinträchtigen. Art. 5 GG steht allerdings einem umfassenden strafbewehrten Verbot der Verbreitung unwahrer Tatsachen entgegen, da ein solches Verbot einen zu starken *chilling effect* hätte. Viele Lebensbereiche, die durch falsche Nachrichten gefährdet werden können, sind durch bestehende Strafvorschriften hinreichend geschützt. Eine Lücke besteht jedoch für die wahrheitswidrige Ankündigung drohender Katastrophen.

### **A. Fake News als Bedrohung**

Die Wahrheit ist zu einem bedrohten Gut geworden. In früheren, analogen Zeiten waren Redakteure und Lektorinnen darum bemüht, „falsche Tatsachen“ aus den gedruckten und durch Funk übermittelten Medien herauszuhalten. Mit der Demokratisierung der weitgehend ins Internet verlagerten öffentlichen Diskussion und dem anonymen Zugang für jedermann zu dem digitalen Diskurs sind solche Kontrollen über den Wahrheitsgehalt von Inhalten weitgehend entfallen.<sup>1</sup> In vielen Bereichen, insbesondere im politischen Raum, haben sich seither „Fake News“ ausgebreitet: auf Tatsachen bezogene Mitteilungen, von denen die Urheber wissen oder jedenfalls annehmen, dass sie nicht der Realität

---

\* Der Autor ist Professor i.R. an der Universität zu Köln. Er bedankt sich herzlich bei Frau *Melisa Yegin* für ihre wertvolle Unterstützung bei der Quellenrecherche.

<sup>1</sup> *Preuß*, Fake News, 2021, 82.



entsprechen, und die häufig über Kommunikationsplattformen im Internet verbreitet werden.<sup>2</sup>

Man könnte diese Selbst-Auflösung der Idee von Wahrheit (in ihrer alltagstauglichen Definition als Entsprechung von Äußerung und Wirklichkeit) einfach als ein Phänomen des Lebens im 21. Jahrhundert zur Kenntnis nehmen – wenn damit nicht ganz erhebliche, durchaus reale Störungen in vielen Bereichen verbunden wären.<sup>3</sup> Die Dissemination von ganz oder teilweise unwahren Informationen kann die Börsenkurse rapide steigen oder fallen lassen, zu Panikreaktionen wegen vermeintlicher Gesundheitsgefahren oder Versorgungsengpässe führen, Wähler in die Irre führen und ihr Wahlverhalten verfälschen oder die außenpolitischen Beziehungen eines Staates belasten. Vor allem aber stört die Verbreitung von Fake News die (im weitesten Sinne) politische Debatte der Fragen, die für ein Gemeinwesen von Bedeutung sind. Eine sinnvolle Diskussion solcher Fragen im öffentlichen Raum setzt voraus, dass die Teilnehmer und Teilnehmerinnen am Diskurs nicht von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgehen, die ihnen von interessierter Seite suggeriert worden sind.<sup>4</sup> Tatsächlich stehen hinter der Verbreitung von Fake News häufig politische Interessen der Produzenten der Falschmeldungen, die die öffentliche Debatte in ihrem Sinne steuern wollen.<sup>5</sup>

Verschiedene Phänomene der digitalen Welt sind dafür verantwortlich, dass Fake News in den letzten Jahren einen rasanten Aufschwung genommen haben. Ursachen sind insbesondere die (vermeintliche) Anonymität von Äußerungen im Internet, die Möglichkeiten der sekunden-schnellen Verbreitung von Desinformationen an eine unüberschaubare Zahl von Rezipienten, insbesondere mit Hilfe von Social Bots,<sup>6</sup> sowie auf

---

<sup>2</sup> Zu unterschiedlichen Versuchen, „Fake News“ zu definieren, s. etwa *Holznapel* MMR 2018, 18, 18; *Kusche*, in Beck/Kusche/Valerius (Hrsg.), *Robotik und Recht*, 2020, 421, 421; *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Rechts, 2022, 35 ff. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Definition von „disinformation“ durch die Europäische Kommission in: *Tackling online disinformation: a European Approach*, 26.4.2018, Nr. 2.1: „Disinformation is understood as verifiably false or misleading information that is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public, and may cause public harm. Public harm comprises threats to democratic political and policy-making processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security.“ Online abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>. Zu weiteren Definitionen im europäischen Raum O'Fathaigh/Helberger/Appleman *Internet Policy Review* 10 (2021) 4, abrufbar unter <https://policyreview.info/articles/analysis/perils-legally-defining-disinformation>.

<sup>3</sup> Dazu eingehend *Preuß* (Fn. 1), 100 ff.; s. auch *Lammich* (Fn. 2), 119 ff.

<sup>4</sup> *Hoven* ZStW 129 (2017), 718, 737.

<sup>5</sup> *Kusche* (Fn. 2), 423 f.

<sup>6</sup> *Rößner*, in Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), *Digitalisierung im Recht*, 2018, 55, 55 f.

der Empfängerseite die Neigung, Mitteilungen aus sozialen Netzwerken ungeprüft als wahr zu akzeptieren und gleichzeitig (paradoxaerweise) den traditionellen Medien zu misstrauen.<sup>7</sup> Wenn die Mehrzahl der jüngeren Menschen ihre Informationen ausschließlich aus Internet-Medien bezieht,<sup>8</sup> hat jeder, der dort eine Falsch-Information platziert, ohne große Mühe eine vieltausendköpfige gläubige Leserschaft.<sup>9</sup>

Angesichts dieser vielfältigen Gefahren stellt sich die Frage, in welcher Weise die Verbreitung von Fake News wirksam bekämpft werden kann. Die Möglichkeiten des Medienrechts und des Rechts der Aufsicht über Kommunikationsplattformen sind – jedenfalls bisher – in diesem Bereich sehr begrenzt.<sup>10</sup> Die traditionellen medienrechtlichen Mittel des Unterlassungsanspruchs und der Gegendarstellung sind bei elektronischen Medien ineffektiv – sie kommen zu spät und können die seit der Veröffentlichung eingetretene Weiterverbreitung der Information an Tausende Internet-Nutzer nicht mehr rückgängig machen.<sup>11</sup> Man muss sogar annehmen, dass die Publikation einer Richtigstellung die ursprüngliche Falschmeldung in Erinnerung ruft und ihre Wirkung dadurch noch verstärkt.<sup>12</sup> Der Digital Services Act der Europäischen Union<sup>13</sup> sieht in Art. 8 und 9 vor, dass Plattform-Betreiber nicht von sich aus nach verbotenen Inhalten zu suchen brauchen, sondern dass sie nur auf Anweisung der zuständigen Behörde tätig werden und rechtswidrige Inhalte löschen müssen. Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz begründet zwar eine Verpflichtung der Netzwerkbetreiber, ihnen bekannt gewordene strafbare Inhalte alsbald zu löschen – aber diese Verpflichtung besteht nur, wenn die Verbreitung von Fake News eine Straftat ist.<sup>14</sup> Und genau das ist bisher nicht – oder nur in sehr begrenztem Umfang – der Fall.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> Preuß (Fn. 1), 99 f.

<sup>8</sup> S. die bei Hoven ZStW 129 (2017), 718, 718 wiedergegebenen Befunde aus empirischen Untersuchungen.

<sup>9</sup> Dabei spielt auch das Phänomen eine Rolle, dass sich gerade Falschmeldungen – wohl aufgrund ihres typischerweise die Emotionen ansprechenden Inhalts – im Internet besonders schnell verbreiten; Mafi-Gudarzi ZRP 2019, 65, 65; Preuß (Fn. 1), 68.

<sup>10</sup> Kühling ZUM 2021, 461, 470.

<sup>11</sup> Lammich (Fn. 2), 116 f.

<sup>12</sup> Holznagel MMR 2018, 18, 19.

<sup>13</sup> Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

<sup>14</sup> Hoven/Gersdorf, in BeckOK Informations- und Medienrecht, NetzDG § 1 Rn. 4.

<sup>15</sup> Zu weiteren Hindernissen für eine wirksame Zurückdrängung von Fake News s. Kühling ZUM 2021, 461, 470.

Daher bleibt als Kernfrage, inwiefern die Verbreitung von Fake News unter Strafe gestellt werden sollte.<sup>16</sup>

## **B. Bedarf für Strafnormen?**

### **I. Allgemeine Erwägungen**

Angesichts des erheblichen Schadenspotentials von Fake News für das soziale, wirtschaftliche und politische Leben und angesichts des Mangels an wirksamen Alternativen ist es verständlich, dass für eine Eindämmung des Phänomens nach dem Strafrecht gerufen wird. Strafrechtliche Verbote kommen immer dann in Betracht, wenn die Einhaltung einer allgemein konsentierten, für das Zusammenleben wichtigen Verhaltensregel abgesichert werden soll und wenn dafür keine gleich wirksamen anderen Mittel zur Verfügung stehen. Dann bleibt für eine effektive Steuerung des menschlichen Verhaltens nur das spezifische Instrumentarium des Strafrechts, d.h. die demonstrative ethische Missbilligung durch eine Verurteilung verbunden mit der Verhängung von Sanktionen mit abschreckender Wirkung.<sup>17</sup> Man sollte sich allerdings von einer Inkrimierung keine allzu große Steuerungswirkung erhoffen: Wenn weite Teile der Bevölkerung das Vertrauen in die Akteure der Politik und teilweise auch in die „offiziellen“ Medien verloren haben, kann dieses Problem nicht durch eine Strafverfolgung bestimmter Falschbehauptungen gelöst werden.<sup>18</sup> Die Einführung von Strafvorschriften in diesem Bereich sollte daher nicht flächendeckend erfolgen, sondern sich auf solche Bereiche beschränken, in denen durch die Verbreitung von Fake News rechtlich geschützte Interessen gefährdet werden, ohne dass solche Angriffe durch die bereits vorhandenen Strafnormen erfasst sind.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Im Folgenden soll es nur um die Strafbarkeit von Einzelpersonen gehen. Die Frage, inwiefern Unternehmen, die Plattformen im Internet betreiben, zur Verhinderung der Ausbreitung von Fake News in die Pflicht genommen werden können, ist im Wesentlichen außerhalb des Strafrechts zu lösen; s. dazu *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, 2022, 223 ff..

<sup>17</sup> Grundlegend dazu *Frisch* NJW 2016, 16; *Hilgendorf*, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 17 Rn. 10 ff.; eingehend zu den Voraussetzungen und Begrenzungen des Einsatzes strafrechtlicher Mittel gegen Fake News *Schreiber* (Fn. 16), 246 ff.

<sup>18</sup> Zutreffend *Rostalski* Rechtswissenschaft 2017, 436, 452 f.

<sup>19</sup> Ähnlich *Preuß* (Fn. 1), 174; *Schreiber* (Fn. 16), 280 ff.

## II. Konflikt mit der Freiheit der Meinungsäußerung?

Bevor wir die verschiedenen möglichen Anwendungsfelder näher betrachten, soll eine grundsätzliche Fragen beleuchtet werden, die sich bei einer Inkriminierung der Verbreitung von Fake News stellt: Eine strafrechtliche Ahndung der Veröffentlichung von Nachrichten im Internet könnte jedenfalls auf den ersten Blick in Konflikt mit dem Schutz der Freiheit zum Äußern und Verbreiten von Meinungen (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) geraten. Dieses Grundrecht bezieht sich zwar im Schwerpunkt auf „Meinungen“, die durch das Element der persönlichen Überzeugung geprägt sind; es ist jedoch anerkannt, dass davon auch Ausführungen zu Tatsachen erfasst sind, die zur Unterstützung der Meinungsäußerung ins Feld geführt werden.<sup>20</sup> Allerdings liegt die Ratio der Meinungsäußerungsfreiheit im demokratischen Staat wesentlich darin, dass sie dem freien Austausch der Auffassungen mit dem Ziel der Suche nach bestmöglichen Lösungen dienen soll;<sup>21</sup> dieser Zielsetzung entspricht der Ausschluss des Schutzes gegenüber solchen Äußerungen, die „zu der verfassungsrechtlichen Meinungsbildung nichts beitragen können“,<sup>22</sup> da sie „falsche“ Tatsachen als wahr darstellen.<sup>23</sup> Mit Recht hat allerdings das Bundesverfassungsgericht vor einer Überspannung der Wahrheitspflicht für den Einzelnen gewarnt, „die die Bereitschaft zum Gebrauch des Grundrechts herabsetzen und so auf die Meinungsfreiheit insgesamt einschnürend wirken“ könnte.<sup>24</sup> Von einem solchen *chilling effect* wäre nicht nur die individuelle Meinungsäußerungsfreiheit, sondern insbesondere auch die Freiheit der Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 GG) betroffen, die ja gewissermaßen davon lebt, dass sie vorläufige „Wahrheiten“ – die sich später als un- wahr erweisen können – zur Diskussion stellt.

Ungeachtet der offenen Frage, ob sich Stellungnahmen zu gesellschaftlich interessierenden Fragen trennscharf in Tatsachenbehauptungen und Meinungen zerlegen lassen,<sup>25</sup> ist mit dem Ausschluss von bewusst

---

<sup>20</sup> BVerfGE 61, 1, 8 f. S. dazu *Steinbach* JZ 2017, 653, 654 f.

<sup>21</sup> *Mafi-Gudarzi* ZRP 2019, 65, 67.

<sup>22</sup> BVerfGE 90, 241, 247; s. auch bereits BVerfGE 61, 1, 8 f.

<sup>23</sup> Näher dazu *Schreiber* (Fn. 16), 104 f., 120 f.; *Reinbacher* ZJS 2022, 802, 803. Treffend weist *Kühling* ZUM 2021, 461, 464 darauf hin, dass in den USA „das Freiheitsideal eines extrem weiten Verständnisses der Meinungsfreiheit unter den Funktionsbedingungen der modernen Informationsgesellschaft in sich zusammenfällt“.

<sup>24</sup> BVerfGE 114, 339, 353. Eingehend zu diesem Problem bereits *Grimm* NJW 1995, 1697; s. auch *Holznapel* MMR 2018, 18, 19.

<sup>25</sup> Siehe dazu *Schreiber* (Fn. 16), 110 ff. mit Nachweisen aus der verfassungsrechtlichen Diskussion.

falschen Tatsachenbehauptungen aus dem Schutzbereich von Art. 5 GG eine vergleichsweise klare Richtlinie für den Umgang mit Fake News gewonnen. Allerdings stellt diese Vorgabe den Rechtsanwender vor das Problem, dass er jeweils entscheiden muss, welche Tatsachen „wahr“ und welche „bewusst unwahr“ sind. Auch diesseits der erkenntnistheoretischen Debatten um den Begriff der Wahrheit wirft dies nicht nur prozessual-beweisrechtliche Fragen auf, sondern führt rasch an ein Kernproblem des demokratischen Staates: ob es eine Instanz geben soll, die mit letztverbindlicher Autorität über „wahr oder unwahr?“ entscheiden darf oder muss.<sup>26</sup>

Der Umstand, dass selbst „objektive Wahrheiten“ zeitgebunden, der Falsifizierung ausgesetzt und darüber hinaus den Mitgliedern eines Strafgerichts nicht ohne weiteres zugänglich sind, spricht stark dafür, dass man eine Strafbarkeit von Fake News eng auf solche Fälle beschränkt, in denen der Täter eine Äußerung verbreitet, von der er weiß, dass sie einer ihm bekannten Tatsache eindeutig widerspricht.<sup>27</sup> Das ist etwa der Fall, wenn jemand einem Politiker einen Satz zuschreibt, den dieser weder so noch so ähnlich jemals geäußert hat. Mit einer Beschränkung auf solche Fallgestaltungen ginge der Strafgesetzgeber zwar einem Konflikt mit Art. 5 Abs. 1 GG aus dem Weg – er würde aber eine Strafvorschrift schaffen, die gerade gegen die häufigen und unter Umständen durchaus schädlichen Fälle der Verbreitung von Halbwahrheiten, ungeprüften Vermutungen und Gerüchten nichts ausrichten könnte.<sup>28</sup>

Dieses Problem ließe sich möglicherweise beheben, wenn man jedenfalls bei Verhaltensweisen, die erkennbar zur Herbeiführung von erheblichen Störungen des sozialen Lebens führen können (wie etwa die Verbreitung falscher Warnungen vor angeblich in örtlicher Nähe drohenden Katastrophen), schon die leichtfertige Begehung unter Strafe stellte.<sup>29</sup> Es

---

<sup>26</sup> *Rostalski* Rechtswissenschaft 2017, 436, 460 warnt in diesem Zusammenhang vor einem „Abrutschen in totalitäre Strukturen, in denen der Staat als Zensurbehörde darüber entscheidet, was die ‚Wahrheit‘ ist“. Andererseits meint *Soares*, in Staffler u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Demokratie*, 2022, 179, 182, dass das Rechtsgut der Wahrheit im vorliegenden Kontext immer nur das „staatliche bzw. offizielle Narrativ“ sein könne.

<sup>27</sup> Strafbewehrte Verbote des öffentlichen Leugnens tatsächlich begangener völkerrechtlicher Verbrechen enthält das geltende Recht bekanntlich in § 130 Abs. 3 und 5 StGB. Zur Verfassungsmäßigkeit von § 130 Abs. 3 StGB s. BVerfGE 124, 300, 328 ff.; *Schäfer/Anstötz*, in: MK-StGB, 4. Aufl. 2021, § 130 Rn. 77 mwN.

<sup>28</sup> Näher hierzu *Kusche* (Fn. 2), 431 f.

