



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Doblerstrasse 15  
D-72070 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Sascha Sebastian, M.mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
StA Dr. Ralf Dietrich  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
Prof. Dr. Volker Haas  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)  
RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
Prof. Dr. Dominik Skauradzun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Prof. Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X  
www.zeitschrift-jse.de  
redaktion@zeitschrift-jse.de

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRAG

*Arne Pautsch*  
Geschlechterparität im Bundestag?

### KLAUSUR

*Michael Hippeli*  
Strafrecht: „Rote Sünde“

### RECHTSPRECHUNG

*LG Bayreuth*  
Abgasskandal: Sachmangel und Unmöglichkeit der Nacherfüllung

### EGMR

Bezeichnung des Propheten Mohammed als „pädophil“

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Arne Pautsch</b> Geschlechterparität im Bundestag?	Seite ▶ 1
<b>Klausur</b>	<b>Michael Hippeli</b> Assessorexamensklausur Strafrecht: „Rote Sünde“	Seite ▶ 7
<b>Rechtsprechung</b> <b>Zivilrecht</b>	<b>LG Bayreuth</b> Abgasskandal: Sachmangel und Unmöglichkeit der Nacherfüllung Urteil vom 20.12.2016 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 20
<b>Rechtsprechung</b> <b>Öffentliches Recht</b>	<b>EGMR</b> Bezeichnung des Propheten Mohammed als „pädophil“ Urteil vom 25.10.2018 ( <i>Sascha Sebastian</i> )	Seite ▶ 24

---

## EDITORIAL

---

Mit dem Satz „Der Bundestag ist kein Bierzelt“ kritisierte Bundestagsvizepräsidentin Claudia Roth (Bündnis 90/Die Grünen) in einem Interview für den „Tagesspiegel“ die in ihren Augen fehlende Geschlechterparität zwischen Männern und Frauen im Deutschen Bundestag. Dort kommen gegenwärtig 219 Frauen und 490 Männer ihrer Arbeit als Volksvertreter nach, was einer Quote von 31/69 entspricht. Der Frauenanteil in den Bundestagsfraktionen liegt damit zwar höher als jener der im Bundestag vertretenen Parteien (27,8%) aber weiterhin deutlich unterhalb des Frauenanteils der Bundesrepublik von 50,7%. Roth meint, dass dieser Zustand notfalls per Gesetz abzustellen sei, wenn die Parteien sich nicht freiwillig wandelten. Allerdings wies sie zugleich darauf hin, dass ein solches nicht nur umsetzbar, sondern auch verfassungskonform sein müsse.

Eine mögliche Umsetzung einer solchen Forderung ist ein sog. „Paritätsgesetz“, welches eine starre Quotierung der Listen dergestalt festschreibt, dass diese jeweils alternierend mit männlichen und weiblichen Bewerbern zu besetzen sind. In seinem **Beitrag** „Geschlechterparität im Bundestag? Die Paritätsgesetzgebung vor den Schranken der Wahlrechtsgrundsätze“ widmet sich PAUTSCH der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Regelung, wobei die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

Aus dem Bereich der Fallbearbeitung gibt es dieses Mal eine **Klausur**, die sich in erster Linie an Referendare richtet. In der als staatsanwaltliche Aufgabenstellung ausgestalteten Akte behandelt HIPPELI unter dem Titel „Rote Sünde“ Fragen der Zwangsprostitution und der Raubdelikte. Schwerpunkte sind darüber hinaus die Würdigung der Beweismittel und das Verfassen einer formal korrekten Anklageschrift.

Aus der **Rechtsprechung** im **Zivilrecht** gibt es ein Urteil des Landgerichts Bayreuth samt zugehörigem Hinweisbeschluss des BGH zur anhängigen Revision. Thematisch geht es im Rahmen des noch immer hochgradig examensrelevanten „Abgasskandals“ um die Frage ob beim Neuwagenkauf die Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung unmöglich ist, wenn der entsprechende Fahrzeugtyp nicht mehr hergestellt wird, sondern inzwischen durch ein neues Modell mit einer anderen Motorisierung ersetzt worden ist (FORSCHNER).

Aus dem **Öffentlichen Recht** gibt es eine Kammerentscheidung des EGMR aus dem letzten Jahr zu der Frage, inwiefern es vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst ist, den Propheten des Islam in einer öffentlichen Veranstaltung als „pädophil“ bezeichnen. Hierzu musste sich die Kammer mit der Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen, der praktischen Konkordanz zwischen Meinungsäußerungs- und Religionsfreiheit und schließlich auch der Subsidiarität des Konventionsrechtsschutzes beschäftigen (SEBASTIAN).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**  
Schriftleiter

**Sascha Sebastian, M.mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Prof. Dr. Arne Pautsch\*

# Geschlechterparität im Bundestag?

## Die Paritätsgesetzgebung vor den Schranken der Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Einleitung

#### B) Geschlechterparität im Bundestag durch Änderung des einfachen Wahlrechts

I. Beeinträchtigung der Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG

1. Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG)
2. Freiheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG)

II. Rechtfertigung

1. Schranken
2. Verfassungsrechtlicher Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz
  - a) Rechtfertigung durch das Demokratieprinzip
  - b) Rechtfertigung durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG

#### C) Geschlechterparität im Bundestag (nur) durch Verfassungsänderung

#### D) Resümee

#### Abstract

Nachdem in Brandenburg als erstem Bundesland für das dort geltende Landtagswahlrecht eine Paritätsregelung bei der Aufstellung der Wahllisten zur Landtagswahl verabschiedet wurde, mehren sich die Stimmen, die ein solches sog. Paritätsgesetz auch im Bund – für die Bundestagswahl – mit dem Ziel der weitgehenden Geschlechtergleichstellung im Deutschen Bundestag einfordern. Wesentlicher Bestandteil eines solchen Gesetzes soll, dem Beispiel Brandenburgs folgend, die starre Quotierung der Landeslisten dergestalt sein, dass diese jeweils alternierend mit männlichen und weiblichen Bewerbern zu besetzen sind. Auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Form der Paritätsgesetzgebung widmet sich dieser Beitrag vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund insbesondere der Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.

#### A) Einleitung

Der aus der Bundestagswahl vom 24. September 2017 hervorgegangene 19. Deutsche Bundestag weist eine deutliche Unterrepräsentanz von Frauen auf. Unter allen im Bundestag vertretenen Parteien ergibt sich ein Frauenanteil von gerade einmal 30,9 Prozent. Auch der vorangegangene 18. Deutsche Bundestag verfügte über einen Frauenanteil von nur 36,5 Prozent. Vor diesem Hintergrund ist eine bereits in der 1980er Jahren und auch in der Folgezeit geführte Diskussion<sup>1</sup> um die Einführung von verbindlichen Frauenquoten in das Wahlrecht wieder auf die aktuelle politische Agenda gerückt.<sup>2</sup> Prominente Vertreterinnen der im Bundestag vertretenen Parteien haben ihren politischen Willen bekräftigt, ein sog. Paritätsgesetz – in Anlehnung an die partiell vergleichbare und den Verfechtern hierzulande als Vorbild dienenden Wahlrechtsreform in Frankreich im Jahre 2000 auch als „Parité-Gesetz“ bezeichnet<sup>3</sup> – auch für eine Änderung des Bundestagswahlrechts anzustreben.<sup>4</sup> Soweit ersichtlich, sind die aktuell erhobenen Forderungen nach einer Paritätsgesetzgebung im Bund darauf gestützt, dies durch einfaches Wahlgesetz auf der Grundlage von Art. 38 Abs. 3 GG zu realisieren. Das Vorhaben ist nicht ohne konkretes Vorbild, hat doch der Landtag Brandenburg als erstes Parlament ein solches Paritätsgesetz erlassen, das durch Änderung des Landtagswahlgesetzes<sup>5</sup> nunmehr eine alternierende Besetzung der Wahllisten mit Frauen und Männern bei der Landtagswahl – erstmals beginnend mit der übernächsten Landtagswahl und den dortigen Listenaufstellungen durch die Parteien – verpflichtend vorzusehen. Ähnliche politische Vorstöße gibt es auch in anderen Bundesländern.<sup>6</sup>

Mit einer solcherart ausgestalteten Paritätsgesetzgebung wird also das Ziel verfolgt, eine gleichberechtigte Repräsentanz beider Geschlechter in den Parlamenten – die Geschlechterparität – zu erreichen. Als Mittel stehen unter dem im Bund und den meisten Bundesländern vorherrschenden Wahlsystem der personalisierten Verhältniswahl,<sup>7</sup> bestehend aus Erststimme als Wahlkreisbewerberstimme und Zweitstimme als „Parteilistenstimme“, grundsätzlich zwei Wege zur Verfügung, um durch ge-

\* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg. Dort leitet er zugleich das Institut für Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie.

<sup>1</sup> Zur früheren Diskussion im juristischen Schrifttum siehe etwa *Ebsen*, JZ 1989, 553 ff.; *Oebbecke*, JZ 1988, 176 ff.; *von Niedig*, NVwZ 1994, 1171 ff.

<sup>2</sup> Zur aktuellen Diskussion siehe *Butzer*, NdsVBl. 2019, 10 ff.; *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 ff.

<sup>3</sup> Gesetz Nr. 2000-493, dem freilich in Frankreich eine Verfassungsänderung vorausgegangen war (vgl. Verfassungsgesetz Nr. 99-569). Siehe dazu und zum Weiteren *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 ff.

<sup>4</sup> Vgl. etwa [http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundestag-frauenrunde-ueber-fraktionsgrenzen-hinweg-schwestern-im-geiste-](http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundestag-frauenrunde-ueber-fraktionsgrenzen-hinweg-schwestern-im-geiste-a-1258543.html)

[a-1258543.html](http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundestag-frauenrunde-ueber-fraktionsgrenzen-hinweg-schwestern-im-geiste-a-1258543.html) (letzter Abruf: 21.03.2019); s. auch Bundesjustizministerin *Katarina Barley*, vgl. <https://www.tagesspiegel.de/politik/wahlrechtsreform-barley-will-mehr-frauen-im-bundestag-per-gesetz/23618910.html> (letzter Abruf: 21.03.2019).

<sup>5</sup> Wahlgesetz für den Landtag Brandenburg (Brandenburgisches Landeswahlgesetz - BbgLWahlG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Januar 2004 (GVBl. I/04, [Nr. 02], S.30), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Februar 2019 (GVBl. I/19, [Nr. 1]). Die letzte Änderung durch das dortige „Parité-Gesetz“ betrifft vor allem die Neufassung von § 25 Abs. 3 BbgLWahlG.

<sup>6</sup> Siehe dazu die Nachweise bei *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14, insb. Fn. 6 und 7.

<sup>7</sup> Siehe zu den Wahlsystemen in den Ländern etwa *Pautsch*, JSE 2018, 73.

setzgeberisches Tätigwerden die Geschlechterparität herzustellen, wobei beide Ansätze auch miteinander kombinierbar sind: Entweder werden bei den Direktmandaten künftig zwei Bewerber vorgesehen, von denen einer männlichen und der andere weiblichen Geschlechts sein muss, dabei aber zwei Bewerber zu wählen sind und auch beide in das Parlament einziehen.<sup>8</sup> Oder aber es werden – und darauf wird dieser Beitrag allein eingehen – wie in Brandenburg verbindliche gesetzliche Vorgaben für eine paritätische Besetzung der Listen mit abwechselnd einem männlichen Bewerber und einem weiblichen Bewerber gemacht mit der Folge, dass nicht-paritätisch besetzte Listen im Regelfall nicht zur Wahl zugelassen werden. Es handelte sich – dem Beispiel Brandenburgs folgend – um eine alternierende Quotierung der von den Parteien aufzustellenden Landeslisten für die Bundestagswahl in Gestalt einer Art „Reißverschlussverfahren“<sup>9</sup> mit strengem Paritätsgebot. Diese Variante der Paritätsgesetzgebung wird nachfolgend hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit zu bewerten sein.

