

# NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold  
Kristina Peters  
Nina Schrott

## AUFSÄTZE

Strafrechtlicher Schutz digitaler Gegenstände  
–Teil 1  
KAI CORNELIUS

Das „Ordnungswidrigkeitenrecht 2.0“ oder: die dunkle Seite der Kontingenz  
PAUL KRELL

Entanonymisierung von politischen Social-Media-Influencer:innen als Problem  
des Strafrechts? Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 126a StGB  
ALESSANDRO GIANNINI & GEORG KÖPFERL

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Zum Umfang der Aufklärungspflicht bei Standardunterschreitungen  
BGH, Urteil vom 13.8.2025 – 5 StR 55/25  
JOHANNES PORZELLE

Strafrechtliche Möglichkeiten zur Triageregulung: Anforderungen nach dem  
Triage-II-Beschluss  
BVerfG, Beschluss vom 23.9.2025 – 1 BvR 2284/23 und 2285/23  
THERESA SCHMITT

## Strafrechtlicher Schutz digitaler Gegenstände – Teil 1

Kai Cornelius, Hamburg\*

### ABSTRACT

In zwei zusammenhängenden Beiträgen wird untersucht, inwieweit für Konstellationen des Entzugs (Teil 1), aber auch der Erschaffung (Teil 2) virtueller Gegenstände in Online-Communities der „klassische“ Eigentums- und Vermögensschutz des StGB greift. Dies betrifft die strafrechtliche Einordnung digitaler Gegenstände und ihre rechtliche Zuordnung aufgrund ihrer Existenz in einer virtuellen Welt. Es wird sich zeigen, dass der wirtschaftliche Wert von Daten im Rahmen der Vermögensdelikte im engeren Sinne (wie Betrug und Untreue) ebenso geschützt sind wie verkörperte Vermögenswerte. Dagegen zeigt sich im Bereich der Eigentumsdelikte (wie Diebstahl und Unterschlagung), dass für digitale Gegenstände *de lege lata* kein vergleichbarer strafrechtlicher Schutz wie für körperliche Sachen existiert, weshalb schließlich ein Vorschlag *de lege ferenda* erarbeitet wird.

### A. Einleitung

Während das Strafgesetzbuch im 19. und 20. Jahrhundert primär um den Schutz körperlicher Integrität und physischen Eigentums herum konzipiert wurde, findet wertbildende Interaktion im 21. Jahrhundert zunehmend im digitalen Raum statt. Die ökonomische Relevanz digitaler Gegenstände wurde durch aktuelle Entwicklungen im Bereich des „Web3“, das Aufkommen des „Metaverse“ und die damit verbundene Etablierung von kryptografischen Vermögenswerten („Crypto-Assets“) und Non-

---

\* RiOLG Prof. Dr. Kai Cornelius, Universität Hamburg. Kontakt: [kai.cornelius@uni-hamburg.de](mailto:kai.cornelius@uni-hamburg.de).

Für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung dieses Manuskriptes bedanke ich mich herzlich bei Rechtsanwältin Dr. Anja Holzer.



Fungible Tokens (NFTs) massiv gesteigert. In Online-Communities, insbesondere in sogenannten *Massively Multiplayer Online Role-Playing Games* (MMORPGs) wie *World of Warcraft* (WoW),<sup>1</sup> auf Plattformen der Creator Economy wie *Roblox* und *Fortnite* sowie in virtuellen Ökonomien wie *Decentraland*, werden insgesamt Milliardenumsätze generiert. Allein der (deutsche) Games-Markt wird, insbesondere für In-Game-Items, stetig größer und konnte in den letzten Jahren Zuwächse von 17-32 % verzeichnen.<sup>2</sup> Ein – auch für die strafrechtliche Diskussion – wichtiger Aspekt ist der Wandel vom reinen Konsum zur Produktion. In Plattformen wie *Roblox* und *Fortnite* sind Nutzer nicht mehr nur Spieler, sondern Ersteller (Creators) von Inhalten, die dafür direkt entlohnt werden. *Roblox* zahlte von März 2024 bis März 2025 mehr als eine Milliarde US-Dollar an seine Entwickler-Community aus.<sup>3</sup> Auch *Fortnite* schüttete im Jahr 2024 über 350 Millionen US-Dollar an Ersteller von „Fortnite Islands“ aus. Nutzer investieren nicht nur erhebliches Kapital, sondern auch Zeit und Arbeitskraft („Grinding“), um virtuelle Güter zu erwerben oder zu erschaffen. Für diese Personen sind die virtuellen Güter (selbst erstellte Spiele, Kleidung für Avatare) keine Spielgegenstände, sondern das Betriebsvermögen ihres Unternehmens.

## I. Virtuelle Welten

Ein paradigmatisches Beispiel für die Langlebigkeit und monetäre Potenz virtueller Welten ist das von Blizzard Entertainment entwickelte *World of Warcraft*.<sup>4</sup> Seit seiner Veröffentlichung im Jahr 2004 hat das Spiel eine persistente Ökonomie etabliert, die auf dem Erwerb, Besitz und Handel virtueller Ausrüstungsgegenstände basiert. Während ein Computerspiel durch den jeweiligen Nutzer jederzeit an- und ausstellbar ist, bleibt die virtuelle Welt erhalten und kann sich – entsprechend den zu Grunde liegenden Spielregeln – auch verändern (sog. Metaversum oder Metaverse). Damit ist der einzelne Nutzer zwar jederzeit in der Lage, sich ein- oder

---

<sup>1</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Virtuelle Güter bei Computerspielen – Begriff, rechtlicher Hintergrund und wirtschaftliche Bedeutung, WD 10-3000-085/11, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/412052/a2ff34407556f84c8b5a31e90db0df8c/WD-10-085-11-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>2</sup> Falk in Hentsch/Falk (Hrsg.), Games und Recht, 2023, § 1 Rn. 5; Anderie in Hentsch/Falk (Hrsg.), Games und Recht, 2023, § 17 Rn. 50.

<sup>3</sup> Vgl. <https://corp.roblox.com/newsroom/2025/09/roblox-annual-economic-impact-report> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>4</sup> Vgl. die Statistik für World of Warcraft, abrufbar unter: <https://icon-era.com/blog/world-of-warcraft-live-player-count-and-statistics.167/> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

auszuloggen, hat aber über den Fortgang der virtuellen Welt und die Aktionen der anderen Nutzer nach dem Ausloggen keine Kontrolle mehr.<sup>5</sup> Insofern kann man die virtuelle Welt als eine Art „Verlängerung des Internets“ bezeichnen.<sup>6</sup> Nachdem sich der Nutzer eingeloggt hat, bewegt er sich mit seiner Spielfigur in der künstlich erzeugten Umgebung.<sup>7</sup> Das Ziel eines Teilnehmers besteht darin, seinen Avatar zu verbessern und für diesen neue Kleider, Ausrüstungsgegenstände oder Waffen zu erwerben, denn vom jeweiligen Entwicklungsstand des Avatars ist es abhängig, welche Aufgaben gelöst werden können bzw. welchen „sozialen“ Status der Teilnehmer in der virtuellen Welt über seine Spielfigur genießt.<sup>8</sup>

## II. Differenzierung zwischen zentralisierten und dezentralisierten Systemen

Bei Daten als Grundbaustein digitaler Güter handelt es sich im Ausgangspunkt um nicht-rivale (weil eine Nutzung des Gutes durch mehrere Personen gleichzeitig möglich ist), nicht-exklusive (da man mit ihnen von ihrer Natur aus unbegrenzt und nicht auf eine Person bezogen handeln kann) und nicht-abnutzbare Gegenstände.<sup>9</sup> Ein digitales Gut unterliegt, sobald es einmal entwickelt ist, theoretisch keiner mengenmäßigen Einschränkung. Es ist, ohne dass dabei Qualitätsverluste entstehen, unendlich teilbar.<sup>10</sup> Der Nutzen der Güter hängt von der Art der jeweiligen Community ab. Bei Online-Spielen wird es sich regelmäßig um funktionale Gegenstände handeln (wie z.B. Rüstung oder Waffen einer Spielfigur). Mit diesen Items können die Teilnehmer individuelle Avatare als grafische Stellvertreter einer echten Person in der virtuellen Welt gestalten.<sup>11</sup>

Allerdings stellen virtuelle Welten wie MMORPGs in der Regel geschlossene Systeme dar. Items sind – in Abgrenzung zur Grunddatenstruktur des Online-Spiels – veränderbare Objekte (sog. Entities) und werden im

---

<sup>5</sup> Nänni, Vertrag über die Nutzung virtueller Welten, 2008, S. 3; vgl. zur Funktionsweise virtueller Welten auch Habel MMR 2008, 71, 72; Psczolla, Onlinespielrecht, 2008, S. 5.

<sup>6</sup> Hilgendorf JZ 2024, 677, 683, 686. So bereits Darstellung bei Lodder in Cornelius/Hermann (Hrsg.), Virtual Worlds and Criminality, 2011, 80.

<sup>7</sup> Cornelius, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 434.

<sup>8</sup> Ebenda.

<sup>9</sup> Hoeren MMR 2023, 32, 36.

<sup>10</sup> Diemar, Die digitale Kopie zum privaten Gebrauch, 2002, S. 8; Bosch, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 145.

<sup>11</sup> Cornelius, in Leupold/Glossner IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10, Rn. 433.

jeweiligen Nutzerbestand (sog. Armory) gespeichert.<sup>12</sup> Das Aussehen und die Eigenschaften der virtuellen Gegenstände werden durch einen Eintrag in einer (Item-)Datenbank definiert, während in einer anderen (Charakter-)Datenbank festgeschrieben ist, wie die Zuordnung zu dem jeweiligen Nutzer erfolgt.<sup>13</sup> Diese Zuordnung wird durch einen zentralen Server (Provider) kontrolliert. So existiert ein „Schwert“ als Datenbank-eintrag, der mit dem Avatar des Spielers verknüpft ist. Diese Items sind an die entsprechende Softwareumgebung gebunden, also nur dort existierende Gebilde.<sup>14</sup> Trotz der Kontextgebundenheit ist die Zuordnung der Items zu den Nutzern, so z.B. durch einverständlichen Rechtskauf i.S.v. § 453 BGB,<sup>15</sup> änderbar.

Im Gegensatz dazu zielen Blockchain-basierte Metaversen wie *Decentraland* explizit auf die Monetarisierung und Übertragbarkeit virtueller Güter ab. Hier werden virtuelle Grundstücke (LAND) als Non-Fungible Tokens (NFTs) gehandelt. Die Zuordnung wird nicht durch einen zentralen Intermediär, sondern durch ein dezentrales Ledger (Distributed Ledger Technology) gesichert. Dies ermöglicht eine Form der „digitalen Einzigartigkeit“, die der physischen Einzigartigkeit nahekommt. Insoweit handelt es sich um rivale Wirtschaftsgüter.<sup>16</sup> Dabei kommt es jeweils auf die Datengenauigkeit und -zuordnung an.<sup>17</sup>

### III. Strafrechtliche Risiken

Ein Eingriff in die Ökonomie virtueller Welten, etwa durch den „Diebstahl“ von High-End-Accounts oder seltenen Gegenständen (die auf dem grauen Markt oft tausende Euro wert sind), ist somit ein direkter Angriff auf wertschöpfende Prozesse. Hier tritt eine eklatante Diskrepanz zwischen dieser ökonomischen Realität und der strafrechtlichen Erfassung in Deutschland zutage: Während der Diebstahl eines physischen Gegenstandes von geringem Wert, etwa eines Schokoriegels im Supermarkt, zweifelsfrei den Tatbestand des § 242 StGB erfüllt, stößt das deutsche Strafrecht bei der Entwendung eines virtuellen Gegenstandes – unab-

---

<sup>12</sup> Für einen Überblick über die Funktionsweise siehe *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, 2014, S. 26 ff.; *Heghmanns/Kusnik* CR 4 (2011), 248.

<sup>13</sup> *Nänni*, Märkte virtueller Welten, 2008, S. 4; *Psczolla*, Onlinespielrecht, 2008, S. 5.

<sup>14</sup> *Mössner*, in BeckOGK BGB, Stand: 01.03.2025, § 90 Rn. 98.

<sup>15</sup> *Mössner*, in BeckOGK BGB, Stand: 01.03.2025, § 90 Rn. 101.

<sup>16</sup> *Rieländer* ZEuP 2024, 769, 790.

<sup>17</sup> *Ewert* in Hentsch/Falk (Hrsg.), Games und Recht, 2023, § 19 Rn. 84 f.

hängig von dessen Wert – an seine dogmatischen Grenzen. Das Kernproblem liegt in der Interpretation des Sachbegriffs und der Anwendbarkeit der Computerstraftatbestände auf Sachverhalte, bei denen keine technische Manipulation im Sinne eines „Hackings“ vorliegt, sondern lediglich eine unbefugte Übertragung von Werten innerhalb der technisch zulässigen Systemlogik. Es wird aufgezeigt, dass die fehlende Kriminalisierung des reinen „Datenentzugs“ nicht nur eine dogmatische Lücke darstellt, sondern ein erhebliches Risiko für die Integrität digitaler Märkte und die Rechtssicherheit der Nutzer birgt.

Dabei muss für die strafrechtliche Bewertung grundsätzlich differenziert werden: Handlungen, die regelkonform sind, d.h. die Grenzen des Metaversums nicht verlassen und nicht in die reale Welt durchschlagen, sollen straffrei sein, so z.B. spielimmanente Tötungs- und Wegnahmehandlungen in kriegsähnlichen Metaversen (bloße virtuelle Kriminalität).<sup>18</sup> Vielmehr muss das jeweilige Verhalten aus der „real world“-Perspektive betrachtet und auf seine Strafbarkeit untersucht werden, d.h. beispielsweise, ob die mutmaßliche Straftat äquivalent-kausal zum Verlust eines Vermögenswertes mit realem Wert geführt hat und dem menschlichen Akteur objektiv zugerechnet werden kann (sog. virtuelle Kriminalität).<sup>19</sup> Ein Normverstoß kann nach Maßgabe der Möglichkeiten nur dann vorliegen, wenn der Täter entweder den technischen Rahmen (z.B. die Betriebssoftware) der virtuellen Umgebung oder den Willen des Opfers durch unangemessene Maßnahmen wie Täuschung oder Gewalt manipuliert; ansonsten bestehen im Rahmen der Möglichkeiten des Metaversums keine offensichtlichen Handlungsverbote und -gebote.<sup>20</sup>

Spätestens sobald digitale Gegenstände in echtes Geld umgetauscht werden können, wird deutlich, dass sich ein Betrug (vgl. Szenario 2) in virtuellen Welten genauso lohnt wie in der realen Welt. Diese Folge gilt ebenso für die unberechtigte Wegnahme bzw. das Behalten von in der jeweiligen virtuellen Welt bedeutsamen Items (vgl. Szenario 1). Die nachfolgenden Szenarien orientieren sich dabei an zentralisierten virtuellen Welten,

---

<sup>18</sup> Eckstein in Rüdiger/Pfeiffer (Hrsg.), *Game! Crime?*, 2015, 199, 205.

<sup>19</sup> Cornelius in ders./Hermann (Hrsg.), *Virtual Worlds and Criminality*, 2011, 105 f.; so auch Hilgenhof JZ 2024, 677, 684.

<sup>20</sup> Cornelius in ders./Hermann (Hrsg.), *Virtual Worlds and Criminality*, 2011, 107; Bosch, *Straftaten in virtuellen Welten*, 2018, S. 268 ff., 283 sieht dagegen keine Straffreiheit für solche Handlungen, die gegen das vom Hersteller aufgestellte Regelwerk verstoßen.

wobei im zweiten Teil der Ausarbeitung auch ein vergleichender Blick auf dezentralisierte virtuelle Welten geworfen wird.

## **B. Szenario 1: Keine Täuschung**

Wenden wir uns zur Veranschaulichung dem folgenden Ausgangsfall zu:

*A hat für die Dauer eines geplanten zweiwöchigen Urlaubs sein besonders kampfkraftiges (virtuelles) Schwert zu dem Account des in derselben virtuellen Welt aktiven B übertragen. Dabei waren sich beide einig, dass B dieses Schwert nach dem Urlaubsende von A wieder an diesen zurück überträgt. Bevor dies geschieht, kommt B in Geldnot und verkauft dieses Schwert für 5.000 € an C, der es nun nutzt. Die Übertragungen erfolgen jeweils auf dem vom Provider dafür vorgesehenen Wege, ohne dass technische Manipulationen vorgenommen werden.*

Offensichtlich ist, dass mangels Täuschung kein Betrug (§ 263 StGB) vorliegt, da B im Zeitpunkt der Entleihe des Schwertes durch A noch keinen Vorsatz hatte, dieses nicht zurückzugeben. Selbst wenn das Schwert als urheberrechtsfähig angesehen wird, ist die Weitergabe keine Vervielfältigung. Denn beim Transfer des Schwertes wird keine „Kopie“ im Sinne einer Verdoppelung erstellt: In der „Item-Datenbank“ kommt es nicht zu Veränderungen, nur in der „Charakter-Datenbank“ mit der Zuordnung der virtuellen Gegenstände zu den jeweiligen Nutzern werden Datenbankreferenzen umgeschrieben. Ebenso wenig kommt eine Strafbarkeit wegen des Ausspähens von Daten (§ 202a StGB) in Betracht, da B keine Zugangssicherung überwinden muss, sondern dieser das Schwert im Einverständnis mit A bekommt. Dass auch die Eigentumsdelikte (Diebstahl und Unterschlagung) sowie Untreue und Datenveränderung ausscheiden, wird nachfolgend näher beleuchtet.

## **I. Eigentumsdelikte**

Der zentrale Anknüpfungspunkt für Eigentumsdelikte ist der Begriff der „Sache“. Gemäß § 242 StGB (Diebstahl) und § 246 StGB (Unterschlagung) muss das Tatobjekt eine Sache sein.

### **1. Der Sachbegriff und das Körperlichkeitsdogma**

Das Strafgesetzbuch selbst sieht keine Definition für den Begriff der Sache vor. Unter Sache wird dabei – insoweit in Übereinstimmung mit

§ 90 BGB – ein körperlicher Gegenstand verstanden, unabhängig davon, ob dieser strafrechtsautonom<sup>21</sup> oder zivilrechtakzessorisch<sup>22</sup> bestimmt wird.<sup>23</sup> Zwar sind digitale Gegenstände in virtuellen Welten individualisierbar und ihnen wird eine beschränkte Verkehrsfähigkeit zugesprochen,<sup>24</sup> sie weisen jedoch keine Sachqualität auf, da sie nicht körperlich sind.<sup>25</sup>

Denn die Körperlichkeit als Wesensmerkmal des Sachbegriffs setzt räumliche Abgrenzbarkeit sowie Fassbarkeit voraus.<sup>26</sup> Zwar erwecken virtuelle Güter durch ihre Visualisierung den Anschein, auch in der virtuellen Welt körperlich zu sein,<sup>27</sup> wegen der tatsächlich fehlenden Körperlichkeit in der realen Welt kommt ihnen in rechtlicher Hinsicht jedoch keine Sacheigenschaft zu.<sup>28</sup> Virtuelle Objekte bleiben graphische Darstellungen aus Datenpixeln, sodass ein physischer Zugriff denklogisch ausgeschlossen ist. Eine Anknüpfung an die Verkörperung des Speichers, auf dem sich die Daten befinden, scheitert an der fehlenden Abgrenzbarkeit der Daten, welche den digitalen Gegenstand generieren, zur übrigen (durch ein Computerprogramm erzeugten) virtuellen Welt.<sup>29</sup>

## 2. Rechtsvergleich und Kritik des deutschen Sachbegriffs

Dieses Erfordernis der Körperlichkeit beim Sachbegriff ist nach deutschem Verständnis eindeutig. Allerdings zeigt ein vergleichender Blick auf den niederländischen Diebstahlstatbestand, dass durchaus auch ein anderer Weg möglich ist. So ist Art. 310 NL-StGB von einem Körperlichkeitskriterium entkoppelt und der Sachbegriff („enig goed“) weiter

---

<sup>21</sup> Wittig, in BeckOK StGB, 64. Ed. 01.02.2025, § 242 Rn. 4; Schmidt, in Matt/Renzikowski StGB, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 4.

<sup>22</sup> Heger, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 31. Auflage 2025, § 242 Rn. 2; Schmitz, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, § 242 Rn. 25.

<sup>23</sup> Kindhäuser/Hoven, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 9; Bosch, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 9.

<sup>24</sup> Bosch, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 149; Mössner, in BeckOGK BGB, Stand: 01.03.2025, § 90 Rn. 98.

<sup>25</sup> So Wittig, in BeckOK StGB, 64. Ed. 01.02.2025, § 242 Rn. 4.1; Kindhäuser/Hoven, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 10.

<sup>26</sup> Mössner, in BeckOGK BGB, Stand: 01.03.2025, § 90 Rn. 99; Schmidt, in Matt/Renzikowski StGB, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 4; Schmitz, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, § 242 Rn. 25.

<sup>27</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Virtuelle Güter bei Computerspielen – Begriff, rechtlicher Hintergrund und wirtschaftliche Bedeutung, WD 10-3000-085/11, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/412052/a2ff34407556f84c8b5a31e90db0df8c/WD-10-085-11-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>28</sup> Büchner, Die rechtlichen Grundlagen der Übertragung virtueller Güter, 2011, S. 47 ff.; Hinderberger, Der Entzug virtueller Gegenstände, 2014, S. 50.

<sup>29</sup> Mössner, in BeckOGK BGB, Stand: 01.03.2025, § 90 Rn. 99.



gefasst.<sup>30</sup> Ähnlich ist auch der französische Diebstahlstatbestand ausgestaltet.<sup>31</sup>

Letztlich geht dies schon auf die Rechtsprechung des *Hoge Raad* (Oberster Gerichtshof der Niederlande) zum Elektrizitätsdiebstahl zurück, in welcher die Anwendbarkeit der Vorschrift zum Diebstahl auch bei dem Entzug elektrischer Energie festgestellt wurde.<sup>32</sup> Dabei ist es entscheidend, ob das strafrechtlich geschützte „Gut“ für den Besitzer einen Wert hat, also ob es sich um einen subjektiven Wert handelt.<sup>33</sup>

An diese Rechtsprechung hat der *Hoge Raad* in seiner „Runescape“-Entscheidung zum Diebstahl virtueller Gegenstände angeknüpft. Dort zwangen die Täter das Opfer im realen Leben unter Androhung von Gewalt (Schläge und Bedrohung mit einem Messer), sich in seinen Runescape-Account einzuloggen und wertvolle virtuelle Gegenstände (eine Maske und ein Amulett) auf den virtuellen Boden zu werfen („drop“), damit die Täter sie mit ihren Avataren aufsammeln konnten.<sup>34</sup> Da zwar der Gewahrsamsübergang im virtuellen Bereich, aber das maßgebliche Nötigungsgeschehen in der „echten“ Welt erfolgt ist (virtuelle Kriminalität), fand nationales Strafrecht anstatt virtueller Schlichtungsmaßnahmen Anwendung.<sup>35</sup> Die Verteidigung argumentierte, dass virtuelle Güter keine „Güter“ im Sinne des niederländischen Diebstahlparagrafen seien, da sie immateriell sind und eigentlich dem Spielehersteller (Jagex) gehören. Der *Hoge Raad* verwarf diese Argumentation und definierte virtuelle Gegenstände als „Goed“ (Gut) anhand der folgenden drei Kriterien: Zunächst muss das Opfer die *alleinige* tatsächliche Verfügungsgewalt über die Gegenstände innerhalb der Spielwelt haben. Außerdem müssen die

---

<sup>30</sup> Dieser lautet: „Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.“ In Übersetzung: „Wer ein fremdes Gut ganz oder teilweise in der Absicht entwendet, es sich rechtswidrig anzueignen, wird wegen Diebstahls mit Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren oder mit Geldstrafe vierter Klasse bestraft.“

<sup>31</sup> Art. 311-1 Code pénal: „Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui“, was so viel bedeutet wie: „Diebstahl begeht, wer eine fremde Sache arglistig entwendet“. Wobei Art. 311-2 Code pénal die elektrische Energie der Sache gleichstellt, sie hiervon also nicht umfasst sieht.

<sup>32</sup> Hooge Raad, Entscheidung vom 23.5.1921, Nederlandse Jurisprudentie 1921, 564.

<sup>33</sup> *Steur*, Grenzen van rechtsobjecten, 2003, S. 82.

<sup>34</sup> Hoge Raad (Oberster Gerichtshof der Niederlande), Urteil vom 31.1.2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2012:BQ9251> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>35</sup> Ausführlich dazu *Lodder* in Cornelius/Hermann (Hrsg.), *Virtual Worlds and Criminality*, 2011, 87 ff.; *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 78 f.

Gegenstände einen Wert für den Spieler repräsentieren, resultierend aus der Zeit und Mühe („Arbeit“), die in ihre Erlangung investiert wurde, sowie ihrem Marktwert in der Community. Schließlich muss das Opfer diese Herrschaft durch die Nötigung zur Übergabe verloren und der Täter diese erlangt haben.<sup>36</sup>

Das Gericht zog eine explizite Analogie zu einem Urteil von 1921, in dem Elektrizität erstmals als stehlbares Gut anerkannt wurde.<sup>37</sup> Obwohl Elektrizität nicht körperlich ist, hat sie einen wirtschaftlichen Wert und ist übertragbar. Diese teleologische Auslegung ermöglichte die Bestrafung wegen Diebstahls, anstatt auf weniger passende Delikte auszuweichen.