<sup>29</sup> In diese Richtung geht der Vorschlag von *Hoven* ZStW 129 (2017), 718, 743; zustimmend *Kusche* (Fn. 2), 433.

ist jedoch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber die Internet-Nutzer tatsächlich unter Strafdrohung verpflichten sollte, den Wahrheitsgehalt von Nachrichten zu prüfen, bevor sie sie mit anderen Nutzern teilen. Angesichts des routinemäßigen Charakters des Weitergebens von Informationen im Internet schiene mir eine Strafbarkeit des Verbreitens von Fake News bei Gutgläubigkeit des Nutzers selbst dann zu weit zu gehen, wenn sich die Unwahrheit ohne großen Aufwand feststellen ließe.<sup>30</sup>

### III. Strafbewehrtes Lügeverbot?

Eine radikale Lösung für das Problem von Fake News besteht darin, die Verbreitung von Falschnachrichten unter bestimmten Voraussetzungen generell unter Strafe zu stellen. Im Ausland finden sich dafür verschiedene Beispiele. So ist nach Art. 656 des italienischen Strafgesetzbuchs die Veröffentlichung oder Verbreitung falscher, übertriebener oder tendenziöser Meldungen unter Strafe gestellt, wenn die Tat auch nur die Möglichkeit einer Störung der öffentlichen Ordnung begründet.<sup>31</sup> Ähnlich ist die Rechtslage in Malta: Dort wird nach Art. 82 des Strafgesetzbuchs mit Freiheitsstrafe von einem bis zu drei Monaten bestraft, wer böswillig falsche Nachrichten verbreitet, von denen anzunehmen ist, dass sie die öffentliche Meinung in Aufregung versetzen, die öffentliche Ordnung oder den öffentlichen Frieden stören oder Unruhe in der Öffentlichkeit oder einem Teil von ihr hervorrufen.<sup>32</sup> In beiden Fällen handelt es sich um „alte“ Vorschriften, die nicht speziell auf die Verbreitung von Fake News im Internet zugeschnitten sind. Sie haben gemeinsam, dass sie nicht schon die Verbreitung von Lügen als solche unter Strafe stellen,<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Nicht ohne Grund verlangt § 126 Abs. 2 StGB für die Strafbarkeit einer objektiv falschen Warnung, dass die Verwirklichung einer schweren Straftat bevorstehe, Handeln „wider besseres Wissen“.

<sup>31</sup> Art. 656 Codice Penale: „Chiunque pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l'ordine pubblico, è punito se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire tremila.“

<sup>32</sup> Art. 82 Penal Code: „Whosoever shall maliciously spread false news which is likely to alarm public opinion or disturb public good order or the public peace or to create a commotion among the public or among certain classes of the public, shall, on conviction, be liable to imprisonment for a term from one to three months.“ Eine ähnliche Vorschrift gab es bis zum Jahre 2015 auch in Österreich. Nach § 276 Abs. 1 ö.StGB a.F. war strafbar, wer „ein Gerücht, von dem er weiß (...), dass es falsch ist, und das geeignet ist, einen großen Personenkreis zu beunruhigen und dadurch die öffentliche Ordnung zu gefährden, absichtlich verbreitet“. S. dazu näher *Preuß* (Fn. 1), 168.

<sup>33</sup> Eine solche, an *Kants* ethische Wahrheitspflicht anknüpfende Strafvorschrift käme jedenfalls für Deutschland nicht in Betracht; *Hoven* ZStW 129 (2017), 718, 739 f.; *Rostalski* Rechtswissenschaft 2017, 436, 445 f.; *Schreiber* (Fn. 16), 285 ff. S. aber in Kenia Art. 22 (1) Computer Misuse and Cyber-crimes Act v. 16.5.2018: „A person who intentionally publishes false, misleading or fictitious data or misinforms with intent that the data shall be considered or acted upon as authentic, with or without any financial gain, commits an offence...“.

sondern darüber hinaus wenigstens die Eignung der Tat zur Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung voraussetzen; ob dies freilich eine wirk-same Eingrenzung der Strafbarkeit ist, muss man bezweifeln.<sup>34</sup>

Stärker spezifizierte Varianten eines strafbewehrten Verbots werden von *Bernd Schünemann* und *Tamina Preuß* vorgeschlagen. Dabei sieht der Diskussionsentwurf *Schünemanns*<sup>35</sup> als taugliche Täter in erster Linie bestimmte Personengruppen (z.B. Amtsträger und Mitarbeiter der überregionalen Presse) vor, die als besonders vertrauenswürdig angesehen werden und daher durch Falschinformationen größeren Schaden anrichten können; andere Personen, die Fake News über das Internet verbreiten, sollen nur bestraft werden, wenn sie gemeinschaftlich mit anderen handeln oder „besondere Zurüstungen“ treffen.<sup>36</sup> Der Vorschlag von *Preuß*<sup>37</sup> erfasst – ähnlich wie die oben zitierten ausländischen Regelungen – jede Veröffentlichung oder öffentliche Verbreitung einer falschen Tatsache, wenn die Tat „geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“. Durch dieses Merkmal sollen „Trivialitäten, wie Meldungen der Boulevardpresse, und Satire“ aus dem Bereich der Strafbarkeit ausgenommen werden.<sup>38</sup> Die Eignung der Tat zur Herbeiführung gravierender Folgen wie der Beeinträchtigung der außenpolitischen Beziehungen Deutschlands oder des Aufstachelns zum Hass gegen eine Gruppe sollen nicht Voraussetzung der Strafbarkeit, sondern qualifizierende Merkmale gegenüber dem Grundtatbestand sein.

Der Vorschlag von *Preuß* hat den Vorzug, flächendeckend und doch in der Rechtsfolge differenzierend alle potentiell schädlichen Fälle der Verbreitung falscher Tatsachen auch außerhalb des Internet zu erfassen. In dieser – aus meiner Sicht: übermäßigen – Reichweite liegt aber gleichzeitig das Manko ihres Gesetzentwurfs. Er hätte aufgrund der Drohung mit Kriminalstrafe nicht nur einen massiven *chilling effect* für die öffentliche Kommunikation, sondern er würde dem Strafrecht – und damit den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden – auch ein unermesslich weites

---

<sup>34</sup> Ähnlich *Soares* (Fn. 26), 192.

<sup>35</sup> *Schünemann* GA 2019, 620, 639.

<sup>36</sup> Kritisch zu dieser Einschränkung *Preuß* (Fn. 1), 177. Eingehende Kritik des Vorschlags von *Schünemann* bei *Schreiber* (Fn. 16), 303 ff., der mit Recht die Notwendigkeit verneint, einzelne Personengruppen unter besondere Strafdrohung zu stellen.

<sup>37</sup> *Preuß* (Fn. 1), 178.

<sup>38</sup> *Preuß* (Fn. 1), 179.

Feld an möglicherweise falschen Tatsachenbehauptungen aus allen Lebens- und Wissensgebieten eröffnen, das von missverständlichen, irreführenden oder übertreibenden Formulierungen im Kern richtiger Sachverhalte über ernsthaft umstrittene Fragen bis zu eindeutig wirklichkeitsfernen Behauptungen reicht. Gleichzeitig würde dem staatlichen Strafrecht die Last aufgebürdet, die Rezipienten von Nachrichten in den verschiedensten Kommunikationsmedien davor zu bewahren, sich auf unrichtige Angaben zu verlassen. Dies kann aber dem mündigen, zu gesundem Misstrauen im Medienbereich erzogenen Bürger in erheblichem Umfang selbst zugetraut werden. Und man wird sich wohl damit abfinden müssen, dass das Internet ein virtueller und anonymer Raum ist, in dem weder Gewissheiten noch persönliche Vertrauensbeziehungen bestehen.

Für das Eingreifen des Strafrechts gibt es folglich nur dort einen Bedarf, wo die Verbreitung von Fake News erhebliche, nicht bereits durch bestehende Strafvorschriften abgedeckte Gefahren für konkrete Rechtsgüter bewirkt. Im Folgenden werde ich einen kurzen Rundblick über solche Sachgebiete versuchen.

#### **IV. Gefährdete Bereiche**

##### **1. Ehre**

Dass die Behauptung falscher Tatsachen ein perfides Mittel sein kann, um die Ehre (oder auch die Kreditwürdigkeit) einer Person anzugreifen, hat der Gesetzgeber schon früh erkannt und deshalb in § 187 StGB die Verleumdung unter Strafe gestellt. Nach § 186 StGB ist sogar die gutgläubige Verbreitung ehrenrühriger Tatsachenbehauptungen strafbar, wenn sich die Richtigkeit der Aussage vor Gericht nicht erweisen lässt. Angesichts der besonderen Gefahren, die herabsetzende Äußerungen im Internet wegen ihrer raschen Verbreitung und der praktischen Unmöglichkeit ihrer Beseitigung nicht nur für die persönlich Betroffenen, sondern

auch allgemein für das Gut der freien Meinungsäußerung mit sich bringen,<sup>39</sup> haben sowohl der Gesetzgeber<sup>40</sup> als auch das Bundesverfassungsgericht<sup>41</sup> den Schutz gegenüber ehrverletzenden Äußerungen im Netz in jüngerer Zeit verstärkt. Insofern besteht für weitere Vorschriften zum Schutz der Ehre gegen Fake News jedenfalls auf den ersten Blick kein Bedarf. Eine mögliche Lücke wurde jedoch für Fallgestaltungen entdeckt, in denen einem Politiker eine erfundene Äußerung zugeschrieben wird, die ihn jedenfalls bei einem Teil der Wählerschaft zu diskreditieren geeignet ist.<sup>42</sup>

Ein Beispiel ist die angebliche (frei erfundene) Interview-Äußerung der Grünen-Politikerin *Renate Künast* zu einem in Freiburg von einem Geflüchteten an einer jungen Frau begangenen Mord: „Der traumatisierte junge Flüchtling hat zwar getötet, man muss ihm jetzt aber dennoch helfen.“<sup>43</sup> Legt man einen normativen Maßstab an die „Ehrenrührigkeit“ einer Bekundung an, so enthält die angebliche Äußerung der Politikerin nichts, was sie im Sinne von § 187 StGB „verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen“ geeignet ist – die Bemühung um resozialisierende Hilfe auch für den Täter eines schweren Verbrechens entspricht vielmehr einem Grundgedanken des deutschen Strafvollzugsrechts.<sup>44</sup> Zur Annahme einer Verleumdung kommt man in dem Fall *Künast* und ähnlichen Fällen daher nur dann, wenn man die *faktischen* Auswirkungen der Falschbehauptung berücksichtigt: In einigen Teilen der Bevölkerung wurde die angebliche Aussage als deplatzierte, übermäßige Empathie mit dem Täter und als gleichzeitige Missachtung der Gefühle der Familie des Opfers verstanden, so dass sich ein massiver *hate storm* gegen die Politikerin entwickelte. Es dürfte durchaus dem Zweck von § 187 StGB entsprechen und auch die Grenze des Wortlauts der Vorschrift nicht überschreiten, solche Falschbehauptungen als faktische „Herabwürdigung“ in der „öffentlichen Meinung“ zu verstehen.<sup>45</sup> Der Gesetzgeber hat ja auch im Fall der „Kreditwürdigkeit“ bei § 187 StGB

---

<sup>39</sup> S. dazu *Hoven/Witting* NJW 2021, 2397; *Reinbacher* ZJS 2022, 802, 808.

<sup>40</sup> Durch die Strafrahmenerhöhung für Beleidigungen, die durch Verbreiten eines Inhalts begangen werden, in § 185 StGB.

<sup>41</sup> Durch die vier „Mai-Beschlüsse“ BVerfG NJW 2020, 2622; 2629; 2631; 2636.

<sup>42</sup> *Hoven/Krause* JuS 2017, 1167, 1169; *Kusche* (Fn. 2), 426; *Preuß* (Fn. 1), 156.

<sup>43</sup> S. hierzu *Hoven* ZStW 129 (2017), 718, 721; *Hoven/Krause* JuS 2017, 1167; *Preuß* (Fn. 1), 150 ff.; *Lammich* (Fn. 2), 156 ff.; *Schreiber* (Fn. 16), 170 ff.

<sup>44</sup> S. beispielsweise § 1 Satz 1 StVollzG NRW.

<sup>45</sup> A.A. *Lammich* (Fn. 2), 156 ff.

bewusst auf die Stellung des Opfers in der Öffentlichkeit, also auf die „äußere Ehre“, und nicht auf die normativ geprägte Menschenwürde Bezug genommen.<sup>46</sup> An ihre Grenzen gerät diese Betrachtungsweise allerdings dort, wo ein Täter jemanden fälschlich als „Juden“ oder als „schwul“ bezeichnet, in der (möglicherweise zutreffenden) Erwartung, dass diese Eigenschaft in der sozialen Umgebung des Betroffenen als Abwertung angesehen wird. Hier kann die Rechtsordnung eine von maßgeblichen verfassungsrechtlichen Wertungen diametral abweichende Einstellung bestimmter sozialer Gruppen nicht für das Strafrecht übernehmen.<sup>47</sup> Einer speziellen Strafvorschrift für solche seltenen Fälle der gezielten Deklassierung eines Menschen durch eine an sich neutrale Bezeichnung bedarf es jedoch nicht.

## 2. Schutz von vulnerablen Gruppen (§ 130 StGB)

Soweit die Verbreitung von Fake News das Ziel verfolgt, Hass gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen zu schüren, etwa indem fälschlich deren Beteiligung an schweren Straftaten behauptet wird, ist die Handlung ohne weiteres von § 130 Abs. 1 und 2 StGB erfasst, und zwar entweder als „Verleumdung“ oder als eine Äußerung, die zum Hass aufstacheln soll.<sup>48</sup> Letzteres kann sogar wirksamer durch die Behauptung falscher Tatsachen als durch bloße Beschimpfungen oder Meinungsäußerungen bewirkt werden.<sup>49</sup> Eine Erweiterung der ohnehin schon überladenen Vorschrift um eine weitere Fallgruppe – die noch dazu Gefahr lief, den tatsächlichen Entwicklungen auf diesem Gebiet alsbald hinterherzuhinken<sup>50</sup> – ist also nicht notwendig.<sup>51</sup>

## 3. Schutz von Vermögenswerten

Durch die Verbreitung von Fake News über wirtschaftlich relevante Tatsachen können Rezipienten der falschen Nachricht zu nachteiligen Verfügungen über ihr Vermögen veranlasst werden. Dies kann, wenn ein Vermögensschaden bei einer durch die falsche Nachricht getäuschten

---

<sup>46</sup> Zum Stand der Diskussion um den Begriff der Ehre in §§ 185 ff. StGB *Hilgendorf*, in LK-StGB, 13. Aufl. 2023, vor § 185 Rn. 9 ff.

<sup>47</sup> Ebenso *Hoven* ZStW 129 (2017), 718, 722; *Preuß* (Fn. 1), 153; *Schreiber* (Fn. 16), 174 ff.

<sup>48</sup> *Rückert*, in Albrecht u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 167, 170.

<sup>49</sup> *Hoven* ZStW 129 (2017), 718, 732; *Preuß* (Fn. 1), 159.

<sup>50</sup> *Kusche* (Fn. 2), 428.

<sup>51</sup> Ebenso *Lammich* (Fn. 2), 207.

Person eingetreten ist, als Betrug (§ 263 StGB) strafbar sein. Für den für Falschmeldungen besonders empfindlichen Bereich der Kapitalanlage gibt es darüber hinaus Sondervorschriften, die schon das gefährdende Verbreiten falscher (oder das Unterdrücken wahrer) Nachrichten unter Strafe stellen.<sup>52</sup> Zu nennen ist hier zunächst der Tatbestand des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB). Für den geregelten Wertpapiermarkt verbietet Art. 15 der Marktmissbrauchsverordnung der EU<sup>53</sup> (MMVO) die „Marktmanipulation“; hierzu zählt nach Art. 12 Abs. 1 lit. c MMVO u.a. die Verbreitung von Informationen (einschließlich von Gerüchten) über das Internet, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich des Angebots oder des Kurses eines Finanzinstruments geben oder ein anormales oder künstliches Kursniveau eines Finanzinstruments herbeiführen. Die Begehung einer solchen Marktmanipulation ist nach § 119 iVm § 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG strafbar, wenn der Täter durch sein Verhalten auf den Preis eines Finanzinstruments einwirkt; ohne diese Folge handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit. Da Art. 12 Abs. 1 lit. c MMVO bereits Falschmeldungen im Internet erfasst, die zur Verfälschung von Börsenkursen etc. führen können, besteht kein Bedarf für eine weiterreichende Inkriminierung der Kapitalmarktmanipulation durch Fake News.<sup>54</sup>

#### 4. Auswärtige Beziehungen

Fake News können die guten Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten gefährden, etwa wenn Personen im Internet wahrheitswidrig behaupten, die deutsche Regierung plane einen Angriff auf einen Nachbarstaat oder es fänden in Deutschland gezielte Übergriffe auf die Bürger eines anderen Staates statt.<sup>55</sup> Für solche Falschmeldungen sieht allerdings § 100a StGB unter dem (zu eng gefassten) Titel „Landesverräterische Fälschung“ bereits Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren vor, und zwar gerade auch für den Fall, dass der Täter unwahre Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt, die im Falle ihrer Wahrheit für die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu einer fremden Macht von Bedeutung wären, und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für

---

<sup>52</sup> Dazu näher *Lammich* (Fn. 2), 208 ff.

<sup>53</sup> VO (EU) 596/2914 (MAR).

<sup>54</sup> Im Ergebnis ebenso *Rückert* (Fn. 48), 170; *Lammich* (Fn. 2), 220.

<sup>55</sup> *Preuß* (Fn. 1), 106.

die Beziehungen Deutschlands zu einer fremden Macht herbeiführt. Damit sind die Fälle der Beeinträchtigung der auswärtigen Beziehungen durch Fake News bereits hinreichend erfasst.<sup>56</sup>

## 5. Wahlen

Wer Fake News verbreitet, tut dies häufig, um auf die politische Einstellung oder Stimmung der Rezipienten Einfluss zu nehmen. Durch gezielte Falschinformationen, z.B. über Programme, Stellungnahmen und Absichten einzelner Politiker oder Parteien, können wahlberechtigte Personen dazu veranlasst werden, ihre Stimme für einen Kandidaten oder eine Partei abzugeben, die sie in Kenntnis der wahren Sachlage nicht gewählt hätten. Auf diese Weise können in- oder ausländische Organisationen den Wählerwillen verfälschen und damit im Extremfall sogar die Machtverhältnisse in einem demokratischen Staat in ihrem Sinne beeinflussen. Dass hierin eine erhebliche Gefahr für das demokratische politische System liegt, ist unbestreitbar.