## B) Geschlechterparität im Bundestag durch Änderung des einfachen Wahlrechts

Es ist also zu prüfen, ob die Einführung streng quotierter Wahllisten bei der Bundestagswahl durch einfaches Gesetz – naheliegender wäre eine entsprechende Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWG) auf der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Wahlrechtsgesetzgebers aus Art. 38 Abs. 3 GG – verfassungsrechtlich zulässig wäre. Dem könnten jedoch vor allem die Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG entgegenstehen.<sup>10</sup> Sie könnten durch ein solcherart ausgestaltetes Paritätsgesetz möglicherweise in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt sein.

### I. Beeinträchtigung der Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG

Die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG sind prägende Konkretisierungen des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 2 GG.<sup>11</sup> Sie stehen grundsätzlich gleichrangig nebeneinander und bilden zunächst objektives Verfassungsrecht.<sup>12</sup> Als subjektiv-rechtliche Gewährleistung vermitteln sie ihren Trägern darüber hinaus ein grundrechtsgleiches Recht, das von Wahlbewerbern entweder mit der Individualverfassungsbeschwerde oder – von politischen Parteien und Abgeordneten – mit der Organklage geltend gemacht werden kann. Träger können also sowohl Wähler, Wahlbewerber, Parteien und Wählervereinigungen sein.<sup>13</sup> Die Wahlrechtsgrundsätze beziehen sich von ihrem sachlichen Schutzbereich her auf den gesamten Vorgang der

Wahl.<sup>14</sup> Sofern es sich also bei den – wie zu zeigen sein wird – durch ein Paritätsgesetz vorgegebenen starren Listenquotierungen also um Beeinträchtigungen der Gleichheit und der Freiheit der Wahl handelt, sind diese Eingriffe in die betroffenen Wahlrechtsgrundsätze also auch justiziabel.

Es bleibt also zu prüfen, ob eine Quotierung der Landeslisten zur Bundestagswahl durch entsprechende Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWG) gegen Wahlrechtsgrundsätze verstößt. Wie angedeutet, kommen insoweit die Gleichheit der Wahl und die Freiheit der Wahl in Betracht, und zwar jeweils aus der Perspektive der Wahlbewerber.<sup>15</sup>

#### 1. Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG)

Die Gleichheit der Wahl (Wahlrechtsgleichheit) ist als grundrechtsgleiches Recht sowohl auf die Ausübung des aktiven Wahlrechts als auch auf das passive Wahlrecht bezogen.<sup>16</sup> Sie stellt eine spezialgesetzliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG dar und ist im Sinne einer streng formalen Gleichheit darauf gerichtet, Ungleichbehandlungen mit Blick auf die gesamte Wahlteilnahme auszuschließen.<sup>17</sup> Damit umfasst sie als sog. passive Wahlrechtsgleichheit auch die Wählbarkeit und das Wahlbewerbsrecht des Einzelnen sowie dessen Mandatsannahme und Mandatsausübung.<sup>18</sup> Darauf kommt es im Kontext der hier behandelten Paritätsgesetzgebung denn auch ganz maßgeblich an. Es sind jeder Partei und jedem Wahlbewerber grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im Wahlverfahren sowie im Wahlkampf offenzuhalten.<sup>19</sup> Damit gebietet die passive Wahlrechtsgleichheit auch einen verfassungsrechtlichen Schutz der Chancengleichheit für die einzelne Kandidatur im parteiinternen Aufstellungsverfahren.<sup>20</sup>

Diese Gewährleistung wäre durch ein Paritätsgesetz, das eine strenge Quotierung durch zwingend alternierende Listenbesetzung mit männlichen und weiblichen Bewerbern zu gleichen Anteilen vorsieht, beeinträchtigt. Denn die chancengleiche Möglichkeit eines Parteimitglieds, das sich zur Wahl stellt, für die Kandidatur auf einen Listenplatz mit gleicher Erfolgchance wäre dann nicht mehr gegeben, weil die Hälfte der Sitze bereits durch die ex ante-Festlegung des Paritätsgesetzgebers nicht erreichbar ist. Wie *Morlok* und *Hobusch* zu Recht feststellen, würde die Chance für eine Kandidatur auf den jeweils „falschen“ – da dem anderen Geschlecht bereits vorbehaltenen – Listenplätzen gleichsam „auf null“ sinken.<sup>21</sup> Gerade hierin liegt ein massiver Eingriff in die passive Wahlrechtsgleichheit.

<sup>8</sup> Was allerdings eine grundlegendere Änderung des Wahlrechts erfordern würde, um die Größe des Deutschen Bundestages nicht noch weiter anwachsen zu lassen. Denkbar wäre insoweit vor allem eine Vergrößerung der Wahlkreise bei gleichzeitiger Absenkung von deren Gesamtzahl, sofern an dem System der personalisierten Verhältniswahl festgehalten werden soll.

<sup>9</sup> So begrifflich treffend bereits im Kontext der früheren Diskussion *Oebbecke*, JZ 1988, 176 f.

<sup>10</sup> S. auch *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (15 ff.), die zudem auf weitere verfassungsrechtliche Beeinträchtigungen durch ein mögliches Paritätsgesetz eingehen. Ebenso zur Betroffenheit insbesondere der Wahlrechtsgrundsätze bereits *Ebsen*, JZ 1989, 553 (555); *Oebbecke*, JZ 1988, 176 (177 f.).

<sup>11</sup> *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Mai 2018), Art. 38 Rn. 74.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Butzer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 48.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> So auch *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (15), mit Blick auf die Freiheit und Gleichheit der Wahl. *Butzer*, NdsVBl. 2019, 10 (15), verweist zudem auf eine Beeinträchtigung auch der aktiven Wahlrechtsgleichheit, weil für die wahlberechtigten Parteimitglieder die Ausübung ihres aktiven Wahlrechts ebenfalls eingeschränkt sei.

<sup>16</sup> Zum passiven Wahlrecht siehe etwa BVerfGE 63, 242; 93, 376; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 13.

<sup>17</sup> *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 96; *Müller*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 143.

<sup>18</sup> BVerfGE 93, 377; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 13.

<sup>19</sup> BVerfGE 71, 94; s. auch BVerfGE 40, 318; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 13.

<sup>20</sup> *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, S. 14 (15).

<sup>21</sup> *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (15).

## 2. Freiheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG)

Auch mit Blick auf den Wahlrechtsgrundsatz der Freiheit der Wahl (Wahlfreiheit) ist eine Listenquotierung in der beschriebenen Weise durch ein Paritätsgesetz im Bund problematisch. Die Freiheit der Wahl besagt allgemein, dass das Wahlverfahren insgesamt gegen Zwang, Druck und sonstige die freie Willensentscheidung ernstlich beeinträchtigenden Beeinflussungen von staatlicher oder nichtstaatlicher Seite geschützt sein muss.<sup>22</sup> Sie hat indes auch – und darauf kommt es vorliegend an – eine Bewandnis in Bezug auf das passive Wahlrecht.<sup>23</sup> Denn gewichtiger Teil der Freiheit der Wahl ist auch die Gewährleistung eines freien Wahlvorschlagsrechts sowohl der Parteien als insbesondere auch des einzelnen Parteimitglieds als Wahlbewerber.<sup>24</sup> Dieses Recht wird durch vorab gequotelte Listen ebenfalls beeinträchtigt. Die Vorabfestlegung von „männlichen“ und „weiblichen“ Plätzen im Sinne paritätischer Listenbesetzung führt zwangsläufig dazu, dass eine Kandidaturmöglichkeit auf „allen Plätzen“ nicht mehr gegeben ist.<sup>25</sup> Damit ist auch die Freiheit der Wahl in ihrer passivrechtlichen Ausprägung beeinträchtigt.

## II. Rechtfertigung

Die Quotierung der Wahllisten in der eingangs beschriebenen Weise stellt sich – wie zuvor dargelegt wurde – jeweils als Eingriff in die grundrechtsgleichen Rechte der passiven Wahlrechtsgleichheit und der Wahlfreiheit dar. Zu prüfen ist nunmehr, ob diese Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind.

### 1. Schranken

Die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unterliegen keinen geschriebenen Schranken. Insbesondere handelt es sich bei dem insoweit einzig in Betracht zu ziehenden Art. 38 Abs. 3 GG um eine Kompetenznorm, nicht aber einen Gesetzesvorbehalt.<sup>26</sup> Art. 38 Abs. 3 GG ermächtigt nämlich den Wahlrechtsgesetzgeber lediglich dazu, das Wahlrecht einfachrechtlich unter Berücksichtigung insbesondere der Wahlrechtsgrundsätze auszugestalten. Somit kommen als Schranken nur andere Rechtsgüter von Verfassungsrang in Betracht, d.h. die Wahlrechtsgrundsätze unterliegen verfassungsimmanenten Schranken. Die kollidierenden Verfassungsgüter müssen somit im Wege praktischer Konkordanz<sup>27</sup> in einen möglichst schonenden Ausgleich gebracht werden.<sup>28</sup>

Bezogen auf die Beeinträchtigung der Wahlrechtsgrundsätze hat das Bundesverfassungsgericht insoweit Maßstäbe herausgearbeitet, die – vor allem mit Blick auf die Gleichheit der Wahl – auch im vorliegenden Kontext zugrunde zu legen sind. Danach

bedarf es zur Rechtfertigung eines Eingriffes in die Wahlrechtsgleichheit – hier also in die vorliegend durch ein Paritätsgesetz zuvörderst betroffene passive Wahlrechtsgleichheit – eines zwingenden Grundes.<sup>29</sup> An dieser Rechtsprechung, mit der der Maßstab der Rechtfertigung präzise umrissen ist, hält das BVerfG unter anderem auch in der Entscheidung zur Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht aus dem Jahre 2014 fest, indem es dort heißt, dass es „[...] eines besonderen, sachlich legitimierten, in der Vergangenheit als 'zwingend' bezeichneten Grundes [...]“ bedürfe.<sup>30</sup> Wenngleich somit die Wahlrechtsgleichheit keinem absoluten Differenzierungsverbot unterfällt<sup>31</sup>, belässt ihr streng-formaler Charakter dem Gesetzgeber gleichwohl grundsätzlich einen nur begrenzten Spielraum für Differenzierungen und zwingt diesen zur Beachtung eines äußerst strengen Maßstabs.<sup>32</sup> Das BVerfG hebt in diesem Zusammenhang darauf ab, dass Differenzierungen „[...] durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann [...]“.<sup>33</sup> Es kommen daher zur Rechtfertigung eines einfachrechtlichen Paritätsgebots bei der Listenaufstellung bezüglich der Beeinträchtigung der passiven Wahlrechtsgleichheit nur gewichtige konkurrierende Verfassungsgüter in Betracht, die – wie dargelegt – im Wege praktischer Konkordanz in einen schonenden Ausgleich zu bringen sind.

## 2. Verfassungsrechtlicher Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz

### a) Rechtfertigung durch das Demokratieprinzip

Das dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes sowie zudem auch Art. 38 GG zugrunde liegende Verständnis demokratischer Repräsentation wird von den Vertretern der Geschlechterparität im Wahlrecht insofern zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung herangezogen, als daraus ein Gebot möglichst gleichberechtigter Repräsentanz beider Geschlechter im Parlament abgeleitet wird. Erst die geschlechterbezogen annähernd gleiche Aufteilung der Mandate im Parlament – hier also dem Deutschen Bundestag – genüge dem Verfassungsprinzip demokratischer Repräsentation.<sup>34</sup> Daraus wiederum wird abgeleitet, ein bestehender Verfassungsverstoß – nämlich die gegenwärtig nicht gewährleistete geschlechterparitätische Repräsentation – könnte insbesondere durch ein Paritätsgesetz behoben werden.<sup>35</sup> Dem kann allerdings nur dann gefolgt werden, wenn dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 2 GG ein solcher Gehalt auch tatsächlich zukommt. Das ist freilich nicht der Fall, selbst wenn eine Argumentation bemüht wird, die in Richtung einer „geschlechtergerechten Repräsentation“ zielt.<sup>36</sup> Das Demokra-

<sup>22</sup> BVerfGE 66, 380; Risse/Witt, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 11.