Eine weitere Verurteilung wegen Diebstahls von virtuellen Gütern (und „Hacking“ gem. Art. 138a II NL-StGB) erging in einem Fall, in dem die Täter in dem Onlinespiel „Habbo Hotel“ durch Erschleichen der Zugangsdaten mittels einer „Phishing“-Mail dem Account des Opfers virtuelle Möbelstücke entzogen und auf ihre Accounts übertrugen,<sup>38</sup> obwohl dieses Geschehen sich ausschließlich in der virtuellen Welt abspielte.<sup>39</sup>

Diesen Verurteilungen liegt zugrunde, dass unter den Sachbegriff i.S.d. Art. 310 NL-StGB in der niederländischen Rechtsprechung jedes vermögenswerte Gut (d.h. Gegenstände, Ressourcen, Giralgeld o.Ä.) subsumiert wird. Daher können auch immaterielle Items, die ihren Wert ausschließlich in der virtuellen Welt ausschöpfen, als Sache verstanden werden. Virtuelle Güter sind nach der niederländischen Rechtsprechung auch wegnahmefähig, da der Nutzer zwar – ähnlich einem Reisepass –

---

<sup>36</sup> Hoge Raad (Oberster Gerichtshof der Niederlande), Urteil vom 31.1.2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2012:BQ9251> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>37</sup> Ebenda wird ausgeführt: „Het hof dient thans de vraag te beantwoorden of een virtueel voorwerp een goed is in de zin van artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht. De gedachte dat aan de eis van stoffelijkheid moet zijn voldaan wil een goed binnen de reikwijdte van genoemd artikel vallen is reeds sedert het Elektriciteitsarrest uit 1921 verlaten. Dat elektriciteit een vermogensobject met een gebruikswaarde betrof – en betreft – werd door de Hoge Raad destijds van grotere betekenis geacht voor het antwoord op de vraag of het al dan niet om een voor diefstal vatbaar goed ging, dan het onstoffelijke karakter ervan.“ Dies bedeutet übersetzt (mit Unterstützung von DeepL): „Das Gericht muss nun die Frage beantworten, ob ein virtuelles Objekt eine Sache im Sinne von Artikel 310 des Strafgesetzbuches ist. Die Vorstellung, dass die Anforderung der Materialität erfüllt sein muss, damit eine Sache in den Anwendungsbereich des genannten Artikels fällt, wurde bereits seit dem Elektrizitätsurteil von 1921 aufgegeben. Dass es sich bei Elektrizität um einen Vermögensgegenstand mit Gebrauchswert handelte – und handelt –, wurde vom Obersten Gerichtshof damals für die Beantwortung der Frage, ob es sich um eine diebstahlfähige Sache handelte, für bedeutender angesehen als deren immaterieller Charakter.“

<sup>38</sup> Rechtbank Amsterdam, Urteil vom 2.4.2009, abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2009:BH9791> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>39</sup> Lodder in Cornelius/Hermann (Hrsg.), *Virtual Worlds and Criminality*, 2011, 92.

ohne deren rechtlicher Eigentümer zu sein, dennoch die exklusive und (vermeintlich) ungestörte Verfügungsgewalt über sie ausübt und die Güter zum nächsten Gewahrsamsinhaber verschieben kann.<sup>40</sup>

Die niederländische Rechtsprechung entkoppelt den Sachbegriff von der Körperlichkeit und stellt auf die Beherrschbarkeit und den Vermögenswert ab. Damit stellt der niederländische Diebstahlstatbestand heutzutage statt eines reinen Eigentumsdelikts ein verkapptes Vermögensdelikt dar, was sich auch daran zeigt, dass hierunter sogar der unbefugte Transfer von Giralgeldern über Konten subsumiert wurde.<sup>41</sup>

Dieser Blick auf das niederländische Strafrecht zeigt zwar, dass das Körperlichkeitskriterium eine normative Entscheidung und keine Naturgesetzlichkeit ist. Für das deutsche Strafrecht bleibt dieser Weg jedoch *de lege lata* versperrt. Denn die Entwicklung in der niederländischen Rechtsprechung steht im scharfen Kontrast zur deutschen Rechtsprechung. So hat das deutsche *Reichsgericht* eine Subsumtion von Elektrizität unter den Sachbegriff des vergleichbaren § 242 StGB als unvereinbar angesehen, was eine Reaktion des Gesetzgebers mit der Schaffung des § 248c StGB notwendig machte.<sup>42</sup> Das Erfordernis der Körperlichkeit hat sich seitdem im deutschen Strafrecht tradiert. Der deutsche Gesetzgeber hat im Fortgang bewusst technische Äquivalenztatbestände zur Trennung von (körperlichem) Sach- und (unkörperlichem) Datenbegriff geschaffen (vgl. §§ 202a, 202b, 263a, 303a, 303b StGB).<sup>43</sup> Damit hat er zum Ausdruck gebracht, dass immaterielle Daten gerade nicht den Sachdelikten unterworfen werden sollen. Mit Blick auf den Beispielsfall bedeutet dies, dass die unberechtigte Weitergabe durch B an C mangels Sachqualität des virtuellen Schwertes kein Eigentumsdelikt darstellen kann. Ein virtuelles Gut ist kein taugliches Tatobjekt eines Diebstahls oder einer Unterschlagung.

---

<sup>40</sup> Berufungsgericht Leeuwarden, Urteil vom 10.11.2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK2773, abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHLEE:2009:BK2773&show-button=true&keyword=leeuwarden%2B10.11.2009&idx=5> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>41</sup> Lodder in Cornelius/Hermann (Hrsg.), *Virtual Worlds and Criminality*, 2011, 88.

<sup>42</sup> RG, Urt. v. 1.5.1899 – Rep. 739/99, RGSt 32, 165. Sodann die Gesetzesänderung vom 9.4.1900, vgl. RGBl. 228.

<sup>43</sup> Hinderberger, *Der Entzug virtueller Gegenstände*, 2014, S. 54; Heghmanns/Hinderberger, *Reale Straftaten in virtuellen Welten*, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2015, S. 345, 346.

## II. Untreue

Die Verwirklichung einer Untreue (§ 266 StGB) als Vermögensdelikt würde jedenfalls nicht am Sachkriterium scheitern.<sup>44</sup> Die Verwirklichung der beiden Varianten dieses Tatbestandes erfordert die Verpflichtung zu einer besonderen fremdnützigen Vermögensfürsorge (also im Interesse des Vermögensinhabers und nicht im eigenen Interesse).<sup>45</sup> Dabei muss es sich einerseits um eine Hauptpflicht handeln und andererseits muss der Vermögensbetreuungspflichtige eine gewisse Selbständigkeit mit Entscheidungsspielraum haben: Daran fehlt es, wenn die Tätigkeit in allen Einzelheiten vorgezeichnet ist und kein Raum für eigene Beurteilungen besteht.<sup>46</sup> Solange dies nicht gegeben ist, scheidet eine Untreue aus. Da die Ermächtigung durch A sich ausschließlich auf die Nutzung des Schwertes bezog, hatte B keinen eigenen Beurteilungsspielraum und eine Vermögensbetreuungspflicht scheidet aus.

## III. Datenveränderung

Als nächstes könnte eine Datenveränderung (§ 303a StGB) in Betracht kommen. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer rechtswidrig Daten (§ 202a II StGB) löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert. Dabei ist es nach der herrschenden Ansicht notwendig, dass eine Rechtsposition Dritter beeinträchtigt wird. An dieser Stelle mag dahinstehen, ob dies an einer ungeschriebenen Voraussetzung der „Fremdheit“<sup>47</sup> von Daten oder an dem Merkmal „rechtswidrig“ als Tatbestandsmerkmal festgemacht wird.<sup>48</sup> Die Prüfung der Rechtsbeziehungen im Hinblick auf virtuelle Güter ist durch das oft unübersichtliche Netzwerk von Betreibern, Website-Herstellern und Nutzern und deren zivilrechtlichen Beziehungen zueinander erschwert.<sup>49</sup> Zwar ist jüngst durch den Data Act<sup>50</sup> Bewegung in die Diskussion um ein Dateneigentum oder von Ausschließ-

---

<sup>44</sup> Zum Vermögensbegriff wird ausführlich im zweiten Teil unter A.I. Stellung bezogen.

<sup>45</sup> *Dierlamm/Becker*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 41; diff. *Perron*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 266 Rn. 2.

<sup>46</sup> *Dierlamm/Becker*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 48 ff.

<sup>47</sup> So die h.M., BayObLG JR 1994, 476; *Fischer/Lutz*, in Fischer StGB, 72. Aufl. 2025, § 303a Rn. 4, 4a m.w.N.; *Wieck-Noodt*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 10; *Hilgendorf* JuS 1996, 890, 892.

<sup>48</sup> OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.09.2024 – 1 Ws 185/24 = BeckRS 2024, 44937.

<sup>49</sup> *Heghmanns/Hinderberger*, Reale Straftaten in virtuellen Welten, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2015, S. 345, 348.

<sup>50</sup> VO (EU) 2023/2854.

keitsrechten bei der Nutzung von Daten gekommen.<sup>51</sup> Allerdings trifft der Data Act selbst nur Regelungen für Daten, die bei der Nutzung eines vernetzten Produkts<sup>52</sup> oder eines verbundenen Dienstes<sup>53</sup> erzeugt werden und bezieht sich dabei auf Rohdaten und nicht auf aufbereitete Daten.<sup>54</sup> Dabei sind vernetzte Produkte körperliche Gegenstände.<sup>55</sup> Die Regelungen des Data Act sind damit auf Daten von „Internet of Things“-Geräten gerichtet,<sup>56</sup> sodass eine direkte Anwendbarkeit für virtuelle Welten nicht gegeben ist.

Für ein – den Sachen vergleichbares – eigentumsähnliches Recht an Daten scheitert es nach wie vor am Vorhandensein einheitlicher und flächendeckender Zuordnungskriterien.<sup>57</sup> Nichtsdestotrotz sind Daten derart verkehrsfähig, dass an ihnen dauerhafte Nutzungsrechte bzw. -lizenzen bestehen, denen zumindest eine relative Aussagekraft in Bezug auf die Verfügungsgewalt zukommt.<sup>58</sup> Entscheidend ist, wer der jeweils Berechtigte für die Verarbeitung, Löschung, Nutzung oder Verfügung der Daten ist. Der dabei diskutierte Ansatzpunkt der Zuordnung der Daten zum Eigentümer des Speichermediums (das Datenträgereigentum),<sup>59</sup> hilft nur begrenzt weiter, da dies bei vernetzten Umgebungen (wie den virtuellen Welten) unter Außerachtlassung der Interessen der jeweiligen Nutzer allein die Interessen des Servertreibers berücksichtigen würde. In eine solche Rechtsposition des Providers greift B nicht ein, da die Übertragung des virtuellen Schwertes an C in Übereinstimmung mit den vom Provider vorgesehenen technischen Möglichkeiten erfolgt. Die weiter diskutierte Anknüpfung an den Skripturakt<sup>60</sup> (Zuweisung der Rechte an den Ersteller der Daten) würde hier dazu führen, dass der B der Berechtigte ist, da die Zuordnung des virtuellen Schwertes zu seinem

---

<sup>51</sup> Hoeren MMR 2023, 32.

<sup>52</sup> Das sind nach Art. 2 Nr. 5 Data Act Gegenstände, die Daten über ihre Nutzung oder Umgebung erzeugen und elektronisch übermittelt werden können.

<sup>53</sup> Das sind nach Art. 2 Nr. 6 Data Act digitale Dienste, die mit dem Gerät verbunden sind und für die Verwendung des Gerätes essentiell sind.

<sup>54</sup> Müller RdI 2024, 297, 301.

<sup>55</sup> Wiedemann/Conrad/Salemi K&R 2024, 157, 161.

<sup>56</sup> Müller RdI 2024, 297, 301.

<sup>57</sup> So Mössner, in BeckOGK BGB, Stand: 01.03.2025, § 90 Rn. 100; Hinderberger, Der Entzug virtueller Gegenstände, 2014, S. 111 ff., 149. Für Zuordnungskriterien eines Daten-„Gewahrsams“ vgl. Heghmanns/Hinderberger, Reale Straftaten in virtuellen Welten, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2015, S. 345, 347 ff.

<sup>58</sup> Psczolla, Onlinespielrecht, 2008, S. 88; AG Charlottenburg MMR 2012, 598, 599.

<sup>59</sup> Vgl. Nadeborn/Rädecke KriPoZ 2025, 368, 374 m.w.N.

<sup>60</sup> Vgl. ebenda.

Account mit der Annahme der Übertragung durch A erfolgt ist. Die außerdem diskutierte Verknüpfung mit dem urheberrechtlichen Schutz<sup>61</sup> greift nur bei Erreichen der Schöpfungshöhe. Da es nicht um das virtuelle Schwert in der Item-Datenbank, sondern allein um die Verwaltungsdaten der Zuordnung dieses Schwertes zum Account des B in der Charakter-Datenbank geht, ist diese Schöpfungshöhe nicht erreicht. Eine weitere Meinung zieht eine Parallele zum Gewahrsamsbegriff des § 242 StGB,<sup>62</sup> wobei es um den Eingriff in die Herrschaftssphäre eines anderen gehe (den Datenherrscher).<sup>63</sup> Dies ist jedoch auch der B als der Nutzer des Accounts, dem das Schwert zugeordnet ist. Auch wenn man zugrunde legt, dass eine dem Nutzer durch den Provider vertraglich eingeräumte Möglichkeit der faktischen Nutzung des Accounts ausreicht, um diesen wegen der „Zuordnung des Pixelhaufens zu seinem Account“ als Berechtigten anzusehen,<sup>64</sup> würde dies den B als Nutzer des Accounts ausweisen. Dies verdeutlicht, dass nach den diskutierten Ansätzen nach der Übertragung des Schwertes durch A an B dieser nicht mehr als Berechtigter im Sinne des § 303a StGB angesehen werden kann.

#### IV. Fazit zu Szenario 1

Damit ist das Übertragen des virtuellen Schwertes durch B auf den Dritten C kein Eingriff in eine von der Vorschrift zur Datenveränderung geschützte Rechtsposition des ursprünglichen Inhabers A.<sup>65</sup> Ebenso wenig erfolgt ein Eingriff in die Rechtsposition des Providers, da die Übertragung nicht durch technische Manipulationen erfolgt.

Es lässt sich bereits an dieser Stelle festhalten, dass ein Wertungswiderspruch zwischen dem Schutz körperlicher und digitaler Güter existiert. In der physischen Welt kann der Diebstahl eines körperlichen Gegenstandes nach § 242 StGB mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden. Die Unterschlagung nach § 246 StGB hat eine Strafbarkeitsandro-

---

<sup>61</sup> Statt vieler *Rippert/Weimer* ZUM 2007, 272, 275; krit. *Bosch*, Straftaten in virtuellen Welten, 2018, S. 139.

<sup>62</sup> *Heghmanns/Hinderberger*, Reale Straftaten in virtuellen Welten, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2015, S. 345, 351 ff.

<sup>63</sup> *Heghmanns/Hinderberger*, Reale Straftaten in virtuellen Welten, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2015, S. 345, 355 ff., 359.

<sup>64</sup> So auch *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, 2014, S. 149 ff.

<sup>65</sup> Das AG Augsburg (BeckRS 2010, 37613) ging zwar von einer Verwirklichung des § 303a StGB bei einem unberechtigten Verkauf von Items durch den Angeklagten aus. Dabei bezog es sich auf eine Schädigung des von der Vorschrift des § 303a StGB geschützten Vermögens, obwohl dieser gerade kein Vermögensdelikt ist.

hung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Dagegen ist der Entzug eines digitalen Gegenstandes in einer virtuellen Welt weder ein Diebstahl noch eine Unterschlagung. In dem hier zugrunde gelegten Szenario greift nicht einmal eine Strafbarkeit wegen Datenveränderung (§ 303a StGB), obwohl keine geringere Schutzwürdigkeit besteht. Zwar sind digitale Gegenstände grundsätzlich reproduzierbar. Jedoch kann – entweder durch Blockchain-Technologie oder durch zentrale Serverkontrolle – eine künstliche Knappheit erzeugt werden, die der physischen Welt gleicht. Für das Opfer kann der Verlust eines digitalen Gegenstandes genauso schwer wie der Verlust einer körperlichen Sache wiegen, ohne dass ein vergleichbarer strafrechtlicher Schutz im Bereich der Eigentumsdelikte existiert.

*Fortsetzung des Beitrags in Heft 2/2026*

## Das „Ordnungswidrigkeitenrecht 2.0“ oder: die dunkle Seite der Kontingenz

Paul Krell, Hamburg\*

### ABSTRACT

Das Ordnungswidrigkeitenrecht und seine Vorläufer waren lange Gegenstand intensiver strafrechtswissenschaftlicher Überlegungen, die jedoch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weitgehend zum Erliegen gekommen sind. Der Beitrag untersucht die Gründe und die Konsequenzen.

### A. Einführung

Das Bestreben, vom „echten“ Kriminalstrafrecht ein anderes Sanktionsregime abzuschichten, gilt als „Konstante der Strafrechtsgeschichte der letzten zwei Jahrhunderte“.<sup>1</sup> Zu dieser Geschichte zählen das Polizei- und Verwaltungsstrafrecht als historische Vorläufer des Ordnungswidrigkeitenrechts. Stets war dabei der Gedanke der Entkriminalisierung prägend.<sup>2</sup> In einer Abhandlung Franks aus dem Jahr 1898 heißt es, „die Strafe [sei] zu einem Zwangsmittel geworden, das wir anzuwenden glauben dürfen, wo immer wir an einem bestimmten menschlichen Verhalten Interesse haben“.<sup>3</sup> Ein Heilmittel, das man dem Körper täglich verab-

\* Prof. Dr. Paul Krell, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht an der Bucerius Law School Hamburg. Kontakt: [paul.krell@law-school.de](mailto:paul.krell@law-school.de).

<sup>1</sup> Wohlers, Deliktstypen des modernen Präventionsstrafrechts, 2000, S. 81; siehe ferner Hassemer/Neumann, in Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, Rn. 236 vor § 1: „ewiger“ Gegenstand der politisch und systematisch interessierten Strafrechtstheorie“; Hefendehl ZIS 2016, 636, 628: „Jahrhundertfrage schlechthin“.

<sup>2</sup> „Entkriminalisierung“ bedeutet dann offensichtlich nicht (vollständige) „Legalisierung“, sondern eine andere/mildere Sanktion (vgl. dazu mit unterschiedlichen Akzenten Arzt Kriminalistik 1981, 117, 119; Haffke ZStW 107 [1995], 761, 771 f.; Naucke GA 1984, 199, 201 ff.).

<sup>3</sup> Frank ZStW 18 (1898), 733, 737.





reiche, verliere indes seine heilende Wirkung – und deshalb sei es erforderlich, das Kriminalstrafrecht vom damals sog. Polizeistrafrecht klar zu trennen.<sup>4</sup> Ähnlich hatten sich vorher etwa schon Hommel, Globig, Huster und Feuerbach geäußert.<sup>5</sup>

Der Begriff „Ordnungswidrigkeit“ taucht erst Anfang des 20. Jahrhunderts mit dem Wirtschaftsstrafgesetz 1949 auf. Das OWiG 1952 sollte dessen „Trennung von kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht“ auch auf andere Bereiche übertragen.<sup>6</sup> Dabei berief man sich zwar auf die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht;<sup>7</sup> ob das junge Ordnungswidrigkeitenrecht dieser Lehre aber wirklich ernsthaft folgte, erscheint zweifelhaft.<sup>8</sup> Eher ist es angemessen, diesen Entwicklungsabschnitt als eine Art Beta-Test zu begreifen, der nötig war, weil man einerseits die ausufernde Strafgewalt der Verwaltungsbehörden aus dem Nationalsozialismus eingehen musste, aber auf die Strafgewalt der Verwaltung aus justizökonomischen Gesichtspunkten auch nicht ganz verzichten wollte. Mit dem OWiG 1968 erhielt das Ordnungswidrigkeitenrecht „neue Form und Selbständigkeit“.<sup>9</sup> Man kann insofern vom „Ordnungswidrigkeitenrecht 1.0“ sprechen. Eine solche Einordnung findet sich der Sache nach etwa bei Göhler, der 1968 befand, das neue OWiG habe

„die Rechtsentwicklung zur vollständigen Trennung des Ordnungsrechts vom Kriminalunrecht, die schon das jetzt abgelöste Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aus dem Jahre 1952 eingeleitet hat, so weit vorangebracht, daß das verfolgte Ziel, das Kriminalstrafrecht auf die wirklich strafwürdigen Verhaltensweisen zu beschränken, zum Greifen nahe gerückt und sein Erreichen nicht mehr gefährdet ist.“<sup>10</sup>

Es ist aus heutiger Sicht eine Ironie, dass ziemlich genau zu der Zeit, aus der das Zitat stammt, eine Trendwende einsetzt: „Beginnend mit den 70er Jahren fand geradezu ein Wettbewerb aller politischen Richtungen

---

<sup>4</sup> Frank ZStW 18 (1898), 733, 737 ff.

<sup>5</sup> Hommel, Des Herrn Marquis Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778, S. XXXV f.; Globig/Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, S. 21; P.J.A. Feuerbach in L. Feuerbach (Hrsg.), Paul Johann Anselm von Feuerbachs Leben und Wirken aus seinen ungedruckten Briefen und Tagebüchern, Vorträgen und Denkschriften, 1852, 346, 353 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drucks. 1/2100, S. 14 ff.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 1/2100, S. 14; Eb. Schmidt SJZ 1948, 225 ff.

<sup>8</sup> Näher unten B. I. 2.

<sup>9</sup> Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 41.

<sup>10</sup> Göhler JZ 1968, 583; ähnlich Dreher in Stratenwerth et al. (Hrsg.), FS Welzel, 1974, 917, 921.

um neue Straftatbestände statt.“<sup>11</sup> Heute heißt es, der Gedanke der Entkriminalisierung spiele „in Kriminalpolitik und Strafgesetzgebung keine Rolle mehr und besitz[e] nur noch unter dem Gesichtspunkt der Entlastung der Rechtspflege Relevanz.“<sup>12</sup>

Insofern gibt es eine Parallele der heutigen Wahrnehmung zu Franks Ausgangsbefund, das Strafrecht werde als Allheilmittel inflationär eingesetzt.<sup>13</sup> In der Zwischenzeit hatte die Diskussion über die Abgrenzung von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht Hochkonjunktur. Inzwischen heißt es: „Die Literatur hat sich nicht nur mit dem gegebenen Rechtszustand abgefunden; sie hat die Differenzen zugeschüttet.“<sup>14</sup> Es wird auf die geringe wissenschaftliche Wertschätzung für das Ordnungswidrigkeitenrecht verwiesen.<sup>15</sup> Und die Sorge steht im Raum, das Ordnungswidrigkeitenrecht könne zur „Mülldeponie des Strafrechts“ verkommen.<sup>16</sup>

Dieser Beitrag zeichnet zunächst die Abgrenzungsdiskussion in den Grundzügen nach (B.). Anschließend wird auf die unterschiedlichen Modelle eingegangen, für die der Gesetzgeber optieren *könnte*, die dann mit dem geltenden Recht kontrastiert werden (C.).

## B. Abgrenzungstheorien

Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ist einer von mehreren Ansätzen, zum „Wesen“ des Strafrechts vorzudringen. Damit gehört das Thema in die Domäne des materiellen Verbrechensbegriffs,<sup>17</sup> also zum Versuch, vorpositive Kriterien zu formulieren, die erfüllt sein müssen, damit ein Verhalten legitimerweise unter Strafe gestellt werden kann.<sup>18</sup> Die Rechtsgutstheorie ist das prominenteste Beispiel eines

---

<sup>11</sup> Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2016, S. 246; ders. ZStW 123 (2011), 660, 679; siehe auch Lenckner in Nörr (Hrsg.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990, 325, 331.

<sup>12</sup> Schlepper, Strafgesetzgebung in der Spätmoderne, 2014, S. 35.

<sup>13</sup> Der Begriff „Allheilmittel“ fällt z.B. bei B. Heinrich KriPoZ 2017, 4, 5.

<sup>14</sup> Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 89.

<sup>15</sup> Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 43 f.; ders. ZfStW 2025, 263 ff.; Jahn/Brodowski JZ 2016, 969, 977; Stumm, Das Doppelbestrafungsverbot bei Ordnungswidrigkeiten, 2011, S. 1; siehe auch schon Arzt Kriminalistik 1981, 117, 119.

<sup>16</sup> So Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, 8. Aufl. 1992, § 13 Rn. 19.

<sup>17</sup> Vgl. auch Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 130 ff., wo sich der Abschnitt zur Abgrenzung von Strafe und Geldbuße im Kapitel zum materiellen Verbrechensbegriff befindet. Ebenso Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, 8. Aufl. 1992, § 13 Rn. 15 ff.

<sup>18</sup> Näher dazu etwa Kuhlen in Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, 77 ff.; Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980, S. 106 ff.

materiellen Verbrechensbegriffs. Sie ist aber zur Abgrenzung von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht ungeeignet, weil man sich einig ist, dass es auch bei letzterem um Rechtsgüterschutz geht.<sup>19</sup> Stattdessen streitet man – so die heute übliche Vergrößerung – darüber, ob es einen qualitativen oder „nur“ einen quantitativen Unterschied zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gibt.<sup>20</sup> Die zweite Position geht davon aus, dass bei den Ordnungswidrigkeiten lediglich das Unrecht geringer ist, während die erste Position auf der Annahme beruht, dass sich das Unrecht (wie auch immer) der Art nach unterscheidet.

## I. Qualitativer Unterschied: Polizei- und Verwaltungsstrafrechtstheorie

Lange Zeit wurde ein qualitativer Unterschied zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht angenommen. Insofern sind die Lehren vom Polizei- und Verwaltungsstrafrecht hervorzuheben. Einzelheiten und Unterschiede zwischen den einzelnen Positionen können nicht ausgebreitet werden; es reicht aus, die Gemeinsamkeiten hervorzuheben, weil so das Grundproblem deutlich wird, auf das allein es hier ankommt.

### 1. Polizeistrafrecht

Für Feuerbach regelte das Kriminalstrafrecht die Verletzung elementarer Rechte, während sich die Polizeiübertretungen dadurch auszeichneten, dass es hier um Gefahren für die öffentliche Sicherheit ging.<sup>21</sup> Die nahestehende Auffassung Köstlins sah das Wesen des Polizeistrafrechts darin, dass es ein Verhalten sanktionierte, weil „es, ohne wirkliches Unrecht zu sein, doch dessen erfahrungsgemäß reale Möglichkeit ist.“<sup>22</sup> Für Binding war im Ausgangspunkt die Abgrenzung von Verletzungs- und

<sup>19</sup> Hefendehl ZIS 2016, 636, 640; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 59; Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 114; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 60 ff., 130; Sax in Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, 1979, 909, 922.

<sup>20</sup> Siehe etwa Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 29 ff.; Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 7 ff.; Bülte/Krumm, Ordnungswidrigkeitenrecht, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 37 ff. gehen davon aus, dass es heute nur noch um die Frage geht, ob der Unterschied allein quantitativ oder qualitativ-quantitativ ist. Noch einmal anders Kleszczewski/Krenberger, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 8 ff.

<sup>21</sup> P.J.A. Feuerbach in L. Feuerbach (Hrsg.), Paul Johann Anselm von Feuerbachs Leben und Wirken aus seinen ungedruckten Briefen und Tagebüchern, Vorträgen und Denkschriften, 1852, 346, 353 ff. Näher zu dieser Ansicht etwa Härter in Koch/Kubiciel/Löhnig (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014, 129 ff.

<sup>22</sup> Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 28.

Gefährdungsverboten wesentlich.<sup>23</sup> Das Polizeistrafrecht zeichne sich dadurch aus, dass ausschließlich ein staatliches Recht auf „Botmäßigkeit“ verletzt werde; hier werde die Handlung verboten „ohne jede Rücksichtnahme auf ihre wirklichen Erfolge lediglich aus Sorge vor ihren unbestimmt vielen und mannigfaltigen möglichen“.<sup>24</sup> Frank betonte, dass beim Polizeidelikt zum Tatbestand „weder die Verletzung noch die Gefährdung notwendig gehört“, die Handlung aber „wegen der möglicherweise in ihr liegenden Gefährdung“ verboten sei.<sup>25</sup> Die Gefährlichkeit sei hier aber eben kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur „Motiv der Strafandrohung“.<sup>26</sup>

Die Auffassungen stimmen trotz unterschiedlicher Umschreibungen darin überein, dass man dem Polizeistrafrecht im Wesentlichen das zuordnete, wofür sich später der Begriff der abstrakten Gefährdungsdelikte etablierte.<sup>27</sup>

## 2. Verwaltungsstrafrecht

Außerdem ist die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht zu erwähnen, die vor allem von Goldschmidt und Wolf entwickelt wurde.<sup>28</sup> Sie ist aus unterschiedlichen Gründen nur schwer zugänglich. Zum einen baut sie auf einer eigentümlichen Rechtsphilosophie auf.<sup>29</sup> Zum anderen beruht sie auf einem scharfen Gegensatz von Recht und Verwaltung. Sie war damit wohl schon aus der Zeit gefallen, als Goldschmidt seine Lehre entwickelte. Jedenfalls heute ist sie unvertretbar.<sup>30</sup> Im Nationalsozialismus

<sup>23</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 4. Aufl. 1922, S. 368 ff.

<sup>24</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 4. Aufl. 1922, S. 326.

<sup>25</sup> *Frank IKV 7* (1899), 186, 191.

<sup>26</sup> *Frank IKV 7* (1899), 186, 190. Diese Formulierung ist heute typisch für die Beschreibung der abstrakten Gefährdungsdelikte (vgl. etwa *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn 68, § 11 Rn. 153; *Schünemann JA* 1975, 787, 793).

<sup>27</sup> Siehe dazu schon *R. v. Hippel*, Strafrecht Deutsches Strafrecht, Band II, 1930, S. 101; vgl. zu dem gemeinsamen Kern auch schon deutlich *Frank IKV 12* (1905), 200, 215. Vgl. ferner *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 115; *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 23 f.; *Stuckenberg ZStW* 135 (2023), 904, 914 Fn. 69.