Das geltende deutsche Strafrecht enthält in § 108a StGB nur eine punktuelle und nicht sehr effektive Vorschrift gegen solche Manipulationsversuche. Danach wird (nur) bestraft, wer durch Täuschung bewirkt, „dass jemand bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen nicht oder ungültig wählt“; das Hervorrufen eines Motivirrtums, der zu der Stimmabgabe des Wählers für eine Partei führt, die er bei zutreffender Information nicht wählen würde, wird dadurch nicht erfasst.<sup>57</sup> Diese Lücke sollte nach Meinung verschiedener Autoren geschlossen werden.<sup>58</sup> Sie verweisen insbesondere auf eine einschlägige Vorschrift des österreichischen Strafrechts: Nach § 264 Abs. 1 ö.StGB macht sich strafbar, „wer öffentlich eine falsche Nachricht über einen Umstand, der geeignet ist, Wahl- oder Stimmberechtigte von der Stimmabgabe abzuhalten oder zur Ausübung des Wahl- oder Stimmrechts in einem bestimmten Sinn zu veranlassen, zu einer Zeit verbreitet, da eine Gegenäußerung nicht mehr wirksam verbreitet werden kann“. Die umständliche Formulierung der Strafnorm macht allerdings das Dilemma deutlich, vor dem der Gesetzgeber hier steht: Es ist nicht festzustellen,

---

<sup>56</sup> Ebenso *Lammich* (Fn. 2), 207 f. Es leuchtet deshalb nicht ein, dass *Schünemann* GA 2019, 620, 639 diesen Fall gesondert in einer „Fake News“-Vorschrift regeln möchte.

<sup>57</sup> *H. E. Müller*, in MK-StGB, 4. Aufl. 2021, § 108a Rn. 6.

<sup>58</sup> S. etwa *Hoven* ZStW 129 (2017), 718, 741.

welche Auswirkung eine Falschmeldung auf das Wahl- oder Abstimmungsverhalten konkreter Wähler hat, so dass eigentlich jede einigermaßen politisch relevante Falschnachricht, egal zu welchem Zeitpunkt sie verbreitet wird, unter den Tatbestand fallen müsste.<sup>59</sup> Um immer neue Strafverfahren im Hinblick auf die Wahrheit von Informationen zu vermeiden, hat der österreichische Gesetzgeber eine zeitliche Begrenzung auf das unmittelbare Vorfeld von Wahlen vorgenommen („...zu einer Zeit verbreitet, da eine Gegenäußerung nicht mehr wirksam verbreitet werden kann“), die freilich unter den gegenwärtigen Verhältnissen des Internet antiquiert wirkt und die Vorschrift praktisch bedeutungslos machen dürfte.

Ein zweites Problem verbirgt sich in dem Begriff der „Eignung“ einer Information zur Wählerbeeinflussung. Einerseits wird man diese Voraussetzung bei politisch relevanten Äußerungen – und selbst bei Informationen über das Privatleben von Kandidaten – kaum je verneinen können, da Wahlentscheidungen individuell von einer Vielzahl von Faktoren abhängig gemacht werden können. So mag ein Wähler besonderen Wert auf die akademische Qualifikation von Kandidaten legen, ein anderer seine Entscheidung von der Stellungnahme der Politiker zu einer einzigen Sachfrage, die ihn persönlich betrifft, abhängig machen. Andererseits hat die empirische Sozialforschung zu Wahlentscheidungen deutlich gemacht, dass rationale, auf konkreten Informationen beruhende Erwägungen für die individuelle Wahlentscheidung generell nur eine geringe Rolle gegenüber traditionellen Einstellungen, heuristischen Logiken und schlichtem Wunschdenken spielen.<sup>60</sup> Dass eine Wahlentscheidung tatsächlich auf einer singulären Falschinformation beruht, dürfte danach eher eine seltene Ausnahme darstellen. Dies spricht dagegen, politisch relevante Äußerungen zu Sachfragen unter das Damoklesschwert der strafrechtlichen Verurteilung zu stellen. Auch hier ist es besser, auf die Vernunft der Wähler zu vertrauen, die in aller Regel wissen, dass Versprechungen und sonstige Äußerungen im Wahlkampf mit Vorsicht zu genießen sind. Allenfalls mag man nach dem Vorbild des französischen

---

<sup>59</sup> Dem entspricht der Vorschlag von *Schreiber* (Fn. 16), 293: „...Wer wider besseres Wissen öffentlich eine unwahre Tatsache mit Wahrheitsanspruch, die geeignet ist, Wahlberechtigte bei der Ausübung ihres Wahlrechts in einem bestimmten Sinn zu beeinflussen, unter Verwendung eines reichweitervergrößernden Computerprogramms behauptet oder verbreitet, wird ... bestraft“. Das Fehlen einer zeitlichen Begrenzung der Tathandlung will *Schreiber* dadurch kompensieren, dass er für eine Strafbarkeit die Verwendung von Social Bots voraussetzt.

<sup>60</sup> Eingehend hierzu *Rückert* (Fn. 48), 177 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der Wahlforschung.

Rechts die Möglichkeit schaffen, im unmittelbaren Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen durch richterlichen Beschluss die Löschung von gezielt irreführende Informationen im Internet zu bewirken.<sup>61</sup>

## 6. Öffentliche Sicherheit

Wenn große Teile der Bevölkerung ihre Informationen im Wesentlichen aus dem Internet beziehen, ist es nicht schwer, durch dort gestreute Falschmeldungen Panik zu verursachen. Man denke etwa an Behauptungen wie „Ein militärischer Angriff durch einen ausländischen Staat steht unmittelbar bevor“, „Viele Chargen eines gängigen Schmerzmittels sind verunreinigt und rufen schwerste Gesundheitsschäden hervor“ oder „Ein Staudamm in der Nähe unserer Stadt droht in wenigen Stunden zu brechen“.<sup>62</sup> Solche Horrormeldungen, die zu großer Unruhe in der Bevölkerung, sinnlosen Panikreaktionen und auch zur Fehlallokation staatlicher Rettungsdienste führen können, sind nur zu einem kleinen Teil vom geltenden deutschen Strafrecht erfasst: Strafbar ist nach § 126 Abs. 2 StGB nur die wahrheitswidrige und friedensstörende Behauptung, die Verwirklichung einer schweren Straftat stehe bevor.<sup>63</sup> Die Behauptung, eine Naturkatastrophe oder ein anderes, nicht durch eine Straftat ausgelöstes Schadensereignis sei für die nahe Zukunft zu erwarten, kann jedoch ebenso massive Folgen nicht nur für das Sicherheitsgefühl der Rezipienten, sondern auch für die allgemeine Sicherheit auslösen, etwa dadurch, dass viele Menschen vor der vermeintlichen Gefahr flüchten wollen. Dies spricht dafür, solche Falschinformationen jedenfalls dann unter Strafe zu stellen, wenn der Täter die Auslösung von Panikreaktionen beabsichtigt oder voraussieht. Es bietet sich insoweit eine Formulierung in Parallele zu § 100a StGB über die Gefährdung der auswärtigen

---

<sup>61</sup> S. Art. 163-2.-I. Code Electoral: „Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises, lorsque des allégations ou imputations inexacts ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne, le juge des référés peut (...) prescrire aux personnes physiques ou morales (...) toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion.“ Für eine Lösung des Problems im Wahlrecht statt im Strafrecht auch *Rostalski* Rechtswissenschaft 2017, 436, 447.

<sup>62</sup> *Preuß* (Fn. 1), 101 f., 166.

<sup>63</sup> Nach § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB ist auch die Irreführung einer Behörde über das Bestehen einer schweren Straftat strafbar; diese Tat kann auch durch Veröffentlichungen im Internet begangen werden, soweit zu erwarten ist, dass die Behörde durch Dritte über die angebliche Tat informiert wird; *Rückert* (Fn. 48), 169 f.

Beziehungen durch Falschinformationen an.<sup>64</sup> Sie sollte allerdings nicht so weit reichen wie der oben zitierte, allzu vage formulierte Art. 656 des italienischen Codice Penale.<sup>65</sup> Eine enger auf die Hervorrufung von „Panik“ (die allerdings kein Rechtsbegriff ist) bezogene Strafvorschrift, die systematisch in das Umfeld von § 126 StGB passen würde, könnte etwa lauten: „Wer über elektronische Medien wider besseres Wissen eine unrichtige Information über eine angeblich drohende Gefahr verbreitet, die geeignet ist, bei einer großen Zahl von Menschen Unruhe oder große Angst auszulösen, wird ... bestraft.“<sup>66</sup>

### C. Fazit

Die Verbreitung von Fake News ist ein Ärgernis, das erhebliche Gefahren für wichtige individuelle und gesellschaftliche Interessen hervorrufen kann. Eine allgemeine Inkriminierung der Verbreitung „falscher Tatsachen“ würde jedoch die durch Art. 5 GG geschützte öffentliche Debatte zu stark einschränken. Die meisten Fälle, in denen konkrete Interessen durch Fake News beeinträchtigt werden können, sind durch Strafvorschriften des deutschen Rechts bereits hinreichend abgedeckt. Einer zusätzlichen Strafnorm bedarf es allerdings für Fälle, in denen der Täter durch das Vortäuschen einer bevorstehenden Katastrophe oder großen Gefahr Angst und Unruhe in der Bevölkerung auslösen kann.

---

<sup>64</sup> *Rostalski* Rechtswissenschaft 2017, 436, 450 wendet gegen eine solche Parallele ein, dass die Regierung Falschinformationen gegenüber der eigenen Bevölkerung leichter richtigstellen könne als gegenüber einer ausländischen Macht. Dies ist jedoch eine Frage des Einzelfalls und spricht nicht generell gegen eine strafrechtliche Regelung in Anlehnung an § 100a StGB.

<sup>65</sup> S. *Codice Penale* (Fn. 31).

<sup>66</sup> Ähnlich der Vorschlag von *Rostalski* Rechtswissenschaft 2017, 436, 453, die allerdings die Strafbarkeit auf Fälle beschränken möchte, in denen der Täter die „Gefahr eines schweren Nachteils für die innere Sicherheit“ herbeiführt.

**Noch immer keine „Quellen-TKÜ“ in Österreich: Verfassungswidrigkeit der Rechtsgrundlage, öVfGH, Erkenntnis vom 11.12.2019, G 72-74/2019-48, G 181-182/2019-18**

von Ingeborg Zerbes, Wien \*

**ABSTRACT**

Vor mittlerweile gut vier Jahren hat der österreichische Verfassungsgerichtshof die erste Rechtsgrundlage für eine strafprozessuale Befugnis zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung für verfassungswidrig erklärt, noch bevor diese in Kraft treten konnte. Sein Erkenntnis stellt eine neue Regelung unter den Anspruch eines eng beschränkten Katalogs an Anlasstaten, eines höheren Schutzes betroffener Dritter und einer begleitenden Aufsicht der Durchführung durch eine unabhängige Stelle. Eine heimliche Suche nach zur Installation von Überwachungssoftware geeigneten Computersystemen in Wohnungen darf nicht vorgesehen werden.

**A. Einleitung**

In Österreich wurde ab 2016 unter dem Titel „Überwachung internetbasierter Kommunikation“ am Entwurf einer strafprozessualen Rechtsgrundlage für eine sog. „Quellen-TKÜ“ gearbeitet, die 2018 in die öStPO

---

\* Die Autorin ist Universitätsprofessorin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien. Großer Dank an meinen Mitarbeiter, Univ.-Ass. Mag. Jakob Hajszan, für seine Recherche, Gedanken und Durchsicht des Manuskriptes.



eingeführt wurde.<sup>1</sup> Noch bevor sie als „Überwachung von verschlüsselten Nachrichten“<sup>2</sup> in §§ 134 Z. 3a, § 135a öStPO<sup>3</sup> in Kraft getreten ist – geplant war der 1.4.2020 –, hat sie der öVfGH, einer Gesetzesbeschwerde (Art. 140 öB-VG) folgend, als verfassungswidrig erkannt.<sup>4</sup>

Der Bedarf an der dadurch aufgehobenen<sup>5</sup> Überwachungsbefugnis liegt aus folgenden Gründen auf der Hand. Erstens sind Nachrichten, die unter Verschlüsselungen versendet werden, aus der Sicht der User nicht *per se* intimer als unverschlüsselte Kommunikation; funktional sind sie nichts Anderes als SMS. Letztere sind, genauso wie e-Mails, selbstverständlich<sup>6</sup> von der Befugnis zur „Überwachung von Nachrichten“ – sie entspricht der „Telekommunikationsüberwachung“ nach § 100a dStPO – gedeckt. Diese Befugnis ist nach und nach aus der guten alten „Fernmeldeüberwachung“ entstanden. Sie wurde sprachlich stets an jeweils neue kommunikationstechnische Entwicklungen angepasst und ist mittlerweile technikneutral als „Überwachung von Nachrichten und Informationen, die [...] über ein [öffentliches] Kommunikationsnetz [...] oder einen Dienst der Informationsgesellschaft<sup>7</sup> [...] gesendet, übermittelt oder empfangen werden“ (§ 134 Z. 3 öStPO) definiert.

Zweitens hat die mit der rasanten Karriere von Smartphones verbundene Entwicklung kostenloser Instant-Messenger-Dienste (WhatsApp, Signal und dergleichen) die zwischenmenschliche Kommunikation in weiten Bereichen auf Sprach- und Textnachrichten, auf das Verschicken von Fotos und Videos, auf den Gedankenaustausch über Emojis und Kürzel verlagert. Diese im Vergleich zu SMS neueren Techniken verfügen jedoch über sogenannte „end-to-end“-Verschlüsselungen. Das bewirkt aus der Sicht der Strafverfolgung bzw. der Polizeiarbeit, dass sie kaum oder sogar nicht während ihrer Übertragung überwacht werden können – den Weg zwischen Absender und Empfänger legen sie ja verschlüsselt zu-

---

<sup>1</sup> BGBl. I 27/2018.

<sup>2</sup> „Nachrichtenüberwachung“ ist der nach der öStPO gebräuchliche Begriff für „Telekommunikationsüberwachung“.

<sup>3</sup> Für eine Übersicht über die geplanten Änderungen siehe *Rom* ÖJZ 2018, 762, 766 ff.

<sup>4</sup> Erkenntnis des VfGH 11.12.2019, G 72-74/2019, G 181-182/2019 = VfSlg 20.356/2019 = JBl 2020, 230 m. Anm. *Pilnacek*.

<sup>5</sup> BGBl. I 113/2019.

<sup>6</sup> *Reindl*, JBl 2002, 69, 69 spricht demgemäß von einer „Klarstellung“ des Gesetzgebers, der mit der Ausdehnung des Wortlauts (BGBl. I 134/2002) der bereits zuvor üblichen Praxis gerecht geworden ist (so explizit die Materialien: EBRV 1166 BlgNR XXI. GP).

<sup>7</sup> Gemeint sind damit Anbieter von online-Services wie Amazon und Co.

rück –, sondern dass *vor* ihrer Verschlüsselung auf sie zugegriffen werden müsste. Ihre Verschlüsselung erfolgt jedoch am verwendeten Kommunikationsgerät in der Hand des Nutzers. Der Zugriff müsste daher ebenfalls dort – an ihrer „Quelle“ – erfolgen: durch die Installation einer Software – einer „Spyware“, *vulgo* „Staatstrojaner“ –, die, vom Nutzer unbemerkt, Nachrichten bereits vor der Verschlüsselung an die Behörde weiterleitet.

Drittens sind diese Messenger mittlerweile Massenkommunikationsmittel Nummer 1: gerade auch, weil die Tatsache ihrer verschlüsselten Übertragung bekannt ist, so dass auch (potentielle) Straftäter diese den traditionellen SMS und e-Mails vorziehen. Dem Vernehmen nach waren daher traditionelle Überwachungen fallweise deswegen nicht zielführend, weil die überwachten Personen ihre heikle Kommunikation ganz bewusst auf WhatsApp verlagert haben. Das deutsche BKA berichtet bereits 2016, dass in 67 % seiner Überwachungsfälle verschlüsselte Messengerkommunikation betroffen gewesen sei.<sup>8</sup>

In nahezu jeder europäischen Strafrechtsordnung wurden daher sowohl im Strafprozessrecht als auch im Sicherheitspolizeirecht Rechtsgrundlagen für eine Quellen-TKÜ eingeführt (etwa § 100a I Satz 2 dStPO, § 11 Ia Satz 1 Artikel-10-Gesetz (G10) und § 51 I, II BKAG; Art. 269<sup>ter</sup> chStPO und Art. 26 I lit.d Nr. 1 chNDG; Art. 588<sup>ter a</sup> ff. und Art. 588<sup>septies a</sup> ff. spanStPO).<sup>9</sup> In Österreich ist der Plan hingegen aufgrund verfassungsrechtlicher Defizite der zuletzt eingeführten Rechtsgrundlage bisher gescheitert. Siehe zu diesen im Folgenden.

## **B. Entscheidung des öVfGH**

### **I. Maßstab**

Der VfGH hat in der geplanten Befugnis zur Überwachung verschlüsselter Nachrichten<sup>10</sup> einerseits eine Verletzung des Rechts auf Achtung des *Privatlebens* nach Art. 8 EMRK (der wie die gesamte EMRK samt ihrer Protokolle in Österreich im Verfassungsrang steht) erkannt. Ausgangs-

---

<sup>8</sup> *Hauk*, in Löwe/Rosenberg StPO, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2018, § 100a Rn. 87.

<sup>9</sup> Vgl. auch die Aufzählung weiterer Staaten in den Erläuterungen zu § 135a StPO, 17 BlgNR 26. GP 10 f.