<sup>23</sup> BVerfGE 25, 44 (63); Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 85. EL (November 2018), Art. 38 Rn. 108; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. (2015), Art. 38 Rn. 85; Schreiber, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Mai 2018), Art. 38 Rn. 102.

<sup>24</sup> Morlok/Hobusch, DÖV 2019, 14 (15).

<sup>25</sup> Ibid., unter Verweis u.a. auf Ebsen, JZ 1989, 553 (555); von Niedig, NVwZ 1994, 1171 (1173 f.).

<sup>26</sup> Magiera, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 102; Morlok/Hobusch, DÖV 2019, 14 (17).

<sup>27</sup> Grundlegend dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995/1996), Rn. 317 ff.

<sup>28</sup> Morlok/Hobusch, DÖV 2019, 14 (17).

<sup>29</sup> BVerfGE 93, 373 (376 f.); 95, 408 (418); 120, 82 (107); 121, 266 (297).

<sup>30</sup> BVerfGE 135, 259 (286); siehe bereits BVerfGE 120, 82 (106 f.).

<sup>31</sup> Vgl. etwa BVerfGE 95, 408 (417 f.); 99, 1 (9); 120, 82 (106 ff.).

<sup>32</sup> BVerfGE 120, 82 (106); 129, 300 (320).

<sup>33</sup> BVerfGE 135, 259 (286), unter Verweis auf BVerfGE 1, 208 (24); 6, 84 (92); 95, 408 (418); 129, 300 (320); 130, 212 (227 f.); siehe auch Butzer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 48.

<sup>34</sup> So wohl Laskowski, DJBZ 2014, 93 (96 f.).

<sup>35</sup> Laskowski, DJBZ 2014, 93 (96 f.); dies., Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gesetzlicher Paritéregelungen für die Kommunal- und Landtagswahlen in Thüringen, Gutachten im Auftrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Landtagsfraktion Thüringen (2014), S. 70.

<sup>36</sup> Laskowski, DJBZ 2014, 93 (96 f.).

tieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) kann nämlich gerade nicht dahingehend ausgedeutet werden, dass nur eine weitgehend geschlechterparitätische Vertretung des Staatsvolkes im Parlament den Grundsätzen demokratischer Repräsentation entspreche. Dafür gibt es im Grundgesetz keinen einzigen Anhalt. Im Gegenteil: Dem Grundgesetz liegt das Prinzip der Gesamtrepräsentation – und gerade nicht der Individualrepräsentation einzelner Bevölkerungs- oder gar Interessengruppen – zugrunde.<sup>37</sup> Bereits der Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG unterstreicht dies deutlich, wenn es dort unter anderem und an vorderster Stelle heißt, dass die Abgeordneten „Vertreter des ganzen Volkes“ sind. Es handelt sich bei dem Prinzip der Gesamtrepräsentation somit um ein wesentliches Merkmal der demokratischen Ordnung moderner Verfassungsstaaten, und zwar auch und gerade in Abkehr von dem Modell der Ständerepräsentation.<sup>38</sup> Gegen die These, wonach „echte“ demokratische Repräsentation nur durch gleiche Geschlechterrepräsentanz im Parlament verwirklicht sei, spricht somit bereits das Grundgesetz selbst in besonderer Klarheit. Als Rechtfertigungsansatz muss daher der – ohnehin als allenfalls recht bemüht und konstruiert daher kommende – Rekurs auf das Demokratieprinzip vollständig ausscheiden.<sup>39</sup>

### b) Rechtfertigung durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG

Möglicherweise könnte im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz der besondere Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG als Rechtsgut von Verfassungsrang zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung der passiven Wahlrechtsgleichheit herangezogen werden.<sup>40</sup> Dies gilt insbesondere für Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und das dort verankerte Gleichberechtigungsgebot. Selbst wenn man unterstellt, dass es sich insoweit nicht lediglich um ein bloßes Differenzierungsverbot handelt, welches nicht über den Gewährleistung in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG hinausreicht<sup>41</sup>, sondern – wie das BVerfG hervorgehoben hat<sup>42</sup> – um die Berechtigung des Gesetzgebers, durch Fördermaßnahmen Benachteiligungen von Frauen auszugleichen, bleibt gleichwohl zunächst die formale Frage der Anwendbarkeit der Norm im streng formalen Geltungsbereich der Wahlrechtsgleichheit zu klären.<sup>43</sup> Festzuhalten ist nämlich, dass die bisherigen Entscheidungen nicht das Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als Rechtfertigungsgrund im Anwendungsbereich der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG betrafen. Nach der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG ist im Anwendungsbereich der speziellen wahlrechtlichen Gleichheitssätze, zu denen im Rahmen von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG die Gleichheit und die Allgemeinheit der Wahl zählen,<sup>44</sup> ein Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1

GG ausgeschlossen.<sup>45</sup> Die speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG stellen nun aber Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes dar. Ihnen kann daher – als bloßen Spezifizierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes – im Anwendungsbereich der noch spezielleren (und streng formal zu betrachtenden) Wahlrechtsgleichheit ebenfalls kein Anwendungsbereich eröffnet sein. Dies beruht auf der folgenden Erwägung: Unter der Geltung des oben dargestellten Prinzips der demokratischen Gesamtrepräsentation kann ihnen gerade nicht die Zielrichtung zugeschrieben werden, ausgerechnet wahlrechtsspezifische Repräsentationsdefizite einer unterrepräsentierten Bevölkerungsgruppe durch eine andere Ungleichbehandlung mit Blick auf das passive Wahlrecht aller Wahlbewerber auszugleichen. Der Befund, die speziellen Gleichheitssätze verdrängten sich deshalb nicht, weil eine „Diskriminierung aufgrund verschiedener suspekter Merkmale eben auch gegen verschiedene Verbotsnormen verstößt“,<sup>46</sup> verfängt daher nicht. Denn dies würde bedeuten, dass im Verständnis demokratischer Gesamtrepräsentation Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG mehr an wahlrechtlichem Gehalt immanent wäre als dasjenige, was Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nicht seinerseits abdecken kann. Somit ist Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als Rechtfertigungsgrund im Anwendungsbereich der noch spezielleren gleichheitsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nicht anwendbar.

Mit Blick auf die Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl ist bezüglich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des festgestellten Eingriffs durch ein Paritätsgesetz mit strenger Listenquotierung zunächst zu berücksichtigen, dass dieser Wahlrechtsgrundsatz keine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes darstellt und zudem auch nicht streng formaler Natur ist. Daher ist es hier nicht schon von vornherein ausgeschlossen, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als Rechtsgut von Verfassungsrang im Rahmen der Rechtfertigung heranzuziehen. Das Gleichberechtigungsgebot mag zwar einen legitimen Zweck darstellen und ein Paritätsgesetz mit strenger Listenquotierung zur Zweckerreichung geeignet sein. Allerdings gerät es bei näherer Betrachtung schon unter Erforderlichkeitsaspekten an seine Grenzen. Als milderer – aber gleich geeignetes – Mittel gegenüber einer strengen Paritätsvorgabe im hier behandelten Verständnis wäre zunächst, als Teil einer Reform des Bundestagswahlrechts, daran zu denken, einen Systemwechsel insoweit herbeizuführen, als die sog. „starrten Listen“ zugunsten „offener Listen“ ersetzt würden.<sup>47</sup> Als ebenso wenig einschneidender Eingriff in die Freiheit der Wahl würde sich überdies selbst ein System darstellen, welches – wie eingangs hervorgehoben – die Geschlechterparität bei

<sup>37</sup> Morlok, in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 38 Rn. 33; siehe auch ders., in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht (2016), § 3 Rn. 45 f.; Risse/Witt, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 21.

<sup>38</sup> Dazu Heun, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 30 mwN.

<sup>39</sup> So iE. wohl ebenfalls Morlok/Hobusch, DÖV 2019, 14 (17), mit zutreffendem Verweis auch auf BayVerfGH, NVwZ-RR 2018, S. 457 (458).

<sup>40</sup> Laskowski, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gesetzlicher Paritätregelungen für die Kommunal- und Landtagswahlen in Thüringen, Gutachten im Auftrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Landtagsfraktion Thüringen (2014), S. 52 f.; grundsätzlich dazu auch Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 196.

<sup>41</sup> Zum Meinungsstand insoweit Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. (2015), Art. 3 Rn. 101.

<sup>42</sup> So etwa die Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot, vgl. BVerfGE 85, 191 (207); siehe auch BVerfGE 92, 91 (109).

<sup>43</sup> Siehe auch Roth, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II (2002), Art. 38 Rn. 79; Jutzi, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung „Gendergerechte Demokratie“ am 10. Februar 2012 in der Enquete-Kommission 16/2 „Bürgerbeteiligung“, S. 5, abrufbar unter <https://www.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-32-16.pdf> (letzter Abruf am 18.03.2019); in diesem Sinne wohl auch Schreiber, BWahlG, Kommentar, 10. Aufl. (2017), § 27 Rn. 14.

<sup>44</sup> Butzer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 49.

<sup>45</sup> BVerfGE 99, 1 (8 ff.).

<sup>46</sup> So aber Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl. (2018), Art. 3 Rn. 92.

<sup>47</sup> Morlok/Hobusch, DÖV 2019, 14 (19), unter Verweis auf Hahlen, in: Schreiber (Hrsg.), BWahlG, Kommentar, 10. Aufl. (2017), § 27 Rn. 13.

den Direktmandaten zu erzielen suchte. Denn die Vorsehung eines weiteren – geschlechtsbezogenen gebundenen – Direktmandats, das mit den hierfür abgegebenen Erststimmen verbunden wäre, würde die Freiheit der Kandidatur für das „männliche“ oder das „weibliche“ Mandat nicht bzw. nicht wesentlich beeinträchtigen. Es käme zu dem bisherigen Direktmandat als Wahlkreismandat nur noch ein weiteres – dann aber geschlechtsbezogen zu vergebendes – hinzu. Auch wenn dies Friktionen mit Blick auf die Größe des Bundestags nach sich zöge und daher im Übrigen wohl nur als Teil einer umfassenderen Reform des Bundestagswahlrechts erzielbar wäre, stellt es jedenfalls ein weiteres milderes Mittel gegenüber einer verbindlichen Listenquotierung dar. Im Ergebnis ist daher das Paritätsgebot in Gestalt der verbindlichen Quotierungsregelung für die Zusammensetzung von Wahlvorschlagslisten unverhältnismäßig, da es wegen hinreichender alternativer Regelungsoptionen bereits an deren Erforderlichkeit fehlt. Der Eingriff in die Freiheit der Wahl wäre somit auch im Rahmen der praktischen Konkordanz nicht zu rechtfertigen.

### C) Geschlechterparität im Bundestag (nur) durch Verfassungsänderung

Nachdem feststeht, dass die einfachgesetzliche Einführung von Paritätsregelungen durch ein wahlrechtsänderndes Gesetz mindestens eine Verletzung der Wahlrechtsgrundsätze bedeutete und daher verfassungsrechtlich ausgeschlossen wäre, bleibt zu fragen, ob eine Einführung der Geschlechterparität im Wahlrecht durch eine entsprechende Änderung des Grundgesetzes verfassungsrechtlich zulässig wäre. Dies bemisst sich danach, ob mit einer solchen Änderung möglicherweise im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG ewigkeitsgeschützte Verfassungsinhalte berührt wären. Insoweit käme es allein auf das in Art. 20 Abs. 1, 2 GG niedergelegte Demokratieprinzip an, auf das oben unter dem Aspekt der Gesamtrepräsentation bereits eingegangen wurde. Während *de constitutione lata* dieses Prinzip nicht anders verstanden werden kann, als dass mit ihm eine nach Geschlechtern differenzierende Repräsentation des Staatsvolkes im Bundestag gerade nicht verbunden ist (arg. e Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG), dürfte *de constitutione ferenda* anderes gelten: Eine wahlrechtsbezogene Ausformung des allgemeinen Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG im Regelungszusammenhang des Art. 38 GG – und damit auf Ebene des Verfassungsrechts – würde wohl nicht am Ewigkeitsschutz rühren, soweit es um das Demokratieprinzip geht. Dem verfassungsändernden Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, das Prinzip der demokratischen Gesamtrepräsentation dergestalt zu modifizieren, als mit ihm eine möglichst gleichberechtigte Geschlechterrepräsentanz im Parlament verfolgt wird.