<sup>28</sup> *Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 529 ff. und passim; *ders.* DJZ 1902, 212 ff.; *ders.* in Juristische Gesellschaft zu Berlin (Hrsg.), FG Koch, 1903, 415 ff.; *ders.* IKV 12 (1905), 217 ff.; *ders.* DSTZ 1914, 222 ff.; *Wolf* in Hegler (Hrsg.), FG Frank, Band 2, 1930, 526 ff.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *O. Mayer VerwArch* 11 (1903), 348, 349; siehe auch *Lamp AöR* 18 (1903), 104. Erst in einer späteren Abhandlung hat *Goldschmidt* das philosophische Fundament „ohne weiteres zugegeben“ (*IKV 12* [1905], 217, 224).

<sup>30</sup> Vgl. etwa *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 167; *Mitsch*, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 94; siehe auch schon *Eb. Schmidt*, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1951, S. 31 f.

dagegen wurde die bei Goldschmidt zugrunde gelegte „Loslösung der Verwaltung von den Maschen des Rechts“ bereitwillig aufgegriffen.<sup>31</sup>

Nach dem Zweiten Weltkrieg wollte man die ausgeuferte Strafgewalt der Verwaltung zwar einschränken, aber auch nicht völlig aufgeben. Eberhard Schmidt berief sich zur Bewältigung dieser Gratwanderung wesentlich auf die alte Lehre vom Verwaltungsstrafrecht,<sup>32</sup> der deshalb eine „Renaissance“ zugeschrieben wird.<sup>33</sup> Inwiefern damit wirklich der Kern dieser Theorie übernommen wurde, ist allerdings zweifelhaft. Für Schmidt war nicht zuletzt entscheidend, dass mit dem Verwaltungsstrafrecht gegen einen „Justizschaden“ vorgegangen werde, bei dem „ein greifbarer Schaden an materiellen Lebensinteressen“ fehle, wie er für das Kriminalstrafrecht typisch sei, die dort „verletzt oder wenigstens erheblich gefährdet“ würden.<sup>34</sup> Das ist zwar eine Anleihe an Wolfs Lehre,<sup>35</sup> betrifft nun aber ausgerechnet eine wesentliche Überschneidung dieser Lehre mit der Polizeistrafrechtstheorie. Insgesamt erscheint zweifelhaft, ob das WiStG 1949 und das OWiG 1952 ernsthaft auf der Theorie vom Verwaltungsstrafrecht aufbauten.<sup>36</sup>

In der Großen Strafrechtskommission wurde die Abgrenzungsfrage prominent als Grundsatzfrage I behandelt. Schmidt betonte in seinem Referat, dass auch der Bagatellaspekt eine Rolle spiele; insofern verwies er auf die „Auswucherungen des Nebenstrafrechts“, deretwegen „die Strafe in ihrem Sinne depraviert“ sei.<sup>37</sup> Das ist deshalb erwähnenswert, weil Goldschmidt in einer späteren Abhandlung klargestellt hatte, dass es ihm anders als der Polizeistrafrechtstheorie nicht um eine Abschichtung des Bagatellunrechts gehe, er vielmehr das Wesen des Verwaltungsdelikts materiell ergründen wolle.<sup>38</sup> Inwiefern die Suche nach

<sup>31</sup> Vgl. Greco in Kretschmer/Zabel (Hrsg.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 175, 185.

<sup>32</sup> Vgl. insbesondere Eb. Schmidt SJZ 1948, 225 ff.

<sup>33</sup> Vgl. Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1. Halbband, 1977, S. 174 ff.

<sup>34</sup> Eb. Schmidt SJZ 1946, 225, 229 f.; ders., Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1951, S. 26; ders. in Ehmke/Schmid/Scharoun (Hrsg.), FS Arndt, 1969, 415, 423 f.

<sup>35</sup> Vgl. Wolf in Hegler (Hrsg.), FG Frank, Band 2, 1930, 526, 566 f.

<sup>36</sup> Vgl. dazu mit zahlreichen Beispielen Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1. Halbband, 1977, S. 53 ff. Auch das OWiG 1968 bekannte sich noch zur Lehre vom Verwaltungsstrafrecht (vgl. BT-Drucks. 5/1269, S. 22), beruhte aber nicht ernsthaft auf dieser, sondern wesentlich stärker auf dem Gedanken einer quantitativen Abgrenzung (vgl. Bohnert Jura 1984, 11, 18).

<sup>37</sup> Eb. Schmidt, Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Band I, 1956, S. 68.

<sup>38</sup> Goldschmidt IKV 12 (1905), 217, 222, 251; bei Wolf in Hegler (Hrsg.), FG Frank, Band 2, 1930, 526, 534, 537 war dagegen der Bagatellaspekt wieder stärker ausgeprägt.

einem Wesensunterschied und das Bagatellproblem ineinander aufgehen, war auch innerhalb der Großen Strafrechtskommission umstritten.<sup>39</sup> In der grundlegenden Frage kam sie nicht weiter. So stand am Ende lediglich der einstimmige Beschluss, die Übertretungen als dritte Deliktskategorie abzuschaffen.<sup>40</sup>

### 3. Das strukturelle Problem einer qualitativen Abgrenzung

Blickt man mit etwas Abstand auf die Theoriengeschichte, dann offenbart sich unter anderem ein methodologisches Problem. So wurde gegen die Lehre vom Polizeistrafrecht bisweilen eingewandt, dass das geltende Strafrecht in erheblichem Ausmaß abstrakte Gefährdungsdelikte enthält.<sup>41</sup> Damit wird aber vom Sein aufs Sollen geschlossen, wo eigentlich eine vorpositive Theorie entwickelt werden soll, die – wie Eser zutreffend betont – nicht zuletzt den Zweck hätte, „praktische Fehlgriffe des Gesetzgebers“ zu offenbaren.<sup>42</sup> Diese Einsicht hindert Eser dann aber nicht, Feuerbachs Lehre entgegenzuhalten, dass diese „auch eindeutig kriminelle Delikte wie Notzucht, Blutschande, Bankrott zu Polizeivergehen erklären“ müsste.<sup>43</sup> Es ist aus heutiger Sicht eine Ironie, dass hier ausgerechnet jenes Delikt (die Blutschande) als „eindeutig kriminell“ eingeordnet wird, bei dem es später für einen Aufschrei in der Strafrechtswissenschaft sorgen sollte, dass das BVerfG die Strafandrohung für verfassungskonform erklärte.<sup>44</sup>

Das andere Hauptproblem ergibt sich, wenn man das Bagatellproblem und die Suche nach einem Wesensunterschied nicht als zwei grundlegend unterschiedliche Fragen behandelt.<sup>45</sup> Tut man das *nicht*, so steht man vor der Schwierigkeit, dass sich die Strafwürdigkeit nicht in dem Maße pauschalisieren lässt, wie es fast alle Abgrenzungstheorien schlussendlich versucht haben.<sup>46</sup> Nicht zuletzt deshalb finden sich

---

<sup>39</sup> So war etwa *Gallas* der Ansicht, beide Aspekte ließen sich nicht „sauber [...] trennen“, während *Welzel* von zwei grundsätzlich verschiedenen Fragen ausging (Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Band I, 1956, S. 87).

<sup>40</sup> Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Band I, 1956, S. 112.

<sup>41</sup> *Michels*, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963, S. 72; siehe auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 58; *Mitsch*, in: Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 114.

<sup>42</sup> Vgl. *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 185.

<sup>43</sup> *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 22.

<sup>44</sup> BVerfGE 120, 224.

<sup>45</sup> Deutlich für eine Untrennbarkeit beider Fragen *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 165, 185.

<sup>46</sup> Ähnlich *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 1 Rn. 48.

innerhalb dieser Abgrenzungstheorien kriminalpolitische Zugeständnisse.<sup>47</sup> Als Achillesferse einer derart pauschalen Abgrenzung erwies sich in der Regel die Brandstiftung an eigenen Sachen,<sup>48</sup> deren Zuordnung zum Kriminalstrafrecht außer Binding niemand ernsthaft in Frage stellte.<sup>49</sup> Wenn es aber offensichtlich auch schwerwiegende (abstrakte) Gefährdungen gibt, dann ist die pauschale Zuweisung solcher Gefährdungen zu einem Polizeistrafrecht kaum zu begründen.<sup>50</sup>

## II. Bloß quantitativer Unterschied

Die Annahme, dass sich Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nur quantitativ unterscheiden,<sup>51</sup> ist daher zu einem Gutteil nur die Konsequenz der Einsicht, dass eine qualitative Abgrenzung nicht möglich scheint.<sup>52</sup> Gegen die quantitative Ansicht wird eingewandt, dass im Ordnungswidrigkeitenrecht längst „eine heterogene Masse an Delikten [existiere], die sich von Straftaten kaum unterscheiden“.<sup>53</sup> Solche Hinweise können indes nicht ohne Weiteres als Einwand gegen die rein quantitative Abgrenzung verstanden werden, sondern nur als Beleg dafür, dass der Gesetzgeber eben nicht so abgrenzt. Auch hier sind also Schlüsse vom Sein aufs Sollen problematisch. Insofern wird insbesondere auf die „großen Ordnungswidrigkeiten“ (etwa im Kartellrecht) verwiesen, bei denen es keinesfalls um Bagatellunrecht geht und Geldbußen in zwei- oder dreistelliger Millionenhöhe möglich sind.<sup>54</sup> Das hat zwar einen berechtigten Kern,

---

<sup>47</sup> Vgl. etwa *Jakobs* in Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 103, 113; ders. in Koch/Kubiciel/Löhnig (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014, 209, 218 f. (jeweils zu *Feuerbach*).

<sup>48</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 287; *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 24; v. *Hippel*, Strafrecht II, 1930, S. 101 mit Fn. 1; *Kleszczewski/Krenberger*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 19; *Wolff* in Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, 137, 220; siehe auch *Arzt* Kriminalistik 1981, 117, 119; *Hirsch* in Sieber/Dannecker (Hrsg.), FS Tiedemann, 2008, 145, 155.

<sup>49</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band IV, 1919, S. 202; siehe auch *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2021, § 35 Rn. 51.

<sup>50</sup> Für die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht ergibt sich demgegenüber ein Problem, weil nicht recht einsichtig ist, dass Verwaltungsinteressen per se nicht mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts geschützt werden dürfen.

<sup>51</sup> Siehe etwa *Appel*, Verfassung und Strafrecht, 1998, S. 506; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 3 Rn. 9.

<sup>52</sup> *Wohlers*, Deliktstypen des modernen Präventionsstrafrechts, 2000, S. 100.

<sup>53</sup> *Kratz*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 32.

<sup>54</sup> Vgl. *Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 157; *Mitsch*, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 114; *Weigend*, in Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 19; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 69.

ist aber mindestens ergänzungsbedürftig. Darauf wird zurückzukommen sein.

### III. „Qualitativ-quantitativer“ Unterschied

Als herrschend wird heute eine „gemischt qualitativ-quantitative Theorie“ bezeichnet.<sup>55</sup> Diese Kennzeichnung ist recht eng mit der Rechtsprechung des BVerfG und dem Denken in „Kernbereichen“ verbunden.

#### 1. Die Kernbereichsthese

Das BVerfG betont regelmäßig den „ethischen Schuldvorwurf“ der Kriminalstrafe auf der einen Seite, während die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten „lediglich eine nachdrückliche Pflichtenmahnung“ enthalte.<sup>56</sup> Zum „Kernbereich des Strafrechts gehören alle bedeutsamen Unrechtstatbestände, während das Ordnungswidrigkeitenrecht Fälle mit geringerem Unrechtsgehalt erfaßt“.<sup>57</sup> Weiter heißt es:

„Im Grenzbereich bestehen zwischen dem Kriminalunrecht und dem Ordnungsunrecht nur graduelle Unterschiede. Die exakte Grenzlinie unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten historischen Situation im einzelnen verbindlich und im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung festzulegen, ist Sache des Gesetzgebers, dessen Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht nur in gewissem Umfange überprüft werden kann.“<sup>58</sup>

Diejenigen, die sich zu einem „gemischten qualitativ-quantitativen“ Ansatz bekennen, machen sich diese Ausführungen in aller Regel zu eigen. Überwiegend wird das „Qualitative“ an dem gemischten Ansatz dann darin gesehen, dass zwar im Grenzbereich nur ein quantitativer, in den Kernbereichen dagegen ein qualitativer Unterschied bestehe. Damit wird ein alter Gedanke aufgegriffen, dass nämlich irgendwann die Quantität in eine andere Qualität umschlage („qualitativer Quantitätsunterschied“).<sup>59</sup> Zwingend ist diese Annahme aber nicht. Man kann die Kernbereichs-

---

<sup>55</sup> Von einer solchen Theorie als h.M. gehen – ohne sich notwendig zu ihr zu bekennen – etwa aus *Bülte/Krumm*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 41; *Kleszczewski/Krenberger*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 40 ff.; *Kraatz*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 33 f.; vgl. aber auch *Frister*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 13, wo es heißt, heute gehe man „ganz überwiegend“ von einem quantitativen Unterschied aus.

<sup>56</sup> BVerfGE 45, 272, 288 f.

<sup>57</sup> BVerfGE 45, 272, 289; siehe auch schon BVerfGE 22, 125, 132 f.

<sup>58</sup> BVerfGE 45, 272, 289.

<sup>59</sup> *Sax* in *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, 1979, S. 909, 929; *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 187 f.



these problemlos vertreten, ohne sich zu einem qualitativen Unterschied zu bekennen:

„Die Dispositionsbefugnis des Gesetzgebers ist eindeutig überschritten, wollte er etwa Mord und Raub zu Ordnungswidrigkeiten deklarieren oder das Falschparken unter Strafe stellen. Aber nicht etwa deshalb, weil das eine ‚seiner Art nach‘ Kriminalunrecht, das andere ‚genuin‘ Ordnungsunrecht darstellte, sondern weil bei dem einen die elementare Wertwidrigkeit im gesellschaftlichen Bewußtsein jedenfalls hier und heute evident verankert ist, das andere hingegen eindeutig als bloße Nachlässigkeit empfunden wird.“<sup>60</sup>

Das Wichtigste an der Kernbereichslehre ist also nicht der angebliche Qualitätsunterschied, sondern der Umstand, dass die Kernbereiche *nicht kontingent* sind.<sup>61</sup> Aber selbst, wenn man insofern ein Umschlagen der Quantität in eine andere Qualität annimmt, fragt sich, ob dieser Qualitätsunterschied irgendwelche praktisch bedeutsamen Konsequenzen hat. Wenn man einmal von der naheliegenden Annahme ausgeht, dass auch im Lager der rein quantitativen Abgrenzung wohl niemand behaupten würde, dass der Gesetzgeber Mord zur Ordnungswidrigkeit herabstufen dürfte, ist ferner unklar, ob es überhaupt nennenswerte Unterschiede zwischen dem „gemischten“ und dem rein quantitativen Ansatz gibt.

Das Bild ändert sich, sobald man den Kernbereich (jedenfalls auch) nach eindeutig qualitativen Kriterien bestimmt. Neumann etwa beschränkt ihn ausdrücklich auf die Verletzung individueller Interessen und Hilgendorf – wohl übereinstimmend – auf Verletzungsdelikte.<sup>62</sup> Das ist nun eindeutig eine qualitative Auszeichnung des Kernbereichs, wobei offenbleibt, ob diese allein maßgeblich ist oder auch quantitative Aspekte eine Rolle spielen. Konkret: Zählen dann etwa auch Bagatelldelikte wie die Ehrdelikte zum Kernbereich?

## 2. Kontingenz der Abgrenzung als Quintessenz

Wie wesentlich das Qualitative im „gemischten“ Ansatz ist, ist im Übrigen auch deshalb fraglich, weil es sich auf die unproblematischen Fälle

---

<sup>60</sup> Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 159; siehe auch Appel, Verfassung und Strafrecht, 1998, S. 506; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1992, 3/7; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 3 Rn. 10.

<sup>61</sup> Zum Begriff der Kontingenz sogleich unter B. III. 2.

<sup>62</sup> Vgl. Neumann ZStW 106 (1994), 184, 187; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2021, § 35 Rn. 6.

beschränkt. Der Gesetzgeber wird aber ohnehin nicht auf die Idee kommen, Mord zur Ordnungswidrigkeit herabzustufen. Für den praktisch allein interessanten, weil kontingenten Grenzbereich, soll es nach überwiegender Ansicht im Kern bei der quantitativen Abgrenzung bleiben. Achenbach meint deshalb, die „gemischt qualitativ-quantitative Betrachtungsweise“ wäre mit „eingeschränkt dezisionistische Theorie“ treffender bezeichnet.<sup>63</sup> Auch hier ist im Übrigen fraglich, ob sich Unterschiede zur quantitativen Betrachtung auf tun, weil auch sie leugnen wird, dass diese dem Gesetzgeber jede Menge Freiheit lässt.<sup>64</sup>

Die Abgrenzungstheorien sind nicht nur deshalb problematisch, weil sich Kriminalisierungsentscheidungen schlecht pauschalisieren lassen. Sie sind es ferner, weil das Recht *kontingent* ist. Versteht man Kontingenz mit Luhmann als etwas, was weder notwendig noch unmöglich ist,<sup>65</sup> bedeutet das: Der Gesetzgeber *kann* ein vom Kriminalstrafrecht zu unterscheidendes Sanktionierungsregime etablieren, *muss* dies aber *nicht* – und wenn er es tut, steht nicht auf Basis irgendwelcher universeller Theorien fest, was dorthin gehört und was nicht. Kontingent ist es auch, ob man das Ordnungswidrigkeitenrecht durchweg am Bagatelld Gedanken ausrichtet. Diese Vorstellung mag einmal leitend gewesen sein, aber das schließt es nicht aus, dass der Gesetzgeber sie aufgibt, und zwar unabhängig davon, ob ihm ein etwaiger Paradigmenwechsel bewusst ist und ob er sich strukturiert oder schleichend vollzieht. Der Strafrechtswissenschaft wird zunehmend vorgeworfen, diese Kontingenz nicht hinreichend zu berücksichtigen.<sup>66</sup>

### 3. Andere gemischte Ansätze

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es auch gemischte Ansichten gibt, die überhaupt nichts mit der Existenz von Kernbereichen zu tun haben. Hefendehl bekennt sich zu einem gemischten Ansatz, hält es aber – da er auch rechtsgutslose Ordnungswidrigkeiten anerkennt – für entscheidend, ob durch den Bußgeldtatbestand ein Rechtsgut geschützt

---

<sup>63</sup> Achenbach GA 2008, 1, 10.

<sup>64</sup> Vgl. etwa Radtke, in Münchener Kommentar StGB, Band 2, 4. Aufl. 2020, Rn. 87 vor § 38.

<sup>65</sup> Vgl. allgemein zu diesem Kontingenzbegriff Luhmann, Soziale Systeme, 1984, S. 152; am Beispiel der „Gerechtigkeit als Kontingenzformel“ ders., Das Recht der Gesellschaft, 6. Aufl. 1995, S. 214 ff. sowie umgreifender ders., Kontingenz und Recht, 2013.

<sup>66</sup> Gärditz Der Staat 49 (2010), 331, 353 und öfter; siehe auch Stuckenberg GA 2011, 653, 658 f.

wird (dann bestehe nur ein quantitativer Unterschied) oder nicht (dann unterscheide sich der Bußgeldtatbestand qualitativ vom Strafrecht).<sup>67</sup>

Und H.L. Günther vertritt die These, dass Ordnungswidrigkeiten stets „opferlose Delikte“ seien.<sup>68</sup> Er greift damit den Kern der Polizeistrafrechtstheorie auf, ohne das Kind mit dem Bade auszuschütten. Die These vom Wesensunterschied setzt streng genommen voraus, dass sich *sowohl* das Wesen des Ordnungswidrigkeitenrechts *als auch* das des Strafrechts positiv beschreiben lässt.<sup>69</sup> Günther beschränkt sich demgegenüber darauf, eine Besonderheit *ausschließlich* des Ordnungswidrigkeitenrechts zu beschreiben. Damit wird ein qualitatives Element in eine im Übrigen quantitative Abgrenzung eingebracht.<sup>70</sup>

Auch deshalb ist die Redeweise von „der“ herrschenden qualitativ-quantitativen Ansicht problematisch. Aber selbst wenn man insofern nur die Kernbereichslehre meint, ist der Verweis auf eine „gemischte“, „qualitativ-quantitative“ Lehre letztlich so gehaltlos, dass die Bezeichnung als „Theorie“ selbst dann überzogen ist, wenn man die inflationäre Verwendung dieses Begriffs in der Jurisprudenz grundsätzlich billigt.<sup>71</sup>

## C. Mögliche Modelle von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Für alle weiteren Überlegungen ist es sinnvoll, die Spielräume etwas genauer herauszuarbeiten, die auf Basis des kontingenten Grenzbereichs bestehen, und die verschiedenen Modelle aufzuzeigen, zu denen diese Freiheit führen kann.

### I. Analytischer Ausgangspunkt: drei denkbare Modelle

Insofern sei zu analytischen Zwecken zunächst angenommen, dass sich die Sozialschädlichkeit auf einer Skala von 0 bis 100 messen lässt.<sup>72</sup> Es sei ferner angenommen, dass im Bereich zwischen 1 und 20 der Kern-

<sup>67</sup> Hefendehl ZIS 2016, 636, 641.

<sup>68</sup> H.L. Günther in Sieber/Dannecker (Hrsg.), FS Tiedemann, 2008, 165 ff.

<sup>69</sup> Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 175 f.

<sup>70</sup> Jedenfalls mit Blick hierauf ist es unzutreffend, wenn Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 109 gemischte Theorien für unmöglich erklärt.

<sup>71</sup> Instruktiv dazu Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 163 ff.

<sup>72</sup> Man kann statt Sozialschädlichkeit auch einen beliebigen anderen Ordnungsbegriff verwenden. Irgendeinen Ordnungsbegriff braucht es aber, sonst bleibt jede Rede von einem *quantitativen* Unterschied sinnlos. Näher zu Metrisierung und Messung etwa Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 284.

bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts liege, im Bereich zwischen 80 und 100 der Kernbereich des Strafrechts. Die beiden radikalsten Sanktionsordnungen, die sich denken lassen, sähen dann so aus, dass der *gesamte Grenzbereich* entweder dem Strafrecht oder dem Ordnungswidrigkeitenrecht zugeschlagen wird. Daraus ergeben sich *Modell 1* (alles unterhalb einer Sozialschädlichkeit von 80 ist Ordnungswidrigkeit) und *Modell 2* (alles über einer Sozialschädlichkeit von 20 ist Kriminalstrafrecht). Zwischen beiden Modellen kann der Gesetzgeber frei wählen, weil ja die Kernbereiche unangetastet bleiben. Das dürften, wie gesagt, auch die Vertreter einer rein quantitativen Abgrenzung nicht bestreiten. Natürlich könnte der Gesetzgeber auch weniger radikal verfahren und die Grenzlinie bei 40, 50 oder 60 ziehen. Dieser Ansatz sei im Folgenden als *Modell 3* bezeichnet, wobei es unschädlich ist, dass die genaue Grenze offenbleibt. Entscheidend ist, dass das *Modell 3* auf dem Anspruch beruht, die Grenze *konsequent* zu ziehen.

Diese Überlegungen zeigen zunächst, dass der Verweis auf die „großen Ordnungswidrigkeiten“ streng genommen überhaupt nicht nachweist, dass der Gesetzgeber keiner quantitativen Abgrenzung folgt. Denn in dem *Modell 1* wären diese völlig unproblematisch. Nun ist es natürlich offensichtlich, dass das geltende Recht nicht auf einem solchen Modell beruht. Erst wenn man diesen Umstand hinzunimmt, ist es überhaupt möglich, den „großen Ordnungswidrigkeiten“ eine Art systemsprengende Wirkung zu attestieren.

Die Überlegungen zu den unterschiedlichen Modellen beruhen offensichtlich auf vereinfachenden Annahmen. Man kann die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens nicht exakt messen. Auch lässt sich der Kernbereich nicht so klar abgrenzen, wie es angenommen wurde. Das hat auch damit zu tun, dass sich die Explikation des Kernbereichs durch das BVerfG in einem Hinweis auf „alle bedeutsamen Unrechtsbereiche“ erschöpft.<sup>73</sup> Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass irgendwo eine relevante Grenze der positiven Extension (den Kernbereichen) zu den neutralen Kandidaten (dem Grenzbereich) verläuft, ließe sich diese nicht einmal dann exakt festlegen, wenn man die Sozialschädlichkeit exakt

---

<sup>73</sup> Mit Recht fragt *Achenbach* GA 2008, 1, 10: „Was soll das sein? Jedenfalls alle heutigen Verbrechenstatbestände? Oder das, was wir seit Jahrhunderten so kennen im Strafrecht?“ Vgl. ergänzend *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im modernen Verfassungsstaat, 2017, S. 127 ff.

messen könnte, sondern ist ihrerseits kontingent (sie könnte ja statt bei 20 auch bei 19 oder 21 liegen).<sup>74</sup>

Darin erschöpfen sich die Probleme aber nicht. Denn anders als bei anderen Abgrenzungsproblemen wird die Abgrenzung ja nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen, sondern ist immer wieder aufs Neue nötig. Bei jeder neuen Sanktionsnorm wäre also eine Orientierung an bestehenden Sanktionsnormen nötig. Angesichts des Umstandes, dass heute niemand mehr zählen kann, wie viele Straf- und Bußgeldtatbestände es gibt,<sup>75</sup> verschärft das die Problematik signifikant.

All dies bedeutet aber nur, dass sich die *Modelle 1, 2 und 3* nicht mit exakter Präzision umsetzen ließen. Auch wenn sich die Sozialschädlichkeit nicht exakt messen lässt, kann man verschiedene Verhaltensweisen zumindest vergrößernd ordnen.<sup>76</sup> Und es wäre bei der Schaffung neuer Sanktionsvorschriften möglich, sich an einer Art existierendem Querschnitt zu orientieren, solange dieser nur auf einer halbwegs stimmigen Ordnung beruht.

## II. Das „Ordnungswidrigkeitenrecht 2.0“: ein viertes Modell

Das trifft auf das geltende Recht freilich nicht zu. Insofern muss man sehen, dass die Freiheit im Grenzbereich grundsätzlich auch die Möglichkeit impliziert, bald so, bald so zu verfahren. Um noch einmal die Sozialschädlichkeits-Skala zu bemühen: Der Gesetzgeber kann ein Verhalten mit einer Sozialschädlichkeit von 79 als Ordnungswidrigkeit einstufen und eines mit einer Sozialschädlichkeit von 21 als Straftat. Und es ist auch nicht ausgeschlossen, dass er sowohl das eine als auch das andere tut. Das zeigt das geltende Recht. Denn es wird ja niemand behaupten, dass sich die Einordnung etwa der Leistungerschleichung als Straftat einerseits mit der Einordnung der Kartellverstöße als Ordnungswidrigkeiten andererseits verträgt. Man wird auch kaum annehmen können, dass das dem Gesetzgeber entgangen ist. Das geltende Recht, wenn man

---

<sup>74</sup> Vgl. zu den Gründen allgemein *Endicott*, Vagueness in Law, 2000, S. 82 f.; *Gruschke*, Vagheit im Recht, 2014, S. 17, 30 f.; *Guski* JZ 2020, 129, 130.

<sup>75</sup> Vgl. *Hefendehl* ZIS 2016, 636, 638.