<sup>10</sup> Erwägungen des öVfGH zur Überwachung verschlüsselter Nachrichten: VfSlg 20.356/2019 Rz. 135 ff.

punkt ist, dass die vertrauliche Nutzung von Computersystemen und digitalen Nachrichtendiensten ein wesentlicher Bestandteil dieser Garantie ist. Eine verdeckte Überwachung dieses Bereichs bewertet der öVfGH als einen noch schwerwiegenderen Eingriff als die bereits zulässigen Methoden der Kommunikationsüberwachung. So hätte der beanstandete § 135a öStPO sämtliche in einem Computersystem vorhandene Daten erfasst, soweit sie bereits Inhalt einer versendeten, übermittelten oder empfangenen Nachricht *sind* oder – weil ja *vor* deren Verschlüsselung zugegriffen werden muss – werden *könnten* wie etwa erst entworfene Nachrichten. Zudem wären nicht nur „Nachrichten“ als „Kommunikation im sozialen Sinn“<sup>11</sup> sondern mit „Informationen“ (Legaldefinition nach § 134 Z. 3 öStPO) auch „Kommunikation im technischen Sinn“<sup>12</sup> und daher schon etwa jede Verlagerung von Daten auf einen externen Speicherplatz (Cloud) einer Überwachung ausgesetzt. Letzteres ist allerdings – soweit keine Verschlüsselungstechnik eingesetzt wird – bereits Gegenstand einer traditionellen Nachrichtenüberwachung.

Schlussendlich hätte § 135a öStPO jedenfalls die laufende Überwachung *jeder* Eingabe in ein Smartphone, einen Laptop, ein Tablet und dergleichen ermöglicht. Eine derartige Reichweite einer Überwachung anerkennt der öVfGH unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit nur „in äußerst engen Grenzen zum Schutz entsprechend gewichtiger Rechtsgüter [als] zulässig.“<sup>13</sup> Der aufgehobene § 135a öStGB ist im Hinblick auf die Schwere der Anlasstaten (II.), auf den Kreis der Betroffenen (III.) und auf flankierende Schutzmaßnahmen (IV.) hinter diesem Anspruch zurückgeblieben.

Zudem hat der öVfGH eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten *Hausrechts* nach Art. 9 öStGG<sup>14</sup> und § 2 öHausRG<sup>15</sup> festgestellt: Die in § 135a III öStPO vorgesehene Befugnis, *heimlich* in eine Wohnung oder in einen anderen durch das Hausrecht geschützten Raum einzudringen, um dort ebenso heimlich Behältnisse nach geeigneten Computersystemen zu durchsuchen, lässt die verfassungsrechtlich garantierte Zustellung des zugrundeliegenden „richterlichen Befehls“ vermissen (so der explizite verfassungsrechtliche Ausdruck nach § 1

---

<sup>11</sup> Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker, IT-Strafrecht, 2018, Rz. 5.103.

<sup>12</sup> Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker, IT-Strafrecht, Rz. 5.102.

<sup>13</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 180.

<sup>14</sup> Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, öRGL. 142/1867.

<sup>15</sup> Gesetz zum Schutze des Hausrechtes, öRGL. 88/1862.

HausRG; einfachgesetzlich wäre entsprechend der Systematik der öStPO i.d.F. des Strafprozessreformgesetzes 2004<sup>16</sup> die Zustellung der richterlichen Bewilligung vorzusehen). Eine solche hat spätestens nach 24 Stunden zu erfolgen (V.).

## II. Anlasstaten

Für eine Überwachung verschlüsselter Nachrichten wurde die Struktur übernommen, nach der in Österreich bereits die Voraussetzungen der traditionellen Nachrichtenüberwachung (§ 135 III öStPO) und des Lausch- und Spähangriffs (§ 136 öStPO) geregelt sind. Statt wie nach dStPO konkrete Straftatenkataloge festzulegen, bindet das österreichische Strafprozessrecht besonders eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen an *abstrakt umschriebene Gruppen von Straftaten*. So wäre eine Überwachung gem. § 135a I öStPO in folgenden Fällen zulässig gewesen:

1. Bei einer aufrechten Entführung; dieser der Sache nach präventive Fall wird im Folgenden außer Acht gelassen;
2. bei einer Straftat, die mit mehr als sechsmonatiger Freiheitsstrafe bedroht ist, wenn der Inhaber des Computersystems, auf dem die Überwachungssoftware installiert werden soll, der Überwachung zustimmt; dazu gibt es eine parallele Regelung für Nachrichtenüberwachung;
3. bei einem mit mehr als fünfjähriger Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechen gegen Leib und Leben oder die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung; zum Vergleich: Die für einen Lauschangriff vorgesehene Grenze ist bei über zehn Jahren festgelegt, weitaus geringer – über drei Jahre Freiheitsstrafe – ist die Anlasstatschwelle für eine Nachrichtenüberwachung;
4. bei einer Kriminellen Organisation (§ 278a StGB) oder einer der konkret benannten Terroristischen Straften (§§ 278b-278e StGB – angenommen sind nur der sogenannte Anleitungs- und der Ausreisetatbestand); dieser Anwendungsbereich stimmt mit dem des Lauschangriffs überein;
5. bei einem im Rahmen einer Kriminellen Vereinigung, einer Kriminellen Organisation oder einer Terroristischen Vereinigung begangenen oder geplanten Verbrechen; ein solches liegt in Österreich nach § 17 öStGB bei einer mit über drei Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Vorsatztat vor. Insofern stimmt die inzwischen aufgehobene Befugnis mit der eines Lauschangriffs überein.

---

<sup>16</sup> BGBl. I 19/2004.

Zwei dieser Fallgruppen beanstandet der öVfGH, zum einen die *Sechsmonatsgrenze*. Angesichts dessen, dass damit die meisten Vorsatzdelikte einschließlich Kleinkriminalität erfasst sind, beurteilt er diesen Anwendungsbereich als unverhältnismäßig weit. Dass der Inhaber des überwachten Computersystems in einem solchen Fall zustimmen müsste, anerkennt er nicht als Rechtfertigung, sind doch mit der Maßnahme zwingend weitgehende Eingriffe auch in die Privatsphäre nicht informierter Dritter verbunden.<sup>17</sup>

Zum anderen sieht der öVfGH im – beim Lausch und Spähangriff durchaus akzeptierten – Einsatz zur Aufklärung oder Verhinderung eines im Rahmen bestimmter *Organisationsdelikte* begangenen oder geplanten Verbrechens i.S.d. § 17 öStGB (Vorsatztaten, die mit mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind) einen unverhältnismäßig breiten Anwendungsbereich. Es geht ihm nämlich zu weit, dass diese Fallgruppe auch – wenn auch nur qualifizierte – Vermögensdelikte erfassen würde wie etwa bestimmte schwere Diebstähle (Wohnungseinbruchsdiebstähle nach § 129 II öStGB, aber auch Einbruchsdiebstähle oder aus sonstigen Gründen schwere Diebstähle nach § 130 II öStGB, die allein aufgrund der Zugehörigkeit zur anlassgebenden Vereinigung mit qualifizierter Strafe bedroht sind).<sup>18</sup>

An dieser Stelle<sup>19</sup> könnte man den öVfGH so verstehen, dass derartige Anlasstaten dann die verfassungsrechtlichen Vorgaben erfüllen würden, wenn eine zusätzliche Prüfung anzustellen wäre. Sie müssten auch „im Einzelfall“ eine derartig „gravierende Bedrohung der in Art. 8 II EMRK genannten Ziele darstellen“, dass ein dermaßen schwerwiegender Eingriff gerechtfertigt wäre. Dies könnte auch für Vermögensdelikte gelten, die zusätzlich andere Rechtsgüter schützen, etwa § 131 Alt. 3 öStGB, der an den Tod einer Person als Folge eines räuberischen Diebstahls anknüpft. Reine Vermögensdelikte können nach Ansicht des öVfGH die entsprechende Eignung jedoch nicht aufweisen.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 186.

<sup>18</sup> Kritisch zu dieser Argumentation *Pilnacek* JBl 2020, 230, 246 f sowie *Reindl-Krauskopf* ÖJZ 2020, 593, 598 f.

<sup>19</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 190.

<sup>20</sup> So auch *Reindl-Krauskopf* ÖJZ 2020, 593, 599.

### III. Kreis der Betroffenen

Das Problem, dass mit sämtlichen Überwachungsmaßnahmen grundsätzlich eine große *Streuwirkung* auf unverdächtige Personen verbunden ist, ist nicht neu. Das wurde und wird vor allem im Zusammenhang mit der Nachrichtenüberwachung thematisiert, Tendenz steigend: Im Zeitalter der digitalen Kommunikation wurden weite Bereiche des Zusammenlebens auf Smartphones und Co verlegt. Der öVfGH erkennt in der durch die beanstandete Befugnis ermöglichten Überwachung verschlüsselter Nachrichten jedoch eine gegenüber der traditionellen Nachrichtenüberwachung „signifikant erhöhte (Streu-)Breite“<sup>21</sup>.

Der Zuschnitt der beanstandeten Regelung auf Kommunikation des Verdächtigen genügt ihm nicht, da die Überwachung eines Computersystems nach § 135a I Z. 3 auch dann zulässig hätte sein sollen, wenn „auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass eine einer solchen Tat dringend verdächtige Person das Computersystem [...] benutzen oder mit ihm eine Verbindung herstellen werde.“ Die Überwachung könnte daher nicht nur potentielle Kommunikationspartner des Verdächtigen betreffen, sondern sämtliche Personen, die das Computersystem einer solchen mitbenutzen. Eine derartige Einschränkung der Betroffenen auf den Kreis des Verdächtigen gilt bei der herkömmlichen Nachrichtenüberwachung allerdings durchaus als verfassungskonform. Woraus sich nun eigentlich ergibt, dass die Überwachung verschlüsselter Nachrichten mit einer größeren *personenbezogenen* Streuwirkung verbunden ist, führt der öVfGH nicht aus. Er beruft sich viel mehr auch an dieser Stelle darauf, dass die Überwachungssoftware einen quantitativ und qualitativ geradezu grenzenlosen Umfang an Daten der betroffenen Personen liefert. Die dadurch möglichen „Rückschlüsse auf die persönlichen Vorlieben, Neigungen, Orientierung und Gesinnung sowie Lebensführung einer Person“<sup>22</sup> machen seiner Wertung nach den Eingriff auch im Hinblick auf seine Streubreite zu gravierend.

### IV. Flankierende Schutzmaßnahmen

Der öVfGH stellt ferner ein Rechtsschutzdefizit fest: Der Gesetzgeber habe keine „begleitende, effektive und mit entsprechenden technischen

---

<sup>21</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 185.

<sup>22</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 185.

Mitteln und personellen Ressourcen ausgestattete Aufsicht über die *laufende* Durchführung dieser Maßnahme durch ein Gericht (oder durch eine mit gleichwertigen Unabhängigkeitsgarantien ausgestattete Stelle)<sup>23</sup> vorgesehen. Für eine derartige Rolle steht nach der öStPO der sogenannte *Rechtsschutzbeauftragte* zur Verfügung (§ 47a öStPO). Es handelt sich um ein unabhängiges und weisungsfreies Organ, das 1998 zur Kontrolle der damals als „besondere Ermittlungsmaßnahmen“<sup>24</sup> eingeführten Lausch- und Spähangriffe beim BMJ eingerichtet wurde. Seine Aufgabe ist, das rechtsstaatliche Vorgehen der Ermittlungsorgane bei heimlich durchgeführten Eingriffen zu überprüfen und – auch durch Erhebung von Rechtsmitteln – den zwingenden Mangel an rechtlichem Gehör der Betroffenen zu kompensieren (§ 147 öStPO).

Diesem System entsprechend hat der Gesetzgeber bei der Einführung der Überwachung verschlüsselter Nachrichten die Zuständigkeit des Rechtsschutzbeauftragten zwar erweitert. Der öVfGH will diesem – oder dem Gericht – allerdings offenbar mehr als die übliche *begleitende* Kontrolle samt aller Einsichts- und Rechtsmittelrechte übertragen. Zu denken ist dabei einerseits an die Bindung der Überwachung an eine Ermächtigung des Rechtsschutzbeauftragten, aber auch an Abläufe, die den Rechtsschutzbeauftragten oder ein vergleichbares Aufsichtsorgan *tatsächlich* in die Durchführung der Maßnahme einbinden.<sup>25</sup>

## V. Hausrechtsverletzung

§ 135a StPO hätte den Ermittlungsorganen schließlich auch erlaubt, in Wohnungen oder andere durch das „Hausrecht“ (so die das im öHausRG i.V.m. Art. 9 öStGG garantierte Grundrecht) geschützte Räume nicht nur einzudringen, sondern dort auch „Behältnisse“ nach geeigneten Computersystemen zu durchsuchen. Damit lägen zweifellos Durchsuchungsakte i.S. des öHausRG vor, das – ohne ein Ausweichen auf Gefahr im Verzug zu ermöglichen – eine Zustellung des richterlichen Befehls innerhalb von 24 Stunden vorsieht. Eine solche Information hat § 135a öStPO freilich bewusst nicht vorgesehen; er bleibt daher auch hinter dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe zurück.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 192.

<sup>24</sup> BGBl. I 105/1997.

<sup>25</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 192 ff.

<sup>26</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 217 ff.; *Pilnacek* JBl 2020, 230, 247.

### C. Vergleich

Im Vergleich zur deutschen Rechtslage fällt auf, dass nicht nur, wie oft zwischen den Strafrechtsordnungen der beiden Länder, Kleinigkeiten anders gelöst werden: Die Unterschiede der zur im Wesentlichen gleichen Zeit eingeführten Gesetze sind eklatant. Ausgehend davon, dass verschlüsselte Nachrichten aus dem Blickwinkel allein ihres Inhalts sich nicht von *herkömmlichen* über ein öffentliches Kommunikationsnetz versendeten Nachrichten wie SMS, e-Mails oder Sprachtelefonie unterscheiden, hat in Deutschland das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens<sup>27</sup> schlicht die Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung auf technischer Ebene entsprechend erweitert (§ 100a I Satz 2 i.V.m. § 100a II dStPO). Das bedeutet, dass zur ellenlangen Liste an Katalogtaten, die alles andere als auf Kapitalverbrechen eingeschränkt ist und auch etwa Steuerdelikte, Urkundendelikte oder bestimmte Verstöße gegen das Anti-Doping-Gesetz erfasst, nun für die Installation von – auf die Kommunikation im Überwachungszeitraum beschränkte (§ 100a V dStPO) – Überwachungssoftware am überwachten Systems gilt. Diesbezüglich ist allerdings offen, ob diese Rechtslage vor dem BVerfG standhalten wird.<sup>28</sup>

Noch weiter geht die chStPO: Der „Einsatz von besonderen Informatikprogrammen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs“, wie die Überwachung verschlüsselter Nachricht genannt wird, ist nach Art. 269<sup>ter</sup> chStPO i.V.m. Art. 286 II chStPO sogar bei einfachem Diebstahl zulässig. Der öVfGH, der bereits in den in Deutschland traditionell erfassten Banden- und Wohnungseinbruchsdiebstählen den Rahmen der Verhältnismäßigkeit als gesprengt erkennt, würde geradezu aufschreien.

Mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens<sup>29</sup> wurde in Deutschland auch die – als eine nachrichtendienstliche Befugnis einst als verfassungswidrig verworfene<sup>30</sup> – Online-Durchsuchung in die dStPO eingeführt. In Österreich haben die Verfassungs-Beschwerdeführer die Methode einer Online-Durchsuchung

---

<sup>27</sup> BGBl. 2017 I, 3202.

<sup>28</sup> BVerfG 1 BvR 180/23 sowie die verbundenen Beschwerden BVerfG 2 BvR 897/18, 2 BvR 1797/18, 2 BvR 1838/18, 2 BvR 1850/18, 2 BvR 2061/18.

<sup>29</sup> BGBl. 2017 I, 3202.

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2008, 822 zu § 5 II 2 Nr. 11 NWVerfSchG; *Hömig* Jura 2009, 207, 207 ff; dazu und zur damaligen Situation in Österreich *Zerbes* ÖJZ 2008, 834, 834 ff. Davor bereits von der Verfassungswidrigkeit der Bestimmung ausgehend *Huber* NVwZ 2007, 880.

ebenfalls erwähnt, allerdings um vor einer Einführung der neuen Art der Nachrichtenüberwachung zu warnen. So wäre angesichts der nicht auf Messenger-Apps beschränkbareren Überwachungssoftware bereits mit dieser eine Online-Durchsuchung verbunden.<sup>31</sup> Der öVfGH greift diesen Vergleich zwar nicht explizit auf. Inhaltlich aber folgt er der Argumentation, nach der gerade die notwendig unspezifische Ausrichtung der Software wesentlicher Grund ist, § 135a öStPO für verfassungswidrig einzustufen.

Kurzum: Der öVfGH prüft die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen offenbar nach einem weitaus strengeren Maßstab als er in vergleichbaren Rechtsordnungen eingesetzt wird. Blickt man über das Strafverfahren hinaus, kommt eine weitere Restriktion der – im weiteren Sinne – Kriminalitätsbekämpfung hinzu: Die österreichischen Sicherheitsbehörden einschließlich der Verfassungsschutzdienste haben weder eine Befugnis zur Überwachung von unverschlüsselten noch von verschlüsselten Nachrichten.

#### **D. Fehlen einer sicherheitspolizeilichen Nachrichtenüberwachung**

In Deutschland sind die umstrittenen Überwachungsbefugnisse nicht nur nach der StPO zulässig, sondern weitgehend auch nach Landespolizeigesetzen sowie nach § 51 I, II BKAG<sup>32</sup> zur Gefahrenabwehr. Außerdem sind die Verfassungsschutzbehörden und der BND gem. § 11 Ia Satz 1 G10 zur Vornahme einer Quellen-TKÜ ermächtigt.<sup>33</sup> Ein heimliches Betreten einer Wohnung zur Vorbereitung einer gefahrenabwehrrechtlichen Quellen-Telekommunikationsüberwachung ist dabei aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben nur sehr eingeschränkt zulässig.<sup>34</sup> Die Gefahr einer Tatbestandsverwirklichung darf außerdem nur dann Anlass einer Überwachung sein, wenn damit auch eine konkrete Gefahr für das durch den Straftatbestand geschützte Rechtsgut verbunden ist.<sup>35</sup> In der Schweiz darf der Nachrichtendienst gem. Art. 26 I lit. d Nr. 1 NDG in

---

<sup>31</sup> Argument der Beschwerde wiedergegeben in VfSlg 20.356/2019 Rz. 13, 1.3.