### D) Resümee

Dieser Beitrag nimmt Bezug auf die aktuell geführte Diskussion um ein sog. „Parité-Gesetz“ auch im Bund, das dazu dienen soll, Geschlechterparität im Bundestag zu erreichen. Dabei wird aufgezeigt, dass ein solches Vorhaben an die Grenzen des Verfassungsrechts gelangt. Insbesondere gebieten die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG kaum überwindbare Schranken. Darüber hinaus sind auch die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 21 GG zugunsten der Parteien, die hier nicht näher untersucht wurden, berührt. Nicht zuletzt dürfte auch die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 GG iVm. Art. 3 Abs. 1 sowie dem Demokratieprinzip durch eine Listenparitätsregelung beeinträchtigt sein. Die Erhöhung des Anteils der Parlamentarierinnen im Deutschen Bundestag bleibt gleichwohl ein eminent wichtiges und verfassungsrechtlich gebotenes Ziel. Unter Berücksichtigung der geltenden Anforderungen des Grundgesetzes an das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag, namentlich der Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, ist jedoch eine Paritätsgesetzgebung, die – dem Beispiel Brandenburgs folgend – auf eine streng paritätische Quotierung der Landeslisten für die Bundestagswahl setzt und damit ein unüberwindbares Paritätsgebot festschreibt, durch einfaches Wahlgesetz verfassungsrechtlich nicht umsetzbar. Es bleibt daher nach der hier vertretenen Auffassung dabei, dass der Grundsatz gilt: Geschlechterparität im Bundestag nur durch Verfassungsänderung!

### ► Inhaltsverzeichnis





## Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf [www.menoldbezler.de/karriere](http://www.menoldbezler.de/karriere).



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)

# KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

## „Rote Sünde“ Assessorexamensklausur

### Aktenauszug

Auszug aus der Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main, Az. 33 Js 3112/19

Polizeipräsidium Frankfurt am Main

15.01.2019

### Einsatzbericht

Heute Morgen in der Zeit zwischen ca. 01:00 und 02:30 Uhr führten wir laut vorheriger Absprache mit dem Hessischen Innenministerium zwecks Bekämpfung der organisierten- und Bandenkriminalität eine Großrazzia im Bahnhofsviertel (Areal Taunus-, Elbe- und Moselstraße) durch. An Einsatzpersonal standen ca. 300 Polizeibeamte mit 105 Mannschaftswagen zur Verfügung. Ca. 200 Kräfte sperrten das Areal um Punkt 1:00 Uhr großräumig ab, weitere ca. 100 Kräfte durchkämmten die entsprechenden Etablissements (Kneipen, Spielhallen, Bordelle, Laufhäuser etc.).

In der Taunusstraße 47 (Laufhaus „Rote Sünde“) ergab sich für uns folgende Lage: es wurden insgesamt 22 Damen angetroffen, die dort für längere Zeit ein Zimmer gemietet hatten und in diesen Zimmern offiziell angemeldet der Prostitution nachgehen. Im Zimmer der rumänischen<sup>1</sup> Staatsangehörigen **Anca Antonescu**, geb. am 17.04.1996 in Craiova/Rumänien, gemeldet Taunusstraße 47, 60329 Frankfurt am Main, wurde diese mit einem Freier den Geschlechtsverkehr ausübend angetroffen. Jener Freier wies sich später als der deutsche Staatsangehörige **Peter Pelz**, geb. am 22.07.1962 in Offenbach/Main, wohnhaft Frankfurt am Main, Frankfurter Straße 22, aus. Die später als Zeugin geführte Frau Antonescu erklärte den Beamten gegenüber nach Hinzuziehung eines Dolmetschers, dass sie im November 2017 nach Deutschland gelockt wurde und seither als Zwangsprostituierte arbeiten müsse. Nach Deutschland gelockt habe sie der Inhaber des Laufhauses<sup>2</sup>, der ebenfalls rumänische Staatsangehörige **Mihai Dragheanu**. Dieser habe mit ihr im Oktober 2017 per Facebook Kontakt aufgenommen.<sup>3</sup> Sie sei eine ledige Mutter, die in Rumänien arbeitslos gewesen sei und mit ihrem zweijährigen Sohn in wirtschaftlich prekären Verhältnissen bei ihren Eltern gelebt habe. Der Mihai Dragheanu habe ihr nach einigen Facebook-Nachrichten innerhalb von wenigen Wochen erklärt,

dass er sich in sie verliebt habe. Er stamme aus einem Nachbarort und arbeite seit Jahren in Deutschland. Hier könne er ihr eine gute Arbeit in der Landwirtschaft besorgen. Daraufhin habe sie sich mit ihm in Craiova getroffen, zwei Tage später sei sie mit ihm zusammen nach Deutschland gefahren. Ihr Kind habe sie bei ihren Eltern gelassen. In Deutschland angekommen, habe ihr der Mihai Dragheanu Pass und Handy abgenommen und sie vor Ort zur Prostitution gezwungen. Nur unter seiner Aufsicht habe sie sich bei ihrer Familie melden dürfen. Mit den Freiern habe sie rein aus Zwang geschlechtlich verkehrt. Von dem eingenommenen Geld habe sie nichts gesehen. Lediglich 300,- EUR wurden monatlich an ihre Familie überwiesen. Zu ihrem letzten Freier Peter Pelz befragt, wollte die Zeugin Antonescu keine Angaben machen.

Die anderen angetroffenen 21 Frauen machten ferner keinerlei Aussage. Aus welchen Motiven heraus ist unklar. Im daraufhin durchsuchten Verwaltungsbüro des Laufhauses wurden alle Pässe der anwesenden Frauen aufgefunden. Im Schreibtisch fand sich zudem eine sowjetische Pistole Typ Makarow IŽ-70, deren Seriennummer herausgefeilt war.

Die kriminaltechnische Untersuchung ergab, dass die vorgenannte Pistole am 20.07.2018 beim Überfall auf die Besatzung eines Geldtransporters auf dem Gelände des Rewe Center Lebensmittelmarkts in Dreieich, Landkreis Offenbach, verwendet wurde (Ermittlungsverfahren Az. 33 Js 1556/18). Laut den damaligen Zeugenvernehmungen der beiden den Geldtransporter fahrenden Wachleute nutzten die drei rumänisch sprechenden, allerdings maskierten Täter den Moment, als einer der Wachleute mit der Geldkassette aus dem Supermarkt kam, um diesen mit Pistolen zu bedrohen, so dass der im Geldtransporter wartende Wachmann diesen von innen öffnen musste, um den Tod seines Kollegen abzuwenden. Weil sich der erste Wachmann zunächst mit einem Griff zur Pistole wehren wollte, wurde ihm von einem der drei Täter in die Schulter geschossen. Der Arm des Wachmanns blieb aufgrund der Schussverletzung dauerhaft gelähmt. Die drei Täter konnten unerkannt mit einer Beute von 589.600,- EUR fliehen. Eine ballistische Untersuchung des Projektils wurde seinerzeit vorgenommen. Der Abgleich der damaligen ballistischen Untersuchung und der kriminaltechnischen Untersuchung der nun angefundnen Pistole ergab, dass das Projektil zum damaligen Überfall aus der nun aufgefundenen

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> Die Problematik der Zwangsprostitution für die Frauen selbst spitzt sich noch weiter zu, wenn es sich nicht um Frauen mit EU-Hintergrund handelt. Denn dann sind die Frauen zumeist auch noch illegal im Land, was den Zuhältern ein weiteres Druckpotenzial eröffnet, vgl. dazu etwa OVG Bremen ZAR 2018, 129; VG Düsseldorf, Gerichtsbescheid vom 12.06.2017 – 7 K 6086/17.A – unvv.; BGH NSTZ-RR 2009, 148.

<sup>2</sup> Klarzustellen ist dabei, dass typischerweise nicht die Bordellinhaber/Zimmervermieter selbst die Frauen nach Deutschland holen, wohl aber sind dies in der Praxis fast immer Landsleute der Frauen.

<sup>3</sup> Dies scheint die klassische Art der Kontaktaufnahme zu sein wie unzählige Berichte der letzten Jahre in namhaften Printmedien wie „Die Welt“, „Die Zeit“, „Der Spiegel“ und „Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung“ berichten. Den Frauen aus eher armen Verhältnissen wird zunächst zumeist ein persönliches Interesse an ihnen (Liebe) vorgegaukelt und dann eine seriöse Jobperspektive in Deutschland in Aussicht gestellt.

Pistole stammt. Ebenso fanden sich auf der Pistole Fingerabdrücke des Mihai Dragheanu.

Gegen 2:00 Uhr kehrte der bislang abwesende Mihai Dragheanu in das Laufhaus zurück und wurde festgenommen, nachdem er zuvor zwecks versuchter Flucht einen Polizeibeamten (PK Franz Müller) mit einem Handkantenschlag zu Boden gestreckt hatte. PK Müller musste ärztlich versorgt werden und ließ sich für eine Woche krankschreiben. Der zuständige Haftrichter ordnete noch in derselben Nacht gegen 05:00 Uhr Untersuchungshaft an, da bei Mihai Dragheanu Flucht- und Verdunklungsgefahr vorliege.

Horstmann, POK

**Hinweis**

Vom Abdruck der eigentlichen Zeugenvernehmung im Präsidium der Zeugin Antonescu wird ebenso abgesehen wie von den Zeugenvernehmungen der beiden Wachleute und des PK Müller. Es ist davon auszugehen, dass alle diese Zeugen nach ordnungsgemäßer Belehrung im Rahmen ihrer Vernehmung keine weiteren Tatsachen bekundet haben/bekunden konnten, die nicht bereits aus dem polizeilichen Ermittlungsbericht hervorgehen. Weiter wird auch vom Abdruck der ballistischen Untersuchung des Projektils und der kriminaltechnischen Untersuchung der Pistole abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass die Angaben im polizeilichen Ermittlungsbericht hierzu zutreffen.

**Beschuldigtenvernehmung** Frankfurt am Main, 16.01.2019

Erwachsener  
Ausländer

Der Polizeipräsident Frankfurt am Main  
Adickesallee 70  
60322 Frankfurt am Main

Name, Vorname:	Dragheanu, Mihai
Geburtsdatum:	12.10.1966
Geburtsort:	Bukarest, Rumänien
Geschlecht:	männlich
Staatsangehörigkeit:	rumänisch
Wohnort:	Taunusstraße 47, 60329 Frankfurt am Main
Familienstand:	ledig
Beruf:	Gastronom
Passangaben:	Personalausweis der Republik Rumänien Nr. 18709556, ausgestellt am 01.02.2017 in Bukarest, Rumänien
Einkommensverhältnisse:	nach eigenen Angaben gegenwärtig ca. 2.000,- bis 2.500,- EUR
Kinder:	keine
Familienverhältnisse:	zwei Brüder
Vorstrafen:	nach eigenen Angaben keine

**Zu Beginn meiner Vernehmung zur Sache ist mir eröffnet worden, welche Taten mir zur Last gelegt werden. Ich bin darauf hingewiesen worden, dass es mir nach dem Gesetz freisteht, mich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor meiner Vernehmung, einen von mir zu wählenden Verteidiger zu befragen. Ich bin ferner darüber belehrt worden, dass ich zu meiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann.**

**Ich habe mich wie folgt entschieden:** für meinen Mandaten erkläre ich, RA Dr. Claus Petermann, dass mein Mandant zum Tatkomplex um die Zeugin Antonescu schweigen will. Zum Tatkomplex um die Pistole erklären wir lediglich, dass mein Mandant diese von einem ihm unbekanntem Landsmann vor wenigen Wochen erworben hat. Im Übrigen greift ganz offensichtlich ein Beweisverwertungsverbot, schließlich gab es für den konkreten Auffindeort keinerlei Durchsuchungsbeschluss. Zum Tatkomplex der angeblichen Körperverletzung des PK Müller macht mein Mandant die Angabe, dass er sich lediglich aus der allzu festen Umklammerung losreißen wollte, da er keinerlei Luft mehr bekam. Von Fluchtgedanken oder Vorsatz für eine Verletzungshandlung kann keine Rede sein. Weitere Angaben kann mein Mandant derzeit nicht machen.