<sup>76</sup> Vgl. etwa *Amelung* in Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 155, 156 f.; *Hart*, Punishment and Responsibility, 2. Aufl. 2008, S. 161 ff.; siehe auch *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977, S. 62; *Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 161; siehe aber auch *Sunstein* 108 Harvard Law Review 1733 (1994). Allgemein zu solchen auf „Schätzungen“ und Wertungen beruhenden Ordnungen *Hempel/Oppenheim*, Der Typusbegriff in der neuen Logik, 1936, S. 48 ff.

so will: das „Ordnungswidrigkeitenrecht 2.0“, beruht also auf keinem der bisher genannten *Modelle* (1, 2 und 3), sondern auf einem *Modell 4*, bei dem der Gesetzgeber gar nicht den Anspruch verfolgt, die Grenze auch nur ansatzweise einheitlich (konsequent) zu ziehen.<sup>77</sup>

Nun versteht es sich keineswegs von selbst, dass der Gesetzgeber insofern zur Konsequenz verpflichtet wäre. Angesichts der Kontingenz des Rechts ist auch das *Modell 4* nicht ausgeschlossen. Das gilt selbst dann, wenn man das *Modell 4* auf eine „prinzipienlose Vorgehensweise“ zurückführt.<sup>78</sup> Das griffe aber schon deshalb zu kurz, weil auch im Grenzbereich die Abgrenzung nicht vollkommen willkürlich erfolgt, sondern unterschiedlichste Gesichtspunkte hineinspielen (die sich nicht durchweg in das Schema quantitativ/qualitativ einordnen lassen). Das sind einmal Zweckmäßigkeitserwägungen. Insofern wird die ordnungswidrigkeitenrechtliche Lösung im Kartellrecht etwa mit dem Umstand gerechtfertigt, dass die Kartellbehörden kraft besonderer Expertise viel besser für die Verfolgung geeignet seien als die Staatsanwaltschaft.<sup>79</sup> Bei der Entstehung des Kartellordnungswidrigkeitenrechts wurde der Verzicht auf eine kriminalstrafrechtliche Lösung außerdem damit begründet, dass weder „in der deutschen Öffentlichkeit noch in den beteiligten Wirtschaftskreisen [...] bisher ein lebendiges Gefühl dafür verbreitet [ist], daß wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich seien“<sup>80</sup>.

Schließlich spricht viel für die Annahme, dass Günthers These von den Ordnungswidrigkeiten als „Delikte ohne Opfer“ so etwas wie einen Minimalkonsens beschreibt. Symptomatisch ist insofern eine Diskussion um einen Vorschlag Baumanns aus dem Jahr 1972, die leichten Vermögensdelikte (wie insbesondere den Mundraub) ins Ordnungswidrigkeitenrecht auszulagern.<sup>81</sup> Dem wurde entgegengehalten, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht der falsche Ort sei, um Konflikte zwischen Individuen

---

<sup>77</sup> Das „Ordnungswidrigkeitenrecht 1.0“ dürfte dagegen – ungeachtet des Bekenntnisses zur Lehre vom Verwaltungsstrafrecht – ursprünglich tendenziell auf der Vorstellung beruht haben, die hier als *Modell 3* gekennzeichnet wurde.

<sup>78</sup> Vgl. Kleszczewski/Krenberger, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 3. Aufl. 2023, Rn. 31.

<sup>79</sup> M. Dreher WuW 2011, 232, 239; Weck ZStW 131 (2019), 65, 81 ff., 88 ff.; siehe auch K. Schmidt wistra 1990, 131, 137; vgl. aber auch Krell in Boele-Woelki et al. (Hrsg.), FS K. Schmidt, Band I, 2019, 731, 742.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 2/1158, S. 27. Das dürfte auf gewissen Anleihen bei der Theorie des Verwaltungs- und des Polizeistrafrechts beruhen, wo ein Abschlachtungsprozess für möglich gehalten wurde (näher Krell in Boele-Woelki et al. (Hrsg.), FS K. Schmidt, Band I, 2019, 731, 738 ff.).

<sup>81</sup> Vgl. Baumann JZ 1972, 1, 3.

zu regeln.<sup>82</sup> Auch der Gesetzgeber ist, soweit ersichtlich, nie auf diese Idee gekommen. Dasselbe würde dann für aktuell diskutierte Phänomene wie „Catcalling“ oder „Upskirting“ gelten.<sup>83</sup> Auch die Ehrdelikte sind hier zu nennen. Akzeptiert man, dass solche qualitativen Kriterien und/oder Zweckmäßigkeitserwägungen im Grenzbereich eine Rolle spielen können,<sup>84</sup> führt das zwangsläufig dazu, dass es problematisch ist, das *Modell 4* ausschließlich auf „eine prinzipienlose Vorgehensweise der Legislative zurückzuführen, der mit einer kritischen Theorie vom Ordnungsunrecht Einheit zu gebieten wäre“<sup>85</sup>.

### III. Konsequenzen

Selbst wenn man davon ausgeht, dass das *Modell 4* nicht unzulässig ist, heißt das selbstverständlich nicht, dass damit keine Nachteile einhergehen. Diese Nachteile lassen sich leichter aufzeigen, wenn man zunächst auf die Vorteile eines Modells mit einheitlicher Abgrenzung blickt. Das wird besonders deutlich bei den beiden radikalen *Modellen 1* und *2*. Diese haben nämlich den offensichtlichen Vorteil, dass *in einem der beiden Sanktionsregime* das Sozialschädlichkeitsspektrum *gering* ist. Das ermöglicht es, das Verfahrensrecht dort an einem halbwegs klaren *Leitbild* auszurichten. So bestünde etwa in *Modell 1* kaum Notwendigkeit für Durchbrechungen des Legalitätsprinzips.<sup>86</sup> Auf solche potenziellen Vorteile verweist auch das BVerfG. Unmittelbar an die zitierte Passage zum Grenzbereich schließt sich folgende Erwägung an:

„Bei dieser Sachlage ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber für beide Bereiche eine *einheitliche Verfahrensordnung einführt* und dem *geringeren Unrechtsgehalt der Ordnungswidrigkeiten* lediglich *durch einige Sonderregelungen Rechnung trägt*, die auf eine Vereinfachung des Bußgeldverfahrens abzielen, wie z.B. die Auflockerung des Verfolgungszwanges durch das Opportunitätsprinzip (§ 47 OWiG), die Einführung des Beschlußverfahrens nach

<sup>82</sup> Besonders deutlich H.J. Hirsch in Warda/Waider/v. Hippel/Meurer (Hrsg.), FS Lange, 1976, 815, 826 f.; ders. ZStW 92 (1980), 218, 243 f.; i.E. auch Lange in Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln (Hrsg.), FS Jahrreiß, 1974, S. 117, 131; Vogler ZStW 90 (1978), 132, 155 f.; dezidiert a.A. Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 132.

<sup>83</sup> Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 117.

<sup>84</sup> Vgl. für die qualitativen Aspekte Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 115 ff.; für Zweckmäßigkeitserwägungen etwa Frister, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 13; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 59; Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 112.

<sup>85</sup> So Kleszczewski/Krenberger, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 31.

<sup>86</sup> Vgl. Frisch in Küper/Welp (Hrsg.), FS Stree/Wessels, 1993, 69, 105.

§ 72 OWiG und die Vereinfachung der gerichtlichen Hauptverhandlung (§§ 73 ff. OWiG).“<sup>87</sup>

Sofern der Gesetzgeber *nicht* einheitlich abschichtet, verschenkt er damit also allemal Potenzial, weil nun in *beiden* Regelungsregimen Zugeständnisse an das (jeweils) breite Sozialschädlichkeitsspektrum erforderlich werden. So entsteht mit der Expansion des Strafrechts ein erhöhtes Bedürfnis nach verkürzenden Verfahrensarten (vgl. §§ 407 ff., 417 ff. StPO), während sich bei den „großen Ordnungswidrigkeiten“ – nicht zuletzt mit Blick auf Art. 92 GG – die Frage aufdrängt, ob nicht die „Strafgewalt“ der Verwaltung problematisch ist.<sup>88</sup> Die damit verbundenen Nachteile sind das negative Spiegelbild der eben erwähnten Vorteile. Wiederum am Beispiel von Legalität und Opportunität: Im Kriminalstrafrecht werden zunehmend Durchbrechungen in Richtung Opportunität möglich, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen, während umgekehrt mit Blick auf die großen Ordnungswidrigkeiten die Notwendigkeit entsteht, das pflichtgemäße (Einstellungs-)Ermessen einzuschränken.<sup>89</sup> Kurzum: Der Gesetzgeber und/oder die Rechtsdogmatik muss nun entscheiden, wann Ordnungswidrigkeiten verfahrensrechtlich wie Straftaten zu behandeln *und* wann Straftaten verfahrensrechtlich wie Ordnungswidrigkeiten zu behandeln sind. Das *Modell 4* enthält also die *Nachteile* der *Modelle 1* und *2*, aber nicht deren *Vorteile*.

Hinzu kommt, dass es auch nahezu unmöglich wird, qualitative Unterschiede an der unterschiedlichen Rechtsfolge festzumachen.<sup>90</sup> Insofern sei an die Rechtsprechung des BVerfG erinnert, wonach auf der einen Seite ein „ethischer Schuldvorwurf“ erhoben werde, während es auf der anderen nur eine „Pflichtenmahnung“ sei. Aber lassen sich derart pauschalisierende Aussagen aufrechterhalten, wenn das Spektrum hier wie dort derart groß ist? Enthält auch eine Geldstrafe von fünf Tagessätzen einen so schwerwiegenden Tadel? Und fehlt dieser Tadel einer Geldbuße in sieben- oder achtstelliger Höhe? Lässt sich hier wirklich noch von einer bloßen „Pflichtenmahnung“ sprechen? In diesem Licht sind im Übrigen alle Argumentationen problematisch, die einwenden, man dürfe

<sup>87</sup> BVerfGE 45, 272, 289 (Hervorhebungen nur hier).

<sup>88</sup> Vgl. zum zweiten Aspekt etwa Möschel WuW 2010, 869 ff.; allgemein Gossrau NJW 1958, 929 ff.; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 2. Halbband, 1982, S. 456 ff.

<sup>89</sup> Vgl. zu den ermessensleitenden Richtlinien im Steuer- und Kartellordnungswidrigkeitenrecht etwa v. Galen/Schaefer, in Nomos Kommentar WiStR, 2. Aufl. 2022, § 47 OWiG Rn. 25 ff.

<sup>90</sup> Zu solchen Versuchen siehe etwa Hünerfeld ZStW 90 (1978), 905, 911.



nicht Delikt X mit Delikt Y auf eine Stufe stellen, weil in jedem der hier skizzierten Modelle ein nicht unerhebliches Spektrum bestehen bleibt.<sup>91</sup>

Aus den Überlegungen zu *Modell 4* ergibt sich, nebenbei bemerkt, dass *Modell 3* den *Modellen 1* und *2* keineswegs überlegen sein muss. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass mit dem Schnitt an der „richtigen“ Stelle zwei weitestgehend stimmige Sanktionsregime entworfen werden könnten. Möglich ist es aber auch, dass es keine solche „richtige“ Stelle gibt und deshalb in jeder denkbaren Variante des *Modells 3* das Sozial-schädlichkeitsspektrum in beiden Sanktionsregimen noch zu groß wäre – mit der Folge, dass es ähnlich nachteilhaft wäre wie *Modell 4*.

#### D. Fazit

Der Umstand, dass der Gesetzgeber bei der Zuweisung zum Strafrecht und zum Ordnungswidrigkeitenrecht gar nicht (mehr) den Anspruch verfolgt, sich an bestimmten Leitbildern zu orientieren, führt dazu, dass das maßgebliche Verfahrensrecht nicht mehr an einem Leitbild ausgerichtet werden kann, sondern in beiden Bereichen einem denkbar breiten Sozialschädlichkeitsspektrum Rechnung tragen muss. Insofern ist die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts ein gutes Beispiel für die Kontingenz des Rechts, das in den verfassungsrechtlichen Grenzen eben so oder anders ausgestaltet sein kann. Deshalb ist der Versuch wenig zielführend, diese Kontingenz mithilfe universeller „Theorien“ zu überwinden.

Zur Wahrheit gehört aber auch, dass es sich der Gesetzgeber selbst schwer macht, wenn und weil er nun für zwei Sanktionsregime Regeln entwickeln muss, die *beide* schwerwiegendes und wenig schwerwiegendes Verhalten sanktionieren. Leidtragende sind unter anderem diejenigen, die dieses Recht anwenden und erforschen sollen. Der jetzige Rechtszustand ist also, um den Titel dieses Beitrags aufzugreifen, gewissermaßen die „dunkle Seite“ der Kontingenz. Normalerweise lassen sich die Probleme, die so entstehen, irgendwann nur noch, aber immerhin durch eine „kodifikatorische Erneuerung“ überwinden.<sup>92</sup> Im Fall von Strafrecht und Ordnungswidrigkeiten ist möglicherweise nicht einmal dieser Weg mehr gangbar, weil das Problem selbst mit einer Reform von

---

<sup>91</sup> Vgl. den berechtigten Hinweis bei *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 171 Fn. 34, dass sich ja auch niemand beschwere, wenn das Strafrecht Mord und Unterschlagung „auf eine Stufe stellt“.

<sup>92</sup> Vgl. dazu *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 201 ff.

StPO und OWiG nicht gelöst werden kann. Zuvor müsste man die fehlende Homogenität wieder herstellen, indem man entweder *Modell 1, 2* oder *3* anstrebte. Das erscheint angesichts der unüberblickbaren Zahl von Sanktionsvorschriften, die dann neu geordnet werden müssten, selbst dann ausgeschlossen, wenn der politische Wille dafür da wäre. Vor diesem Hintergrund wird auch nachvollziehbar, dass und warum die Strafrechtswissenschaft das Interesse am Ordnungswidrigkeitenrecht weitestgehend verloren hat – und wer will ihr das ernsthaft verübeln?

## **Entanonymisierung von politischen Social-Media-Influencer:innen als Problem des Strafrechts? Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 126a StGB**

Alessandro Giannini und Georg Köpferl, München\*

### **ABSTRACT**

Der Beitrag untersucht am Beispiel „Böhmermann vs. Clownswelt“, ob die Offenlegung der Identität anonym agierender, reichweitenstarker Social-Media-Influencer:innen den Tatbestand des § 126a StGB erfüllt. Es wird gezeigt, dass die teils als Doxing bezeichnete Entanonymisierung regelmäßig nicht auf Gefährdung zielt, sondern Bürger:innen aufklären und öffentliche Meinungsbildung fördern will. Als (straflose) Form gesellschaftlicher Selbstregulierung stellt sie Transparenz über politische Akteur:innen her – eine Funktionsbedingung politischer Willensbildung im demokratischen Verfassungsstaat, die zugleich als schutzwürdiges Rechtsgut qualifiziert werden kann.

### **A. Einleitung**

#### **I. Problemstellung**

Mit der fortschreitenden Digitalisierung verlagern sich politische Information und Agitation zunehmend in den digitalen Raum. Soziale Netzwerke übernehmen dabei eine zentrale Funktion: jenseits klassischer Medien wird hier über Politik informiert, Meinung gebildet und Mobilisierung betrieben. Niedrige Zugangshürden ermöglichen es allen Nutzer:innen, politische Inhalte einem unbegrenzten Publikum zugänglich zu

---

\* Dr. Alessandro Giannini ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ralf Kölbel an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Kontakt: [alessandro.giannini@jura.uni-muenchen.de](mailto:alessandro.giannini@jura.uni-muenchen.de).  
Georg Köpferl, LL.M. (Berkeley) ist Rechtsanwalt in München. Kontakt: [koepferl@wk-strafrecht.de](mailto:koepferl@wk-strafrecht.de).



machen. Diese Entwicklung ist in einem vom Diskurs seiner Bürger:innen abhängigen, der Meinungsfreiheit verpflichteten demokratischen Verfassungsstaat grundsätzlich zu begrüßen. Zugleich entstehen damit auch neue Risiken: Über „soziale“ Netzwerke werden zunehmend systematisch digitale Hetze und Desinformation verbreitet, verfassungsfeindliche Ideologien gestärkt und politische Prozesse gezielt beeinflusst – teils auch durch ausländische Akteur:innen und/oder mit Hilfe von KI-Systemen („Social Bots“). Ein wesentlicher Faktor ist dabei auch die Anonymität, die als digitale Tarnung die Verbreitung extremer Positionen ohne Angst vor Sanktion ermöglicht. Es verwundert deshalb nicht, dass politische Inhalte jenseits des sog. politischen Mainstreams häufig anonym über Kunstfiguren verbreitet werden. Diese Form der Selbstverhüllung ruft wiederum Akteur:innen auf den Plan, die die Identität der Urheber offenlegen wollen. Im Folgenden soll untersucht werden, welche Rolle dem Strafrecht in solchen Fällen der Enttarnung – des sog. „Doxing“ oder „Outing“ – zukommt.<sup>1</sup>

## II. Case-Study – „Böhmermann vs.Clownswelt“

Anlass der folgenden Überlegungen ist die Entanonymisierung des YouTubers Marc-Philipp L., die Gegenstand der Sendung *ZDF Magazin Royale* vom 9.5.2025 war.<sup>2</sup> Unter dem Titel „Rechte YouTuber: Das Vorfeld der AfD“ wurden dort Content-Creator:innen thematisiert, die häufig anonym politische Inhalte verbreiten und dem rechtsextremen Spektrum zugeordnet werden.<sup>3</sup> Im Mittelpunkt stand der von Marc-Philipp L. betriebene Kanal *Clownswelt*, der seit 2021 zunehmende Aufmerksamkeit erlangte und zum Zeitpunkt der Sendungsausstrahlung rund 227.000 Abonnent:innen zählte.<sup>4</sup> Nach einer Analyse von *ÜBERMEDIEN*<sup>5</sup> behandelten die Videos insbesondere Themen wie

---

<sup>1</sup> Gemeint sind damit ausschließlich Entanonymisierungshandlungen als solche. Inwieweit die zur Erforschung der Identität einer Person notwendigen Handlungen strafrechtlich relevant sind, soll hier nicht Gegenstand der Untersuchung sein; hierzu *Kubiciel/Großmann* NJW 2019, 1050, 1052 ff.

<sup>2</sup> Ebenfalls am 9.5.2025 berichtete Die Zeit unter dem Titel „Der rechte Clown“ über den YouTuber (abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2025-05/hetze-rechte-influencer-anonymitaet-kunstfigur>, zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>3</sup> Die Sendung ist abrufbar unter: <https://www.zdf.de/video/shows/zdf-magazin-royale-102/zdf-magazin-royale-vom-9-mai-2025-100> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>4</sup> <https://uebermedien.de/105561/vom-kiffer-zum-ketzer/> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026); die Zahl der Abonnent:innen stieg nach der Ausstrahlung der Sendung des *ZDF Magazin Royale* sprunghaft auf ca. 443.000 an und liegt derzeit bei ca. 500.000 Abonnent:innen.

<sup>5</sup> <https://uebermedien.de/107865/clownswelt-verbreitet-keine-fake-news-und-manipuliert-sein-publikum-trotzdem/> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

Migration, Gendern, Abtreibung, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und alternative Beziehungsmodelle. Die darin vertretenen Positionen wurden als konservativ bis rechts eingeordnet. Auffällig sei die sprachliche Gestaltung der Videos, die sich von plumper Agitation anderer rechter YouTuber deutlich unterscheide, sowie der Einsatz von Memes und satirischen Elementen. Zwar arbeite *Clownswelt* nicht mit nachweislich falschen Behauptungen, gleichwohl diene die Darstellungsform der subtilen Manipulation des Publikums und der Reproduktion gruppenbezogener Feindbilder.

Die Identität des Betreibers des Kanals war bis zur Ausstrahlung der Sendung unbekannt, da er sich eines Clown-Avatars bediente und der für ihn geltenden Impressumspflicht<sup>6</sup> nicht nachkam.<sup>7</sup> In der Sendung nannte Moderator Jan Böhmermann zwar nicht den vollständigen Namen, jedoch mehrere identifizierende Merkmale – etwa Vornamen, musikalische Tätigkeit und Hinweise auf den Wohnort. Diese Angaben ermöglichten eine eindeutige Identitätsfeststellung und hoben die Anonymität faktisch auf. Ziel der Sendung war, Mechanismen rechtsextremer Online-Propaganda offenzulegen und den Betreiber als realen politischen Akteur mit Verbindungen zu rechtsextremen Parteien und Milieus sichtbar zu machen.

Die Entanonymisierung von *Clownswelt* wurde kontrovers aufgenommen. Kritiker:innen sahen darin ein Beispiel für das sog. Doxing, das nach § 126a StGB als gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten strafbar sein könne. Nach mehreren Programmbeschwerden entschied der ZDF-Fernsehrat am 19.9.2025 einstimmig, dass kein Rechtsverstoß vorgelegen habe. Er verwies auf ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Aufklärung des unter dem Schutz der Anonymität agierenden YouTubers.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Dieser Pflicht unterliegen Betreiber:innen von YouTube-Kanälen nach § 18 Medienstaatsvertrag und § 5 DDG.

<sup>7</sup> Mittlerweile wird im Impressum der vollständige Klarnamen sowie die Anschrift einer Rechtsanwaltskanzlei genannt.

<sup>8</sup> [https://www.zdf.de/assets/programmbeschwerde-magazin-royale-100~original%3Fcb=1758574396991&ved=2ahUKEwjZtNGOyK2QAxV6\\_7sIHbJUNjIQFnoECBkQAQ&usg=AOvVaw1-0NQDQ-y-SxUslBufWVUds](https://www.zdf.de/assets/programmbeschwerde-magazin-royale-100~original%3Fcb=1758574396991&ved=2ahUKEwjZtNGOyK2QAxV6_7sIHbJUNjIQFnoECBkQAQ&usg=AOvVaw1-0NQDQ-y-SxUslBufWVUds) (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

### III. Gang der Untersuchung

Bevor die strafrechtlichen Fragen der Entanonymisierung erörtert werden, soll zunächst das veränderte Informationsverhalten und die Bedeutung von Anonymität im Internet dargestellt werden, da beide Aspekte auch für die strafrechtliche Bewertung maßgeblich sind (B.). Im Anschluss wird die Analyse den Tatbestandsvoraussetzungen des § 126a I StGB gewidmet und geprüft, ob Fälle einer Entanonymisierung darunterfallen (C.). Hierbei wird ein Fokus auf der Frage liegen, ob die Offenlegung einer Identität als sozialadäquates Verhalten vom Tatbestand ausgenommen sein kann. Abschließend wird ein Fazit gezogen und in einem Ausblick offene Anschlussfragen aufgezeigt, die über den Rahmen dieses Beitrags hinausweisen (D.).

#### B. Politische Social-Media-Influencer:innen

Die am Beispiel des YouTubers *Clownswelt* geführte Diskussion über die Zulässigkeit der öffentlichen Entanonymisierung von politischen Social-Media-Influencer:innen ist vor dem Hintergrund einer sich wandelnden Medienlandschaft und -nutzung zu sehen, die zunehmend durch den Bezug politischer Informationen über Plattformen und durch die Content-Produktion nichtprofessioneller Akteur:innen geprägt ist. Wie generell bei der Internetnutzung spielt dabei auch die Anonymität eine zentrale Rolle.

#### I. Herausbildung neuer epistemischer Autoritäten

Der Stellenwert sog. alternativer Informationsquellen hat sich in den vergangenen Jahren erheblich gewandelt. Der Nachrichtenkonsum verlagert sich zunehmend in das Internet, wo ein Großteil der erwachsenen Nutzer:innen Nachrichten liest, hört oder ansieht. Zwar dominieren auch dort weiterhin klassische Anbieter aus Fernsehen, Radio und Print, doch informieren sich immer weniger Menschen über redaktionell kontrollierte Angebote. In sozialen Medien wie Instagram, Facebook, X (vormals Twitter), YouTube oder TikTok haben Privatpersonen, Prominente und Influencer:innen als Nachrichtenquellen eine verhältnismäßig große Bedeutung.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Behre/Hölig/Möller, Reuters Institute Digital News Report 2023: Ergebnisse für Deutschland, S. 48, 51.

Die klassischen Medien haben ihre Gatekeeper-Funktion weitgehend eingebüßt.<sup>10</sup> Die niedrigen Zugangshürden sozialer Netzwerke führen zu einer Neu-Institutionalisierung epistemischer Autoritäten, die als nicht-, pseudo- oder quasijournalistisch eingestuft werden können.<sup>11</sup> Zu diesen zählen insbesondere politische Social-Media-Influencer:innen, die Reichweiten erzielen, die etablierten Medienangeboten vergleichbar sind.<sup>12</sup> Nach Bause handelt es sich dabei um in sozialen Medien bekannt gewordene Nutzer:innen, die als selbstinszenierte Personenmarken regelmäßig selbst produzierte politische Inhalte verbreiten, mit denen sie ein disperses Publikum erreichen und potenziell beeinflussen.<sup>13</sup> Social-Media-Influencer:innen wird der aus der Kommunikationswissenschaft stammende Status der Meinungsführer:innen zugeschrieben.<sup>14</sup> Auch politische Social-Media-Influencer:innen werden meist eher zu den politischen Meinungsführer:innen als zu den Journalist:innen gerechnet.<sup>15</sup>

Diese neuen epistemischen Autoritäten wirken jedoch in vielen Fällen nicht aufgrund institutioneller Legitimation oder überprüfbarer Expertise, sondern durch Inszenierung, Reichweite und affektive Bindung. Glaubwürdigkeit erwächst aus wiederholter Präsenz, Community-Bildung und dem Eindruck von Authentizität, der durch eine horizontale oder zumindest horizontal wirkende Kommunikation verstärkt wird.<sup>16</sup> Die von ihnen genutzten Räume dienen zugleich der strategischen Verschiebung diskursiver Grenzen und dazu, Diskurshoheit zu erlangen.<sup>17</sup> Rechte Akteur:innen normalisieren menschenfeindliche oder antipluralistische Positionen, indem sie diese in vermeintlich harmlosen Formaten verpacken.<sup>18</sup> Meinungsmacher:innen werden so zum Katalysator

---

<sup>10</sup> Holznagel VVDStRL 68 (2009), 381, 391; Struck/Müller/Mischler/Wagner KrimOJ 2020, 310, 314.

<sup>11</sup> Schneiders/Stark in Mand u.a. (Hrsg.), Wirtschaft – Medien – Digitalisierung, 2025, 607, 614.

<sup>12</sup> Bause Publizistik 66 (2021), 295, 298; es kann hierbei – wobei eine konsentrierte Definition nicht existiert – je nach Reichweite zwischen Mikro- (bis 100.000 Follower), Makro- (bis 1.000.000 Follower) und Megainfluencer:innen (über 1.000.000 Follower) unterschieden werden (vgl. Conde/Casais Journal of Business Research 158 (2023), 113708).

<sup>13</sup> Bause Publizistik 66 (2021), 295, 303.

<sup>14</sup> Fries, Influencer-Marketing – Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media, 2019, S. 6; Wunderlich M&K 71 (2023), 37.

<sup>15</sup> Näher hierzu Bause Publizistik 66 (2021), 295, 303 ff.

<sup>16</sup> Bause Publizistik 66 (2021), 295, 307.

<sup>17</sup> Zum Streben nach kultureller Hegemonie Struck/Müller/Mischler/Wagner KrimOJ 2020, 310, 313.

<sup>18</sup> Zu solchen „negativen Partizipationsformen“ am Beispiel von Fake News Peters GA 2025, 135, 140 ff.

affektiver Radikalisierung und zu Akteur:innen im Kampf um gesellschaftliche Deutungsmacht.<sup>19</sup>

Der Betreiber des YouTube-Kanals *Clownswelt* erfüllt diese Kriterien in besonderer Weise. Als anonym agierende Personenmarke mit erheblicher Reichweite, politischer Themenwahl und bewusster Inszenierungsstrategie ist *Clownswelt* als politischer Social-Media-Influencer im dargestellten Sinne einzuordnen.

## II. Bedeutung von Anonymität

Anonymität<sup>20</sup> ist ein zentrales Strukturmerkmal digitaler Kommunikation, das in mehrfacher Hinsicht wirkt.