<sup>32</sup> Die Verfassungsmäßigkeit des § 51 II BKAG ist Gegenstand einer derzeit zu BVerfG 1 BvR 1160/19 anhängigen Verfassungsbeschwerde. Zur Argumentation der Beschwerdeführenden siehe S. 31 ff der Beschwerdeschrift, abrufbar unter [https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Freiheit-im-digitalen-Zeitalter/BKA-Gesetz/Verfassungsbeschwerdeschrift-Gesellschaft\\_fuer\\_Freiheitsrechte-2019-BKA\\_Gesetz-Freiheit\\_im\\_digitalen\\_Zeitalter.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Freiheit-im-digitalen-Zeitalter/BKA-Gesetz/Verfassungsbeschwerdeschrift-Gesellschaft_fuer_Freiheitsrechte-2019-BKA_Gesetz-Freiheit_im_digitalen_Zeitalter.pdf), letzter Zugriff 8.1.2024.

<sup>33</sup> Schlömer NVwZ 2023, 1121, 1122.

<sup>34</sup> Dazu BVerfG 1 BvR 1345/21 Rn. 160, 152 ff

<sup>35</sup> BVerfG 1 BvR 1345/21 Rn. 160, 95.

Computersysteme eindringen, um dort vorhandene oder von dort aus übermittelte Informationen zu beschaffen.<sup>36</sup>

Die österreichischen Rechtsgrundlagen sicherheitspolizeilicher Arbeit (Sicherheitspolizeigesetz und Staatsschutz- und Nachrichtendienstgesetz)<sup>37</sup> sehen hingegen nicht einmal eine Befugnis zu einer schlichten Nachrichtenüberwachung (= Telekommunikationsüberwachung) vor, ferner ist kein großer Lauschangriff zulässig. Diese Einschränkung liegt am historisch gewachsenen Verständnis der Gewaltentrennung von Justiz und Verwaltung. So bindet das Staatsgrundgesetz (öStGG) in Art. 10a II jeden Eingriff in das Fernmeldegeheimnis an einen Richtervorbehalt. Im Strafverfahren – dem Bereich der Justiz – ist ein solcher geradezu selbstverständlich; zuständig ist das Gericht im Ermittlungsverfahren.

Verwaltungshandeln ist traditionell anders konzipiert: Ursprünglich (öB-VG bis zur Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012, BGBl. I 51/2012) war – mit Ausnahme der in bestimmten Verfahren möglichen Beschwerde an die Unabhängigen Verwaltungssenaten und der Beschwerde an die nur mit Kassationsbefugnissen ausgestatteten Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (öVfGH und öVwGH) – ein rein administrativer Instanzenzug vorgesehen; erst 2014 wurde ein Rechtszug von den Verwaltungsbehörden zu Landes- und Bundesverwaltungsgerichten eingerichtet. Richterliche Vorab-Prüfungen von Eingriffen im Sinne einer Bewilligung oder Ermächtigung sind in diesem System nicht gewachsen. Zwar gibt es bereits einzelne Ausnahmen wie etwa die Überprüfung von Maßnahmen durch das öBVwG auf Antrag der Finanzmarktaufsicht (FMA), wenn sich die betroffene Person diesen Maßnahmen widersetzt (§ 14 I Z. 14 öKMG), oder die Bestätigung einer europäischen Ermittlungsanordnung in Verwaltungsstrafsachen<sup>38</sup> durch das Verwaltungsgericht (§ 3 IV öEEA-VStS-G<sup>39</sup>). Außerdem ist zum Teil eine Vorab-Kontrolle verwaltungsbehördlichen Handelns durch die ordentlichen Gerichte normiert, etwa die Anordnung einer Hausdurchsuchung durch das Kartellgericht auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 12 I öWettbG)

---

<sup>36</sup> *Isenring/Quiblier* Sicherheit & Recht 2017, 127, 138.

<sup>37</sup> Die gem. Art. 10 I Z. 7 öB-VG Bundeskompetenz sind.

<sup>38</sup> Nach Art. 4 RL 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung.

<sup>39</sup> Bundesgesetz über die Europäische Ermittlungsanordnung in Verwaltungsstrafsachen; es setzt – wie das öEU-JZG für das gerichtliche Strafrecht – die RL 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung für Verwaltungsstrafverfahren um.

oder die Genehmigung einer Hausdurchsuchung in Ausübung der Überwachungsbefugnisse über Börseunternehmen auf Antrag der Finanzmarktaufsicht durch das Landesgericht für Strafsachen Wien (§ 93 IX öBörseG). Für sicherheitspolizeiliche Eingriffe wurde jedoch bislang nichts Vergleichbares vorgesehen. Zu Eingriffen, die verfassungsrechtlich ausnahmslos an eine richterliche Bewilligung gebunden sind, haben die sicherheitspolizeilichen Dienststellen daher keine Befugnis – dazu gehört auch jede Art einer Nachrichtenüberwachung.

### **E. Aktueller Kontext: Verfassungsrechtliche Grenzen der Sicherstellung**

Fast auf den Tag genau vier Jahre nach seinem Erkenntnis zur Quellen-TKÜ hat der VfGH<sup>40</sup> dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf Kommunikationsinhalte weitere entscheidende Grenzen gesetzt, indem er mit Blick auf *komplexe kommunikationsfähige Datenträger* mit § 110 I Z. 1 und Z. 4 sowie § 111 II öStPO zentrale Bestimmungen zur Sicherstellung (nach der Diktion der dStPO betrifft dies die Sicherstellung und die Beschlagnahme, § 94) als verfassungswidrig aufgehoben hat. Er folgt damit dem bereits seit 2021 bekannten Befund,<sup>41</sup> wonach Laptops, Smartphones, Tablets und Co als körperliche Gegenstände zwar nach wie vor der *Sicherstellung* unterliegen, aber typischerweise unvergleichbar *mehr, weitreichendere und vielfältigere Informationen* preisgeben als herkömmliche Gegenstände: Kommunikationsdaten aller Art, Wegaufzeichnungen, Fotos, Betätigung in den Sozialen Medien, Notizen, Kalender etc., mitunter auch lang zurückliegende Kommunikation, solche Daten, die der betroffene Nutzer für sich schon gelöscht hat, die aber relativ einfach rekonstruiert werden können, kurzum, die modernen kommunikationsfähigen Datenträger geben Einblick in eine Art „*Logbuch*“<sup>42</sup> ihres Nutzers. Ihre Sicherstellung greift damit vergleichbar tief in die Privatsphäre des Betroffenen ein wie die Überwachung seiner Kommunikation.

---

<sup>40</sup> VfGH 14.12.2023 G 352/2021.

<sup>41</sup> So Zerbes ÖJZ 2021, 176, 182 f; siehe weiters die seitens des ÖRAK ergriffenen Initiativen: Die Stellungnahme im Auftrag des Instituts für Anwaltsrecht der Universität Wien zur Sicherstellung und Auswertung von Daten und Datenträgern von Zerbes/Ghazanfari publiziert in AnwBl 2022, 640 und die adaptierten Lösungsvorschläge in Zerbes/Ghazanfari AnwBl 2023, 559.

<sup>42</sup> So schon Zerbes ÖJZ 2021, 176.

Zu der Zeit, zu der die Sicherstellungsbefugnisse konzipiert wurden, war diese Entwicklung allerdings noch nicht absehbar. Als einzige Eingriffsgrenze wurde der mutmaßliche Beweiswert eines Gegenstandes vorgesehen. Damit unterscheidet sich die Sicherstellung deutlich von den hier interessierenden heimlichen Überwachungsmethoden, bei denen die Sensibilität der Maßnahme berücksichtigt wird, indem höhere Eingriffsschwellen vorgesehen sind, ein höherer Verdachtsgrad erforderlich ist ebenso wie eine richterliche Bewilligung und die Betroffenen nachträglich Einblick in die aus der Überwachung gewonnenen Daten erhalten. Dass die Sicherstellung als solche – die Begründung der Verfügungsmacht durch die Strafverfolgungsbehörden – offen vor sich geht, vermittelt dem Betroffenen nur scheinbar Transparenz: Kaum jemand weiß mehr, welche Daten über sein Smartphone zugänglich sind, schon gar nicht, welche vermeintlich gelöschten Spuren im Rahmen der Auswertung wieder rekonstruierbar sind.<sup>43</sup>

Angesichts der Qualität und der Reichweite der Informationen, die den Strafverfolgungsbehörden durch die Sicherstellung komplexer Datenträger verfügbar werden, ohne dass der Betroffene diesen Prozess wirklich mitverfolgen kann, stellt der öVfGH ein nicht (mehr) sachgerechtes Ungleichgewicht zur Nachrichtenüberwachung fest. Die daraus folgende Aufhebung der Sicherstellungsbefugnisse tritt mit Ablauf des Jahres 2024 in Kraft. Bis dahin muss der Gesetzgeber auch für den offenen Zugriff auf Datenträger, insbesondere auf Kommunikationsgeräte, neue Regeln erlassen. Diese müssen nicht nur eine richterliche Bewilligung vorsehen, sondern auch im Hinblick auf eine Mindestschwere der Anlasstaten, auf die Transparenz und das rechtliche Gehör im Rahmen des Auswertungsvorganges und auf den Umgang mit Zufallsfunden mit jenen rechtsstaatlichen Vorgaben abgestimmt werden, die für eine Nachrichtenüberwachung gelten.<sup>44</sup> Dieses gesetzgeberische Vorhaben wird wohl auch den bevorstehenden zweiten Anlauf prägen, eine Befugnis zur Quellen-TKÜ in die StPO aufzunehmen. Um den Rechtsvergleich auch in diesem Punkt zu vervollständigen: Das Thema „Handysicherstellung“ sorgt mittlerweile auch in Deutschland für Diskussionen.<sup>45</sup> Die strafrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentags greift es daher bereits

---

<sup>43</sup> Vgl VfGH G 352/2021 Rn. 75; *Zerbes/Ghazanfari*, AnwBl 2022, 640, 647 f.

<sup>44</sup> Vorschläge bei *Zerbes/Ghazanfari* AnwBl 2022, 640, 648 ff und *dens* AnwBl 2023, 559, 560 ff.

<sup>45</sup> <https://netzpolitik.org/2023/beschlagnahme-smartphones-ein-grundrechtseingriff-unbekanntenausmasses/>, letzter Zugriff 5.1.2024.

am 74. djt 2024<sup>46</sup> auf und wird dem deutschen Gesetzgeber Empfehlungen an die Hand geben.

## F. Ausblick

Was den Zugriff auf digital gespeicherte (Kommunikations-) Daten betrifft, wird in der österreichischen Rechtsordnung möglicherweise kaum ein Stein auf dem anderen bleiben: Zum einen muss ein neues gesetzliches Konzept gefunden werden, um die Sicherstellungsbefugnisse – eine der ganz traditionellen Maßnahmen – für den Stand der Digitalisierung „fit“ zu machen. Zum anderen wird der Gesetzgeber nicht um eine Ergänzung der Nachrichtenüberwachung im Hinblick auf verschlüsselte Messenger-Dienste umhinkommen. Eine mittlerweile derartig verbreitete Datenspur, die menschliches Verhalten rekonstruierbar macht, unzugänglich zu halten, würde die Strafverfolgung unvertretbar behindern. Im Erkenntnis des öVfGH ist der Weg zu einer Rechtsgrundlage in der StPO bereits vorgezeichnet:<sup>47</sup>

1. Der *Anlasstatenkatalog* könnte – neben den vom öVfGH nicht behandelten Geiselnahmefällen – beschränkt werden auf

- mit mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Straftaten,
- mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Straftaten gegen Leib und Leben oder die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung (wie bereits im aufgehobenen § 135a I Z. 3 öStPO)
- und die als schwere Kriminalität anerkannten Straftaten der §§ 278a – 278e StGB (Kriminelle Organisation und gewisse Terrordelikte).<sup>48</sup>

2. Die vom öVfGH geforderte *begleitende Kontrolle* könnte – das wird jedenfalls in der Literatur vorgeschlagen – durch Übertragung der Bewilligung an einen Drei-Richter-Senat und eine anschließende Durchführungskontrolle durch ein Senatsmitglied gewährleistet werden. Die – für sich alleine nicht ausreichende – begleitende Kontrolle des Rechtsschutzbeauftragten könnte als zusätzliche Garantie erhalten bleiben.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> [https://djt.de/wp-content/uploads/2023/10/74\\_Deutscher\\_Juristentag\\_Stuttgart\\_2024\\_Jetzt\\_vormerken.pdf](https://djt.de/wp-content/uploads/2023/10/74_Deutscher_Juristentag_Stuttgart_2024_Jetzt_vormerken.pdf), letzter Zugriff 5.1.2024.

<sup>47</sup> Siehe dazu eingehend *Reindl-Krauskopf* ÖJZ 2020, 593, 599 f.

<sup>48</sup> *Reindl-Krauskopf* ÖJZ 2020, 593, 599 f.

<sup>49</sup> *Reindl-Krauskopf* ÖJZ 2020, 593, 600; nach *Oswald* ÖZW 2020, 85, 95 f. könnte eine Umgestaltung der Befugnisse des Rechtsschutzbeauftragten und seiner Ressourcen ausreichen.

3. Eine verfassungskonforme Umsetzung der Befugnis zum *Eindringen in durch das Hausrecht geschützte Räume* wäre nur ohne Durchsuchungsbefugnis möglich. Ist der exakte Standort der Computersysteme im Voraus bekannt und wird der Raum durch die Strafverfolgungsorgane bloß betreten sowie anschließend das Programm auf die Geräte aufgeladen, liegt keine Hausdurchsuchung i.S.d. öHausRG<sup>50</sup> vor. Das könnte daher heimlich und ohne Zustellung eines richterlichen Befehls vorgenommen werden.<sup>51</sup>

Auch die „Abstinenz“ der *Sicherheitspolizei- und Verfassungsschutzgesetze* betreffend Nachrichtenüberwachung sollte – besonders im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerdiensten – überdacht werden. Die Einführung einer richterlichen Bewilligung auf Antrag einer Verwaltungsbehörde mag außerhalb der verfassungsrechtlichen Tradition stehen, aber ausgeschlossen ist sie nicht.<sup>52</sup> Sie könnte innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch einfaches Bundesgesetz verankert werden. Die verfassungsrechtliche Grundlage dafür ist mit Art. 130 II Z. 4 öB-VG bereits gegeben.

Die Quellen-TKÜ betrifft allerdings nur einen Teil innerhalb einer viel breiteren Aufgabe des Gesetzgebers: Die StPO, aber auch das Gefahrenabwehrrecht benötigen wohl ein generelles „update“ für den Zugriff auf private (Kommunikations-) Daten. So sind nicht nur, wie vom öVfGH jüngst bereits veranlasst, neue Regeln für eine Sicherstellung von Beweisen zu entwerfen, sondern auch für die Sicherstellung von Kryptowährungen, für neuere Methoden der verdeckten Ermittlung wie z.B. für Ermittlungen innerhalb der Social Media, für das Eindringen in Nachrichtenserver – Stichwort: Enchrochat – und für allfällige Vorbereitungen zu derartigen Operationen. Derartige Eingriffe werden bereits durchgeführt, lassen sich aber teilweise höchstens auf rudimentäre Rechtsgrundlagen stützen. Nicht nur in Österreich ist es daher an der Zeit, die Voraussetzungen, Grenzen und Kontrollmechanismen klar zu regeln, nach denen die staatlichen Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden

---

<sup>50</sup> VfSlg 20.356/2019 Rz. 216 mit weiteren Nachweisen aus der Judikatur.

<sup>51</sup> Oswald ÖZW 2020, 85, 92 f.; Reindl-Krauskopf ÖJZ 2020, 593, 600; vgl. auch Pilnacek JBl 2020, 230, 247.

<sup>52</sup> Vgl. die Vorab-Kontrolle Europäischer Ermittlungsanordnungen in § 3 IV öEEA-VStS-G sowie Kneihls JBl 2021, 2, 11 zur Überprüfung der verwaltungsstrafrechtlichen Anhaltung auf Antrag der Verwaltungsstrafbehörde.

ihre Aufgaben auch im Zeitalter der Digitalisierung erfüllen können, ohne die Freiheitsrechte der Betroffenen unangemessen zu beschneiden.

## BVerfG zur Cannabis-Legalisierung – Eine verfassungsrechtliche Perspektive

BVerfG, Beschluss vom 14.6.2023 – 2 BvL 3/20 u.a.

Lucas Hartmann, Freiburg\*

### A. Einleitung

Auf die Vorlage dreier Amtsgerichte nach Art. 100 I 1 GG hatte sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 14.6.2023 zum wiederholten Male mit dem strafbewehrten Cannabisverbot des BtMG zu befassen. Dem Anliegen der vorlegenden Gerichte, den zu dieser Frage maßgeblichen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1994,<sup>1</sup> in dem dieses das strafbewehrte Cannabisverbot für verfassungsgemäß erklärt hatte, *in der Sache* zu überwinden und so eine Legalisierung des Umgangs mit Cannabisprodukten zu erreichen, kam die 3. Kammer des Zweiten Senats indes nicht nach. Vielmehr erachtete es die Vorlagen bereits als unzulässig. Mangels Sachentscheidung können dem Beschluss daher – rein formal betrachtet – keine Aussagen dazu entnommen werden, ob das Cannabisverbot auch heute noch verfassungsgemäß ist oder ob – umgekehrt – die aktuellen politischen Bestrebungen hin zu einer Teillegalisierung vor dem Bundesverfassungsgericht Bestand hätten. Gleichwohl scheinen in der Entscheidungsbegründung doch auch inhaltliche Positionierungen hierzu durch.

---

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

<sup>1</sup> BVerfGE 90, 145.



## B. Vorlagen

Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen, insgesamt 13 konkreten Normenkontrollverfahren, von denen jeweils sechs vom AG Bernau bei Berlin und vom AG Münster sowie eines vom AG Pasewalk eingeleitet worden waren, stellten im Wesentlichen alle Regelungen des BtMG zur Prüfung, soweit sie Cannabisprodukte in der Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG mit der Folge aufführen, dass der unerlaubte Verkehr mit diesen Stoffen den Strafvorschriften des BtMG unterliegt (Rn. 11–24). Die weitgehend identischen Begründungen, die sich in weiten Teilen an einer im Internet veröffentlichten Mustervorlage des Deutschen Hanfverbands<sup>2</sup> orientierten (Rn. 25), machten im Schwerpunkt geltend, dass seit 1994 neue entscheidungserhebliche Tatsachen aufgekommen und ein Wertewandel eingetreten seien und dass das strafbewehrte Cannabisverbot vor diesem veränderten Hintergrund verfassungswidrig sei (Rn. 25–52).