Gelesen/genehmigt/unterschrieben

Dragheanu

Lehnhart, PHK

**Beschuldigtenvernehmung** Frankfurt am Main, 16.01.2019

Erwachsener

Der Polizeipräsident Frankfurt am Main  
Adickesallee 70  
60322 Frankfurt am Main

Name, Vorname:	Pelz, Peter
Geburtsdatum:	22.07.1962
Geburtsort:	Offenbach
Geschlecht:	männlich
Staatsangehörigkeit:	deutsch
Wohnort:	Frankfurter Str. 22, 63065 Frankfurt am Main
Familienstand:	ledig
Beruf:	Grafikdesigner
Passangaben:	BPA-Nr. 5679037555, 08.11.2012, Frankfurt am Main
Einkommensverhältnisse:	nach eigenen Angaben gegenwärtig ca. 4.000,- EUR
Kinder:	keine
Familienverhältnisse:	eine Schwester
Vorstrafen:	Urteil des AG Offenbach vom 18.05.2015: 1,5 Jahre Freiheitsstrafe, zur Bewährung ausgesetzt, wegen sexueller Belästigung, § 184 i Abs. 1 StGB

Zu Beginn meiner Vernehmung zur Sache ist mir eröffnet worden, welche Taten mir zur Last gelegt werden. Ich bin darauf hingewiesen worden, dass es mir nach dem Gesetz freisteht, mich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor meiner Vernehmung, einen von mir zu wählenden Verteidiger zu befragen. Ich bin ferner darüber belehrt worden, dass ich zu meiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann.

Ich habe mich wie folgt entschieden:

Ich möchte Angaben machen. Die Anca besuche ich seit sechs Monaten regelmäßig einmal in der Woche, ich bin in sie verliebt. Es trifft zu, dass ich jedes Mal mit ihr Sex habe, sie ist eine tolle Frau. Davon, dass sie Zwangsprostituierte sein soll, weiß ich nichts, ehrlich jetzt. Mehr kann ich nicht dazu sagen.

Gelesen/genehmigt/unterschrieben

Pelz

Lehnhart, PHK

---

### Verfügung

Polizeipräsidium Frankfurt am Main  
PHK Lehnhart

18.01.2019

Urschriftlich mit Akten und Asservaten

Staatsanwaltschaft

im Tagebuch vermerken

zuständigkeitshalber

übersandt

im Auftrag

Lehnhart, PHK

---

Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main  
Az. 33 Js 3112/19

27.01.2018

### Vermerk

RA Dr. Claus Petermann hat sich für den Beschuldigten Dragheanu mittlerweile ordnungsgemäß bevollmächtigt. Ihm wurde, auch nach Beiziehung der Ermittlungsakte Az. 33 Js 1556/18, Akteneinsicht gewährt. Der Beschuldigte Pelz hat erklärt, keinen Anwalt einschalten zu wollen, schließlich habe er nichts verbrochen.

Der Beschuldigte Dragheanu sitzt derzeit immer noch in Untersuchungshaft in der JVA Frankfurt-Preungesheim. Der heute durchgeführte Haftprüfungstermin hat eine gebotene Fortdauer der Untersuchungshaft ergeben.

Eiselmann

Staatsanwalt

---

### Vermerk für die Bearbeitung

1. Der Sachverhalt ist hinsichtlich der Beschuldigten Mihai Dragheanu (D) und Peter Pelz (P) strafrechtlich und strafprozessual zu begutachten, wobei auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist. Die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft, die am 12.02.2019 ergeht, ist zu entwerfen. Im Fall der Anklageerhebung darf die Darstellung der Personalien des/der Angeschuldigten auf Vor- und Zuname beschränkt werden. Die Niederschrift der Beweismittelaufstellung und des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen sowie die Anfertigung einer Anklagebegleitverfügung sind erlassen. Soweit die teilweise Einstellung und teilweise Anklageerhebung vorgeschlagen wird, ist auch die Anfertigung einer Einstellungsverfügung erlassen.
2. Es sind ausschließlich Straftatbestände nach dem StGB zu prüfen.
3. Die Formalien (Unterschriften, Belehrungen, Vollmachten etc.) sind ordnungsgemäß. Es ist davon auszugehen, dass Zeugen, deren Aussagen vorliegend lediglich in einem Vermerk wiedergegeben wurden, (später) ordnungsgemäß vernommen wurden und den im Vermerk angegebenen Inhalt ihrer Aussage bestätigt haben. Es ist weiterhin davon auszugehen, dass weitere Ermittlungen nicht angezeigt waren.
4. Alle vorliegend relevanten Wohn- und Tatorte liegen sämtlich in Deutschland, dies betrifft den örtlichen Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts und des Landgerichts Frankfurt am Main.
5. Der Auszug aus dem Bundeszentralregister und des von rumänischer Seite zur Verfügung gestellten Pendants hierzu bestätigen/belegen die entsprechenden Vorstrafenverhältnisse der Beschuldigten.
6. Von den §§ 153 bis 154e, 407 ff. StPO ist kein Gebrauch zu machen. Eine Verweisung auf den Privatklageweg ist ausgeschlossen.

## Gliederung

### Materiellrechtliches Gutachten

#### A) Hinsichtlich des Beschuldigten D

##### 1. Handlungsabschnitt „Zwangsprostitution“

I. § 232a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB

II. § 232 Abs. 1 Satz Nr. 1 a) StGB

III. § 232b Abs. 1 Nr. 1 StGB

IV. § 233 Abs. 1 Nr. 1 StGB

V. § 180a Abs. 1 StGB

VI. § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB

VII. § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB

VIII. Ergebnis und Konkurrenzen

##### 2. Handlungsabschnitt „Überfall auf den Geldtransporter“

I. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 StGB

II. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB

III. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB

IV. Ergebnis und Konkurrenzen

##### 3. Handlungsabschnitt „Die versuchte Flucht“

I. § 113 Abs. 1 StGB

II. § 223, 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

III. Ergebnis und Konkurrenzen

#### B) Hinsichtlich des Beschuldigten P

I. § 232a Abs. 6 StGB

II. Ergebnis und Konkurrenzen

#### C) Gesamtergebnis

### Prozessrechtliches Gutachten

A) Anklage

B) Haftbefehl

C) Verteidigung

D) Sonstige Maßnahmen

### Abschließende Entscheidung

## Materiellrechtliches Gutachten

### A) Hinsichtlich des Beschuldigten D

Das materiellrechtliche Gutachten in Bezug auf D lässt sich – wie von RA Dr. Petermann schon gut gesehen – sehr gut in drei Handlungsabschnitte aufspalten. Zum einen geht es um den Vorwurf der Zwangsprostitution zulasten der Anca Antonescu (A). Zum anderen ist da die Sache mit dem Überfall auf den Geldtransporter. Und schließlich geht es um die versuchte Flucht.

#### 1. Handlungsabschnitt „Zwangsprostitution“

Hinsichtlich der „Zwangsprostitution“ kommen mehrere Strafbarkeiten in Betracht, zentral ist zunächst der relativ neue § 232a StGB.

#### Hinweis

Die in diesem Handlungsabschnitt zu prüfenden Paragraphen gehören sicher nicht zum typischen Repertoire für Referendare. Dennoch wird es wohl kein Landgericht einer deutschen Großstadt und keinen dort alteingesessenen Strafverteidiger geben, der sich mit diesen Normen nicht mindestens einmal im Jahr beschäftigen muss. Zu alltäglich sind Fälle wie der vorliegende geworden. Daher dieser praxisnahe Fall, bei dem sich der verständige Jurist allerdings mithilfe des als Hilfsmittel zulässigen StGB-Kommentars zügig in die Materie einfinden kann.

#### I. § 232a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB

Indem D die A unter dem Vorwand, er könne ihr in Deutschland eine gute Arbeitsstelle in der Landwirtschaft besorgen, nach Deutschland verbrachte, um sie sodann in seinem Laufhaus in Frankfurt am Main als Prostituierte weit überwiegend auf seine Rechnung arbeiten zu lassen, könnte er der Zwangsprostitution iSd. § 232a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB hinreichend verdächtig sein.

Nach dem Wortlaut von § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB müsste die A ihre allseits unbestrittene Prostitution dann aufgenommen haben, weil sie von D unter Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, dazu veranlasst wurde.

#### Hinweis

§ 232a StGB scheidet spätestens in der Hauptverhandlung sehr oft genau an dieser Stelle. Denn die Angaben der Frauen sind bisweilen widersprüchlich. So ist dem Autor durch einen befreundeten Strafverteidiger etwa ein Fall bekannt, in dem es für Staatsanwaltschaft und Gericht letztlich schleierhaft blieb, welche Vorstellung sich die betreffende Frau denn gemacht hatte, als ihr mitten im Winter eine Tätigkeitsaufnahme in der Landwirtschaft angeboten wurde. Zumal sie hierin keinerlei Erfahrungen hatte. Um es klar zu sagen: es gibt natürlich echte

und schlimme Fälle der Zwangsprostitution. Solche strafrechtlich einfachen Fälle sind aber selten. Tatsächlich kommt im Zuge der Ermittlungen/in der Hauptverhandlung nämlich häufig heraus, dass die Armut in den Herkunftsländern das eigentliche Problem ist. Dem wiederum kann man mit dem deutschen Strafrecht kaum wirkungsvoll begegnen. Die betreffenden „Schleuser“ sind zumeist keine Unschuldengel, sondern tatsächlich waschechte Kriminelle. Jedoch: ein gewisser Prozentsatz der Frauen, die später angeben, Zwangsprostituierte zu sein, ist zunächst aus freien Stücken nach Deutschland gekommen und wusste oder konnte es zumindest aus den Umständen heraus erahnen (konkludente Billigung), dass es um Prostitution gehen sollte.<sup>4</sup> Allerdings erscheinen oft mehrere Aspekte allzu verlockend: die Beachtung durch den „Schleuser“, die Aussicht auf Geld, Abenteuer und das Gefühl, der Tristesse zu entkommen etc. Letztlich verhält es sich dann so, wie es der BGH einmal festgestellt hat: es fehlt das Unrecht, „wenn das Opfer ohne Rücksicht auf seine Lage in dem fremden Land zur Prostitution bereit ist, weil es über den Zweck seines Aufenthalts im Ausland nicht wirklich getäuscht wurde und sich frei dafür entschieden hat“.<sup>5</sup>

Taugliches Tatopfer könnte die A also nur sein, wenn eine besondere Lage (Zwangslage oder auslandsspezifische Hilflosigkeit) bei ihr vorhanden war, als sie mit der Prostitution in Deutschland begann. Eine wirtschaftliche Zwangslage besteht etwa in einem drohenden wirtschaftlichen Ruin, eine persönliche Zwangslage liegt z.B. bei Furcht vor Ausweisung oder Abschiebung bei illegalem Aufenthalt in der Bundesrepublik oder der Furcht der Ächtung im Heimatland bei der Rückkehr vor.<sup>6</sup> Beides ist vorliegend aber erkennbar nicht einschlägig. Denn der Umstand allein, dass die A laut ihren eigenen Angaben aus eher bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen<sup>7</sup> stammt und zum maßgeblichen Zeitpunkt in Rumänien arbeitslos war, legt insbesondere noch keine wirtschaftliche Zwangslage dar. Und auch eine persönliche Zwangslage deutet sich nach der hier allein maßgeblichen Aussage der A – D schweigt zu diesem Komplex ja – nicht an. Es mag sein, dass sie sich etwa vor ihren Eltern oder Freunden geschämt hätte, wenn sie ohne Job unvermittelt nach Rumänien zurückgekommen wäre. Scham allein ist aber nicht gleichzusetzen mit einer Ächtung im Heimatland, wie sie etwa bei afrikanischen Migranten, die ohne Geld wieder in ihre Heimat zurückkehren, durchaus bekannt ist. Ächtungszustände herrschen in Rumänien eben typischerweise nicht vor und wurden auch nicht behauptet.