Im Ausgangspunkt wurzelt sie in der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 Var. 1 GG und bezweckt, jedes Individuum in eine Lage zu versetzen, in der es die ihm rechtlich zustehenden kommunikativen Freiheiten auch tatsächlich ausüben kann, ohne durch die Angst vor staatlicher oder privater Repression gehemmt zu sein (Schutz vor Selbstzensur).<sup>21</sup>

Auf der Seite derjenigen, die Inhalte produzieren, senkt anonymes Auftreten im digitalen Raum die Hemmschwelle, radikale oder menschenfeindliche Positionen offen zu vertreten. Der „Online Disinhibition Effect“<sup>22</sup> beschreibt, dass Nutzer:innen sich durch fehlende Identifizierbarkeit enthemmt fühlen und Inhalte äußern, die sie im sozialen Nahraum nicht vorbringen würden.<sup>23</sup> Zudem entfaltet wahrgenommene Anonymität eine depersonalisierende Wirkung: Die individuelle Verantwortung tritt zurück, während die Gruppenidentität in den Vordergrund rückt, was Radikalisierungsprozesse und Polarisierung begünstigt.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Eine Skalierung der Einflussphären erreichen diese Akteur:innen auch vermehrt durch den Einsatz von sog. Social Bots als pseudomenschliche Kommunikationsteilnehmer. Dabei handelt es sich um KI-Profilen in sozialen Netzwerken, die mit Menschen interagieren, notwendiges Vertrauen für die Kommunikationsbeziehung durch menschenähnliche Handlungsmuster aufbauen und dieses zur politischen Desinformation und Manipulation missbrauchen können, vgl. eingehend zur Begriffsdefinition Dürr, Social Bots, 2024, S. 7 ff.

<sup>20</sup> Zur Begriffsklärung von Anonymität und der (nur bedingt möglichen) Abgrenzung zu Pseudonymität Dürr (Fn. 19), S. 128 f.

<sup>21</sup> Dürr (Fn. 19), S. 129 ff., 251.

<sup>22</sup> Suler CyberPsychology & Behavior 7 (2004), 321.

<sup>23</sup> Hierzu Schwerberger/Rieger in Wachs/Koch/Zick (Hrsg.), Hate Speech – Multidisziplinäre Analysen und Handlungsoptionen, 2021, 53, 59; s.a. Rubitzsch in Hoven (Hrsg.), Das Phänomen „Digitaler Hass“, 2023, 167, 173; zurückhaltender Gräfe/Hamm in Berger/Deremetz/Henning/Michell (Hrsg.), Autonomie und Verantwortung in digitalen Kulturen, 2021, 251, 256, 269 f.

<sup>24</sup> Struck/Müller/Mischler/Wagner KrimOJ 2020, 310, 315.



Auf der Seite der Rezipient:innen scheint Anonymität die Wahrnehmung propagandistischer Inhalte als vermeintlich objektiv oder konsensfähig zu erleichtern. Anonyme Kunstfiguren könnten gerade deshalb Vertrauen schaffen, weil sie stabil und konsistent auftreten können, während reale Personen unberechenbarer sind. Sie haben das Potenzial, besonders wirksam zu sein, da sie perfekt inszeniert, kontrolliert und konsistent dargestellt werden können, ohne „Unschärfen“ realer Personen (Fehler, Inkonsistenzen).<sup>25</sup>

Damit ist Anonymität ambivalent: Sie ist einerseits Voraussetzung für legitime politische Teilhabe, insbesondere dort, wo Schutz vor staatlicher oder gesellschaftlicher Repression notwendig ist. Andererseits begünstigt sie eine Kommunikationskultur, in der Hassrede und extremistische Inhalte ungehindert zirkulieren können. Für die strafrechtliche Diskussion von Doxing bedeutet dies, dass die Entanonymisierung nicht nur als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, sondern auch als Mittel zur Wiederherstellung von Transparenz und Verantwortlichkeit in einer digitalen Öffentlichkeit zu betrachten ist, die zunehmend durch anonyme und pseudonyme Akteur:innen geprägt wird.<sup>26</sup> Vor diesem Hintergrund erhält die Frage nach der Legitimität der Entanonymisierung solcher epistemischer Autoritäten besondere Brisanz. Da es hierbei nicht allein um den Schutz individueller Privatsphäre geht, sondern auch um die Offenlegung von Akteur:innen, die sich durch Anonymität und Pseudonymität Einfluss auf die politische Willensbildung sichern, tritt das öffentliche Transparenzinteresse in Konkurrenz zum Persönlichkeitsrecht.

### C. Entanonymisierung als strafbares Doxing?

Vor dem Hintergrund dieser Funktionsbedingungen einer neuen Informationslandschaft wird im Folgenden untersucht, ob die Entanonymisierung von in sozialen Netzwerken anonym auftretenden politischen Social-Media-Influencer:innen als Doxing zu qualifizieren ist, das nach § 126a StGB strafbar ist.

---

<sup>25</sup> Vergleichbare Beobachtungen bei Untersuchungen zu Virtual Influencers im Marketing vgl. *Alim/Ghosh/Thaichon* in *Ladhari* (Hrsg.), *Encyclopedia of Artificial Intelligence in Marketing*, 2025, 1, 2 ff.

<sup>26</sup> Die Bedeutung transparenter Kommunikation wurde jüngst auch im AI Act (Verordnung (EU) 2024/1689) anerkannt. Die Verordnung sieht für KI-Systeme auch wegen der von ihnen ausgehenden Risiken „tatsächlicher oder vorhersehbarer negativer Auswirkungen auf demokratische Prozesse, den gesellschaftlichen Diskurs und Wahlprozesse, unter anderem durch Desinformation“, eine Kennzeichnungspflicht vor (vgl. Erwgr. 136).

## I. Doxing als internetbasiertes Phänomen

Unter Doxing (zusammengesetzt aus „dox“ für documents und „dropping“) versteht man die unbefugte Veröffentlichung personenbezogener Daten wie etwa Anschrift oder Telefonnummer.<sup>27</sup> Diese können z.B. durch Hacking, Preisgabe der betroffenen Person selbst oder – wie im Fall des YouTubers *Clownswelt* – gezielte Internetrecherche erlangt werden. Zweck ist regelmäßig die Einschüchterung und Verunsicherung des Opfers, das nicht nur die weitere Verbreitung seiner Daten, sondern auch konkrete Bedrohungen im realen Leben befürchten muss.<sup>28</sup> Das Phänomen, das in den 1990er-Jahren in der Hackerszene als Vergeltungsstrategie entstand, ist inzwischen auf digitale Plattformen und soziale Netzwerke übergegangen.<sup>29</sup> Betroffen sein können nicht nur exponierte Personen wie Politiker:innen oder Prominente, sondern alle Nutzer:innen.<sup>30</sup>

## II. Strafrechtlicher Anknüpfungspunkt: § 126a StGB

Im Hinblick auf die Entanonymisierung wird diskutiert, ob es sich um einen Fall des gefährdenden Verbreitens personenbezogener Daten handelt, das nach § 126a StGB strafbar ist.<sup>31</sup>

### 1. Gesetzgeberische Intention, Kritik

Anlass für die Einführung von § 126a StGB war das vermehrte Auftreten von sog. Feindeslisten, auf denen personenbezogene Daten, insbesondere Wohnanschriften, von meist politisch und gesellschaftlich engagierten Personen gesammelt und über das Internet mit expliziten oder subtilen Drohungen verbreitet wurden.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber reagierte hierauf mit der Schaffung eines eigenständigen Straftatbestandes, um Betroffene effektiver vor solchen Formen digitaler Einschüchterung und Prangerwirkung zu schützen.

---

<sup>27</sup> Kubiciel/Großmann NJW 2019, 1050, 1051.

<sup>28</sup> McIntyre Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 2016, 111, 113.

<sup>29</sup> Kubiciel/Großmann NJW 2019, 1050, 1051.

<sup>30</sup> Kubiciel/Großmann NJW 2019, 1050, 1051.

<sup>31</sup> Nicht untersucht wird hier eine Strafbarkeit nach § 42 BDSG, die aber regelmäßig mangels eines gewerbsmäßigen Handelns (Abs. 1) bzw. mangels einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten (Abs. 2) nicht gegeben sein wird, vgl. Kubiciel/Großmann NJW 2019, 1050, 1054 f.

<sup>32</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 1; zu Phänomen und Strafbarkeit der Verbreitung von Feindeslisten *Korrenke/Kühne* NK 2022, 457.

Feindeslisten bewirken jedoch nicht nur eine konkrete Gefährdung einzelner Personen, sondern können auch unmittelbar zur Einschränkung der öffentlichen Meinungsvielfalt führen. Wenn Bürger:innen befürchten müssen, aufgrund einer politischen Äußerung oder eines gesellschaftlichen Engagements auf einer solchen Liste zu erscheinen, kann dies zu einer Selbstzensur führen und damit die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit beeinträchtigen.<sup>33</sup> Zugleich wurde unter denselben grundrechtlichen Vorzeichen ein Legitimationsdefizit im Hinblick auf die Strafvorschrift festgestellt, welches die politische Neutralität des Strafrechts berühre.<sup>34</sup> Kritisch angemerkt wird insbesondere, dass die Vorschrift eine unklare Grenze zwischen legitimer Meinungsäußerung und strafbarer Datenverbreitung ziehe, indem die Strafvorschrift – gewollt oder ungewollt – bestimmte Formen politischer Kommunikation kriminalisiere.<sup>35</sup>

In der Praxis existiert bislang nur sehr wenig Rechtsprechung zu § 126a StGB. Erste veröffentlichte freisprechende Entscheidungen des Landgerichts Bremen<sup>36</sup> und des Amtsgerichts Köln<sup>37</sup> deuten darauf hin, dass die Gerichte um eine restriktive Anwendung des Tatbestandes bemüht und sich der damit verbundenen grundrechtlichen Implikationen bewusst sind.<sup>38</sup>

## 2. Tatbestandsvoraussetzungen

### a) Verbreiten personenbezogener Daten

Tatgegenstand des § 126a I StGB sind personenbezogene Daten. Nach der Legaldefinition in Art. 4 I DSGVO umfasst dieser Begriff alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen.<sup>39</sup> Erfasst sind sowohl Daten, die unmittelbar auf die Identität der Person schließen lassen (etwa Name, Geburtsdatum, Anschrift und Telefonnummer) als auch solche, die mittelbar Rückschlüsse

---

<sup>33</sup> Hoven/Rostalski KriPoZ 2024, 167, 168 f.

<sup>34</sup> Hoven/Rostalski KriPoZ 2024, 167, 168 f.

<sup>35</sup> Hoven/Rostalski KriPoZ 2024, 167, 169 f.

<sup>36</sup> LG Bremen BeckRS 2025, 21327.

<sup>37</sup> AG Köln MMR 2025, 158.

<sup>38</sup> Zur Entscheidung des LG Oldenburg vom 1.9.2022 (5 Ks 8/22), in der eine Strafbarkeit nach § 126a I StGB bejaht wurde, Haas NSW 2024, 217.

<sup>39</sup> Puschke, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 126a Rn. 13.

auf ihre sozialen, kulturellen oder wirtschaftlichen Verhältnisse oder ihr gesellschaftliches Umfeld zulassen.<sup>40</sup>

Eine öffentliche Verbreitung liegt vor, wenn die Daten einem Personenkreis zugänglich gemacht werden, der so groß ist, dass er vom Täter nicht mehr beherrscht oder kontrolliert werden kann.<sup>41</sup> Sie muss dabei in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts i.S.d. § 11 III StGB erfolgen.

### **b) Gefährdungseignung und Gefährdungsbestimmung**

Die Verbreitung personenbezogener Daten einer Person ist gem. § 126a I StGB nur strafbar, wenn sie in einer Art und Weise erfolgt, die geeignet und nach den Umständen bestimmt ist, diese Person oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr eines gegen sie gerichteten Verbrechens (Nr. 1) oder einer gegen sie gerichteten sonstigen rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert (Nr. 2) auszusetzen. Nach herrschender Auffassung handelt es sich sowohl bei der Gefährdungseignung als auch bei der Gefährdungsbestimmung um objektive Tatbestandsmerkmale.<sup>42</sup>

Eine Gefährdungseignung wird angenommen, wenn nach Art und Weise des Verbreitens sowie den sonstigen relevanten konkreten Umständen des Einzelfalls bei einer Gesamtwürdigung die Besorgnis gerechtfertigt ist, es könne zu einer Tat i.S.d. § 126a I Nr. 1 oder Nr. 2 StGB kommen.<sup>43</sup> Maßgeblich sind dabei sowohl die Art der personenbezogenen Daten selbst<sup>44</sup> als auch die Modalitäten des Verbreitens,<sup>45</sup> also insbesondere der mit der Verbreitung verbundene Kommunikationsakt.<sup>46</sup> Ob man schon jedem Verbreiten von personenbezogenen Daten „im Kontext mit Kritik an der Person“ die erforderliche Eignung zusprechen kann, ist

---

<sup>40</sup> Schittenhelm, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 126a Rn. 4.

<sup>41</sup> Vassilaki K&R 2021, 763, 764.

<sup>42</sup> Schittenhelm (Fn. 40), § 126a Rn. 7; Eschelbach, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 126a Rn. 21; Puschke (Fn. 39), § 126a Rn. 31; Fischer, StGB, 72. Aufl. 2025, § 126a Rn. 8; Stein/Leite, in Systematischer Kommentar StGB, Bd. III, 10. Aufl. 2026, § 126a Rn. 9.

<sup>43</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 11; Eschelbach (Fn. 42), § 126a Rn. 20.

<sup>44</sup> Puschke (Fn. 39), § 126a Rn. 28, nach dem gegen eine Eignung spricht, wenn Daten bereits seit längerer Zeit im Umlauf sind, ohne dass hieraus konkrete Gefahren erwachsen sind.

<sup>45</sup> Rackow, in BeckOK StGB, 67. Ed. 01.08.2025, § 126a Rn. 9, der als Beispiele die Verbreitung über eine extremistisch ausgerichtete Website bzw. aus einer extremistischen Gruppierung heraus nennt.

<sup>46</sup> Haas NSW 2024, 217, 223 f.

dagegen fraglich.<sup>47</sup> Zurecht verneint die Rechtsprechung eine Gefährdungseignung bei der Einbettung einer Äußerung in eine emotionalisiert-aufgeheizt geführte Debatte und verlangt vielmehr das Hinzutreten von Eskalationsmarkern, also aufstachelnder und eskalierender Elemente.<sup>48</sup> Gleichwohl ist es nicht auszuschließen, dass bei einer zunehmenden gesellschaftlichen Polarisierung der Äußerung von Kritik an einer bestimmten (z.B. politisch exponierten) Person die von § 126a I StGB geforderte Eignung inhärent ist.

Eine Gefährdungsbestimmung ist gegeben, wenn das Verbreiten personenbezogener Daten bei objektiver Betrachtung des Gesamtkontexts den Schluss nahelegt, dass die Tathandlung mit der Zielrichtung vorgenommen wurde, eine Person der Gefahr einer Straftatbegehung auszusetzen.<sup>49</sup> Dieser Gefährdungszweck muss nicht der alleinige, aber doch kennzeichnende Zweck des Verbreitens sein, sodass eine mit dem Verbreiten verbundene Meinungsäußerung in den Hintergrund tritt.<sup>50</sup> Eine solche Gefährdungsbestimmung liegt regelmäßig vor, wenn das Verbreiten mit Äußerungen verknüpft ist, die eine Bedrohung darstellen oder suggerieren.<sup>51</sup>

Die Tatbestandsmerkmale der Gefährdungseignung und Gefährdungsbestimmung markieren damit die Grenze zwischen verfassungsrechtlich geschützter (und deshalb notwendig strafloser) Meinungsäußerung und der strafbaren Verletzung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Person.

### c) Sozialadäquanzklausel

Eine Strafbarkeitsbegrenzung erfolgt nach der gesetzgeberischen Intention über die sog. Sozialadäquanzklausel des § 126a III i.V.m. § 86 IV StGB. Dieser – nach herrschender Auffassung<sup>52</sup> – Tatbestandsausschluss exkludiert Handlungen, die der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der

---

<sup>47</sup> So aber *Eschelbach* (Fn. 42), § 126a Rn. 20.

<sup>48</sup> LG Bremen BeckRS 2025, 21327.

<sup>49</sup> *Puschke* (Fn. 39), § 126a Rn. 32; ähnlich *Schittenhelm* (Fn. 40), § 126a Rn. 7; *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 31. Aufl. 2025, § 126a Rn. 4.

<sup>50</sup> *Puschke* (Fn. 39), § 126a Rn. 32.

<sup>51</sup> *Rackow* (Fn. 45), § 126a Rn. 9; *Puschke* (Fn. 39), § 126a Rn. 33.

<sup>52</sup> Zur dogmatischen Einordnung der h.M. als Tatbestandsausschluss und nicht erst als Rechtfertigungsgrund vgl. *Anstötz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 86 Rn. 40 m.w.N.; differenzierend *Paeffgen/Kleszczewski*, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 86 Rn. 39.

Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen.

Die Einordnung als Tatbestandsausschluss impliziert, dass auch nach § 126a I StGB grundsätzlich tatbestandsmäßiges Verhalten unter den Voraussetzungen des § 86 IV StGB straflos bleibt. Gleichwohl erscheint zweifelhaft, dass ein Verhalten, das *geeignet* und *bestimmt* ist, eine Person der Gefahr bestimmter gegen sie gerichteter Straftaten auszusetzen, zugleich die genannten sozialadäquaten Zwecke verfolgen kann. Eine „echte“ Tatbestandsausnahme kann die Regelung deshalb nicht sein.<sup>53</sup> Ihre praktische Bedeutung entfaltet die Regelung des § 126a III i.V.m. § 86 IV StGB daher vielmehr inzident bei der Prüfung der Gefährdungseignung und Gefährdungsbestimmung. Im Rahmen der hierfür vorzunehmenden objektiven Gesamtbetrachtung sind die in § 86 IV StGB genannten Zwecke als Faktoren zu berücksichtigen. Erfolgt die Verbreitung personenbezogener Daten etwa zur staatsbürgerlichen Aufklärung, liegt regelmäßig nicht der Schluss nahe, dass sie die nach § 126a I StGB geforderte Eignung und Bestimmung hat.

Der Begriff der staatsbürgerlichen Aufklärung ist weit auszulegen. Diesem unterfallen Handlungen, die der Wissensvermittlung zur Anregung der politischen Willensbildung und Verantwortungsbereitschaft der Staatsbürger und damit der Förderung ihrer politischen Mündigkeit durch Information dienen.<sup>54</sup> Gemeint ist jede Tätigkeit, die der kritischen Information und Sensibilisierung der Öffentlichkeit über verfassungsfeindliche Bestrebungen, ihre Akteur:innen und Strategien dient.<sup>55</sup> Ziel ist die Stärkung demokratischer Urteilsfähigkeit im Umgang mit Extremismus. Staatsbürgerliche Aufklärung kann nicht nur von Schulen oder politischen Bildungsstätten geleistet werden, sondern auch von Presse, Rundfunk, Fernsehen und Internet.<sup>56</sup>

Bei der weiterhin genannten Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen geht es um Bemühungen, die darauf abzielen, die freiheitliche

---

<sup>53</sup> Vgl. auch *Puschke* (Fn. 39), § 126a Rn. 48; *Eschelbach* (Fn. 42), § 126a Rn. 26: „symbolische Funktion der Tatbestandsbeschränkung“.

<sup>54</sup> *Anstötz* (Fn. 52), § 86 Rn. 41.

<sup>55</sup> Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/28678, S. 12) nennt als Beispiel die Veröffentlichung der Recherchearbeit von Vereinen zur Aufdeckung extremistischer Bestrebungen.

<sup>56</sup> *Steinsiek*, in *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 86 Rn. 37; *Paeffgen/Kluszczewski* (Fn. 52), § 86 Rn. 42.

demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden.<sup>57</sup> Diese Variante der Sozialadäquanzklausel schützt nicht primär das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, sondern ermöglicht das präventive Einschreiten gegen verfassungsfeindliche Kräfte. Da es sich hierbei nicht um eine Aufgabe von Privatpersonen handelt, soll diese Variante nur an Angehörige staatlicher Organe adressiert sein.<sup>58</sup>

Für die Auslegung der anderen ausdrücklich genannten Zwecke, Wissenschaft, Forschung, Lehre, Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte, wird eine Orientierung an den Begrifflichkeiten in Art. 5 I 2, III GG vorgeschlagen.<sup>59</sup> Bei der Berichterstattung kommt es nicht auf die Form der Nachrichtenübermittlung oder eine pädagogische Zweckrichtung an. Sie muss aber an reale Sachverhalte anknüpfen, die sich gegenwärtig abspielen oder in der Vergangenheit liegen.<sup>60</sup> Die Verbreitung von personenbezogenen Daten im Rahmen der Berichterstattung wird man insbesondere dann als sozialadäquat ansehen können, wenn eine Namensnennung bzw. identifizierende Berichterstattung nach den presserechtlichen Vorschriften zulässig ist.<sup>61</sup>

Bei den ähnlichen Zwecken muss es sich um solche handeln, die in ihrem Gewicht den anderen ausdrücklich genannten gleichkommen.<sup>62</sup>

### 3. Tatbestandsmäßigkeit der Entanonymisierung

#### a) Allgemeine Überlegungen

Die Entanonymisierung von Personen, die in sozialen Netzwerken anonym agieren, kann grundsätzlich eine strafbare gefährdende Verbreitung von personenbezogenen Daten gem. § 126a I StGB darstellen. Maßgeblich ist, ob im Einzelfall eine Gefährdungseignung und insbesondere Gefährdungsbestimmung festgestellt werden kann. Dabei ist stets der Gesamtkontext zu berücksichtigen.

---

<sup>57</sup> Anstötz (Fn. 52), § 86 Rn. 42.

<sup>58</sup> Zöller, in Systematischer Kommentar StGB, Bd. III, 10. Aufl. 2026, § 86 Rn. 19; Steinsiek (Fn. 56), § 86 Rn. 38.

<sup>59</sup> Anstötz (Fn. 52), § 86 Rn. 43; vgl. auch Steinsiek (Fn. 56), § 86 Rn. 39.

<sup>60</sup> Anstötz (Fn. 52), § 86 Rn. 43.

<sup>61</sup> Im Kontext des § 86 StGB vgl. Zöller (Fn. 58), § 86 Rn. 19.

<sup>62</sup> Steinsiek (Fn. 56), § 86 Rn. 39; Zöller (Fn. 58), § 86 Rn. 20.

Von Bedeutung ist zunächst, ob die betroffene Person lediglich als Nutzer:in sozialer Netzwerke auftritt, die keinen eigenen Content produziert, sondern dort nur Content konsumiert und kommentiert. Personen, die soziale Medien überwiegend passiv nutzen und dort ohne nennenswerte Reichweite agieren, haben angesichts der Funktionsbedingungen des Internets eine berechnete Erwartung auf Anonymität.<sup>63</sup> Wird ihre Identität offengelegt, legt dies zunächst den Schluss nahe, dass die Entanonymisierung mit der Zielrichtung einer Gefährdung vorgenommen wurde.

Anders kann dies bei Content-Creator:innen liegen, die soziale Medien aktiv nutzen und ihre Inhalte mit erheblicher Reichweite<sup>64</sup> verbreiten. Hier könnte danach zu differenzieren sein, welche Art von Inhalten die Influencer:innen auf der jeweiligen Plattform teilen. So kann es für die Betrachtung des Gesamtkontextes z.B. relevant sein, ob Influencer:innen Content zu Mode und Kosmetik oder politischen Inhalt veröffentlichen. Gleichwohl lässt sich auch bei der Verbreitung personenbezogener Daten von Content-Creator:innen nicht-politischer Inhalte nicht ohne Weiteres auf den Zweck einer Gefährdung schließen. Die Entanonymisierung kann hier auch legitimen Zwecken wie der Aufdeckung von ökonomischen Interessen oder wirtschaftlichen Verflechtungen dienen.

Vor dem Hintergrund des vom Gesetzgeber auch für § 126a I StGB maßgeblich erachteten § 86 IV StGB ist insbesondere bei der Entanonymisierung politischer Social-Media-Influencer:innen regelmäßig von einer fehlenden Gefährdungsbestimmung auszugehen. Eine Aufdeckung der Identität kann hier insbesondere der staatsbürgerlichen Aufklärung sowie der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens dienen.

Wegen des aus der Reichweite folgenden großen Beeinflussungspotenzials der neuen epistemischen Autoritäten der sozialen Netzwerke hat die Identität dieser Akteur:innen einen hohen Informationswert, der eine objektive Gefährdungsbestimmung kontraindiziert.<sup>65</sup> Die Kenntnis der hinter einem Inhalt politischer Meinungsbildung stehenden Urheber:innen hat für die Allgemeinheit Bedeutung, da hierdurch ihre Interessen und die Netzwerke, in denen sie agieren, offengelegt und der verbreitete

---

<sup>63</sup> Vgl. zur rechtspolitischen Diskussion einer allgemeinen Klarnamenpflicht zuletzt *Voßkuhle*, tagesspiegel v. 27.12.2025, <https://www.tagesspiegel.de/politik/andreas-vosskuhle-uber-die-bedrohte-demokratie-deutschland-ist-kein-gallisches-dorf-et-2712-15056974.html> (zuletzt abgerufen am 26.1.2026).

<sup>64</sup> Wann von einer relevanten Reichweite gesprochen werden kann, ist eine Frage des Einzelfalls, wird aber jedenfalls bei Makro- und Megainfluencer:innen gegeben sein.

<sup>65</sup> *Puschke* (Fn. 39), § 126a Rn. 32.



Content durch die Rezipient:innen erst eingeordnet werden kann. Anonymität kann zwar auf den ersten Blick diskursfördernd wirken. Zugleich bleiben mit der Identität der Meinungsäußernden aber auch die mit der Meinungsäußerung verbundenen Interessen für die Rezipient:innen opak. Für klassische Medien, die zum Teil ähnlich viele Nutzer:innen erreichen, gelten dagegen strenge Transparenzanforderungen.<sup>66</sup> Die Offenlegung der Identität politischer Influencer:innen stellt letztlich einen Mindeststandard transparenter Kommunikation wieder her und verknüpft die aus der Reichweite resultierende epistemische Autorität mit Zurechenbarkeit und persönlicher Verantwortlichkeit.

#### **b) Strafbarkeit der Entanonymisierung am Beispiel des Falles Clownswelt**

Bewertet man den eingangs skizzierten Fall der Entanonymisierung des YouTubers *Clownswelt*, fokussiert sich die strafrechtliche Analyse nach § 126a I StGB auf die Gefährdungsbestimmung der Verbreitung der personenbezogenen Daten.<sup>67</sup> Entscheidend ist – wie dargelegt – eine Betrachtung des Gesamtkontextes unter Berücksichtigung der in § 126a III i.V.m. § 86 IV StGB genannten Zwecke. In Betracht kommt insbesondere der Zweck der staatsbürgerlichen Aufklärung.

Die Entanonymisierung durch das *ZDF Magazin Royale* erfolgte im Rahmen einer journalistisch-satirischen Auseinandersetzung mit rechter Medienstrategie, Anonymitätstaktiken und extremistischen Kommunikationsformen im digitalen Raum. Der Betroffene hatte unter einem Clown-Avatar wiederholt politische Inhalte verbreitet. Gerade diese anonyme Inszenierung erschwerte dem Publikum die Einordnung der politischen Wirksamkeit seiner Beiträge. Die Enttarnung erfüllte daher eine aufklärerische Funktion: Sie machte ein Muster politischer Camouflage sichtbar, identifizierte den realen Akteur und ermöglichte eine kritischere Bewertung seiner Inhalte. Durch die Kenntnis der Identität konnten Zuschauer:innen etwaige Interessenbindungen und Vernetzungen besser nachvollziehen – ein Aspekt, der für die öffentliche Meinungsbildung relevant ist.

---

<sup>66</sup> Z.B. Art. 8 BayPrG.