## C. Entscheidung

Die Kammer ist dem nicht gefolgt. Stattdessen hat sie die Vorlagen – aus zwei unabhängigen Gründen – bereits als unzulässig eingestuft. Eine Entscheidung in der Sache über die Verfassungsmäßigkeit des Cannabisverbots war daher nicht zu treffen.

### I. Entscheidungserheblichkeit

Als unüberwindbare Hürde für die Vorlagen erwies sich zum einen die Zulässigkeitsvoraussetzung der Entscheidungserheblichkeit. Die Kammer geht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts davon aus, dass eine konkrete Normenkontrolle nur zulässig ist, wenn das vorlegende Gericht bei Gültigkeit der von ihm für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsvorschrift zu einem anderen Ergebnis kommen müsste als bei ihrer Ungültigkeit (vgl. Art. 100 I 1 GG) und dies hinreichend substantiiert darlegt (§ 80 II 1 BVerfGG) (Rn. 54–59).<sup>3</sup> Dass die Vorlagen, die pauschal alle Cannabis-bezogenen Vorschriften des BtMG zur Überprüfung stellten, „ohne einen Bezug zu den im jeweiligen Ausgangsverfahren anzuwendenden Strafnormen

---

<sup>2</sup> [https://hanfverband.de/wp-content/uploads/2023/10/normenkontrollantrag\\_cannabis\\_muster\\_dhv\\_190910.pdf](https://hanfverband.de/wp-content/uploads/2023/10/normenkontrollantrag_cannabis_muster_dhv_190910.pdf).

<sup>3</sup> Vgl. allgemein hierzu *Sieckmann/Kessal-Wulf*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 100 Rn. 39 ff., 55 ff.

herzustellen“ (Rn. 63), diese Substantiierungsanforderung nicht erfüllen, ist hier so offensichtlich, dass die Kammer es mit einer knappen, dies feststellenden Subsumtion bewenden lassen kann (Rn. 63).

## II. Entgegenstehende Rechts- und Gesetzeskraft

Zum anderen sieht die Kammer das „Prozesshindernis entgegenstehender Rechts- und Gesetzeskraft gemäß § 31 II BVerfGG“ (Rn. 64) als gegeben. Der Beschluss aus 1994, wonach die damals zur Prüfung gestellten Cannabis-bezogenen Vorschriften des BtMG mit dem Grundgesetz vereinbar seien, entfalte „nach § 31 II BVerfGG Gesetzeskraft und Rechtskraftwirkung“ (Rn. 60). Das darin liegende Prozesshindernis entfalle nur bei später eintretenden rechtserheblichen Änderungen der Sach- und Rechtslage, die vom vorlegenden Gericht substantiiert darzulegen seien (Rn. 60–61).<sup>4</sup> Hierzu genüge es nicht, „dem Rechtsstandpunkt des Bundesverfassungsgerichts unter nur scheinbarem Verweis auf tatsächliche oder rechtliche Veränderungen einen abweichenden Rechtsstandpunkt gegenüberzustellen“ (Rn. 61). Eine in eben diesem Sinne ungenügende Substantiierung sieht die Kammer indes bei allen 13 Vorlagen. Das gilt insbesondere in Bezug auf den geltend gemachten Verstoß des Cannabisverbots gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG. Gerade was etwaige Änderungen in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit des in diesem Verbot liegenden Eingriffs angeht, erschöpften sich die Vorlagen darin, „bekannte Gesichtspunkte einer neuen, eigenen Bewertung zu unterziehen“ (Rn. 80), die Erforderlichkeit des Cannabisverbots durch bloße „[r]echtspolitische Forderungen nach einer ‚besseren Cannabispolitik‘“ in Frage zu stellen (Rn. 93) oder „ihre Auffassung von der Angemessenheit des Cannabisverbots im Allgemeinen oder von den in den jeweiligen Ausgangsverfahren zugrundeliegenden Strafnormen im Speziellen der Auffassung des Senats gegenüberzustellen“ (Rn. 97).

---

<sup>4</sup> Vgl. allgemein hierzu v. *Ungern-Sternberg*, in Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, 15. Ed. (01.06.2023), § 31 Rn. 22 f., 51 f.

## D. Bewertung

### I. „Strategische Prozessführung“

Angesichts der hohen Anforderungen an die Zulässigkeit konkreter Normenkontrollen einerseits, der geringen Qualität der Vorlagen andererseits überrascht nicht, dass die Kammer die Vorlagen mit deutlichen Worten bereits für unzulässig hält.<sup>5</sup> Die pauschalen, unsubstantiierten und daher von vornherein aussichtslosen Vorlagen erscheinen denn auch weniger als ernsthafter Versuch, das Cannabisverbot durch ein *gerichtliches Verfahren* zu Fall zu bringen, sondern vielmehr als Vehikel eines *politischen Statements*. Vor diesem Hintergrund sind die deutlichen Worte der Kammer ebenso ein Statement – gegen die Instrumentalisierung der konkreten Normenkontrolle zur Durchsetzung allgemein-politischer Vorhaben im Rahmen einer „strategischen Prozessführung anderer Art“, nämlich durch aktivistische, sich auf standardisierte „Muster-Vorlagen“ zivilgesellschaftlich-politischer Verbände stützende Gerichte.

### II. Inhaltliche Positionierung auch ohne Sachentscheidung

Wenngleich formal nur die Unzulässigkeit und nicht auch die Begründetheit der Vorlagen betreffend, scheinen (mir) doch auch – auf Linie der Entscheidung aus 1994 – gewisse inhaltliche Positionierungen zur Verfassungsmäßigkeit des Cannabisverbots angedeutet.<sup>6</sup> Begründungstechnisch wäre nämlich hinsichtlich der entgegenstehenden Gesetzes- und Rechtskraft allein ein bloßer Abgleich zwischen der Sach- und Rechtslage 1994 und der in den Vorlagen behaupteten angezeigt gewesen. Demgegenüber streut die Kammer (eigentlich überflüssige) abstrakte Ausführungen zum Maßstab der Verhältnismäßigkeit (Rn. 68–75) und zur Vorhand des Gesetzgebers bei der Anpassung von Strafvorschriften an gesellschaftliche Entwicklungen ein (Rn. 70, 93, 99). Im Verbund mit der – gerade im Vergleich mit einem viel konziseren Beschluss aus 2004 in einem ähnlichen Verfahren<sup>7</sup> – insgesamt länglichen Begründung kann dies durchaus als Betonung des Umstands verstanden werden, dass es für die Kammer nicht nur an der Substantiierung fehlt, sondern sich gegenüber

---

<sup>5</sup> Vgl. auch *Gärditz MedR 2023, 906, 907*.

<sup>6</sup> Ebenso *Gärditz MedR 2023, 906, 907*.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss v. 29.6.2004, 2 BvL 8/02.

1994 auch in der Sache nichts an der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Cannabisverbots geändert hat.

### III. Andeutung zur Teillegalisierung des Umgangs mit Cannabisprodukten

Impliziert ist damit auch eine begrenzte Andeutung zur verfassungsgerichtlichen Beurteilung der aktuellen politischen Bestrebungen zur Teillegalisierung des Umgangs mit Cannabisprodukten, die einen im Beschluss auch erwähnten (Rn. 99) Kontext bilden.<sup>8</sup> Denn betont die Kammer, dass eine Neuordnung der Cannabisregulierung nicht durch einen (vom Bundesverfassungsgericht festzustellenden) „Verfassungswandel“<sup>9</sup> induziert, sondern eine allein durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu entscheidende Fragestellung ist (vgl. Rn. 70, 93, 99), ist das „Ob“ einer Teillegalisierung dem Gesetzgeber überantwortet – der verfassungsrechtlichen Pönalisierungsbefugnis entspricht also keinesfalls ein Pönalisierungsgebot. Wie das Bundesverfassungsgericht diese oder jene *Ausgestaltung* einer Teillegalisierung,<sup>10</sup> die früher oder später ihrerseits Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens werden kann, beurteilen würde, lässt sich *auf Grundlage des vorliegenden Beschlusses* freilich nicht seriös vorhersagen.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. den zwischenzeitlich (d. h. nach Erlass des hier besprochenen Beschlusses) vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften“, BT-Drs. 20/8704.

<sup>9</sup> Allgemein zum „Verfassungswandel“ z. B. *Michael* in Kischel/Kube (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Neuausgabe 2023, § 8.

<sup>10</sup> Vgl. wiederum den in Fn. 8 angegebenen Gesetzentwurf.

<sup>11</sup> Anderer Zungenschlag bei *Wischmeyer* JuS 2023, 1085, 1087.

## BVerfG zur Cannabis-Legalisierung – Eine strafrechtliche Perspektive

BVerfG, Beschluss vom 14.6.2023 – 2 BvL 3/20 u.a.

Anne Baldauf, Halle-Wittenberg\*

### A. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Die Debatte um die Legalisierung von Cannabisprodukten hat es nicht nur in den Deutschen Bundestag, sondern auch vor das BVerfG geschafft. Trotz erheblicher Kritik<sup>1</sup> hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf zur Entkriminalisierung von Cannabis (CanG) von Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach (SPD) in den Bundestag eingebracht.<sup>2</sup> Jüngst beschäftigte sich auch das BVerfG mit dem strafbewehrten Cannabisverbot, nachdem mehrere Amtsgerichte Richtervorlagen formulierten. Sie erachteten die Strafnormen des BtMG, soweit sie den Umgang mit Cannabisprodukten betreffen, für verfassungswidrig.<sup>3</sup>

Die §§ 29 ff. BtMG enthalten die Strafvorschriften des Betäubungsmittelrechts. Darunter fallen auch verschiedene Formen des unerlaubten Umgangs mit den in Anlage I zum BtMG bezeichneten Cannabisprodukten. Bereits im Jahr 1994 hatte das BVerfG entschieden, dass das umfassende

---

\* Anne Baldauf, M.Mel., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie und Rechtslehre und Doktorandin an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

<sup>1</sup> Zur Kritik: Redaktion beck-aktuell, „Kompletter Kontrollverlust“: Kabinett bringt Cannabis-Legalisierung auf den Weg, Meldung v. 16.8.2023, becklink 2028081, abrufbar unter: <http://tinyurl.com/ym2ry2uf>; Suliak, „FDP und Grüne pochen auf Änderungen“, LTO v. 7.11.2023, abrufbar unter: <http://tinyurl.com/yc46w6jr> (Online-Quellenangaben zuletzt abgerufen am 17.1.2024).

<sup>2</sup> Vorgesehen ist, Cannabis im BtMG als verbotene Substanz auszunehmen. Mit Volljährigkeit sollen der Besitz von 25 Gramm und der Anbau von drei Pflanzen zum Eigenbedarf erlaubt sein. In sog. Cannabis-Clubs sollen Mitglieder Cannabis gemeinschaftlich anbauen und aneinander abgeben dürfen. Im Überblick: LTO-Redaktion, „Kabinett bringt Cannabis-Legalisierung auf den Weg“, LTO v. 16.8.2023, abrufbar unter: <http://tinyurl.com/bdev2jwy>.

<sup>3</sup> BVerfG BeckRS 2023, 16492.



Verbot des Umgangs mit Cannabisprodukten mit dem Grundgesetz vereinbar sei.<sup>4</sup> Das BVerfG hat in dieser früheren Entscheidung festgestellt, dass zwar ein Recht auf Rausch existiere, dass dieses aber den Beschränkungen des Art. 2 I GG unterliege, weil der Umgang mit Drogen wegen seiner vielfältigen Aus- und Wechselwirkungen nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zähle.<sup>5</sup> Bei der Einschätzung und der Prognose der drohenden Gefahren für den Einzelnen und die Allgemeinheit erkannte das BVerfG dem Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum zu.<sup>6</sup> Es sei verfassungsrechtlich hinzunehmen, dass der Gesetzgeber auf den Einsatz strafrechtlicher Mittel setzt. Er dürfe daher an der Auffassung festhalten, dass das strafbewehrte Cannabisverbot eine größere Anzahl potentieller Konsumenten abschrecke, als die Aufhebung der Strafdrohung, sodass es besser zum Rechtsgüterschutz geeignet sei.<sup>7</sup>

Das BVerfG hat die Richtervorlagen unter Berufung auf diese frühere Entscheidung als unzulässig verworfen (vgl. § 81a BVerfGG):<sup>8</sup> „Eine konkrete Normenkontrolle ist jedoch kein Mittel der allgemeinen Aufsicht über den Gesetzgeber.“<sup>9</sup> Es fehle nicht nur an der Entscheidungserheblichkeit für das jeweilige Ausgangsverfahren. Die Vorlagen genügten auch nicht den erhöhten Begründungsanforderungen, die an eine erneute Vorlage zu stellen seien. Es fehle an einer substantiierten Darlegung rechtserheblicher Änderungen der Sach- und Rechtslage seit dem Jahr 1994, welche geeignet seien, eine erneute verfassungsrechtliche Überprüfung zu veranlassen. Das BVerfG geht daher auch in der aktuellen Entscheidung davon aus, dass es zwar ein Recht auf Rausch gebe. Dieses unterliege aber den Beschränkungen des Art. 2 I GG. Der Umgang mit Drogen gehöre nicht zum unbeschränkbar Kernbereich privater Lebensgestaltung.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> BVerfGE 90, 145.

<sup>5</sup> BVerfGE 90, 145, 171 f.

<sup>6</sup> BVerfGE 90, 145, 173.

<sup>7</sup> BVerfGE 90, 145, 183.

<sup>8</sup> BVerfG BeckRS 2023, 16492, Rn. 53 f.

<sup>9</sup> BVerfG BeckRS 2023, 16492, Rn. 63.

<sup>10</sup> So bereits BVerfGE 90, 145, 171 f.

## B. Stellungnahme

Ob sich die Sach- und Rechtslage seit dem Jahr 1994 tatsächlich nicht geändert hat, ist eine berechtigte Frage. Immer wieder kamen Diskussionen über eine überholte Drogenpolitik im Umgang mit dem Cannabisverbot auf.<sup>11</sup> Strafrechtlich muss insbesondere die Frage nach dem Schutzzweck der Strafvorschriften beantwortet werden, um deren Existenz zu rechtfertigen. Das BVerfG stellt dazu fest, dass das BtMG die Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung insgesamt vor den schädlichen Auswirkungen des Drogenkonsums und insbesondere Jugendliche vor einer Betäubungsmittelabhängigkeit schützen, und das Zusammenleben der Bevölkerung vor den sozialschädlichen Wirkungen durch den Umgang mit Drogen bewahren soll.<sup>12</sup> Aber greift dieser Schutzgedanke noch immer für die sogenannte weiche Droge Cannabis?

Dem Gesetzgeber kommt, so das BVerfG, bei der Ausgestaltung und Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsraum zu.<sup>13</sup> Gerade bei einer noch unsicheren Gefahrenlage genüge es, wenn sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert hat.<sup>14</sup> Fraglich ist, ob sich die Studienlage zu den gesundheitlichen Risiken derart geändert hat, dass die Grenzen dieses gesetzgeberischen Ermessensspielraums überschritten sind und der legitime Zweck damit überholt ist.

Cannabis hat sich gemessen an den Zahlen der Konsumenten zu einer gesellschaftlich akzeptierten Droge entwickelt: Eine aktuelle Studie bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen zwischen 16 und 27 Jahren in Berlin hat ergeben, dass ca. 16% in den letzten 30 Tagen, 29% in den letzten zwölf Monaten Cannabis konsumiert hatten. Knapp 14% derjenigen, die in den letzten 30 Tagen Cannabis konsumierten, taten dies an mehr als 20 Tagen.<sup>15</sup> Nach einer weiteren Studie haben ca. 9% der 18 bis 64

---

<sup>11</sup> S. etwa *Duttge/Steuer* ZRP 2014, 181.

<sup>12</sup> BVerfGE 90, 145, 174; BVerfG BeckRS 2023, 16492, Rn. 78.

<sup>13</sup> BVerfGE 88, 203, 254; 96, 56, 64; BVerfG NSTZ 2020, 528, 531, Rn. 224.

<sup>14</sup> BVerfG NSTZ 2020, 528, 533, Rn. 238.

<sup>15</sup> *Kalke/Rosenkranz*, Cannabiskonsum von Jugendlichen und jungen Erwachsenen in Berlin v. 19.6.2023, Tabelle S. 7, abrufbar unter: <http://tinyurl.com/ss8b6jpy>.

Jährigen (ca. 4,5 Millionen) im Jahr 2021 Cannabis konsumiert.<sup>16</sup> Cannabis ist damit die illegale Droge, die am häufigsten konsumiert wird.<sup>17</sup> Nach einer Legalisierung ist damit zu rechnen, dass der Konsum weiter zunimmt.<sup>18</sup>

Die gesellschaftliche Akzeptanz von Cannabiskonsum ist aber nicht Ausdruck neuer Erkenntnisse über dessen Konsum. Die schädlichen Auswirkungen auf einen erwachsenen Gelegenheitskonsumenten haben sich zwar als weit weniger gefährlich erwiesen, als dies bei den sogenannten harten Drogen der Fall ist.<sup>19</sup> Mit dem Konsum von Cannabis gehen aber gesundheitliche Gefährdungen einher. Die Wirkungen sind weniger vorhersehbar als beim Alkohol, weil sich das THC wegen des stark schwankenden Wirkstoffgehalts gerade nicht dosieren lässt.<sup>20</sup> Die Gedächtnisleistung, Aufmerksamkeit und Psychomotorik können beeinträchtigt sein.<sup>21</sup> Chronischer Konsum kann die Arbeitsweise und den Aufbau des Gehirns verändern und zählt als Risikofaktor für psychische Erkrankungen wie Psychosen, bipolare Störungen und Depressionen.<sup>22</sup> Jeder zehnte Konsument entwickelt eine Abhängigkeitserkrankung,<sup>23</sup> jeder vierte zwischen 18 und 64 Jahren zeigt ein problematisches Konsumverhalten<sup>24</sup>. Nimmt man Kinder und Jugendliche in den Blick, sind die beschriebenen Gesundheitsrisiken noch einmal erhöht: Gerade bei ihnen sind die Auswirkungen eines regelmäßigen Konsums weniger vorhersehbar und besonders gefährlich, weil die Hirnentwicklung noch nicht abgeschlossen ist.<sup>25</sup> Die Gefahren des Umgangs mit Cannabis sind also nicht gänzlich weggefallen. Dem BVerfG ist daher zuzustimmen, dass die Ausführungen aus dem Jahr 1994 weiterhin verfassungsrechtlich tragfä-

---

<sup>16</sup> S. Rauschert et. al, Deutsches Ärzteblatt 2022, 527, 531, Tabelle 4.