In Betracht kommen könnte aber eine mit dem Aufenthalt in Deutschland womöglich verbundene Hilflosigkeit (sog. auslandsspezifische Hilflosigkeit) der A. Hilflosigkeit liegt vor, wenn das Opfer in der konkreten Lage nach seinen persönlichen Fähigkeiten nicht imstande ist, sich dem Ansinnen der ihm un-

<sup>4</sup> Vgl. dazu Kreuzer, ZRP 2016, 148 (149) mit Verweis auf mehrere Studien.

<sup>5</sup> Vgl. BGH NSTZ 1983, 262.

<sup>6</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2018), § 232 Rn. 14 f.; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 232 Rn. 7.

<sup>7</sup> Anders aber der BGH neuerdings, wenn „das Opfer sich in seinem Heimatland (hier: Nigeria) in prekären wirtschaftlichen Verhältnissen befand und die

damit verbundene Einschränkung seiner Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten konkret geeignet war, seinen Widerstand gegen Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung herabzusetzen“, vgl. BGH NSTZ 2014, 576. Dies setzt also nun eine Abgrenzung zwischen arm/ärmlich/bescheiden auf der einen Seite und prekär auf der anderen Seite voraus, wobei die Grenzen hier als fließend erscheinen.

erwünschten sexuellen Betätigung aus eigener Kraft zu entziehen.<sup>8</sup> Sie muss spezifisch darauf beruhen, dass sich das Opfer in einem fremden Land, z.B. als Ausländer in der Bundesrepublik, aufhält und gerade deswegen besonderen Schwierigkeiten wie etwa Sprachunkenntnis oder Unkenntnis der Lebensverhältnisse ausgesetzt wird.<sup>9</sup> Vorliegend ergibt sich, dass die gegenüber der Polizei einen Dolmetscher benötigende A offensichtlich keine oder nur geringe Deutschkenntnisse hatte. Auch ist nicht ersichtlich, dass sie in Deutschland persönliche Kontakte hatte. Demzufolge lässt sich annehmen, dass die zudem über keinerlei sonstige Einkunftsquellen verfügende A in Deutschland vollumfänglich auf den sie in allen Lebensbereichen (z.B. Familienkontakt) kontrollierenden D angewiesen war. Verstärkend kommt hinzu, dass eine auslandsspezifische Hilflosigkeit vergleichsweise noch leichter anzunehmen ist, sofern die Wegnahme des Passes erfolgt ist<sup>10</sup> und somit die Beweglichkeit des Tatopfers eingeschränkt wurde. Vorliegend war auch der Pass der A (zusammen mit denen der 21 anderen Frauen) bei D im Büro verwahrt, was für die Version der A spricht, dass ihr der Pass abgenommen wurde. Weiterhin ist im Rahmen der auslandsspezifischen Hilflosigkeit stets zu prüfen, ob das Tatopfer Kommunikationsmöglichkeiten nach außen hatte.<sup>11</sup> Vorliegend war das der Aussage der A nach nicht der Fall, da D auch ihre Kommunikation etwa mit ihrer Familie in Rumänien kontrollierte. Insgesamt ist daher von einer auslandsspezifischen Hilflosigkeit der A auszugehen.

Weiterhin muss der Täter aber auch die besondere Situation des Opfers für seine Ziele ausnutzen. Dies ist dann der Fall, wenn die Bedrängnis die sexuelle Ausbeutung ermöglicht oder zumindest erleichtert und der Täter sie bewusst als einen begünstigenden Umstand einkalkuliert.<sup>12</sup> Von einer solchen Ausnutzung der auslandsspezifischen Hilflosigkeit auf Seiten von A kann vorliegend ausgegangen werden. D konnte die ansonsten mittellose A fernab von ihrer Familie und ihrer Heimat ganz unter seinen Zugriff bekommen und sie somit der Prostitution zuführen.

§ 232a StGB als Erfolgsdelikt<sup>13</sup> verlangt ferner einen Taterfolg, der u.a. in der vorliegend in Rede stehenden Aufnahme der Prostitution bestehen kann (§ 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB). Der Täter muss das Opfer dabei zur Aufnahme veranlassen, also zumindest mitursächlich, etwa durch suggestive Steuerung des Opfers wie Passwegnahme, den Taterfolg herbeiführen.<sup>14</sup> Dafür spricht vorliegend nicht nur indiziell der Umstand, dass D die A ihrer bislang nicht zu widerlegenden Aussage nach nach Deutschland

geholt hat, sondern dass er auch das betreffende Laufhaus betreibt, somit der A ersichtlich die Gelegenheit zur Prostitution verschaffen konnte und wohl auch verschafft hat.

Auch wird an dem erforderlichen Vorsatz bei D, wobei *dolus eventualis* bei § 232a StGB in Kenntnis der objektiven Umstände ausreichend ist<sup>15</sup>, nicht zu zweifeln sein. Schließlich ist zumindest ohne Gegeneinlassung gar nicht ersichtlich, dass ernsthaft ein Job für A in der Landwirtschaft gesucht wurde oder zum Zeitpunkt der Reise nach Deutschland bekannt war. Vielmehr spricht der Aussage der A nach Vieles dafür, dass die Handlungen von D von vornherein planmäßig dazu bestimmt waren, die A der Prostitution in seinem Laufhaus zuzuführen und hieraus Erträge zu erzielen.

Nach alledem ist der D hinreichend verdächtig, sich wegen Zwangsprostitution iSd. § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht zu haben.

Womöglich ist darüber hinaus aber auch § 232a Abs. 3 StGB einschlägig. Schließlich steht in Rede, dass D die A durch List zur Aufnahme der Prostitution veranlasst hat. Dabei ist zwar der Bezug auf die Tathandlungen des § 232a Abs. 1 StGB völlig unumstritten, da schon der Wortlaut des Abs. 3 eindeutig hierauf verweist. Allerdings herrscht Streit darüber vor, ob § 232a Abs. 3 StGB einen Qualifikationstatbestand darstellt oder einen eigenständigen Verbrechenstatbestand der schweren Zwangsprostitution begründet.<sup>16</sup> Die Gesetzesmaterialien sprechen jedenfalls recht deutlich für letztere Variante.<sup>17</sup> Die Beantwortung dieser offensichtlich auch von der Rechtsprechung noch nicht entschiedenen Frage kann aber dahinstehen, wenn vorliegend das jedenfalls im Ergebnis strafscharfende Merkmal „mit List“ ohnehin nicht vorliegt. Wie die Gesetzesmaterialien erkennen lassen, begründet die reine Hervorrufung eines Motivirrtums jedenfalls noch keine List iSd. § 232a Abs. 3 StGB.<sup>18</sup> List soll vielmehr nur dann in restriktiv zu verstehender Weise vorliegen, wenn das Opfer in eine Konstellation gebracht wird, in der es sich veranlasst fühlt, aus freien Stücken der Prostitution nachzugehen.<sup>19</sup> Dies ist vorliegend nicht klar ersichtlich, so dass § 232a Abs. 3 StGB vorliegend so oder so nicht zur Disposition steht.

Wohl aber ist D der Zwangsprostitution iSd. § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB hinreichend verdächtig, da sich diesbezüglich jenseits des Tatbestands auch keine Zweifel an rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten ergeben.

<sup>8</sup> *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 232 Rn. 38; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 232 Rn. 6.

<sup>9</sup> BGH NJW 1999, 3275 (3276) hinsichtlich einer polnischen Staatsbürgerin; BGH NStZ 1999, 349 (350) hinsichtlich einer ukrainischen Staatsbürgerin; BGH NStZ 2004, 233 hinsichtlich einer litauischen Staatsbürgerin.

<sup>10</sup> BGH NStZ-RR 1997, 293; BGH NStZ 1999, 349 (350); BGH NStZ 2004, 233.

<sup>11</sup> BGH BeckRS 2015, 12150; vgl. ferner Zimmermann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 232a Rn. 20.

<sup>12</sup> *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 232 Rn. 20; *Zimmermann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 232a Rn. 13.

<sup>13</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 232a Rn. 6; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 232a Rn. 6.

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9095, S. 35; *Laue*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 232a Rn. 2.

<sup>15</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 232a Rn. 3; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 232a Rn. 15.

<sup>16</sup> Für Qualifikation etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 232a Rn. 7; Gegenauffassung etwa *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2018), § 232a Rn. 24; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 232a Rn. 26.

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9095, S. 34: „systematisch als eigener Tatbestand [...] Platz finden sollen“.

<sup>18</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9095, S. 34 unter Verweis v.a. auf BGH NStZ 2014, 453 ff.: erfasst werden sollte vom Merkmal der List nun insbesondere die sog. Loverboy-Konstellation. Danach wird das Opfer erst durch Vorspiegelung falscher Umstände (Liebe, gemeinsame Zukunft) aus der Familie heraus einzeln und später zur Prostitution bestimmt, da angeblich Geld für die gemeinsame Zukunft benötigt würde. Liegt dagegen bei Opfern über 21 Jahre schon eine auslandsspezifische Hilflosigkeit vor, die das Veranlassen der Prostitution im Inland ermöglicht hat, soll der Gesetzesbegründung nach (wohl allein) auf § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB abzustellen sein.

<sup>19</sup> Vgl. *Böse*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 232 Rn. 24; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2018), § 232a Rn. 28.

## II. § 232 Abs. 1 Satz Nr. 1 a) StGB

Weiterhin könnte D hinreichend verdächtig sein, mit der Einschleusung der D nach Deutschland mit dem Ziel, sie der Prostitution zuzuführen, Menschenhandel iSd. § 232 Abs. 1 Satz Nr. 1 a) StGB betrieben zu haben.

### Hinweis

In der Praxis sind Ermittlungen und Verurteilungen nach § 232 StGB wesentlich häufiger als nach § 232a StGB. Dies liegt daran, dass der Nachweisgrad für Zwangsprostitution deutlich schwieriger ist und demgegenüber der Menschenhandel schon vielerlei Vorfeldmaßnahmen zur eigentlichen Zwangsprostitution erfasst (anwerben, befördern, weitergeben, beherbergen oder aufnehmen mit dem Ziel etwa der Ausbeutung durch Prostitution).

Allerdings lässt sich feststellen, dass es bezüglich des Verhältnisses D/A keine weiteren Handlungen gibt, deren Unwertgehalt nicht schon vom Erfolgsdelikt § 232a StGB erfasst sein könnte. Konsequenterweise gilt, dass der vorgelagerte § 232 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt wird, sofern § 232a StGB und § 232 StGB durch dieselbe Handlung verwirklicht wurden.<sup>20</sup> Demzufolge hat sich D nicht auch wegen Menschenhandel iSd. § 232 Abs. 1 Satz Nr. 1 a) StGB hinreichend verdächtig gemacht.

## III. § 232b Abs. 1 Nr. 1 StGB

Der hinreichende Tatverdacht der Zwangsprostitution gegen D könnte ferner zugleich bedeuten, dass D sich auch wegen Zwangsarbeit iSd. § 232b Abs. 1 Nr. 1 StGB hinreichend verdächtig gemacht hat. Strafbar ist hiernach das Veranlassen einer anderen Person unter Ausnutzung etwa ihrer auslandsspezifischen Hilflosigkeit, sofern es um die Aufnahme einer ausbeuterischen Beschäftigung iSd. § 232 Absatz 1 Satz 2 StGB geht. Von der Definition der Ausbeutung iSd. § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB ist wiederum auch § 232 Abs. 1 Satz Nr. 1 a) StGB (Menschenhandel mit dem Ausbeutungsziel der Prostitution) erfasst.