<sup>67</sup> Denkbar wäre auch, dass der Qualifikationstatbestand des § 126a II StGB erfüllt ist, da es sich um nicht allgemein zugängliche Daten handeln dürfte. Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

Der aufklärerische Charakter ergibt sich sowohl aus dem thematischen Kontext der Sendung als auch aus ihrer journalistischen Darstellungsweise. Die Veröffentlichung zielte nicht auf Bloßstellung oder Denunziation, sondern war Bestandteil eines sachbezogenen Beitrags über demokratiegefährdende Kommunikationsformen. Hinzu kommt, dass sich der Betroffene selbst bewusst im politischen Raum exponiert hatte und als reichweitenstarker Meinungsführer auf die Willensbildung seiner Zuschauer:innen einwirkte. Eine kritische Analyse seiner Inhalte wäre ohne Kenntnis ihrer realen Trägerperson unvollständig geblieben.

Weiterhin fällt die Enttarnung unter die in § 86 IV StGB genannte Variante der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens, da sie Teil einer medialen Auseinandersetzung mit aktuellen Erscheinungsformen politischer Online-Kommunikation war.<sup>68</sup>

Im Ergebnis mag man die Enttarnung zwar als Doxing bezeichnen, sie erfüllt jedoch nicht den Tatbestand des § 126a I StGB.

#### **D. Fazit und Ausblick**

Aus dem Recht, Inhalte über Plattformen anonym zu verbreiten, folgt nicht die generelle (strafbewehrte) Pflicht anderer, diese Anonymität zu wahren. Das Strafrecht setzt einer Entanonymisierung unter den Voraussetzungen des § 126a I StGB Grenzen, um den öffentlichen Frieden zu schützen. Insbesondere bei der Entanonymisierung jener Akteur:innen, die als neue epistemische Autoritäten der sozialen Netzwerke meinungsbildend auf eine Vielzahl von Nutzer:innen wirken, wird man regelmäßig nicht von einer Strafbarkeit nach § 126a I StGB ausgehen können, da sie nicht die Gefährdung der Betroffenen, sondern die Herstellung von Transparenz bezweckt. Diese stellt ab einer bestimmten Reichweite der Social-Media-Influencer:innen eine Funktionsbedingung für die Integrität politischer Kommunikationsprozesse und damit ein notwendiges Strukturelement des demokratischen Systems dar. Angesichts ihrer Bedeutung könnte die Transparenz der den Diskurs prägenden politischen Kommunikationsteilnehmer:innen und damit die Kenntnis der Identität epistemischer Autoritäten auch als schutzwürdiges Rechtsgut gedacht werden.

---

<sup>68</sup> Angesichts des Umstandes, dass der YouTuber auch unter Beobachtung des Verfassungsschutzes steht, könnte man die Entanonymisierung auch als Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen qualifizieren, wenn man dies nicht lediglich auf staatliche Organe beschränkt.

Soziale Netzwerke dienen nicht nur der allgemeinen Verbreitung politischer Botschaften, sondern der strategischen Beeinflussung von Meinungen und Verhalten durch Inszenierung, emotionalisierende Kommunikation, Dramatisierung gesellschaftlicher Problemlagen sowie algorithmische Verstärkung. Sie werden damit auch zunehmend zu Schauplätzen politischer Kriminalität, insbesondere durch Kampagnen der Desinformation, Radikalisierung und Wahlbeeinflussung.<sup>69</sup> Vielleicht kann die Offenlegung der Identität anonymer Akteur:innen diesen Tendenzen in den immer wichtiger werdenden digitalen Kommunikationsräumen ein Stück weit entgegenwirken. Entanonymisierung reichweitenstarker politischer Social-Media-Influencer:innen kann schlussendlich als (strafloser) Selbstregulierungsmechanismus zur Erhaltung eines intakten kommunikativen Ökosystems einer Gesellschaft verstanden werden.

---

<sup>69</sup> Eisenberg/Köbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 47 Rn. 51.

## **Zum Umfang der Aufklärungspflicht bei Standardunterschreitungen**

BGH, Urteil vom 13.8.2025 – 5 StR 55/25

mit einer Anmerkung von Johannes Porzelle\*

### **A. Sachverhalt**

Gegenstand des Urteils ist der Tod des seinerzeit 18-jährigen Geschädigten D. A. , Sohn der Nebenklägerin Am. und Vater der Nebenklägerin T. , der am 27. Mai 2016 im Rahmen einer durch den Angeklagten A. als Anästhesist betreuten Vollnarkose ein Lungenödem erlitt und hieran verstarb. Die Narkose war für Zwecke einer umfangreichen Zahnsanierung eingeleitet worden, die an diesem Tag durch die Angeklagte M. ambulant in ihrer Zahnarztpraxis durchgeführt wurde.

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

Der Geschädigte litt aufgrund einer starken kariösen Schädigung seiner Zähne unter ständigen Zahnschmerzen, war aber bereits längere Zeit nicht mehr bei einem Zahnarzt gewesen, weil er große Angst vor einer Zahnbehandlung hatte. Auf Initiative seiner Mutter fand er sich jedoch zu einer Behandlung unter Vollnarkose bereit, wie sie von der Angeklagten M. angeboten wurde. Hierzu fanden in deren Praxis drei Beratungs- und Erörterungstermine statt, wobei der Geschädigte nur am ersten teilnahm, an dem seine Zähne mit dem zahnmedizinischen Spiegel und anhand von Röntgenbildern untersucht wurden, während er eine weitergehende Klärung mit Instrumenten verweigerte. Alles Weitere überließ der zu diesem Zeitpunkt noch 17-jährige Geschädigte seiner Mutter. Die

---

\* Johannes Porzelle, LL.M.oec., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei FS-PP Berlin (Fachanwälte für Strafrecht am Potsdamer Platz) und Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Kontakt: [johannes.porzelle@jura.uni-halle.de](mailto:johannes.porzelle@jura.uni-halle.de).



Angeklagte rechnete vorläufig mit einer zahnärztlichen Behandlungsdauer von sechs Stunden; einschließlich Ein- und Ausleitung der Narkose sowie einer Aufwachphase ging sie von einem zeitlichen Bedarf von etwa acht Stunden aus.

Der Angeklagte A., den die Angeklagte M. als sehr erfahrenen Anästhesisten einschätzte, erklärte sich bereit, die Narkose vorzunehmen. Er teilte dabei mit, dass auch bei einer Behandlung von etwa sechs Stunden eine Vollnarkose bei einem jungen, gesunden Patienten kein besonderes Risiko beinhalte. Bei der Durchführung der Behandlung am 27. Mai 2016 verwendete der Angeklagte ein Narkosegerät mit kleinem Tubus. An apparativer Überwachung setzte er ein am Finger angeschlossenes Puls-oxy-meter ein, dagegen weder ein EKG-Messgerät noch ein Kapnometer. Jedenfalls zu Beginn der Narkose überwachte er den Blutdruck mittels Blutdruckmessgerät. Das von dem Angeklagten eingesetzte Narkosegerät zeigte zudem auf einer runden Uhr das Atemzugvolumen und das Atemminutenvolumen an. Ein Beatmungsgerät führte der Angeklagte nicht mit.

Der Angeklagte A. teilte nicht mit, dass die von ihm bei der Narkose vorgesehene und verwendete apparative Ausstattung nicht den schon damals geforderten Mindestanforderungen an einen anästhesiologischen Arbeitsplatz entsprach. Er informierte auch nicht darüber, dass kein begleitendes und geschultes Personal eingesetzt werden würde, obwohl dies nach den zum Behandlungszeitpunkt geltenden Richtlinien erforderlich gewesen wäre. Über die bestehenden Mindestanforderungen hatten die Nebenklägerin Am. und der Geschädigte auch aus anderen Quellen keine Erkenntnisse; ihnen waren lediglich die „allgemeinen Narkoserisiken“ aufgrund früherer Eingriffe unter Vollnarkose bekannt. Hätten sie um die geplante Unterschreitung medizinischer Standards gewusst, hätte der Geschädigte eine Behandlung unter diesen Umständen abgelehnt.

Die morgens gegen 9 Uhr begonnene Behandlung unter Narkose verlief zunächst komplikationslos. Die Sauerstoffversorgung wurde während der Narkose durch spontanes, natürliches Atmen und, soweit vom Angeklagten A. für erforderlich erachtet, durch manuelles Beatmen über einen nasalen Tubus durchgeführt. Der Angeklagte protokollierte zwischen 8:10 Uhr und 14 Uhr auf einem von ihm mitgebrachten Vordruck in Abständen von etwa zehn Minuten Messwerte für Blutdruck,

Sauerstoffsättigung und Sinusrhythmus. Ab spätestens 14 Uhr nahm der Angeklagte keine laufenden Aufzeichnungen im Narkoseprotokoll mehr vor, weil das Seitenende erreicht war und er keinen weiteren Vordruck bei sich führte.

Nach Reinigung der Zähne des Geschädigten wurde deutlich, dass ein größerer Sanierungsbedarf gegeben war als ursprünglich gedacht. Die Angeklagte M. wollte die Behandlung jedoch trotzdem, weil vom Geschädigten vorher so gewünscht, in einer Sitzung abschließen und bat gegen 15 Uhr eine bei ihr angestellte Zahnärztin, sie bei der Zahnbehandlung am Patienten abzulösen, während sie selbst Laborarbeiten durchführte.

Nach achteinhalb Stunden Behandlung stellte der Angeklagte gegen 17:30 Uhr aufgrund eines Alarmsignals des Pulsoxymeters fest, dass die Sauerstoffsättigung und Pulsfrequenz des Geschädigten abfielen, woraufhin er diesem Atropin verabreichte. Der Zustand stabilisierte sich zunächst vermeintlich wieder. Der Angeklagte äußerte, dass es gut wäre, nun zum Schluss zu kommen, und begann damit, die Narkose auszuleiten. Etwa zehn Minuten später verschlechterte sich der Zustand des Geschädigten jedoch erneut. Auf Aufforderung des Angeklagten betätigte die Angeklagte M. um 18:10 Uhr den Notruf. Ein von den Sanitätern angeschlossenes EKG-Gerät zeigte eine Nulllinie (Asystolie) an. Auf Aufforderung einer Notärztin ergänzte der Angeklagte A. die Narkosedokumentation freihändig auf der blanken Rückseite des Narkoseprotokolls. Der Geschädigte wurde ins Krankenhaus gebracht, wo aber trotz durchgängiger Reanimation letztlich um 19:50 Uhr der Tod festgestellt wurde.

Der Tod des Geschädigten beruhte auf der Narkose, während der es, bedingt durch den engen Beatmungstubus, bei der Spontanatmung zu einem Atemwegsunterdruck und in der Folge zu einem schweren Lungenödem gekommen war. Neben der Überwachung der Sauerstoffsättigung durch das eingesetzte Pulsoxymeter hätte die Überwachung des Kohlendioxids in der Ausatemluft mittels Kapnometer nach den Feststellungen des Landgerichts „das beste Parameter“ dargestellt, einen solchen Unterdruck frühzeitig zu bemerken. Indes vermochte es nicht mehr aufzuklären, ob der Tod bei Einsatz eines Kapnometers hätte verhindert werden können.

Dem Angeklagten A. war bewusst, dass der anästhesiologische Eingriff ohne Einsatz qualifizierten Assistenzpersonals sowie ohne Einsatz eines EKG-Geräts, eines Kapnometers und einer maschinellen Beatmungs-

möglichkeit standardwidrig war und dass er dies nicht mitgeteilt hatte. Er ging jedoch im Vertrauen in die eigenen Fähigkeiten davon aus, die Behandlung trotzdem durchführen zu können, ohne dass sich die einer Vollnarkose inhärenten Risiken realisieren würden. Es war für ihn aber vorhersehbar, dass der Eingriff zu einer Verwirklichung der typischerweise bei einer Vollnarkose bestehenden Risiken und infolgedessen zu einem Versterben des Patienten führen konnte. Ihm war es möglich wie auch zumutbar, über die Standardwidrigkeit seiner personellen und apparativen Ausstattung zu informieren.

Die Angeklagte M. erkannte nicht, dass die von dem Angeklagten eingesetzte apparative und personelle Ausstattung die Mindestanforderungen unterschritt. Sie vertraute darauf, dass der Angeklagte die Narkoseaufgaben mit der gebotenen Sorgfalt erfüllen werde. [...]

## **B. Aus den Gründen**

II. Die Revision des Angeklagten A. dringt, soweit sie sich gegen den Schuldspruch richtet, nicht durch. Die Sachrüge sowie eine Verfahrensrüge führen jedoch insgesamt zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs.

1. Die auf die Sachrüge gebotene Überprüfung des Urteils deckt einen Rechtsfehler allein im Strafausspruch auf.

a) Der Schuldspruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) hat dagegen Bestand. Die rechtsfehlerfreien Feststellungen tragen sowohl die Verurteilung wegen vorsätzlicher Körperverletzung als auch die Zurechnung der fahrlässig verursachten Todesfolge.

aa) Der Angeklagte A. hat sich der vorsätzlichen Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) schuldig gemacht, indem er den Geschädigten in eine Vollnarkose versetzte. [...]

(2) Der Angeklagte handelte hierbei rechtswidrig, da sein Vorgehen nicht durch eine wirksame Einwilligung des Geschädigten gedeckt war. Insofern gilt:

Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt die Aufklärung über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen voraus, um das aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des

Patienten sowie sein Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs 2 Satz 1 GG) zu wahren. Inhaltlich ist der Patient daher über die Chancen und Risiken der Behandlung im „Großen und Ganzen“ aufzuklären, ihm muss ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt werden, die für seine körperliche Integrität und seine Lebensführung auf ihn zukommen können (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10 mwN, NStZ 2011, 343).

Diesen Anforderungen hat der Angeklagte A. nicht genügt. Zwar wusste der Geschädigte nach den Feststellungen jedenfalls aufgrund früherer Eingriffe unter Vollnarkose um die „allgemeinen Narkoserisiken“. Ohne weitergehende Aufklärung bezog sich seine Einwilligung aber nur auf eine *lege artis*, das heißt nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgeführte Heilbehandlung (BGH, Urteile vom 19. November 1997 – 3 StR 271/97, BGHSt 43, 306; vom 5. Juli 2007 – 4 StR 549/06, NStZ-RR 2007, 340). Um sein Selbstbestimmungsrecht wirksam ausüben zu können, wäre es für den Geschädigten aber essentiell gewesen, auch über die gesteigerten Risiken informiert zu werden, die sich aus der vom Angeklagten geplanten Standardunterschreitung ergaben (vgl. zu Fällen einer schon zum Zeitpunkt der Aufklärung vorgesehenen Standardunterschreitung BGH, Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10, NStZ 2011, 343 für eine im Krankenhaus etablierte Behandlung von Wundheilungsstörungen mittels Zitronensaft; BGH, Urteil vom 7. Juli 2011 – 5 StR 561/10, BGHSt 56, 277 für die Durchführung einer Operation unter Vollnarkose ohne Anästhesisten; BGH, Urteil vom 5. Juli 2007 – 4 StR 549/06, NStZ-RR 2007, 340 für eine Operation ohne Assistenzpersonal; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2007 – 1 StR 238/07, NStZ 2008, 150 für eine unzureichende Narkoseüberwachung allein durch den behandelnden Arzt; BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 – 1 StR 576/07, NStZ 2008, 278 für die regelmäßige Weiterverwendung angebrochener Flaschen eines Narkosemittels durch einen Narkosearzt; vgl. ferner auch – dort im Ergebnis offen bleibend – BVerfG, Beschluss vom 23. März 2020 – 2 BvR 1615/16 Rn. 69, NJW 2020, 1877 für eine mangelhafte Praxisorganisation; aus dem Schrifttum Kudlich/Neelmeier, NJW 2021, 1185, 1188; LK-StGB/Grünewald, 13. Aufl., § 223 Rn. 89 f.; zu Risiken aus der Sphäre des behandelnden Arztes Valerius medstra 2024, 275, 277 f.; zum Zivilrecht vgl. auch Staudinger/Gutmann, BGB, Neubearbeitung 2021, § 630e Rn. 95, 101; MüKo-BGB/Wagner, 9. Aufl., § 630e Rn. 32, 45).



bb) Die Voraussetzungen einer Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) sind nach den Feststellungen ebenfalls erfüllt. Insbesondere ist der erforderliche spezifische Gefährdungs Zusammenhang zwischen dem Grundtatbestand der Körperverletzung und dem Todeserfolg (vgl. nur BGH, Urteile vom 30. Juni 1982 – 2 StR 226/82, BGHSt 31, 96; vom 30. Oktober 2008 – 4 StR 235/08; NStZ-RR 2009, 78; TK-StGB/Sternberg-Lieben, 31. Aufl., StGB § 227 Rn. 3) gegeben, da sich mit einem Lungenödem gerade eine typische Folge einer Vollnarkose – mithin der Erfüllung des Tatbestands der Körperverletzung – als todesursächlich erwiesen hat.

Soweit der Bundesgerichtshof in Fällen ärztlicher Heileingriffe mit unwirksamer Einwilligung zusätzlich für erforderlich erachtet hat, dass das verwirklichte Risiko vom Schutzzweck der verletzten Aufklärungspflicht erfasst wird (BGH, Urteile vom 29. Juni 1995 – 4 StR 760/94, NStZ 1996, 34; vom 7. Juli 2011 – 5 StR 561/10, BGHSt 56, 277; vgl. ferner BGH, Urteil vom 23. Oktober 2007 – 1 StR 238/07, MedR 2008, 435; zur vergleichbaren Wertung im Zivilrecht BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 – VI ZR 48/99, BGHZ 144, 1; aus dem Schrifttum Widmaier in FS Roxin 2011, 439, 446 f.; kritisch Valerius, medstra 2024, 275, 281 f.), ist auch dies gegeben. In dem Tod des Geschädigten hat sich gerade die der Vollnarkose innewohnende Gefahr realisiert, auf deren – durch die Standardunterschreitung erhöhtes – Ausmaß er durch den Angeklagten nicht genügend hingewiesen worden ist (vgl. Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, 4. Aufl., 2022, StGB § 227 Rn. 4).

Zwar vermochte das Landgericht nicht festzustellen, dass der Tod des Geschädigten mit Sicherheit vermieden worden wäre, wenn der Angeklagte ein Kapnometer eingesetzt hätte. Bei der Bewertung des Zurechnungszusammenhangs zwischen einer Vollnarkose und dem Tod des Patienten lässt sich die potentielle Wirkung dieser und weiterer, ebenfalls unterlassener Kontrollmaßnahmen aber nicht trennen vom sedierenden Effekt der Betäubung, welcher die Notwendigkeit einer lückenlosen Überwachung gerade begründet. Dass sich diese spezifische Gefahr einer Narkose im Tod des Geschädigten erfüllt hat, ist durch das Landgericht festgestellt worden. Sie liegt im Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht, weil auch hier keine Trennbarkeit besteht zwischen den allgemeinen Narkoserisiken und den Risiken einer mangelhaften Überwachung, über die der Geschädigte nicht informiert worden war und die wiederum maßgeblichen Einfluss auf das allgemeine Narkoserisiko hatten.

cc) Entgegen der Revision liegt kein Rechtsfehler darin, dass sich das Landgericht nicht weitergehend als geschehen mit der Möglichkeit eines Erlaubnistatbestandsirrtums befasst hat. [...]

b) Der Strafausspruch kann auch eingedenk des eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 14. April 2022 – 5 StR 313/21, StV 2023, 522 f. mwN) keinen Bestand haben, weil die Bestimmung des Strafrahmens einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten aufweist.

Die Strafkammer hat im Rahmen ihrer rechtlichen Bewertung ausgeführt, dass es den Angeklagten nicht entschuldige, „soweit ihm bei Begehung der Tat die Einsicht gefehlt habe, Unrecht zu tun, weil er aufgrund der Einschätzung seiner persönlichen Fähigkeiten kein erhöhtes Risiko“ gesehen habe. Denn das Unrechtmäßige seines Verhaltens habe er in zumutbarer Weise erkennen können. Damit hat das Landgericht das Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums – offenbar aufgrund einer Fehlvorstellung des Angeklagten über den für die Aufklärungspflicht des Arztes im Rahmen einer rechtfertigenden Einwilligung anzuwendenden rechtlichen Maßstab – nicht ausgeschlossen. Der damit im Raum stehende vermeidbare Verbotsirrtum würde aber dazu führen, dass die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden kann; ein Urteil muss erkennen lassen, dass sich der Tatrichter dieser Milderungsmöglichkeit bewusst gewesen ist und sie geprüft hat (BGH, Beschlüsse vom 24. Juli 1996 – 2 StR 294/96 mwN; vom 15. November 2012 – 3 StR 295/12, NZWiSt 2013, 113). Folglich hätte sich die Strafkammer mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob der hier allein aufgrund allgemeiner Zurechnungsgesichtspunkte angewandte Strafraumen für minder schwere Fälle der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 Abs. 2 StGB) noch gemäß § 17 Satz 2 iVm § 49 Abs. 1 StGB zu mildern gewesen wäre.

Letztlich lässt sich dem Urteil nicht entnehmen, ob das Landgericht überhaupt vom Vorliegen eines Verbotsirrtums ausgegangen ist. Weil auch die Feststellungen hierzu unklar sind, unterliegen sie der Aufhebung (§ 353 Abs. 2 StPO).

2. Mit seinen Verfahrensrügen erzielt der Angeklagte lediglich einen Teilerfolg in Bezug auf das Unterbleiben einer Kompensationsentscheidung wegen möglicher überlanger Verfahrensdauer. [...]

III. Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft, die den Freispruch der Angeklagten M. angreift, hat Erfolg. [...]

2. Die Wertung des Landgerichts, wonach die Angeklagte das sorgfaltswidrige Handeln des Angeklagten A. auch nicht erkennen musste, mit der es die auch in Fällen eines Erlaubnistatbestandsirrtums verbleibende Möglichkeit einer Bestrafung aus einem Fahrlässigkeitstatbestand (vgl. nur BGH, Beschluss vom 21. November 2019 – 4 StR 166/19 Rn. 13 mwN, NStZ 2020, 725) – hier aus § 222 StGB – verneint hat, hält dagegen rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Im Ansatz zutreffend ist das Landgericht hierbei von dem so genannten Vertrauensgrundsatz ausgegangen, wonach ein Arzt in der Regel auf die korrekte Vorarbeit eines Kollegen oder – bei arbeitsteiliger Zusammenarbeit von Ärzten verschiedener Fachrichtungen – auf die Sorgfalt des fachfremden Kollegen vertrauen darf, ohne die ärztliche Leistung seiner Kollegen jeweils selbst überprüfen zu müssen (BGH, Urteil vom 4. Oktober 1999 – 5 StR 712/98, NJW 2000, 885, 887). Vielmehr sollen sich im Interesse eines geordneten Ablaufs der Operation die dabei beteiligten Fachärzte grundsätzlich auf die fehlerfreie Mitwirkung des Kollegen aus der anderen Fachrichtung verlassen können (BGH, Urteil vom 2. Oktober 1979 – 1 StR 440/79, NJW 1980, 649). Überwachungspflichten der Beteiligten untereinander würden dagegen dem Sinn der Arbeitsteilung bei einem gleichberechtigten Zusammenwirken entgegenlaufen (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2021 – 2 StR 418/19 Rn. 34 f., BGHSt 66, 270). Dabei gilt dieser Grundsatz nur, solange keine Anhaltspunkte für ernste Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Arbeit des Kollegen erkennbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 1997 – 3 StR 271/97, BGHSt 43, 306; MüKo-StGB/Duttge, 5. Aufl., § 15 Rn. 148; Sternberg-Lieben in Hilgenhof/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts Band 6, 2022, § 52 Rn. 92; zum Gebot wechselseitiger Information und Koordination vgl. zudem BGH, Urteil vom 13. Oktober 2021 – 2 StR 418/19 Rn. 71, BGHSt 66, 270).

b) Das Landgericht ist in Anwendung dieser Grundsätze davon ausgegangen, dass die Angeklagte M. auf eine sorgfaltsgemäße Durchführung der Narkose durch den Angeklagten A. habe vertrauen dürfen, obwohl dieser auf den Einsatz eines EKG-Geräts, eines Kapnometers, eines Beatmungsgeräts sowie auf personelle Assistenz verzichtete. Hierzu hat sich das Landgericht darauf gestützt, dass von einem Zahnarzt keine Kenntnis der essenziellen apparativen Ausstattung eines Anästhesisten bei ambulanter Vollnarkose zu erwarten sei. Der hierzu gehörte Sachverständige habe zwar ausgeführt, dass ein Zahnarzt bei einem fehlenden EKG-

Messgerät skeptisch werden müsse, habe dies aber insoweit relativiert, als die Überwachung allein mittels Pulsoxymeter bei einer Kurzzeithnarkose machbar sei. Zudem habe der Sachverständige als Grund für die Erkennbarkeit der Notwendigkeit eines EKG-Messgeräts auf die technische Sicherheit des eingesetzten Pulsoxymeter abgestellt, dessen Befestigung am Patienten mittels Fingerclip sich lösen könne. Dies verdeutliche, dass es „primär um das Vorhandensein überhaupt einer (funktionierenden) Überwachung der Vitalparameter“ gehe. Auch der fehlende Einsatz geschulten Personals habe für die Angeklagte nicht offensichtlich werden müssen, da auch bei vorherigen Vollnarkosen in ihrer Praxis weder durch den Angeklagten A. noch durch andere Anästhesisten weitere Kräfte zugezogen worden seien. Die ebenfalls fehlende mechanische Beatmungsmöglichkeit schließlich sei hier ohnehin „nur aufgrund der spezifischen Umstände der Behandlung indiziert“ gewesen.

Diese Bewertung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, da das Landgericht hierfür relevante tatsächliche Umstände außer Betracht gelassen hat.

aa) So hat die Strafkammer insbesondere nicht erkennbar berücksichtigt, dass die Narkose des Geschädigten sich schon nach der Planung der Angeklagten von der Einleitung bis zur Aufwachphase über acht Stunden erstrecken sollte. Anhand der Feststellungen wird deutlich, dass es sich hierbei – auch nach eigener Einschätzung der Angeklagten M. – um eine außergewöhnliche zeitliche Ausdehnung handelte. Denn sie äußerte im dritten Beratungstermin vor der Behandlung gegenüber der Nebenklägerin Am. , dass noch mit einem Anästhesisten abgestimmt werden müsse, ob die erforderliche Behandlungsdauer unter Vollnarkose „medizinisch vertretbar“ sei. Die Nebenklägerin ihrerseits war „erschrocken“ und „besorgt“ über die „lange Dauer“ der geplanten Vollnarkose, sodass sie vor der Behandlung mindestens einmal mit dem Angeklagten A. telefonierte.

Es liegt auf der Hand, dass mit der zeitlichen Dimension einer Narkose nicht nur die Belastung für die Physis des Patienten, sondern auch die Anforderungen an das Durchhaltevermögen des die Narkose allein überwachenden Anästhesisten wachsen. Illustriert wird dies nicht nur durch die besorgte Reaktion der medizinisch nicht vorgebildeten Nebenklägerin, sondern auch dadurch, dass in der Hauptverhandlung ausweislich der Urteilsgründe mehrfach die – sich für diese Situation jedem Laien stellende – Frage der Durchführbarkeit von Toilettengängen thematisiert

wurde. Dass mit der Beanspruchung des Anästhesisten die Gefahr menschlicher Fehlleistungen und damit zugleich die Bedeutung der technischen Ausrüstung sowie der Unterstützung durch Assistenzpersonal steigt, drängt sich auf.