<sup>17</sup> Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung, Ergebnisse der CaPRis-Studie v. Januar 2018, S. 2, abrufbar unter: <http://tinyurl.com/ypkd79te>.

<sup>18</sup> Manthey et. al, Policy Paper: Effekte einer Cannabislegalisierung v. April 2023, S. 2, abrufbar unter: <http://tinyurl.com/y5vmkx69>.

<sup>19</sup> BVerfGE 90, 145, 179.

<sup>20</sup> Paeffgen, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 2023, Vorb. zu § 323a StGB Rn. 29 m.w.N.

<sup>21</sup> Ergebnisse der CaPRis-Studie, S. 3.

<sup>22</sup> Ergebnisse der CaPRis-Studie, S. 4, 5.

<sup>23</sup> Ergebnisse der CaPRis-Studie, S. 11.

<sup>24</sup> Rauschert et. al, Deutsches Ärzteblatt 2022, 527, 529, 530, Tabelle 2.

<sup>25</sup> Ergebnisse der CaPRis-Studie, S. 3.

hig sind, weil nicht unbeträchtliche Gefahren für die Gesundheit verbleiben.<sup>26</sup> Für unsichere Gefahrenlagen darf der Gesetzgeber aufgrund seines Ermessensspielraums mit den Mitteln des Strafrechts eingreifen.

Allerdings könnte man dem entgegenhalten, dass selbstschädigendes Verhalten nicht durch das Strafrecht unterbunden werden darf. Der Schutzzweck einer Strafvorschrift liegt im Schutz fremder Rechtsgüter.<sup>27</sup> Jeder Mensch darf sich aber selbst verletzen oder sich das Leben nehmen. Die vorlegenden Amtsgerichte verwiesen in diesem Zuge auf die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB a.F.) aus dem Jahr 2020.<sup>28</sup> Der Vergleich hinkt jedoch, denn der Erwerb und der Besitz von Cannabis eröffnen die unkontrollierte Weitergabe an Dritte und es sind soziale Aus- und Wechselwirkungen möglich:<sup>29</sup> Dies kann gerade auch Minderjährige betreffen, die besonders geschützt werden sollen. Durch eine Entkriminalisierung würde die Hemmschwelle für den Konsum von Cannabis sinken.<sup>30</sup> Es wird kaum möglich sein, den Eigenbedarf zu kontrollieren. Die Schadensdimension beschränkt sich nicht allein auf den Konsumenten.<sup>31</sup> Bei einer assistierten Selbsttötung sind dagegen keine Wechselwirkungen eines solchen Ausmaßes zu erwarten.

Geschützt wird also keine bloße Moralvorstellung wie es eine der Richtervorlagen beschreibt.<sup>32</sup> Der Schutzzweck des Betäubungsmittelstrafrechts lässt sich vielmehr auch in Bezug auf Cannabis begründen. Die Grenzen des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums sind auch nach den heutigen Erkenntnissen nicht überschritten und die „vier Säulen“ der Drogenpolitik<sup>33</sup> – Strafrecht, Prävention, Therapie und Schadensreduzierung – nicht überholt. Die Entscheidung des BVerfG verdient daher Zustimmung.

Problematisch bleibt allerdings eines: Wenn die einzelne Tat nur geringe Mengen Cannabis betrifft, geht von ihr bzw. dem Täter nur eine geringe Rechtsgutsgefährdung und ein geringes Maß individueller Schuld aus.

---

<sup>26</sup> BVerfGE 90, 145, 177 f.; BVerfG BeckRS 2023, 16492, Rn. 79.

<sup>27</sup> Roxin/Greco, Strafrecht AT Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 9; BVerfGE 90, 145, 172, 184; 109, 133, 157.

<sup>28</sup> BVerfG NSTZ 2020, 528.

<sup>29</sup> BVerfGE 90, 145, 171 f.; BVerfG BeckRS 2023, 16492, Rn. 66.

<sup>30</sup> Duttge/Steuer ZRP 2014, 181, 183.

<sup>31</sup> Duttge/Steuer ZRP 2018, 210, 211.

<sup>32</sup> BVerfG BeckRS 2023, 16492, Rn. 31.

<sup>33</sup> Fabricius, in Patzak/Volkmer/Fabricius, Betäubungsmittelgesetz, 10. Aufl. 2022, § 35 Rn. 27; Duttge/Steuer ZRP 2018, 210, 211.

Die Verhängung von Kriminalstrafen gegen „Probierer“ und Gelegenheitskonsumenten kann in ihren Auswirkungen auf den einzelnen Täter spezialpräventiv zu nachteiligen Ergebnissen führen.<sup>34</sup> Dem geringen Unrechts- und Schuldgehalt solcher Taten kann aber durch das Absehen von Strafe (§ 29 V BtMG) oder Strafverfolgung (§§ 153 ff. StPO, § 31a BtMG) Rechnung getragen werden.<sup>35</sup> Die Entscheidung darüber liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaften und Gerichte. Dies führt zu einer uneinheitlichen Anwendung der Normen und dadurch zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass das Strafbarkeitsrisiko von örtlichen Zufälligkeiten abhängt.<sup>36</sup> Allerdings ist nicht die Legalisierung die Antwort auf dieses Problem. Vielmehr sollten hier eine einheitliche Einstellungspraxis<sup>37</sup> und vor allem eine einheitliche Anwendung des § 31a BtMG das Ziel sein. Die „geringe Menge“ von Cannabis zum Eigenverbrauch in § 31a I BtMG wird in den Bundesländern bislang unterschiedlich definiert.<sup>38</sup> Diese könnte bundeseinheitlich im BtMG konkretisiert werden, so wie es bereits im Gesetzgebungsverfahren zu § 31a BtMG vorgeschlagen wurde.<sup>39</sup>

Die Cannabis-Legalisierung ist durch die Debatte zum CanG eine rechtspolitisch hoch aktuelle Fragestellung. Die von den Befürwortern der Legalisierung erhoffte Unterstützung brachte der Beschluss des BVerfG jedoch nicht. Die Entscheidung dürfte in der Debatte daher eine eher untergeordnete Rolle spielen. Ein kritischer Unterton zu der geplanten Cannabis-Legalisierung ist zwar aus der Entscheidung herauszulesen.<sup>40</sup> Im Fokus standen jedoch der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und die Anforderungen an eine konkrete Normenkontrolle.<sup>41</sup>

---

<sup>34</sup> *Wesemann* ZRP 2015, 60.

<sup>35</sup> BVerfGE 90, 145, 188 f.

<sup>36</sup> So wird das sogenannte „Nord-Süd-Gefälle“ (liberale Einstellungspraxis im Norden, repressive Einstellungspraxis im Süden) seit vielen Jahren beobachtet und als problematisch angesehen. Vgl. *Oğlakcioğlu*, in *MüKo StGB*, 4. Aufl. 2022, Vorb. zu § 29 BtMG Rn. 38.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 90, 145, 190.

<sup>38</sup> *Heinrich/van Bergen* JA 2019, 321, 326; WD 3 – 3000 – 196/19 v. 20. August 2019, S. 3, 4.

<sup>39</sup> *Körner/Patzak/Volkmer-Patzak*, § 31a BtMG Rn. 4.

<sup>40</sup> So auch *Wischmeyer* JuS 2023, 1085, 1087.

<sup>41</sup> Dazu näher *Wischmeyer* JuS 2023, 1085, 1087.

## „Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung

LG München I, Urteil vom 16.11.2023 – 2 Qs 14/23

mit einer Anmerkung von Mark A. Zöllner\*

### A. Beschluss

1. Die Beschwerde des Beschuldigten gegen den Beschluss des Amtsgerichts München vom 16.05.2023 (Gz.: ER V Gs 5965/23) wird als unbegründet verworfen.
2. Der Beschuldigte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

### B. Gründe

I. Bei der Generalstaatsanwaltschaft München ist ein Ermittlungsverfahren gegen mehrere Personen anhängig, die sich unter der Bezeichnung „Letzte Generation“ als Klimaaktivisten betätigen. Die Generalstaatsanwaltschaft München stufte die „Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung ein und beantragte beim Amtsgericht München - Ermittlungsrichter - mehrere Beschlüsse, unter anderem einen Durchsuchungsbeschluss gegen den Beschuldigten, den hiesigen Beschwerdeführer.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 26.07.2023 (Bl. 2025) und nach der Entscheidung über den Befangenheitsantrag gegen den Ermittlungsrichter mit Beschluss vom 02.10.2023 unter Bezugnahme auf den Beschluss vom 26.07.2023 nicht abgeholfen. Hinsichtlich

---

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung sowie Geschäftsführer des Instituts für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.



der näheren Einzelheiten zur Begründung der Nichtabhilfeentscheidung wird auf den Beschluss vom 26.07.2023 Bezug genommen.

II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses lagen vor.

1. Voraussetzung für den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses ist zunächst das Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Straftat begangen worden ist. Dem Beschwerdeführer wird durch die Generalstaatsanwaltschaft München unter anderem zur Last gelegt, eine kriminelle Vereinigung gebildet zu haben. Das Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der letzten Generation um eine kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 StGB handelt, wurde zutreffend angenommen, selbst der Beschwerdeführer stellt dies in seinem Beschwerdevorbringen nicht in Abrede.

a) Vereinigung im Sinne des § 129 StGB.

aa) Der Begriff der Vereinigung ist in § 129 Abs. 2 StGB legaldefiniert. Danach ist eine Vereinigung ein auf Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses.

bb) Diese Voraussetzungen sind bei der „Letzten Generation“ vor dem Hintergrund der bisherigen Ermittlungsergebnisse erfüllt. Die „Letzte Generation“ besteht jedenfalls seit Januar 2022. Nach den Ermittlungen der Generalstaatsanwaltschaft haben sich bislang mehrere Hundert Menschen an Aktionen der „Letzten Generation“ beteiligt und es gibt eine Internetseite, Personen, die für Kontakte, beispielsweise zur Presse, zuständig sind und verschiedene Aktionsgruppen, die im Rahmen bzw. unter Beachtung der zentral einsehbaren Vorgaben (Richtlinien) Aktionen durchführen. Diese dienen auch einem gemeinsamen übergeordneten Ziel, namentlich sollen durch Mittel des „zivilen Ungehorsams“ verschiedene Forderungen der Initiative gegenüber der Bunderegierung durchgesetzt werden.

b) Zweck oder Tätigkeit der Vereinigung muss auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass

§ 129 Abs. 1 StGB nicht nur dann anwendbar ist, wenn die Straftaten, die begangen werden sollen, Endziel, Hauptzweck oder ausschließliche Tätigkeit der Vereinigung sind (vgl. zum Ganzen BGH NJW 1995, 340, 343; BGH bei Wagner GA 1967, 103; NJW 1966, 310 - jeweils unter Hinweis auf BGHSt 15, 259, 260; ferner BGHSt 27, 325, 326). Die Begehung von Straftaten ist jedenfalls dann nicht von untergeordneter Bedeutung nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB, wenn sie zwar nur einen von mehreren Zwecken (oder eine von mehreren Tätigkeiten) der Vereinigung darstellt, dieser Zweck (diese Tätigkeit) aber wenigstens in dem Sinne wesentlich und damit gleichgeordnet mit den anderen ist, dass durch das strafrechtswidrige Verhalten das Erscheinungsbild der Vereinigung aus der Sicht informierter Dritter mitgeprägt wird (vgl. Lampe ZStW 106 (1994), 683, 706, 707; S/S-Lenckner aaO, Rn. 7; Rudolphi in FS Bruns, 1978, S. 315, 322 - allerdings bezogen auf die „innere Struktur“ der Vereinigung; ferner Scholz in Maunz/Dürig GG, Art. 9 Rn. 124). Vorliegend bestehen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass sich die „Letzte Generation“ zum Ziel gesetzt hat, verschiedene Forderungen gegenüber der Bundesregierung durchzusetzen und sie sich hierbei verschiedener Protestformen bedient, wobei Blockaden von Straßen und Flughäfen medial und auch aufgrund der Beeinträchtigung einer Vielzahl von Verkehrsteilnehmern oder Flugreisenden dem Erscheinungsbild der „Letzten Generation“ ein nicht unwesentliches Gepräge geben. Das Erscheinungsbild der „Letzten Generation“ wird somit durch die infrage kommenden Straftatbestände - wie hier beispielhaft in Betracht zu ziehenden Nötigungen oder (gemeinschaftliche) Sachbeschädigungen - wesentlich mitgeprägt. Der Straftatbestand der Nötigung sieht Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor, der Straftatbestand der Sachbeschädigung Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe, der Straftatbestand der gemeinschädlichen Sachbeschädigung Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

c) Nach herrschender Meinung hat zudem eine Begrenzung auf Straftaten zu erfolgen, die eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen (vgl. auch BT-Drs. 18/11275, S. 10).

aa) Daraus lässt sich aber keine Beschränkung auf besonders schwere Straftaten ableiten (vgl. Fischer, 70. Aufl., § 129 Rn. 20). Vielmehr ist § 129 Abs. 1 StGB dann anwendbar, wenn die begangenen und/oder geplanten Straftaten der Mitglieder eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten, wenn sie somit unter diesem Blickwinkel von

einigem Gewicht sind (vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 10, BGH NJW 1995, 340, BGHSt 31, 202, 207; BGH NJW 1975, 985, 986). Hierbei ist primär nicht auf die gesellschaftliche Bedeutung der Gruppierung als solche abzustellen, sondern auf die Gefahr, die von den nicht völlig ungewichtigen Straftaten ausgeht. Entscheidend ist nicht die abstrakte Strafandrohung allein, sondern eine Gesamtwürdigung der begangenen und/oder geplanten Straftaten unter Einbeziehung aller Umstände, die für das Maß der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit von Bedeutung sein können, namentlich der Tatauswirkungen (vgl. zum Ganzen BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg/Kulhanek, § 129 Rn. 44 m. w. N.). Zur Tatbestandserfüllung bedarf es keines allgemeinen Klimas der Angst, vermittelt durch die Vereinigung oder ihre Straftaten (a. A. Kuhli/Papenfuß KriPoZ 2023, 71 (75)). Es geht nicht darum, ob sich der Einzelne oder eine Vielzahl konkret bedroht fühlen oder gar in Angst leben, sondern entscheidend ist, dass der gesellschaftliche Diskurs durch illegitime Mittel verletzt wird, indem eine Gruppierung versucht, sich – gegebenenfalls moralisch überhöhend – über die rechtsstaatliche Ordnung und die konsentierten Formen der demokratischen Abläufe zu stellen. Straftaten sind kein Mittel der freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen Diskussion. Sie sind Ausdruck krimineller Energie und als solche juristisch nüchtern zu bewerten (Schwarz NJW 2023, 275 Rn. 24). Moralische Argumente können jenseits der Gesetze eine Strafbarkeit weder begründen noch negieren (BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg/Kulhanek, § 129 Rn. 44; vgl. auch Fischer LTO 22.5.2023).

bb) Dies zugrunde gelegt liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor, zumal nach den zum Zeitpunkt der bei Erlass des Beschlusses vorliegenden Ermittlungsergebnissen neben einer Vielzahl von Straßenblockaden, die im Einzelfall ggf. einer näheren Betrachtung auch unter dem Blickwinkel von Art. 8 GG bedürfen, Mitglieder der „Letzten Generation“ wiederholt unter Zerstörung von Schutzeinrichtungen widerrechtlich auf besonders gegen unberechtigten Zutritt gesicherte Gelände vorgezogen sind und dort durch Protestaktionen sensible Bereiche der Infrastruktur erheblich beeinträchtigt haben sollen (Störung und Blockaden des Betriebs verschiedener Flughäfen und konzertierte Aktionen, um den Durchfluss verschiedener Ölpipelines zu unterbrechen).

d) Zuletzt liegen auch Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der Beschwerdeführer bei der „Letzten Generation“ als Mitglied beteiligt hat. So wird

dem Beschwerdeführer aufgrund der bisherigen Ermittlungen vorgeworfen, am ... selbst in eine Pipeline-Schiebestation in ... eingedrungen zu sein, um dort den Öldurchfluss zu stoppen, was sich ohne weiteres in die in diesem Zeitraum erfolgten und der „Letzten Generation“ zugerechneten Versuche einfügt, an mehreren Orten in ... (...) die Notabschaltung von Ölpipelines zu manipulieren. Somit besteht der Verdacht, dass der Beschwerdeführer sich aktiv an Handlungen zur Förderung der Tätigkeit der Organisation beteiligt hat und damit als Mitglied handelte.

Insgesamt lagen daher die Voraussetzungen für den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses gemäß § 102 StPO vor. Es bestand der Verdacht, dass der Beschwerdeführer an einer Straftat als Täter beteiligt gewesen ist. Auch war zu vermuten, dass die Durchführung der Durchsuchung zum Auffinden von Beweismitteln führen werde, die Aufschluss über die Tätigkeit des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der „Letzten Generation“ geben könnten.