Allerdings dürfte die Annahme von Gesetzeskonkurrenz erst recht im Verhältnis von § 232b Abs. 1 Nr. 1 StGB zu § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB gelten, wenn dies schon im Verhältnis von § 232 Abs. 1 Satz Nr. 1 a) StGB zu § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB der Fall ist. Daher ist B auch nicht wegen Zwangsarbeit iSd. § 232b Abs. 1 Nr. 1 StGB hinreichend verdächtig.

## IV. § 233 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Bezüglich einer evtl. Ausbeutung der Arbeitskraft iSd. § 233 Abs. 1 Nr. 1 StGB von A gilt das zuvor Gesagte zur Zwangsarbeit iSd. § 232b Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend. Zwar kann die von D wohl veranlasste Zwangsprostitution iSd. § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB von A formaliter als Ausbeutung durch eine Beschäftigung nach § 232 Absatz 1 Satz 2 StGB, und zwar unter Ausnutzung der auslandsspezifischen Hilflosigkeit von A verstanden werden. Jedoch

dürfte jedenfalls von Gesetzeskonkurrenz im Verhältnis zu § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB auszugehen sein, so dass kein hinreichender Tatverdacht gegen D wegen Ausbeutung der Arbeitskraft iSd. § 233 Abs. 1 Nr. 1 StGB besteht.

## V. § 180a Abs. 1 StGB

D könnte weiterhin wegen Ausbeutung von Prostituierten iSd. § 180a Abs. 1 StGB hinreichend verdächtig sein. Danach macht sich strafbar, wer gewerbsmäßig einen Betrieb unterhält oder leitet, in dem Personen der Prostitution nachgehen und in dem diese in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden.

Problematisch ist bei einem Laufhaus allerdings, dass die Frauen dort nach Anmietung eines Zimmers typischerweise „selbständig“ sind. Demgegenüber verlangt § 180a StGB, dass der Täter einen Betrieb leiten oder unterhalten muss, in dem Personen der Prostitution nachgehen. Ein Betrieb erfordert hiernach einen wirtschaftlichen, personellen und organisatorischen Zusammenhang; regelmäßig muss auch ein räumlicher Zusammenhang bestehen.<sup>21</sup> Die Vermietung von Zimmern/Wohnungen an Prostituierte ohne zentrale Organisation stellt jedenfalls keinen Betrieb dar, anders aber womöglich wieder, wenn es innerhalb eines Hauses zentrale Dienste wie Security, Catering, Putzservice, Wäscherei etc. gibt.<sup>22</sup> Vorliegend dürfte ein zentrales Verwaltungsbüro alleine noch nicht ausreichend sein, um einen organisatorischen Zusammenhang zu belegen. Somit ist D nicht wegen Ausbeutung von Prostituierten iSd. § 180a Abs. 1 StGB hinreichend verdächtig.

## VI. § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB

Unabhängig vom Unterhalten eines Prostitutionsbetriebs hält § 180a Abs. 2 StGB allerdings noch weitere Strafbarkeiten bereit. Womöglich ist D nämlich zumindest deswegen wegen Ausbeutung von Prostituierten hinreichend verdächtig, da er mit A iSd. § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB eine andere Person, der er zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt, zur Prostitution angehalten oder diese ausgebeutet hat.

Ohne Frage hat D der A Wohnung gewährt. Schließlich ist schon an ihrer Meldeadresse erkennbar, dass A in dem ihr vermieteten Zimmer des Laufhauses auch wohnt. Das Tatbestandsmerkmal des Anhaltens verlangt ferner eine andauernde und nachdrückliche Beeinflussung, die nicht nur in gelegentlichen Äußerungen besteht.<sup>23</sup> Sofern die Einlassung der A zutrifft, wonach D sie rundweg kontrolliert hat und sie nicht nur eine „unabhängige Mieterin“ war, ist von einem Anhalten der A durch D auszugehen. Dabei gilt es schlicht zu berücksichtigen, dass natürlich der Umstand der Verbringung von A nach Deutschland durch D für die Richtigkeit der diesbezüglichen Aussage von A hinsichtlich einer umfassenden Kontrolle durch D spricht. Eine reguläre Zimmermieterin wäre sicherlich – auch bei einem Laufhaus – nicht vom Vermieter via Facebook und persönlichen Treffen als Mieterin akquiriert und nach Deutschland gefahren worden.

<sup>20</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2018), § 232a Rn. 50; noch deutlicher (§ 232 StGB als mitbestrafte Vortat zu § 232a StGB bei späterer Ausbeutung desselben Opfers von Menschenhandel) Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 180a Rn. 57.

<sup>21</sup> Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 180a Rn. 3; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 180a Rn. 6 f.

<sup>22</sup> Vgl. Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 180a Rn. 3; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 180a Rn. 7.

<sup>23</sup> BGH NStZ 1983, 220; Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 180a Rn. 30.

Unter Ausbeutung wiederum wird (auch) im Normkontext von § 180a StGB eine Ausbeutung der persönlichen Abhängigkeit der sich prostituierenden Person im Verhältnis zum Zuhälter verstanden.<sup>24</sup> Dabei muss es allerdings um die Ausnutzung gerade des Prostitutionsumstandes mit Wohnungsbezug gehen, etwa indem eine Prostituierte sonst keine Wohnung finden würde oder ihr eine Wuchermiete abgenommen wird.<sup>25</sup> Vorliegend gibt es der Aussage der A nach zwar Indizien, dass ihr nahezu das gesamte verdiente Geld abgenommen wurde. Allerdings fehlen Indizien dafür, dass dies mit der Zimmermiete in einem Zusammenhang stand.

Zumindest in der dann alleine vorliegenden Variante des Anhaltens ist auch ein Vorsatz des D erkennbar, wo indes ein zielgerichtetes Handeln<sup>26</sup> erforderlich ist. Auch an Rechtswidrigkeit und Schuld des D ist nicht zu zweifeln. Insgesamt ist D daher wegen Ausbeutung von Prostituierten iSd. § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB hinreichend verdächtig.

### VII. § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Schließlich könnte D auch noch wegen Zuhältereie iSd. § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB hinreichend verdächtig sein. Zuhältereie liegt danach dann vor, wenn der Täter eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, ausbeutet. Bei der ausbeuterischen Prostitution nach Nr. 1 muss der Täter eine Person ausbeuten, die bereits der Prostitution nachgeht. Bezüglich der A ist es also eine Sache, ob der D sie zunächst zur Aufnahme der Prostitution veranlasst hat. Eine ganz andere Sache ist es, ob er fortan hieraus finanzielle Mittel erlangt hat. Der Begriff der Ausbeutung verlangt dabei ein planmäßiges und eigensüchtiges Ausnutzen der Prostitutionsausübung als Erwerbsquelle, welches zu einer spürbaren Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Prostitution führt.<sup>27</sup> Dies ist vorliegend der Fall, da die A ihrer Aussage gemäß selbst kein Geld sah und nur wenige Euros nach Rumänien an ihre Familie flossen. Der große Rest landete also bei D, der objektive Tatbestand erscheint damit als erfüllt.

Subjektiv ist im Fall der ausbeuterischen Zuhältereie ein bewusstes Ausnutzen der Prostituierten in eigennützigter Weise (Missbrauch) erforderlich, welches das Bestehen eines Herrschafts- oder Abhängigkeitsverhältnisses voraussetzt (dolus directus 1. Grades).<sup>28</sup> Auch dies erscheint bei D der Fall gewesen zu sein. Da auch keine Zweifel an Rechtswidrigkeit und Schuld angebracht sind, ist D auch wegen Zuhältereie iSd. § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB hinreichend verdächtig.

### VIII. Ergebnis und Konkurrenzen

D dürfte im 1. Handlungsabschnitt wegen Zwangsprostitution iSd. § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wegen Ausbeutung von Prostituierten iSd. § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB und wegen Zuhältereie iSd. § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB hinreichend verdächtig sein. Hier wird man jeweils von Tateinheit iSd. § 52 StGB ausgehen können, da die

Schutzrichtungen der vorgenannten Normen trotz aller Überschneidungen unterschiedlich gelagert sind.<sup>29</sup>

## 2. Handlungsabschnitt

### „Überfall auf den Geldtransporter“

#### I. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 StGB

Womöglich könnte D auch wegen schweren Raubes iSd. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 StGB hinreichend verdächtig sein. So legen die Umstände nahe, dass er als Teil einer Bande am Überfall auf einem Geldtransporter teilgenommen, dabei die nun aufgefundene Pistole bei sich geführt und womöglich zulasten eines Wachmanns verwendet hat.

Fraglich ist allerdings grundlegend, ob gegen D überhaupt in zulässiger Weise ein hinreichender Tatverdacht bestehen kann. Schließlich gab es gegen ihn bislang keinerlei Ermittlungsansätze und Indizien. Erst durch das Auffinden der Pistole im Verwaltungsbüro des Laufhauses hat sich eine Spurenlage gegenüber D ergeben. Sollte sich herausstellen, dass ein Beweisverwertungsverbot greift, weil die Durchsuchung des Verwaltungsbüros rechtswidrig war, kann D im Rahmen des gesamten Handlungsabschnitts wohl nicht als hinreichend verdächtig geführt werden.

Ausgangspunkt ist der Umstand, dass es sich bei der im Verwaltungsbüro aufgefundene Pistole klar um einen Zufallsfund aus einer anderen Durchsuchung heraus handelt. § 108 Abs. 1 Satz 1 StPO ordnet insoweit an, dass Gegenstände, die bei Gelegenheit einer Durchsuchung gefunden werden und zwar in keiner Beziehung zu der (eigentlichen) Untersuchung stehen, aber auf die Verübung einer anderen Straftat hindeuten, einstweilig zu beschlagnahmen sind. Die Beschlagnahmung von derartigen Zufallsfunden ist also sogar zwingend. Ausreichend dafür ist ein ungewisser Verdacht bzw. die naheliegende Möglichkeit einer anderen Straftat; ein Anfangsverdacht iSd. § 152 StPO muss nicht bestehen.<sup>30</sup>

Fraglich ist aber, wie es sich mit der Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden Durchsuchung des Verwaltungsbüros verhält. Schließlich sind hierfür auch bei Geschäftsräumen die §§ 103 – 105 StPO einschlägig. Die vorliegende Durchsuchung hatte schließlich zur Nachtzeit iSd. § 104 Abs. 3 StPO stattgefunden. Zur Nachtzeit dürfen u.a. Geschäftsräume aber iSd. § 104 Abs. 1 StPO nur dann durchsucht werden, wenn es um die Verfolgung auf frischer Tat, Gefahr im Verzug oder die Wiederergreifung eines entwichenen Gefangenen geht. Vorliegend kann dabei einzig über Gefahr im Verzug nachgedacht werden. Nur in diesem Fall könnte es so sein, dass eine Durchsuchung ohne richterliche oder zumindest staatsanwaltschaftliche Anordnung zulässig war, vgl. § 105 Abs. 1 StPO. Gefahr im Verzug besteht, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird.<sup>31</sup> Vorliegend ist dabei

<sup>24</sup> Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 180a Rn. 21; Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 181a Rn. 2.

<sup>25</sup> Vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 180a Rn. 27; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 180a Rn. 20.

<sup>26</sup> Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 180a Rn. 21; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 180a Rn. 28.

<sup>27</sup> Laue, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 181a Rn. 2; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 181a Rn. 4 f.

<sup>28</sup> BGH NStZ 1996, 188; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 181a Rn. 21; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 181a Rn. 24.

<sup>29</sup> Vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 232a Rn. 39; Schroeder, NStZ 2017, 320 ff.; ähnlich und mit Verweis auf die Klarstellungsfunktion der Tateinheit Zimmermann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 232a Rn. 35.