Bei der Entscheidung darüber, ob bei der Angeklagten ernsthafte Zweifel an einer ausreichenden apparativen und personellen Ausstattung der Anästhesie hätten entstehen müssen, hätte daher die außergewöhnliche Dauer der Vollnarkose berücksichtigt werden müssen. Stattdessen ist die Strafkammer bei ihrer Argumentation teilweise explizit vom Gegenteil einer zeitlich überschaubaren Anästhesie („Kurzzeitnarkose“) ausgegangen. Soweit im Übrigen auf frühere, komplikationslos verlaufene Behandlungen unter Vollnarkose in der Praxis der Angeklagten abgestellt wurde, ist nicht ersichtlich, dass sich darunter solche mit einer vergleichbar langen Ausdehnung befanden. Hiergegen spricht vielmehr, dass sich die Angeklagte über die medizinische Vertretbarkeit der achtstündigen Dauer im vorliegenden Fall erst noch informieren musste. Allenfalls hinsichtlich der fehlenden Verfügbarkeit eines Beatmungsgeräts hat die Strafkammer möglicherweise auf die zeitliche Dimension der Narkose abgestellt, als sie darauf hingewiesen hat, dass dieses Gerät „nur“ aufgrund der „spezifischen Umstände“ der Behandlung indiziert gewesen sei. Selbst in diesem Fall hat sie aber der damit verbundenen, sich aufdrängenden Risikosteigerung keine gefahrmindernden Umstände entgegengesetzt.

bb) Die Notwendigkeit, den zeitlichen Umfang der Narkose als offen zutage tretenden Risikofaktor in den Blick zu nehmen, bestand hier umso mehr, als die Angeklagte die jahrelang unbehandelten Zähne des Geschädigten zuvor nur mittels eines zahnmedizinischen Spiegels und anhand von Röntgenbildern hatte untersuchen können. Die Prognose des Sanierungsbedarfs und damit zugleich der Dauer der Behandlung beruhte demnach – für die Angeklagte ersichtlich – auf einer nur vorläufigen Erkenntnisgrundlage. Wie unsicher die bisherige Einschätzung war, zeigte sich hier während der Behandlung des Geschädigten darin, dass erst jetzt die Notwendigkeit deutlich umfangreicherer Maßnahmen als zunächst erwartet erkennbar wurde. Entsprechend hatte die Behandlung bei Auftreten erster Probleme schon deutlich länger als geplant, nämlich bereits achteinhalb Stunden, gedauert.

cc) In diesem Zusammenhang wäre zudem zu prüfen gewesen, ob die Angeklagte im Zusammenwirken mit dem Angeklagten A. dem Gebot wechselseitiger Information und Koordination (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2021 – 2 StR 418/19 Rn. 71, BGHSt 66, 270) ausreichend Rechnung trug. Das Landgericht hat sich schon nicht eindeutig zu der Frage verhalten, ob, wann und mit welchem Inhalt die Angeklagte den Anästhesisten nach Beginn der Behandlung über deren von ihr nunmehr vorgesehene zeitliche Verlängerung informierte. In den Urteilsgründen wird hierzu allein die – von der Strafkammer insgesamt als glaubhaft befundene – Einlassung der Angeklagten M. referiert, wonach sie sich nach Feststellung eines umfassenderen Behandlungsbedarfs überlegt habe, „so zügig wie möglich zu arbeiten und notfalls einen weiteren Termin anzusetzen“, was sie auch dem Angeklagten A. mitgeteilt habe. In dessen eigener Einlassung, soweit im Urteil wiedergegeben, findet diese zeitlich nicht näher verortete Mitteilung keine Entsprechung. Zur Kommunikation unter den behandelnden Ärzten im Verlauf des Eingriffs beschränken sich die Urteilsgründe im Übrigen auf die Feststellung, dass der Angeklagte A. gegenüber der die Angeklagte M. gegen 15 Uhr am Patienten ablösenden Zahnärztin mitgeteilt habe, dass man sich „noch im zeitlichen Rahmen befinde“. Dabei wird nicht mitgeteilt, wann er dies in der langen Phase bis zum nächsten im Urteil genannten Ereignis – dem Alarmsignal des Pulsoxymeters um 17:30 Uhr – äußerte.

Insgesamt bleibt somit offen, zu welchem Zeitpunkt dem Angeklagten A. im Verlauf der Behandlung welcher zusätzliche zeitliche Bedarf für die weitere Anästhesie mitgeteilt wurde. Dies wäre angesichts der mit der Dauer der Betäubung steigenden Risiken und des Umstands, dass der Angeklagte A. für die Planung seiner Vorkehrungen nur vom ursprünglich mitgeteilten zeitlichen Horizont hatte ausgehen können, zu erörtern gewesen.

3. Die Sache bedarf somit neuer Verhandlung und Entscheidung. Die für den Freispruch der Angeklagten M. relevanten Feststellungen waren schon deshalb aufzuheben, weil die Angeklagte diese nicht hat überprüfen lassen können.

Das neu zur Entscheidung berufene Tatgericht wird sein Augenmerk stärker als bisher geschehen auch auf die Frage zu richten haben, ob die Behandlung durch die Angeklagte M. jenseits der unzureichenden Narkoseüberwachung und des damit verbundenen Aufklärungsdefizits

während ihres gesamten Verlaufs durch eine wirksame Einwilligung des Geschädigten gedeckt war.

Nach den bisherigen Feststellungen liegt dies zwar nahe, soweit die Zahnbehandlung in ihrer ursprünglich vorgesehenen Dimension in Rede steht. Dabei musste insbesondere nicht über Umstände aufgeklärt werden, die dem Geschädigten – wie etwa hinsichtlich der „allgemeinen“ Narkoserisiken der Fall – ohnehin bereits bekannt waren. Zudem bestand für den volljährigen Geschädigten, der sich „so wenig wie möglich“ mit dem Eingriff befassen wollte, grundsätzlich die Möglichkeit, auf Teile der an sich gebotenen Aufklärung ganz oder, wie hier geschehen, zugunsten einer „Aufklärung“ seiner Mutter zu verzichten (vgl. zur Einschränkung der ärztlichen Aufklärungspflicht bei vorhandenem Vorwissen und bei Aufklärungsverzicht LK-StGB/Grünwald, 13. Aufl., § 223 Rn. 93 mwN).

Dass die erteilte Einwilligung die deutliche zeitliche und naheliegend auch inhaltliche Ausdehnung des Eingriffs nach Entdeckung des – im Urteil nicht näher konkretisierten – „größeren“ Behandlungsbedarfs ebenfalls abzudecken vermochte, versteht sich dagegen nicht von selbst (vgl. zur Reichweite der Einwilligung bei Operationserweiterungen TK StGB/Sternberg-Lieben, 31. Aufl., § 223 Rn. 97). Inwieweit der Geschädigte über die Vorläufigkeit der bisherigen Einschätzung des Sanierungsumfangs informiert worden war und einer möglichen Behandlung weiterer Zahndefekte zugestimmt hatte, wird im Urteil nicht mitgeteilt. Daneben bestand beim Geschädigten zwar der Wunsch, die Behandlung in nur einem Termin durchzuführen. Dass er willens war oder bei entsprechender Information jedenfalls gewesen wäre, für die Erreichung dieses Ziels auch Risikosteigerungen hinsichtlich der Narkose in Kauf zu nehmen, wird durch die bisherigen Feststellungen jedoch nicht belegt.

Sollte sich anhand der Feststellungen des neuen Tatgerichts insoweit ein Einwilligungsdefizit ergeben, wird für die Angeklagte M. wie im ersten Rechtsgang schon für den Angeklagten A. geschehen die Möglichkeit etwaiger Irrtümer über tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen einer (hypothetischen) Einwilligung zu prüfen sein (vgl. auch hierzu TK StGB/Sternberg-Lieben aaO). Dabei wird gegebenenfalls auch darüber zu entscheiden sein, inwieweit dem Umstand indizieller Wert beizumessen ist, dass die Angeklagte M. der Mutter des Geschädigten noch

mittags und damit nach Sichtbarkeit der erhöhten Behandlungsnotwendigkeit mitteilen ließ, dass „alles nach Plan“ verlaufe.

### C. Würdigung von Johannes Porzelle

I. Der BGH thematisiert mit den Ausführungen zur Aufklärung bei Standardunterschreitungen und mit der Konkretisierung des Vertrauensgrundsatzes zwei prägende Aspekte des Arzthaftungsrechts. Die diesbezüglich getroffenen Aussagen wirken sich – allein, weil anzunehmen ist, dass andere Gerichte sich zukünftig daran orientieren werden – direkt auf die zu beachtenden Anforderungen im klinischen Alltag aus. Das Urteil dürfte damit insbesondere bei der Ärzteschaft auf Interesse stoßen und zeitigt somit praktische Bedeutung. Um Raum für eine tiefergehende Auseinandersetzung zu haben, widmen sich die nachfolgenden Ausführungen ausschließlich der Aufklärungsthematik.

II. Blickt man auf die höchstrichterlichen Ausführungen zur Aufklärung bei standardunterschreitenden Heilbehandlungen und auf die vorinstanzliche Entscheidung des LG Hamburg, bleibt eine Frage offen. Denn in der BGH-Entscheidung heißt es:

„Um sein Selbstbestimmungsrecht wirksam ausüben zu können, wäre es für den Geschädigten essentiell gewesen, auch über die gesteigerten Risiken informiert zu werden, die sich aus der Standardunterschreitung ergeben.“<sup>1</sup>

Da sich diese – wie im konkreten Fall durch ihre Realisierung im Tod des Patienten deutlich ersichtlich – als gravierend erweisen, liegt diese Aussage auf einer Linie mit der etablierten Rechtsprechung, dass der Umfang der Aufklärung bei schwerwiegenden Folgen weit zu ziehen ist, selbst wenn sich die Eintrittswahrscheinlichkeit nur als gering darstellt.<sup>2</sup> Demgegenüber verlangte das LG Hamburg darüber hinaus noch:

„Die Einwilligung ist jedenfalls unwirksam, weil über den aufklärungsbedürftigen Umstand, dass bei der personellen und apparativen Ausstattung während des Eingriffs vom üblichen medizinischen Standard abgewichen werden soll und dadurch ein vermeidbares Risiko entsteht, nicht aufgeklärt wurde.“<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 13.8.2025 – 5 StR 55/25 –, juris, Rn. 23.

<sup>2</sup> BGH NJW 2005, 1716, 1717 m.w.N.

<sup>3</sup> LG Hamburg, Urt. v. 12.7.2024 – 602 Ks 2/23 –, juris, Rn. 242.



Eine wirksame Einwilligung kann nach der Auffassung des LG Hamburg also nur erteilt werden, wenn im Aufklärungsgespräch der Fakt der Standardunterschreitung thematisiert wurde. Da der BGH diese Anforderung nicht aufgreift, bleibt aber offen, ob er dies ebenso für notwendig hält. Für den Arzt stellt sich deshalb folgende Frage: Besteht eine Aufklärungspflicht darüber, dass die angebotene Behandlung den fachlichen Standard unterschreitet oder genügt es, wenn der Patient über die Risiken der konkreten Maßnahme in Kenntnis gesetzt wird, ohne dass es eines expliziten Hinweises über den Fakt der Standardunterschreitung bedarf?

Geht man der Frage nach, warum das LG Hamburg einen expliziten Hinweis für erforderlich hält, lässt sich erkennen, dass es sein Ergebnis mit einem Vergleich der standardunterschreitenden Maßnahmen mit ärztlichen „Außenseiter- und Neulandmethoden“ begründet.<sup>4</sup> Bei diesen sei anerkannt,<sup>5</sup> dass über die Standardwidrigkeit aufzuklären sei, damit der Patient eine selbstbestimmte Entscheidung darüber treffen könne, ob er das damit einhergehende besondere Risiko eingehen möchte. Dieser Maßstab müsse bei Standardabweichungen aus anderen Gründen ebenfalls gelten.<sup>6</sup>

Dieser Vergleich überzeugt jedoch nicht. Für „Außenseiter- und Neulandmethoden“ ist charakteristisch, dass die Risiken mangels hinreichend genauer Erforschung (noch) nicht (vollständig) bekannt sind.<sup>7</sup> Es fehlt eine gefestigte empirische Basis für die Risikoeinschätzung. Dem Arzt bleibt somit schlicht nichts anderes übrig, als dem Patienten mitzuteilen, dass es sich um eine Methode handelt, die den Standard nicht erfüllt und mit ihr bisher ungeahnte Gefahren einhergehen können. Der Hinweis auf die Standardwidrigkeit verkörpert somit gewissermaßen das Surrogat für die konkrete Risikoquantifizierung, die bei diesen Methoden wegen der Unbekanntheit der Risiken unmöglich ist.

Bei einer Standardunterschreitung aus anderen Gründen liegen die Gefahren hingegen mitunter offen auf der Hand, können dem Patienten mitgeteilt werden und lassen sich kalkulieren. Durch die stetige Fortentwicklung der medizinischen Möglichkeiten können Methoden, die

---

<sup>4</sup> LG Hamburg, Urt. v. 12.7.2024 – 602 Ks 2/23 –, juris, Rn. 242.

<sup>5</sup> Zitiert werden: BGH NJW-RR 2021, 886 Rn. 11; NJW 2011, 1088, 1089 Rn. 12; 2007, 2774, 2775 Rn. 24.

<sup>6</sup> LG Hamburg, Urt. v. 12.7.2024 – 602 Ks 2/23 –, juris, Rn. 243.

<sup>7</sup> BGH MedR 2021, 897, 898; Gutmann, in Staudinger BGB, 2021, § 630e Rn. 34; Wagner, in Münchener Kommentar BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 630e Rn. 37.

ehemals als Standard anerkannt waren, im Zuge des Fortschritts überholt worden sein, sodass sich der Standard infolge einer Etablierung der neuen Möglichkeiten nach oben verschoben hat. Diese Methoden liegen deshalb – projizierte man den Fortschritt auf eine flache Ebene – *hinter* diesem. Bei Außenseiter- und Neulandmethoden fehlt es hingegen an einer hinreichenden Erprobung. Dafür bieten sie aber in bestimmten Konstellationen (Außenseitermethoden) oder potenziell in der Zukunft grundsätzlich (Neulandmethoden) erhöhte Erfolgchancen und verkörpern damit ein Konzept, das gewissermaßen *vor* der üblichen Vorgehensweise liegt und perspektivisch noch zum Standard werden kann.

Es ist gut möglich, dass auch den BGH die Argumentation des LG Hamburg nicht vollends überzeugt. Dies würde jedenfalls erklären, weshalb er mit keinem Wort die Parallele zu den nicht gänzlich erprobten Maßnahmen zieht. Stattdessen lässt er es mit einem Verweis auf andere Entscheidungen höchstrichterlicher Strafsenate bewenden.<sup>8</sup>

III. Da die Argumentation des LG Hamburg nicht überzeugt, der dahinterstehende Gedanke aus Patientensicht jedoch durchaus nachvollziehbar erscheint, sei dies zum Anlass genommen, die Reichweite der Aufklärungspflicht zu beleuchten.

Telos der Aufklärung ist es, den Patienten in die Lage zu versetzen, eine selbstbestimmte Entscheidung treffen zu können.<sup>9</sup> Dafür ist er auch auf Risiken hinzuweisen, die mit dem Eingriff einhergehen und im Falle ihres Eintretens erhebliche Belastungen seiner körperlichen Befindlichkeit, vor allem seiner weiteren Lebensführung, nach sich ziehen können; ob die Risikodichte einen bestimmten Grad erreicht, ist hingegen nicht ausschlaggebend.<sup>10</sup> Im Sinne dieses Individualinteresses läge es, ihm mitzuteilen, dass es dem konkreten Arzt – bspw. mangels verfügbarer technischer Geräte – nicht möglich ist, die Behandlung entsprechend der fachlichen Standards durchzuführen. Mithilfe dieser Information kann er entscheiden, ob er alternativ in einer anderen Klinik bzw. Praxis behandelt werden möchte, in der die Standards eingehalten werden können. In praktischer Hinsicht hätte dies jedoch mitunter drastische Auswirkungen auf das kollektive Interesse an einem funktionierenden

---

<sup>8</sup> Zwei der zitierten Entscheidungen (BGH NJW 2011, 1088; NStZ 2008, 150) beschäftigten sich jedoch auch mit Außenseitermethoden, sodass auch der BGH eine Vergleichbarkeit der Konstellationen wohl nicht völlig ablehnt.

<sup>9</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 24; *Spickhoff*, in Spickhoff Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 630e BGB Rn. 1.

<sup>10</sup> *Sternberg-Lieben*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 81.

Gesundheitssystem. So ist infolge derartiger Mitteilungen zu befürchten, dass Praxen und Kliniken, die nicht offensichtlich die aktuellsten Methoden anbieten können, aus Angst um verminderte Chancen und erhöhte Risiken gemieden werden und stattdessen ein „Run“ auf vermeintlich modernere Einrichtungen erfolgt.<sup>11</sup> Gerade in ländlichen Regionen mit begrenzten Ressourcen drängt es sich auf, dass angesichts der ständigen Weiterentwicklung der medizinischen Möglichkeiten nicht alle Maßnahmen zur Verfügung stehen, die innerhalb kurzer Zeit zum fachlichen Standard avanciert sind. Die stetige Bereitstellung der neuesten Technik ist zur Einhaltung des Standards zwar nicht zwingend geboten.<sup>12</sup> Es erscheint aber gut denkbar, dass auch bei einer Fortentwicklung des Standards, mit der keine oder nur eine geringfügige Veränderung der Chancen und Risiken einhergeht, die Aufrüstung der technischen Möglichkeiten übersprungen und auf den nächsten „großen“ Fortschritt gewartet wird. Dem Patienten dann mitzuteilen, dass sich inzwischen ein anderes Verfahren etabliert hat, ihm jedoch nur eine andere Methode angeboten werden kann, würde jedoch keine signifikanten Vorteile für ihn mit sich bringen, sondern allenfalls Bedenken hinsichtlich der vorgeschlagenen Behandlung bei ihm hervorrufen. Um sowohl das Individualinteresse des Patienten als auch das Kollektivinteresse an einem funktionierenden Gesundheitssystem bestmöglich zu wahren, erscheint eine Pflicht zur Aufklärung über den Umstand der Abweichung vom Standard somit nur dann als geboten, wenn sich daraus drastische Unterschiede ergeben, die aller Voraussicht nach Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Patienten haben.

Neben den Erwägungen zu den betroffenen Interessen gibt ein Blick ins Gesetz Aufschluss über die Reichweite der Aufklärung. Mangels spezifischer strafrechtlicher Regelungen ist dafür § 630e BGB zu betrachten.<sup>13</sup> In dieser zivilrechtlichen Norm wurden die Entwicklungen der Rechtsprechung zur Aufklärung kodifiziert.<sup>14</sup> Dabei lag es im Interesse des

---

<sup>11</sup> Dies insbesondere deshalb, weil zuletzt auch öffentlichkeitswirksam über die Auswirkungen und die Häufigkeit der Abweichung von bestehenden Standards im Kontext von Narkosen berichtet wurde. Siehe dazu <https://www.medstra-online.de/99047.htm> (zuletzt abgerufen am 12.11.2025) mit Verweis auf weitere Quellen.

<sup>12</sup> Zudem ist dies angesichts des in § 12 I SGB V verankerten Wirtschaftlichkeitsgebots auch nicht immer möglich, vgl. MüKo/BGB-Wagner, § 630a Rn. 165.

<sup>13</sup> Mit § 228 StGB findet sich im StGB zwar eine Norm, die Vorgaben zur Einwilligung macht. Sie beschränkt aber nur die Reichweite der Rechtfertigung und macht keinerlei Vorgaben zu den Voraussetzungen einer Einwilligung und damit auch nicht zur Aufklärung. Vgl. Knauer/Brose, in Spickhoff Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 228 StGB Rn. 1.

<sup>14</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 24.

Gesetzgebers<sup>15</sup> und ist inzwischen in der Rechtswissenschaft anerkannt,<sup>16</sup> dass die Norm auch für das Strafrecht bedeutsam ist.<sup>17</sup> In der Vorschrift selbst findet sich *kein* Hinweis darauf, dass über den Umstand der Standardunterschreitung aufzuklären ist. Neben anderen inhaltlichen Aspekten ist der Patient über die zu erwartenden Folgen und Risiken der Maßnahme in Kenntnis zu setzen. Dass der Arzt dem Patienten diese im Hinblick auf die standardunterschreitende Maßnahme zu erläutern hat, steht allerdings auch nicht in Frage. Auf Alternativmaßnahmen (und damit auch auf Maßnahmen, die den Standard einhalten würden) ist gem. § 630e I 3 BGB nur hinzuweisen, wenn sie medizinisch gleichermaßen indiziert und üblich sind sowie zu *wesentlich* unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können. Diese Bestimmung erweist sich auch im Hinblick auf die Mitteilung über die Standardunterschreitung einer Maßnahme als sinnvoll. Sollten die realisierbaren (bspw. technischen) Möglichkeiten zu gänzlich anderen Risiken und Chancen führen und damit *begründet* hinter dem fachlichen Standard zurückstehen, ist es im Lichte des Selbstbestimmungsrechts geboten, dass der Patient über die Standardunterschreitung in Kenntnis gesetzt wird. Schließlich kann die Behandlung mit risikoreicheren Methoden drastische Auswirkungen auf seine Gesundheit und sein Leben haben. Unterscheiden sich die Chancen und Risiken der verfügbaren Methode aber nur unwesentlich von denen des fachlichen Standards, erschließt sich hingegen nicht, warum der Arzt verpflichtet sein sollte, den Patienten zu beunruhigen, indem er ihm mit dieser Aussage den Eindruck vermittelt, es würde sich um eine wesentlich schlechtere Maßnahme handeln.<sup>18</sup>

IV. Resümierend ist festzuhalten, dass die Problematik komplexer ist, als es das LG Hamburg im vorinstanzlichen Urteil angenommen hat. Es geht zu weit, die Einwilligung schon deshalb als unwirksam aufzufassen, weil nicht über den Umstand aufgeklärt wurde, dass eine Abweichung vom

---

<sup>15</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 17/10488, S. 42.

<sup>16</sup> Grünwald, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 223 Rn. 76; Hardtung, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 223 Rn. 94.

<sup>17</sup> Es sei aber darauf hingewiesen, dass die zivilrechtlich normierten Anforderungen angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen aber nicht ohne Weiteres auf das Strafrecht übertragen werden können: Während das Zivilrecht einen angemessenen Schadensausgleich anstrebt, ist das Strafrecht auf den Schuldausgleich sowie die Prävention gerichtet; TK/StGB-Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 66 m.w.N.

<sup>18</sup> So i.E. wohl auch MüKo/BGB-Wagner, § 630e Rn. 45, der für eine wirksame Einwilligung nur eine Aufklärung über die durch die Standardunterschreitung erhöhten Risiken verlangt.

Standard erfolgt. Stattdessen muss im Einzelfall darauf geblickt werden, ob die Alternativmethode auch *wesentlich* vom fachlichen Standard abweicht, indem sie etwa entweder gänzlich andere Chancen und Risiken für den konkreten Patienten mit sich bringt oder ein anderes Nutzen-Risiko-Verhältnis<sup>19</sup> aufweist. In diesen Fällen bietet die Information der Standardunterschreitung einen echten Mehrwert für den Patienten. In allen anderen Fällen sollte es im Kollektivinteresse an einem funktionierenden Gesundheitssystem genügen, wenn über die Risiken der konkreten Maßnahme aufgeklärt wird. In Bezug auf den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ändert sich im Ergebnis wohl nichts, da sich die Standardunterschreitung als wesentlich darstellte, sodass es eines Hinweises darauf bedurft hätte. In anderen Konstellationen könnte die hier vertretene Sichtweise aber zu abweichenden Ergebnissen führen. Eine Bewertung der *Wesentlichkeit* einer möglichen Abweichung vom Standard dürfte sich aus praktischer Sicht dann möglichst einfach vornehmen lassen, wenn bestehende Mindeststandards verbindlich geregelt sind. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin e.V. (DGAI) und der Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e.V. (BDA) u.a. das Bundesgesundheitsministerium dazu aufgefordert haben.<sup>20</sup> Ziel sollte schließlich sowohl aus Arzt- als auch aus Patientensicht sein, dass eine Aufklärung zwar alles Nötige enthält, zugleich jedoch möglichst nicht verunsichert.

---

<sup>19</sup> Dieses Kriterium wird bereits im Kontext von § 630e I 3 BGB als Abweichung angesehen, die ein Patienteninteresse an der Aufklärung über Behandlungsalternativen begründet und somit „wesentlich“ ist; MüKo/BGB-Wagner, § 630e Rn. 28 m.w.N.

<sup>20</sup> <https://tinyurl.com/mvb8xdtc> (zuletzt abgerufen am 12.11.2025).

## **Strafrechtliche Möglichkeiten zur Triageregulung: Anforderungen nach dem Triage-II-Beschluss**

BVerfG, Beschluss vom 23.9.2025 – 1 BvR 2284/23 und 2285/23

mit einer Anmerkung von Theresa Schmitt\*

### **A. Vereinfachter Sachverhalt (Zusf. Schmitt)**

Das Jahr 2020 war geprägt von der Berichterstattung über Inzidenzzahlen, Infektionsverläufe und auch über die (Über-)Belegung von Behandlungsplätzen in deutschen wie europäischen Krankenhäusern. Es verbreitete sich die Befürchtung, dass eine Triage notwendig werden würde. Aufgrund dessen wandten sich neun Beschwerdeführende<sup>1</sup> an das Bundesverfassungsgericht: Aufgrund eigener körperlicher Behinderung bestehe das Risiko, selbst bei der Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt zu werden, sollte es zu einer Triage kommen. Der Gesetzgeber habe es pflichtwidrig unterlassen, hinreichende Schutzvorkehrungen für die Betroffenen zu treffen und sie dadurch in ihrem Gleichbehandlungsrecht aus Art. 3 III 2 GG verletzt. Das Bundesverfassungsgericht gab den Beschwerdeführenden Recht: Es gestand den Beschwerdeführenden einen einklagbaren Anspruch auf Tätigwerden des Gesetzgebers zu und verpflichtete ihn, „unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen“, wobei ihm ein weiterer Gestaltungsspielraum zustehe.<sup>2</sup>

---

\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Victoria Ibold und Doktorandin an der Universität Passau. Kontakt: [theresa.schmitt@uni-passau.de](mailto:theresa.schmitt@uni-passau.de).

<sup>1</sup> Davon acht erfolgreich; bei dem neunten Beschwerdeführer fehlte es an der Beschwerdebefugnis, da nicht hinreichend belegt worden sei, wie seine chronische Erkrankung „ihn in seiner Lebensführung konkret selbst so langfristig und schwerwiegend beeinträchtigt, dass er dem Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unterfällt.“, BVerfG NJW 2022, 380 Rn. 81.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2022, 380 LS 1-3.



In der Reaktion auf diesen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber mit der Regelung in § 5c IfSG erstmals ein Verfahren sowie Priorisierungskriterien für die sog. Ex-ante-Triage festgelegt und die Ex-post-Triage ausdrücklich verboten. Seit Erlass der Norm finden sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur zahlreiche Beiträge zu Fragen der Verfassungsmäßigkeit der Norm sowie zu ihren Einwirkungen auf das allgemeine Strafrecht.<sup>3</sup> Im Jahr 2023 wandten sich Intensiv- und NotfallmedizinerInnen mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht: § 5c IfSG verletze sie in ihren Grundrechten: durch die Auferlegung bestimmter Verfahrens- wie Dokumentationsvorschriften; durch die Vorgabe, welche Entscheidungskriterien bei der ex-ante Triage beachtet und welche nicht beachtet werden dürfen; zuletzt durch das Verbot der sog. Ex-post-Triage. Die Norm greife in die Schutzbereiche der Therapiefreiheit als Teil der von Art. 12 I GG gewährleisteten Berufsfreiheit, der Gewissensfreiheit (Art. 4 I GG), des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) und des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 II GG) ein. Eine Rechtfertigung für diesen Eingriff scheitere, da die Norm nicht nur materiell, sondern sogar bereits formell verfassungswidrig sei – es fehle dem Bund bereits die Gesetzgebungskompetenz.