2. Soweit der Beschwerdeführer der Auffassung ist, dass der Erlass des Durchsuchungsbeschlusses aufgrund formeller Fehler rechtswidrig erfolgt sei, greift das Beschwerdevorbringen im Ergebnis nicht durch.

a) Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, dass kein eigenständiger Prüfungsvorgang des Ermittlungsrichters in Bezug auf die zu durchsuchenden Räume stattgefunden habe, ist dies nicht nachvollziehbar. ...

b) Auch geht das Vorbringen des Beschwerdeführers fehl, dass der Durchsuchungsbeschluss in seiner Gesamtheit nicht erkennen lasse, dass der Ermittlungsrichter die Voraussetzungen für den Erlass eigenständig geprüft hätte.

aa) Der Beschluss verhält sich – wenn auch kurz – zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Der Ermittlungsrichter dokumentierte, dass die angeordneten Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Stärke des Tatverdachts stünden. Hieraus ist gerade ersichtlich, dass eigenverantwortliche Prüfung durch den Ermittlungsrichter stattgefunden hat. Alleine aus dem Umstand, dass die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeitsprüfung in dem Durchsuchungsbeschluss nur kurz und zusammenfassend erfolgt sind, lässt sich per se kein Fehler bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeitsprüfung ableiten.

bb) Auch im Ergebnis zeigt die Verhältnismäßigkeitsprüfung keinen Rechtsfehler auf. Ausweislich ... wurde der Beschwerdeführer durch

eintreffende Polizeibeamte auf dem Firmengelände der ... angetroffen, auf das er zuvor eingedrungen war. Gegen den Beschwerdeführer besteht damit der Verdacht der Begehung einer Straftat nach § 129 Abs. 1 und 2 StGB, einem Vergehen, das nach der in § 100a Abs. 2 Nr. 1 d) StPO enthaltenen Regelung per se als schwer einzuordnen ist. Die angeordnete Durchsuchungsmaßnahme war geeignet, die in dem Beschluss genannten Gegenstände und Unterlagen aufzufinden, die Aufschluss über die Struktur, Hinterleute oder Mittäter und über andere Mitglieder der Organisation geben können. Die Maßnahme war auch erforderlich. Es stand nicht zu erwarten, dass mildere Mittel zur Erlangung der in dem Beschluss genannten Gegenstände hätten führen können. Der mit der Durchsuchung verbundene Eingriff stand auch nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts. Es besteht der Verdacht, dass es sich bei der „Letzten Generation“ um eine kriminelle Vereinigung handelt, wobei in der Gesamtschau aufgrund der dem Beschwerdeführer konkret vorgeworfenen Tathandlung und unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertung in § 100a Abs. 2 Nr. 1 d) StPO nicht von einer Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat auszugehen ist.

3. Soweit der Beschwerdeführer in seinem Schriftsatz vom 03.08.2023 geltend gemacht hat, dass der Beschluss des Ermittlungsrichters vom 31.07.2023 (gemeint wohl 26.07.2023), mit dem der Ermittlungsrichter der Beschwerde gegen die Durchsuchungsbeschlüsse nicht abgeholfen habe, wegen eines Verstoßes gegen § 29 StPO offensichtlich fehlerhaft sei, da der Ermittlungsrichter das Ablehnungsgesuch vom 30.06.2023 bewusst ignoriert habe, ist das Vorbringen aufgrund des am 02.10.2023 – nach der Entscheidung über den Befangenheitsantrag - erlassenen Beschlusses des Ermittlungsrichters, mit dem er der Beschwerde nicht abgeholfen hat, überholt.

4. Anhaltspunkte, aus denen sich die Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme der bei der Durchsuchung aufgefundenen Gegenstände ergeben würden, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 StPO.

### C. Würdigung von Mark A. Zöller

Dass strafrechtliche Beschwerdeentscheidungen über den lokalen Kontext hinaus mit Spannung erwartet werden, zählt nicht gerade zum juristischen Alltag. Der vorstehend publizierte Beschluss der 2. Großen Strafkammer des LG München I vom 16.11.2023<sup>1</sup> bildet insoweit eine Ausnahme, als schon die Ausgangsentscheidung des AG München vom 16.05.2023<sup>2</sup> bundesweit für ein intensives Echo, nicht nur in der Fachwelt<sup>3</sup>, sondern auch in der allgemeinen Medienberichterstattung<sup>4</sup> gesorgt hatte. Die bei der Generalstaatsanwaltschaft München angesiedelte „Bayerische Zentralstelle zur Bekämpfung von Extremismus und Terrorismus“ führt aktuell ein Ermittlungsverfahren gegen mehrere Personen, die sich als Klimaaktivisten innerhalb der sog. Letzten Generation betätigen. Auf behördlichen Antrag hin erließ der zuständige Ermittlungsrichter beim AG München mehrere Beschlüsse, insbesondere Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse, die in insgesamt sieben Bundesländern vollstreckt wurden. Darin wird die „Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung i.S. von § 129 StGB eingestuft.

Nachdem das AG München der hiergegen gerichteten Beschwerde nicht abgeholfen hatte, wurde diese mit der Entscheidung des LG München I als unbegründet verworfen. Damit steht aber gerade nicht fest, dass es sich bei der Letzten Generation um eine kriminelle Vereinigung handelt.<sup>5</sup> Entscheidungsgegenstand war ausschließlich die Frage, ob der zuständige Ermittlungsrichter im Mai 2023 rechtmäßig gehandelt hat. Konkret ging es vor allem darum, ob zu diesem Zeitpunkt im Hinblick auf den Beschwerdeführer ein Anfangsverdacht wegen der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung bejaht werden durfte. Zwar sind die Anforderungen, die an das Bestehen eines strafprozessualen Anfangsverdachts i.S. von § 152 II StPO zu stellen sind, nicht allzu hoch.<sup>6</sup> Insofern genügt es

---

<sup>1</sup> Az.: 2 Qs 14/23.

<sup>2</sup> Az.: ER V Gs 5965/23.

<sup>3</sup> S. etwa *Kuhli/Papenfuß* KriPoZ 2023, 71 ff.; *Heger/Huthmann* KriPoZ 2023, 259 ff.; *Jahn/Wenglarczyk* JZ 2023, 885 ff.; *Schönberger/Naujoks*, in *VerfBlog* vom 08.11.2023 (<https://verfassungsblog.de/%c2%a7-129-stgb-und-die-erheblichkeit-der-erheblichkeit>).

<sup>4</sup> S. etwa <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/letzte-generation-durchsuchungen-104.html>.

<sup>5</sup> So aber der verbreitete Tenor in der Medienberichterstattung; vgl. nur *Bild-Zeitung* vom 24.11.2023: „Letzte Generation“ ist eine kriminelle Vereinigung – Selbst 5-Euro-Spenden sind jetzt illegal!, abrufbar unter <https://www.bild.de/news/inland/news-inland/letzte-generation-ist-kriminelle-vereinigung-selbst-5-euro-spenden-jetzt-illegal-86200654.bild.html>.

<sup>6</sup> *Jahn/Wenglarczyk* JZ 2023, 885, 886 f.

bereits, wenn nach kriminalistischer Erfahrung Anhaltspunkte vorliegen, die es nur als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde.<sup>7</sup> Sowohl ein Recht als auch eine Pflicht zum Einschreiten besteht für die Strafverfolgungsbehörden aber nur, wenn sich der Anfangsverdacht auf eine Straftat, also eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung richtet.<sup>8</sup>

Da die Letzte Generation ohne Zweifel eine „Vereinigung“ gemäß § 129 II StGB darstellt,<sup>9</sup> fokussiert sich die Betrachtung auf die Frage, ob diese auch als „kriminell“ einzustufen ist. Dazu müssten ihr Zweck oder ihre Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind. Zumindest nach eigenen Angaben verfolgen die unter ihrem Dach zusammengeschlossenen Aktivisten allerdings nicht das Ziel, Straftaten zu begehen. Vielmehr wollen sie durch Mittel des zivilen Ungehorsams Maßnahmen der Regierungen zur Einhaltung des Übereinkommens von Paris und des 1,5-Grad-Ziels erzwingen. Konkret wird ein gerechter Ausstieg aus Öl, Gas und Kohle bis zum Jahr 2030 gefordert. Für den Fall, dass sich die Bundesregierung nicht zutraut, diese Herausforderung anzugehen, soll sie einen Gesellschaftsrat einberufen, der entsprechende Maßnahmen erarbeitet.<sup>10</sup>

Um ihren Forderungen Nachdruck zu verleihen, nehmen die Aktivisten allerdings auch die Verwirklichung von Straftatbeständen in Kauf, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafen von zwei Jahren und mehr bedroht sind. Dazu zählen neben den in den vergangenen Monaten medial omnipräsenten Nötigungshandlungen (§ 240 I StGB) durch Festkleben auf Straßen auch weitere Delikte wie Widerstandshandlungen (§§ 113, 114 StGB) oder Sachbeschädigungen (§§ 303, 304 StGB). Insofern ist anerkannt, dass die Ausrichtung einer Vereinigung auf die Straftatenbegehung *weder ihr Endziel noch der Hauptzweck* sein muss.<sup>11</sup> Sie soll aber zumindest

---

<sup>7</sup> BVerfG NSTZ-RR 2004, 207; BGH NJW 1989, 97; *Mavany*, in Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 5/1, 27. Aufl. 2020, § 152 Rn.27; *Gercke*, in Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2023, § 152 Rn. 12.

<sup>8</sup> LR-*Mavany*, § 152 Rn. 37; HK-*Gercke*, § 152 Rn. 13.

<sup>9</sup> *Kuhli/Papenfuß* KriPoZ 2023, 71, 74; ebenso der Prüfvermerk E 4110/E/10/2022 der Berliner Senatsverwaltung vom 11.07.2023 zur möglichen Strafbarkeit der Mitglieder der Bewegung „Aufstand der letzten Generation“ wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung, S. 24.

<sup>10</sup> Vgl. <https://letztegeneration.org/forderungen/>.

<sup>11</sup> BGHSt 15, 259, 260; 27, 325, 326; 41, 47, 56; *Krauß*, in Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2020, § 129a Rn. 32; *Gazeas*, in Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020 § 129 Rn. 27; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 129 Rn. 17.

*mitprägenden Charakter* haben und darf nicht von lediglich untergeordneter Bedeutung sein.<sup>12</sup> Es entlastet die Letzte Generation damit nicht, dass die Durchführung für sich genommen strafbarer Protestaktion dieser Gruppierung nur als Mittel zur Erreichung eines übergeordneten und sozial wie rechtlich anerkennenswerten Zwecks (Klimaschutz) eingesetzt wird.<sup>13</sup> Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Begehung von Straftaten *nicht das einzige Mittel* zur Zielerreichung darstellt. Schließlich ist zu beobachten, dass sich die Aktivisten gerade unter dem zunehmenden Strafverfolgungsdruck verstärkt *legalen Protestformen* zugewandt haben. Dennoch ist dem LG München I zuzugestehen, dass jedenfalls das *öffentliche Erscheinungsbild* der Gruppierung vor allem durch die zahlreichen Straßenblockaden „wesentlich mitgeprägt“ sein dürfte, die jedenfalls beim Festkleben der Aktivisten auf dem Straßenbelag nach dem vorherrschenden (vergeistigten) Gewaltbegriff<sup>14</sup> die Tatbestandsvoraussetzungen des Nötigungstatbestandes (§ 240 I StGB) erfüllen. Damit lässt sich eine Ausrichtung auf die Begehung von Straftaten i.S. von § 129 I StGB für sich genommen bejahen.

Nach überwiegender Auffassung,<sup>15</sup> die sich auch auf den Willen des Gesetzgebers berufen kann,<sup>16</sup> fallen allerdings nur solche Vereinigungen unter den Tatbestand des § 129 StGB, die eine *erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit* darstellen. Mit dieser ungeschriebenen Voraussetzung wird zutreffend dem Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* Rechnung getragen. Schließlich bewirkt die Einstufung als kriminelle Vereinigung eine deutliche Vorverlagerung der Strafbarkeit, sodass keine Verdachtsmomente für konkret geplante Einzeltaten mehr dargelegt werden müssen. Zudem fungiert § 129 StGB auch als „Türöffner“ für weitere grundrechtsintensive Ermittlungsmaßnahmen wie die Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) oder die Online-Durchsuchung (§ 100b StPO).<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> BGHSt 41, 47, 56; *Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 129 Rn. 7; AnwK-Gazeas, § 129 Rn. 27.

<sup>13</sup> *Kuhli/Papenfuß* KriPoZ 2023, 71, 74.

<sup>14</sup> Vgl. nur BVerfGE 104, 92; BGHSt 41, 182; krit. *Zöller* GA 2004, 147 ff.

<sup>15</sup> BGHSt 41, 47, 51; BGH StV 2018, 95; BayObLG StV 1998, 265, 266; MüKo-Schäfer/Anstötz, § 129 Rn. 42; *Stein/Greco*, in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 32; Schönke/Schröder-*Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, § 129 Rn. 6; a.A. *Kuhli/Papenfuß* KriPoZ 2023, 71, 74.

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 10.

<sup>17</sup> *Heger/Huthmann* KriPoZ 2023, 259.

Das unbestimmte Schutzgut der öffentlichen Sicherheit<sup>18</sup> wird typischerweise als „Zustand relativer Freiheit aller Bürger von Gefahren für Leben, Gesundheit und Sachgüter durch rechtswidrige Angriffe sowie das Vertrauen der Bevölkerung auf dieser Existenz dieser relativen Freiheit“<sup>19</sup> beschrieben. Um eine Verletzung festzustellen, soll nach der Rechtsprechung eine umfassende Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung sämtlicher Umstände des Einzelfalls anzustellen sein.<sup>20</sup> Dabei komme es über das tatbestandliche Unrecht der Bezugstaten der Vereinigung hinaus auch auf die sonstigen, für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bedeutsamen Begleitumstände an.<sup>21</sup> Nach Ansicht des LG München I soll es dabei nicht um ein allgemeines Unsicherheitsgefühl, sondern darum gehen, dass der gesellschaftliche Diskurs durch illegitime Mittel verletzt wird, indem eine Gruppierung versucht, sich – gegebenenfalls moralisch überhöhend – über die rechtsstaatliche Ordnung und die konsentierten Formen der demokratischen Abläufe zu stellen. Damit wird das Erfordernis des Rechtsgutsbezugs unzulässigerweise durch die eigene moralische Ablehnung der von der Letzten Generation eingesetzten Mittel ersetzt. Zudem führt ein mehrheitlich missbilligter Rückgriff auf illegitime Mittel im gesellschaftlichen Diskurs nicht zwangsläufig zu Gefahren für Rechtsgüter des Einzelnen und Vertrauensverlust. Blickt man stattdessen auf die konkreten Begleitumstände der von den Aktivisten begangenen Taten, so sind diese typischerweise Ausdruck eines „gewaltfreien Widerstandes“. Die Aktivisten setzen sich im Regelfall gerade nicht aktiv gegen etwaige Festnahmen oder sonstige Maßnahmen durch Polizeibeamte zur Wehr. Auch wenn schon dieser passive Widerstand per se strafbar sein mag, führt er doch nicht dazu, dass die Bevölkerung den Eindruck erlangen könnte, ihre Individualrechtsgüter könnten von staatlicher Seite nicht mehr geschützt werden. Im Übrigen richten sich die Aktionen der Letzten Generation typischerweise nicht unmittelbar gegen Individualrechtsgüter. Vielmehr finden Blockaden oder Schmierereien meist im öffentlichen Raum, auf Straßen oder in Museen, statt, und werden dort meist zeitnah aufgelöst bzw. beseitigt. Dass man als Bürger *nur mittelbar und mit geringer Intensität betroffen* ist, etwa eine Zeit lang im Stau steht oder ein Bau- oder Kunstwerk

---

<sup>18</sup> Zur Kritik nur *Zöller*, Terroristmusstrafrecht, 2009, S. 514 ff. m.w.N.

<sup>19</sup> S. nur SK/StGB-*Stein*, § 125 Rn. 19 m.w.N.

<sup>20</sup> BGHSt 41, 47, 51; 57, 14, 17 f.

<sup>21</sup> BGHSt 41, 47, 51 ff.; BGH NJW 1995, 3395, 3396.

nicht in seiner Ursprungsgestalt bewundern kann, begründet damit keine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

Im Übrigen entfällt eine Strafbarkeit nach § 129 StGB ohnehin mit Blick auf den *Ausschlussgrund des § 129 III Nr. 2 StGB*. Dieser trägt der Tatsache Rechnung, dass in den hier bezeichneten Fällen die Gefahr einer in der Vereinigungsstruktur angelegten Eigendynamik nicht besteht.<sup>22</sup> Praktische Bedeutung hat diese Vorschrift vor allem bei Vereinigungen, die politische Ziele verfolgen.<sup>23</sup> Dass die Straftatbegehung für die Letzte Generation nur eine „Tätigkeit“ von untergeordneter Bedeutung ist, wird sich zwar nur schwerlich behaupten lassen. Allerdings stellt der Wortlaut des § 129 III Nr. 2 StGB auch auf den „Zweck“ der Vereinigung ab. Ein Ausschluss der Strafbarkeit ist insofern selbst dann zu bejahen, wenn Straftaten häufiger begangen werden, diese jedoch eher geringfügiger Natur sind und nur einen nebensächlichen Zweck aufweisen.<sup>24</sup> Trotz aller damit verbundenen Ärgernisse sind Farbschmierereien oder Sitzblockaden der Letzten Generation regelmäßig eindeutig der Bagatellkriminalität zuzurechnen. Ihre Begehung schafft vor allem Aufmerksamkeit für ihre eigentlichen Forderungen und Ziele und dient im Vergleich hierzu somit einem bloßen *Nebenzweck*. Auf das äußere Erscheinungsbild für sog. informierte Dritte kann es somit richtigerweise im Kontext von § 129 III Nr. 2 StGB nicht ankommen.<sup>25</sup> Schließlich muss der subjektive Eindruck für Außenstehende nicht mit dem objektiven Gefährdungspotenzial einer Vereinigung übereinstimmen.

---

<sup>22</sup> SK/StGB-Stein/Greco, § 129 Rn. 40.

<sup>23</sup> SK/StGB-Stein/Greco, § 129 Rn. 40.

<sup>24</sup> BGHSt 41, 47, 52 m.w.N.

<sup>25</sup> So aber die überwiegende Ansicht, vgl. BGHSt 41, 47, 56 f.; MüKo/StGB-Schäfer/Anstötz, § 129 Rn. 72.