## B. Wesentliche Entscheidungsgründe

Das Bundesverfassungsgericht gibt den Beschwerdeführenden Recht: Ihre in der Berufsfreiheit verankerte Therapiefreiheit sei verletzt, weil die Norm in das Grundrecht eingreife (I.) und es keine taugliche Schranke gebe, um die Berufsfreiheit einzuschränken (II.). Mit Fragen der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes setzt sich das Gericht nicht (mehr) auseinander, da das Gesetz bereits aufgrund mangelnder Gesetzgebungskompetenz formell verfassungswidrig, damit nichtig sei und keine erforderliche Rechtsgrundlage für den Eingriff mehr darstellen kann:

---

<sup>3</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit vgl. etwa *Barnewold* NZS 2024, 621; *Duttge/Weimer* MedR 2024, 395; *Gutmann/Fateh-Moghadam* ZRP 2022, 130; *Hörnle* medstra 2023, 239; *Horter* medstra 2023, 10; *Huster/Köhler/Walther* VSSAR 2024, 3; *Wolf*, Triage in der Pandemie, 2024.

Zur Einwirkung auf das Strafrecht vgl. etwa *Berndt/Preiß* MedR 2023, 646; *Engländer* medstra 2023, 142; *Erb* GA 2024, 1; *Fateh-Moghadam/Fildir* medstra 2023, 147; *Kubiciel* VSSAR 2023, 27; *Kubiciel/Wachter* medstra 2023, 86; *Lutz*, in Erbs/Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. III, 259. EL Oktober 2025, IfSG § 5c Rn. 4 f.; *Rosenau* GA 2023, 121; *Scholz* medstra 2023, 355; *Ulrich/Greiff* medstra 2023, 161; ausführlich *Wolf*, Triage in der Pandemie, 2024.

## **I.      Therapiefreiheit als Teil der Berufsfreiheit, Art. 12 I GG**

„[72] 1. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet.

[74] Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst auch Wahl und Ausübung des ärztlichen Berufes (vgl. BVerfGE 103, 172 <183 f.>). Zur ärztlichen Berufsausübungsfreiheit gehört insb. die Therapiefreiheit (vgl. BVerfGE 102, 26 <35>; 106, 275 <304>; vgl. auch BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. März 1997 - 1 BvR 420/97 -, Rn. 27 und vom 10. April 2000 - 1 BvR 422/00 -, Rn. 14). Ärztinnen und Ärzte haben die grundrechtlich geschützte Freiheit, ihre Patientinnen und Patienten individuell nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln. [...]

[77] Als praktizierende Ärztinnen und Ärzte werden sie vom sachlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst. Ihre Therapiefreiheit wird durch § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG berührt. Die in § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG gemachten Vorgaben sowohl inhaltlicher wie formeller Art zu einer Triage-Entscheidung betreffen sie in der Freiheit ihrer Entscheidung, nach erfolgter Diagnose die medizinisch notwendige und gebotene Therapie nach ihrem Ermessen auszuwählen und durchzuführen.

[78] 2. Die Regelungen des § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG greifen in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit ein.

[79] a) Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet seine Schutzwirkung nur gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder zumindest die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben (vgl. BVerfGE 113, 29 <48>; 155, 238 <277 Rn. 96 f.> – WindSeeG; 163, 107 <134 Rn. 73>). Für einen Eingriff genügt daher nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit hat.

[80] b) Bei den Regelungen des § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG handelt es sich um Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Die Beschwerdeführenden werden in ihrer Therapiefreiheit eingeschränkt und damit in ihrer Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigt.



[81] Dies gilt zunächst für die gesetzliche Festlegung auf das materielle Zuteilungskriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ in § 5c Abs. 2 Satz 1 IfSG sowie die ergänzende Ausgestaltung durch die Negativkriterien in § 5c Abs. 2 Sätze 2 und 3 IfSG und das Benachteiligungsverbot in § 5c Abs. 1 Satz 1 IfSG. Durch diese Regelungen werden die Beschwerdeführenden in ihrer ärztlichen Entscheidung über das „Ob“ einer Behandlung eingeschränkt.

[82] Auch das Verbot der Ex-post-Triage in § 5c Abs. 2 Satz 4 IfSG hindert die Beschwerdeführenden in bestimmten Situationen, die aus ihrer Sicht für richtig gehaltene ärztliche Entscheidung zu treffen. Den Beschwerdeführenden ist es danach nicht gestattet, einen Patienten mit höherer Überlebenswahrscheinlichkeit, der erst später intensivmedizinisch behandlungsbedürftig wird, einem Patienten mit geringerer Überlebenswahrscheinlichkeit, der bereits behandelt wird, vorzuziehen. Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte können in diesen Fällen nicht den Erkenntnisgewinn aus der bereits andauernden Behandlung berücksichtigen.

[83] Zuletzt greift auch die in § 5c Abs. 3 IfSG geregelte Verpflichtung einer abgestimmten Entscheidung nach dem Vier- beziehungsweise Sechs-Augen-Prinzip, gegebenenfalls unter Hinzuziehung einer Drittperson mit besonderer Expertise, sofern von der Zuteilungsentscheidung ein Patient mit einer Behinderung oder einer Komorbidität betroffen ist („Konsultationserfordernis“), in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführenden ein, indem sie die individuelle ärztliche Entscheidung einem kollegialen Entscheidungsverfahren unterstellt.

[84] II. Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. In Art. 12 Abs. 1 GG darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden (vgl. BVerfGE 141, 82 <98 Rn. 47> zum Sozietätsverbot; 145, 20 <67 Rn. 121>; 161, 1 <61 Rn. 148> – Übernachtungssteuer; 163, 107 <136 Rn. 77>; stRspr). Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung setzt voraus, dass die angegriffenen Regelungen formell und materiell verfassungsgemäß sind (vgl. BVerfGE 163, 107 <136 Rn. 77>). Hier fehlt es bereits an der formellen Verfassungsmäßigkeit, weil keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die angegriffenen Regelungen des § 5c IfSG besteht.“<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 72-84.

## **II. Zur formellen Verfassungswidrigkeit: Keine Gesetzgebungskompetenz**

„[89] 2. Ausgehend davon sind die angegriffenen Regelungen des § 5c IfSG aufgrund ihres eigenständigen Regelungsgehalts kompetenzuell isoliert von der Gesamtregelung des Infektionsschutzgesetzes zu beurteilen (a). Anders als der Gesetzgeber meint, ist § 5c IfSG nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zu subsumieren (b). Auch alternative Kompetenztitel sind nicht einschlägig (c). [...]

[91] b) Der Bund kann § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG nicht auf die Kompetenz zur Regelung von Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Variante 1 GG stützen. Die Regelungen in § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG, wie sie der Bundesgesetzgeber konzipiert hat, sind reine Pandemiefolgenregelungen und als solche keine Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten, weil sie übertragbaren Krankheiten weder vorbeugen noch diese einzudämmen helfen (aa, bb). Da die Triagerregelungen für die Vorbeugung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten nicht unerlässlich sind, kann auch nicht auf eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs oder eine Annexkompetenz abgestellt werden (cc). [...]

[121] c) § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG lassen sich ferner, entgegen dem Vortrag der Bundesregierung, auch nicht unter den Titel konkurrierender Gesetzgebung der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG fassen. [...]

[123] Das weite Begriffsverständnis der öffentlichen Fürsorge führt mitunter zu Abgrenzungsschwierigkeiten, insb. im Gesundheitsbereich. Die Entscheidung der Verfassung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 und 19a GG, dem Bund für das Gesundheitswesen nur auf einzelne Sachbereiche beschränkte Gesetzgebungszuständigkeiten zuzuweisen, darf nicht durch eine erweiternde Auslegung der Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge unterlaufen werden (vgl. BVerfGE 88, 203 <330>; 106, 62 <132>). Unterstützungsleistungen jeglicher Art zur Überwindung finanzieller, pandemiebedingter Einbußen, aber auch eine umfassende Krankenhausplanung zur Pandemiebewältigung wären bei weiter Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG von diesem Kompetenztitel erfasst. Der Bundesgesetzgeber könnte zur Gesundheitsfürsorge umfassend tätig werden, was jegliche verfassungsrechtlich angelegte Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz im Gesundheitsbereich für den Bereich der

Pandemiebewältigung hinfällig machte. Aus der Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG scheiden daher vor allem Gesetze aus, die der Krankenversorgung, der Seuchenbekämpfung oder in sonstiger Weise in erster Linie dem Gesundheitswesen dienen. Für eine „Gesundheitsfürsorge“ kommen von vornherein nur eng umgrenzte Teilbereiche – etwa Hilfen bei gesundheitlicher Hilfsbedürftigkeit oder Maßnahmen zum Ausgleich von Krankheit oder Behinderung – in Betracht. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG begründet keine allgemeine Fürsorgekompetenz im Bereich des Gesundheitswesens; die öffentliche Fürsorge darf im Gesundheitsbereich keine Auffangfunktion einnehmen (vgl. BVerfGE 88, 203 <330>; 106, 62 <132>; vgl. dazu auch Riedel/Derpa, Kompetenzen des Bundes und der Länder im Gesundheitswesen, 2002, S. 12; Gebert, Verhaltens- und verhältnisbezogene Primärprävention und Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2020, S. 113 f.; Degenhart, in: Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 74 Rn. 38). [...]

[126] [...] Die nur bei Erfüllung spezifischer Voraussetzungen eröffnete Subsumierbarkeit von staatlichen Maßnahmen zur Bewältigung von Pandemien unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (vgl. Rn. 92 bis 103) würde unterlaufen, wenn Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hier als Auffangkompetenztitel fungierte.

[127] d) Die angegriffenen Regelungen werden auch nicht von den Gesetzgebungstiteln des bürgerlichen Rechts oder des Strafrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) erfasst. [...]

[129] Zum Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehört die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen (vgl. BVerfGE 109, 190 <212>; 134, 33 <55 f. Rn. 55>).“<sup>5</sup>

## C. Würdigung von Theresa Schmitt

### I. Widerspruch in den Beschlüssen?

2021 verpflichtete das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zum Tätigwerden, um materiellen Verfassungsvorgaben, insb. Art. 3 III 2 GG,

---

<sup>5</sup> BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 89-129.

zu genügen. Zwei Jahre nach der Pandemie und der aufgeheizten Debatte um die Triage entschied es, dass dem Gesetzgeber die Kompetenz für § 5c IfSG fehle, er aus formellen Gründen mithin (so) nicht tätig werden durfte. Hierin offenbart sich *prima facie* ein Widerspruch: Ist der Beschluss von 2021 „falsch“? Lässt sich dieser „Widerspruch“ auflösen? Was folgt aus dem Beschluss von 2025 für eine mögliche Neuregelung?

Diese Fragen lassen sich in drei Schritten beantworten: Zunächst stellt sich die Frage, *ob* überhaupt noch eine Regelung geschaffen werden darf (1.). Erst auf zweiter Stufe stellt sich die Frage, *wer* hierfür die Kompetenz besitzt (2.) und auf dritter Stufe, *wie* eine Neuregelung gestaltet werden könnte (II.).<sup>6</sup>

## 1. Möglichkeit zum Tätigwerden

Eine Pflicht zum Tätigwerden ergab sich 2021 aus der konkreten Gefährdung der Beschwerdeführenden in der Pandemiesituation. Nun fehlt diese konkrete Gefährdung, sodass keine Pflicht zum Tätigwerden mehr besteht.

Gleichwohl darf der Gesetzgeber aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen tätig werden: In tatsächlicher Hinsicht steigt die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Triagekonstellationen,<sup>7</sup> weil die Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen<sup>8</sup> und Großschadensereignisse<sup>9</sup> zunehmen. Der Gesetzgeber würde nicht nur rein hypothetische Szenarien regeln, also nicht nur symbolisch tätig werden,<sup>10</sup> sondern auf ein tatsächliches Problem reagieren. In rechtlicher Hinsicht darf er aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit zum Grundrechtsschutz der Triagierenden sowie der PatientInnen tätig werden: Eine mögliche Strafbarkeit der

---

<sup>6</sup> Hier sollen lediglich Impulse gegeben werden.

<sup>7</sup> So auch *Heller* medstra 2023, 155, 160; kürzlich: Abweisung einer Herzpatientin, *Häring*, Warum das Klinikum Passau eine Notfallpatientin abwies, BR24 v. 29.10.2025, <https://www.br.de/nachrichten/bayern/warum-das-klinikum-passau-eine-notfallpatientin-abwies.V10sUey> (zuletzt abgerufen am 5.12.2025).

<sup>8</sup> Zur zunehmenden Ressourcenknappheit statt vieler: *Fuchs* MedR 1993, 323, 326; *Krämer* MedR 1996, 1; *Schmedt* DÄBl. 2023, A-65.

<sup>9</sup> Dazu zählen Kriegsfälle und terroristische Anschläge, *Kurz/Lau* DÄBl. 23/2025, A-1344 f.; Klimakatastrophen wie zuletzt im Ahrtal 2021, *Schiffarth*, Die Ahrtal-Katastrophe am 14. Juli 2021, <https://www.mwv-berlin.de/meldung!/id/477/die-ahrtal-katastrophe-am-14.-juli-2021> (zuletzt abgerufen am 5.12.2025); aber auch Pandemien, *Heller* medstra 2023, 155, 160.

<sup>10</sup> Zur Kritik an Schein- und symbolischer Gesetzgebung s. etwa *Führ* KritV 2003, 5; *Schmehl* ZRP 1991, 251; *Schreiber* in Schäfer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, 178, 180 jew. m.w.N.

Triagierenden stellt einen Eingriff in deren Grundrechte dar;<sup>11</sup> in die Grundrechte der PatientInnen wird ggf. mittelbar eingegriffen, wenn eine Diskriminierung durch eine Straffreistellung vom Gericht geduldet wird. Der Gesetzgeber ist zwar nicht mehr dazu verpflichtet, tätig zu werden, ihm steht diese Möglichkeit jedoch weiterhin offen.

## 2. Gesetzgebungskompetenz

Besteht jedoch eine Gesetzgebungskompetenz gerade für den Bundesgesetzgeber?

Feststeht nach dem vorliegenden Beschluss: Der Bundesgesetzgeber darf eine Regelung *wie in § 5c IfSG* nicht treffen. Zugleich ist durch die Beschränkung auf den Prüfungsumfang aber nicht gesagt, dass eine Neuregelung mit anderem Inhalt und anderer Ausrichtung auf Bundesebene per se ausgeschlossen wäre.<sup>12</sup> Doch welche Regelung dürfte der Bund erlassen?

Die Länder sind allein zuständig, wenn und soweit es um die Ressourcenverteilung im Rahmen einer Pandemie oder die Krankenhausorganisation geht; eine allgemeine Fürsorgekompetenz im Gesundheitswesen steht dem Bund nicht zu.<sup>13</sup>

Eine genuin strafrechtliche Regelung dürfte der Gesetzgeber nach Art. 74 I Nr. 1 GG erlassen.<sup>14</sup> Auch eine Regelung im AGG (Stichworte: Fürsorge und Diskriminierungsschutz) wäre denkbar und von Art. 74 I Nr. 7 GG gedeckt.<sup>15</sup> Im Folgenden wird der Kompetenzfrage im Hinblick auf das Strafrecht nachgegangen.

---

<sup>11</sup> Vgl. Jarass, in Jarass/Pieroth Grundgesetz Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 9.

<sup>12</sup> A.A. wohl Dederer und Fateh-Moghadam, vgl. beclink 2036169.

<sup>13</sup> BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 123. Fragen zur Normkollision mit dem Landesrecht sollen hier nicht weiter behandelt werden. Gleichwohl wären sie bei der Schaffung einer Neuregelung zu beachten.

<sup>14</sup> Denkbar nach BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 132.

<sup>15</sup> Dazu Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl. 2022, S. 219; Wolf, Triage in der Pandemie, 2024, S. 333 f.; krit. BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 123 ff.; BVerfG NJW 2022, 380 Rn. 124.

## II. Mögliche strafrechtliche Triageregulungen

### 1. Strafrecht i.S.v. Art. 74 I Nr. 1 GG

Dafür stellt sich zunächst die Frage, was Strafrecht i.S.v. Art. 74 I Nr. 1 GG ist. Strafrechtliche Regelungen i.S.v. Art. 74 I Nr. 1 GG sind solche, die die staatliche Reaktion auf Kriminalunrecht bestimmen; auch Straffreistellungsgründe zählen hierzu.<sup>16</sup> Dem Bund steht hiernach keine Sach-, sondern nur eine Sanktionskompetenz zu: Will er einen Tatbestand oder Straffreistellungsgrund schaffen, muss der diesbezügliche Sachbereich seinerseits unter die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen.<sup>17</sup> Es ist daher nicht möglich, die Regelung des § 5c IfSG ohne inhaltliche Änderungen in das Strafrecht zu übertragen und Verstöße strafbewehrt zu stellen, weil eine Gesetzgebungskompetenz für Pandemiefolgen fehlt.<sup>18</sup> Auch fehlt eine allgemeine Fürsorgekompetenz für das Gesundheitswesen, sodass es nicht möglich ist, nur auf dieses zugeschnitten strafrechtliche Regelungen zu erlassen.<sup>19</sup> Eine strafrechtliche Regelung kann der Gesetzgeber zur Triage nur erlassen, wenn er sie nicht nur auf das Gesundheitssystem oder Pandemien begrenzt.<sup>20</sup> Wenn diese Konstellationen lediglich auch von einer allgemeinen, etwa zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens notwendigen Regelung erfasst sind – wie es auch das Medizinstrafrecht in Teilen ist –, ist dies kompetenzrechtlich möglich.

Es existiert also kein Widerspruch zwischen den Beschlüssen, denn der Bundesgesetzgeber darf eine Triageregulung – nur nicht in der Form und mit dem Inhalt des § 5c IfSG – erlassen.

---

<sup>16</sup> Uhle, in Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz Kommentar, Bd. V, 108. EL August 2025, Art. 74 Rn. 100 ff.

<sup>17</sup> Uhle, in Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz Kommentar, Bd. V, 108. EL August 2025, Art. 74 Rn. 100 ff.

<sup>18</sup> Überzeugend und zutreffend BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 91 ff.

<sup>19</sup> BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 121 ff., 132.

<sup>20</sup> Im Folgenden wird zur besseren Veranschaulichung weiterhin von Triagierenden und PatientInnen gesprochen. Gemeint sind jedoch auch andere Fälle der Diskriminierung in Fällen der Pflichten-kollision.

## 2. Der Interessenkonflikt

Gleich, ob die Triage künftig vom Bund und/oder den Ländern, im Strafrecht oder im AGG geregelt wird, zu lösen ist folgender Interessenkonflikt:

Es kollidieren Patienteninteressen: Die konkurrierenden PatientInnen haben je ein Interesse an der Erhaltung ihres Lebens und ihrer Gesundheit bzw. bei knappen Ressourcen jedenfalls an der gleichen Chance auf Zugang hierzu.

Hinzu treten ärztliche Interessen an freier Berufsausübung (Therapiefreiheit) sowie ggf. der Gewissensfreiheit.<sup>21</sup> Die Interessen von PatientInnen und Behandelnden kollidieren: Je mehr Vorgaben gemacht werden, desto mehr Schutz besteht für die PatientInnen, desto mehr wird aber in die Berufsfreiheit eingegriffen. Je weniger Vorgaben gemacht werden, desto weniger wird in die Berufsfreiheit der Behandelnden eingegriffen, aber desto weniger Schutz besteht für die PatientInnen.

Kann das Strafrecht diesen Interessenkonflikt dogmatisch und verfassungsrechtlich unbedenklich auflösen? Zu diesem Zweck werden zunächst mögliche Regelungen dargestellt (3.), bevor im Anschluss strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Bedenken (4.) beleuchtet werden.

## 3. Konkrete Regelungsmöglichkeiten

Denkbar wäre, dass der Gesetzgeber zum Schutz potentiell Diskriminierter einen neuen Tatbestand schafft:

„Wer einen anderen Menschen aufgrund eines in Art. 3 III 2 GG benannten Merkmals diskriminiert, wird bestraft“

– ggf. verknüpft mit einer objektiven Strafbarkeitsbedingung,<sup>22</sup> um die Weite des Tatbestandes einzugrenzen:<sup>23</sup>

„wenn das Opfer aufgrund der diskriminierenden Entscheidung stirbt oder an der Gesundheit (schwer) geschädigt wird.“

---

<sup>21</sup> BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 55.

<sup>22</sup> Vorbehaltlich etwaiger allgemeiner Kritik an diesem Regelungsmechanismus.

<sup>23</sup> Zur Kritik s. II. 4.

Rückt der Gesetzgeber das Bedürfnis der Triagierenden nach Rechtssicherheit, -klarheit sowie möglichst geringen Eingriffen in deren Grundrechte in den Mittelpunkt seiner Regelung, könnte er dies durch die (ergänzende) Einführung von Verfahrensregelungen (etwa die Beratung mit KollegInnen) als Straffreistellungsgrund wie in §§ 218 ff. StGB tun. Dies ist jedoch kompetenzrechtlich fragwürdig, weil dadurch der Länderkompetenz unterstehende Allokationsregeln im Krankenhaus getroffen werden könnten.<sup>24</sup>

Ebenfalls möglich wäre es, zum Schutz der Grundrechte der Triagierenden eine rechtfertigende oder sonst straffreistellende Pflichtenkollision samt allgemeiner Ausschlussgründe zum Schutz potentiell Diskriminierter unabhängig von der Triage zu regeln:

„Kollidieren zwei gleichrangige Handlungspflichten, ist der Täter straffrei, wenn er zur Erfüllung jedenfalls einer Pflicht, eine der beiden erfüllt. Kollidieren zwei ungleichrangige Handlungspflichten, ist er straffrei, wenn er zur Erfüllung der höherrangigen Pflicht die nachrangige Pflicht nicht erfüllt. Eine Straffreistellung ist ausgeschlossen, wenn die Entscheidung zur Erfüllung einer Pflicht auf einer in Art. 3 III 2 GG benannten Eigenschaft des Opfers beruht.“

Damit würde die gewohnheitsrechtlich anerkannte Figur der rechtfertigenden Pflichtenkollision – vorbehaltlich etwaiger Fragen zur Ex-post-Triage<sup>25</sup> – kodifiziert und um diskriminierungsspezifische Aspekte ergänzt.

#### **4. Strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Bedenken**

Gegen eine strafrechtliche Regelung sprechen jedoch dogmatische und verfassungsrechtliche Bedenken. Zunächst zu einem Rechtfertigungs- oder sonstigen Straffreistellungsgrund: Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre eine solche Regelung zulässig, weil sie den Eingriff in die Berufsfreiheit der Triagierenden durch die §§ 211 ff. StGB abmilderte und zugleich die Behandelten vor Diskriminierungen schützte. Zudem wäre eine Normierung der Pflichtenkollision rechtssicherer als die bisherige gewohnheitsrechtliche Handhabung.

Jedoch führte ein Ausschluss der Rechtfertigung (oder sonstigen Straffreistellung) bei diskriminierenden Motiven zu Rechtsgutsvertauschun-

---

<sup>24</sup> BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 123, 126, 138.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Jansen ZIS 2021, 155, 164 ff.



gen<sup>26</sup> und der Bestrafung für sich genommen noch nicht strafwürdigen Unrechts;<sup>27</sup> Das Erfolgsunrecht der Tötung oder Körperverletzung wird kompensiert, da die Rechtsordnung dies im Falle der Pflichtenkollision gerade billigt. Weil die Unterlassung der Behandlung nicht auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtet ist, besteht auch kein Handlungsunrecht.<sup>28</sup> In der Diskriminierung liegt vielmehr ein bloßes Motivunrecht.<sup>29</sup> Weder ist dieses Unrecht allein strafwürdig, noch und erst recht nicht ist dieses Unrecht von den Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten erfasst.

Auch dass die Pflichtenkollision der Maximierung der Zahl Überlebender dienen soll und daher zwischen gleich- und nachrangigen Pflichten unterscheidet, Leben mithin verobjektiviert und abwägt, wäre dem Strafrecht fremd, denn dann würde man entgegen geschriebenen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen die Tötung von Einzelnen zum Wohle der Gemeinschaft erlauben.<sup>30</sup> Nicht nur das Strafrecht verbietet eine Abwägung von Leben gegen Leben, sondern auch das Verfassungsrecht, Art. 1 I GG. Statt der Rechtfertigung eine Strafbefreiung vorzusehen, würde abgelehnten PatientInnen ein Notwehr- oder jedenfalls Notstandsrecht zugestehen, was insofern den „Eingriff“ in die Menschenwürde jedenfalls im Ergebnis abmildern könnte. Auch in diesen Fällen wäre eine Regelung jedoch verfassungsrechtlich bedenklich, wenn und soweit sie der Maximierung der Überlebenden dient.

Weiter zum Diskriminierungstatbestand: Ein solcher wäre im allgemeinen Strafrecht und AGG grundsätzlich fremd.<sup>31</sup> Lediglich § 397 I Nr. 1 SGB V bebußt Verstöße gegen das Neutralitätsgebot des § 25b VII SGB V, was jedoch kaum mit der Systematik des Tatbestandes<sup>32</sup> im Übrigen vereinbar ist. Bislang werden Diskriminierungen straf-

---

<sup>26</sup> Engländer medstra 2023, 142, 144; ders. in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 111, 138 f.

<sup>27</sup> Das ergibt sich aus der Systematik des Strafrechts, dazu sogleich.

<sup>28</sup> Engländer medstra 2023, 142, 144; ders. in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 111, 138 f.; Jäger/Gründel ZIS 2020, 151, 161.

<sup>29</sup> Engländer medstra 2023, 142, 144.

<sup>30</sup> Zur Kritik im Hinblick auf die Bestimmung der Gleichrangigkeit der Pflichten Jansen ZIS 2021, 155, 160 ff.

<sup>31</sup> Die Volksverhetzung (§ 130 StGB) oder eine Beleidigung (§ 185 StGB) schützen vorrangig andere Rechtsgüter als Art. 3 GG; so auch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, 3. Aufl. 2017, S. 64, 187 ff.; im Übrigen werden Diskriminierungen in der Strafzumessung (§ 46 II StGB) berücksichtigt.

<sup>32</sup> Er soll vorrangig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützen, Becker, in Becker/Kingreen SGB V, 9. Aufl. 2024, § 397 Rn. 3; BT-Drs. 20/9785, S. 64; 20/3876, S. 62.

rechtlich allenfalls mittelbar sanktioniert.<sup>33</sup> Dogmatisch wäre daher die Anknüpfung an ein Rechtsgut wie das Leben notwendig. Dann jedoch besteht – wie oben beschrieben – die Gefahr einer Rechtsgutsvertauschung oder Bestrafung noch nicht strafwürdigen Unrechts.<sup>34</sup>

Strafrechtsdogmatische und materielle verfassungsrechtliche Bedenken sprechen daher – auch wenn das Verfassungsgericht sich mit ihnen nicht befassen musste – gegen eine Neuregelung gleich welcher Art im Strafrecht.

### III. Ausblick

Mit seiner Entscheidung gab das Bundesverfassungsgericht Anlass dazu, mögliche Ausgestaltungen der Triage zu beleuchten, die sowohl den materiellen Anforderungen aus dem Beschluss von 2021 als auch den formellen Schranken aus dem Beschluss von 2025 genügen. Zutreffend und überzeugend stellte das Gericht die Kompetenzwidrigkeit von § 5c IfSG fest. Gleichwohl ist es kompetenzrechtlich möglich, eine strafrechtliche Triageregulation zu schaffen. Die vorliegende Spurensuche hat jedoch auch gezeigt: Die moralisch-ethisch, rechtlich und medizinisch umstrittene Triagekonstellation lässt sich nur schwer (straf-)rechtlich erfassen, weil dogmatische Bedenken zum geschützten Rechtsgut sowie materielle verfassungsrechtliche Bedenken zur Zulässigkeit der Pflichtenkollision bestehen. Zu führen sind zum Zwecke der Schaffung einer Neuregelung insb. die Debatten um die Zulässigkeit der Ex-post-Triage, die Zulässigkeit und Reichweite der rechtfertigenden Pflichtenkollision sowie um dogmatische Möglichkeiten und Bedenken im einfachen und Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht lässt mit seinen beiden Triage-Entscheidungen den Weg hierfür offen.

---

<sup>33</sup> *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Handbuch Diskriminierung (Fn. 31), S. 64, 187 ff.

<sup>34</sup> So auch *Engländer medstra* 2023, 142, 144.