<sup>30</sup> Hauschild, in: MüKo-StPO, 2017, § 108 Rn. 6; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 108 Rn. 2.

<sup>31</sup> BGH NVwZ-RR 2003, 495; Bruns, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 105 Rn. 1; Hegmann, in: Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 105 Rn. 5

aber höchst fraglich, warum die Polizeibeamten nicht eine richterliche Anordnung zur Durchsuchung des Verwaltungsbüros hätten abwarten können. Zu diesem Zeitpunkt befanden sie sich zunächst legal in öffentlich zugänglichen Räumen des Laufhauses und hatten Kenntnis von einer etwaigen Straftat zulasten der A insbesondere mit Blick auf § 232a StGB erlangt. Nach den Schilderungen von A bestand das einzig mögliche Beweismittel, welches man im Verwaltungsbüro hätte auffinden können, im Pass von A. Zum einen wäre dies aber auch kein allzu gravierendes Beweismittel gewesen. Zum anderen steht zu vermuten, dass bei einer Großrazzia wie vorliegend jedenfalls sichergestellt ist, dass ein Ermittlungsrichter zumindest telefonisch unmittelbar erreichbar ist. Zumal es vorliegend durch die Abwesenheit des D zu Beginn der Razzia zu bedenken gilt, dass auch nicht erkennbar war, dass die womöglich im Verwaltungsbüro auffindbaren Beweismittel während eines Telefonats mit dem Ermittlungsrichter vernichtet worden wären etc. Der Fall wie vorliegend geht vielmehr in die Richtung einer verbotenen gezielten Suche nach Zufallsfunden<sup>32</sup>. Bei solchen Durchsuchungen eingetretene Zufallsfunde sind aber dann unverwertbar, wenn der prozessuale Verstoß dabei so schwerwiegend ist, dass nach Abwägung aller Umstände das Interesse des Staates an der Tataufklärung hintanstellen muss.<sup>33</sup> Auch völlig unabhängig vom Einzelaspekt der gezielten Suche nach Zufallsfunden hat die Rspr. insoweit bereits entschieden, dass ein Beweisverwertungsverbot bei Zufallsfunden iSd. § 108 StPO auch dann eintritt, wenn die eigentliche Durchsuchung als rechtswidrig und objektiv willkürlich zu bewerten ist (Gefahr im Verzug lag erkennbar nicht vor).<sup>34</sup> So liegt der Fall auch vorliegend. Die zugrundeliegende Durchsuchung war nicht von Gefahr im Verzug gedeckt und damit ihrerseits rechtswidrig. Das Beweismittel Pistole ist bei Abwägung aller Umstände insbesondere unter Verhältnismäßigkeitsaspekten im Ergebnis nicht verwertbar. Würde man dies anders sehen wollen, wären grundrechtlich geschützte Positionen wie etwa aus Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ohne Weiteres dem Zugriff einzelner Polizeibeamter ausgesetzt, der Richtervorbehalt liefe völlig ins Leere. Nur bei Annahme eines Beweisverwertungsverbots für Zufallsfunde aus rechtswidrigen Durchsuchungen wird dem wirkungsvoll begegnet.

Weitere Beweismittel gegen D bezogen auf den Überfall des Geldtransporters liegen nicht vor. Seine Einlassung, er habe die Pistole erst vor wenigen Wochen von einem ihm unbekanntem Landsmann erworben, klingt zwar unmittelbar wie eine Schutzbehauptung („der große Unbekannte“), erklärt aber zumindest die Fingerabdrücke des D auf der Pistole. Auch das die seinerzeitigen Täter des Überfalls auf den Geldtransporter allesamt rumänisch gesprochen haben sollen, ist noch kein gegen D sprechendes hinreichendes Indiz. Insgesamt ist der D damit nicht des schweren Raubes iSd. iSd. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 StGB hinreichend verdächtig.

## II. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB

D kann konsequenterweise auch nicht wegen schwerer Körperverletzung iSd. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB hinreichend verdächtig

sein, was den gelähmten Arm von einem der Wachleute anbelangt. Denn das einzige zur Verfügung stehende Beweismittel in diesem Handlungsabschnitt, die Pistole samt der entsprechenden Untersuchungen, ist eben nicht verwertbar und muss völlig außer Betracht bleiben.

## III. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB

Auch im Hinblick auf eine etwaige gefährliche Körperverletzung gegen den verletzten Wachmann iSd. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB gilt nichts anderes. D kann nicht hinreichend verdächtig sein, da das einzige Beweismittel auch in diesem Zusammenhang nicht verwertbar ist.

### Hinweis

Nach einem hinreichenden Tatverdacht iSd. § 52 WaffG wegen des unerlaubten Waffenbesitzes war laut dem Bearbeitervermerk zwar nicht gefragt. Dennoch gäbe es bei einer solchen Prüfung die spannende Frage, ob das Beweisverwertungsverbot den D auch an dieser Stelle schützt. Schließlich hat er in der Beschuldigtenvernehmung ja auch zugegeben, dass er die Waffe illegalerweise erworben und besessen hat. Dies war aus seiner Sicht ein sog. „Überdies-Argument“, um aus dem schweren Raub herauszukommen, wohl aber belastete ihn diese Aussage zugleich im Zusammenhang mit § 52 WaffG. Letzteres dürfte aber sicherlich das deutlich kleinere Übel darstellen.

## IV. Ergebnis und Konkurrenzen

Im 2. Handlungsabschnitt lässt sich in Bezug auf D kein hinreichender Tatverdacht erkennen.

### 3. Handlungsabschnitt „Die versuchte Flucht“

#### I. § 113 Abs. 1 StGB

D könnte in diesem Handlungsabschnitt zunächst wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte iSd. § 113 Abs. 1 StGB hinreichend verdächtig sein. D hat völlig offensichtlich einem Vollstreckungsbeamten gegenüber bei der Vornahme einer Diensthandlung mit Gewalt (dem Handkantenschlag) Widerstand geleistet. Auch von Vorsatz ist auszugehen. Die hier einzige – dann tatrichterlich zu überprüfende – Frage lautet, ob der Einlassung des D Glauben geschenkt werden kann, wonach er sich zwingend losreißen musste, um wieder Luft zu bekommen. Dies läuft darauf hinaus, ob sein Handeln gerechtfertigt war oder nicht. In der Sache geht es dann darum, ob ein rechtfertigender Notstand iSd. § 34 StGB vorlag und wessen Aussage glaubhafter ist. Zunächst ist von einem hinreichenden Tatverdacht in Bezug auf D wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte iSd. § 113 Abs. 1 StGB auszugehen.

#### II. § 223, 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Völlig unstrittig ist erneut, dass D den PK Müller körperlich verletzt hat und auf ihn einwirken wollte. Der Handkantenschlag könnte dabei auf Basis eines hinterlistigen Überfalls zustande

<sup>32</sup> Vgl. BGH CR 1999, 292 (293); Bruns, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 105 Rn. 1; Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, StPO, 6. Aufl. (2019), § 108 Rn. 4.

<sup>33</sup> Bruns, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 105 Rn. 1; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 108 Rn. 1.

<sup>34</sup> Vgl. OLG Koblenz StV 2002, 533 (535); dazu Hadamitzky, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. (2018), § 108 Rn. 12.

gekommen sein, was jedoch von der konkreten Tatsituation abhängt. Wie zuvor im Zusammenhang mit dem Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte iSd. § 113 Abs. 1 StGB muss nun tatrichterlich geklärt werden, ob diese Tat vor dem Hintergrund von § 34 StGB gerechtfertigt war oder nicht. Zunächst ist D damit auch wegen gefährlicher Körperverletzung iSd. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB hinreichend verdächtig.

### III. Ergebnis und Konkurrenzen

Im 3. Handlungsabschnitt ergibt sich, dass D wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte iSd. § 113 Abs. 1 StGB und wegen gefährlicher Körperverletzung iSd. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB hinreichend verdächtig ist. Diese Taten stehen zueinander in Tateinheit iSd. § 52 StGB.

### B) Hinsichtlich des Beschuldigten P

#### I. § 232a Abs. 6 StGB

Was den Beschuldigten P anbelangt so kommt bei ihm die sog. Freierstrafbarkeit iSd. § 232a Abs. 6 StGB in Betracht. Hiernach wird u.a. bestraft, wer an einer Zwangsprostituierten gegen Entgelt sexuelle Handlungen vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt und dabei deren persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage oder deren Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, ausnutzt. Da P mit der A erwiesenermaßen geschlechtlich verkehrt hat und bei ihr in Rede steht, dass sie Tatopfer der Zwangsprostitution iSd. § 232a Abs. 1 StGB ist, könnte P iSd. § 232a Abs. 6 StGB hinreichend verdächtig sein.

Voraussetzung ist dann aber auch, dass die sexuellen Handlungen zwischen P und A entgeltlich waren. Dies scheint der Fall gewesen zu sein, denn P hat nicht vorgetragen, dass er – bei aller Liebe zu A – kein Geld für ihre sexuellen Dienstleistungen bezahlt hat. Entscheidend ist aber bei der Freierstrafbarkeit iSd. § 232a Abs. 6 StGB vor allem das Merkmal des Ausnutzens. P müsste die bereits festgestellte auslandsspezifische Hilflosigkeit der A schließlich auch ausgenutzt haben. Hierfür ist es ausreichend, dass der jeweilige Freier die Umstände kennt oder für möglich hält und billigt, dass die sexuellen Handlungen nur wegen etwa der auslandsspezifischen Hilflosigkeit ausgeführt oder geduldet wurden.<sup>35</sup> Die Einlassungen des P, wonach er nicht wusste, dass A Zwangsprostituierte ist, lassen sich nicht widerlegen, zumal A hierzu schweigt. Im Ergebnis ist P damit nicht wegen § 232a Abs. 6 StGB hinreichend verdächtig.

### II. Ergebnis und Konkurrenzen

Gegenüber P gibt es insgesamt keinen hinreichenden Tatverdacht.

#### C) Gesamtergebnis

Nur D ist hinreichend verdächtig wegen §§ 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB, 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB, 181a Abs. 1 Nr. 1, 52 StGB und §§ 113 Abs. 1, 223, 224 Abs. 1 Nr. 3, 52 StGB. Die beiden vorgenannten

Komplexe stehen dabei im Verhältnis der Tatmehrheit iSd. § 53 StGB zueinander.

### Prozessrechtliches Gutachten

#### A) Anklage

Hinsichtlich derjenigen Delikte, bezüglich derer hinreichender Tatverdacht besteht, sollte iSd. § 170 Abs. 1 StPO Anklage erhoben werden. Vorliegend steht ein hoher Strafraumen zu Gebote. Alleine bei § 232a StGB liegt der Strafraumen zwischen sechs Monaten und zehn Jahren Freiheitsstrafe. Auch wenn D nicht vorbestraft ist, so ergibt sich bei den Straftaten der §§ 232 ff. StGB erfahrungsgemäß dennoch eine Straferwartung von über vier Jahren. Da vorliegend keine Katalogtat iSd. § 74 Abs. 2 einschlägig ist, welche zum Schwurgericht weisen könnte, ist sachlich demnach die Große Strafkammer zuständig. Auf Basis des Wohnorts des D und des Tatorts iSd. §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 StPO liegt die örtliche Zuständigkeit beim Landgericht Frankfurt am Main.

#### B) Haftbefehl

Da D derzeit immer noch in Haft ist, muss ein Antrag auf Erlass eines Haftbefehls nicht weiter erörtert werden. Stattdessen ist der Antrag, Haftfortdauer anzuordnen (§ 207 Abs. 4 StPO) in die Anklageschrift aufzunehmen, da die Voraussetzungen für einen Haftbefehl weiterhin vorliegen.

#### C) Verteidigung

Zwar liegt ein Fall der Pflichtverteidigung iSd. § 140 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StPO vor. Da D allerdings bereits einen Wahlverteidiger beauftragt hat, ist kein Antrag iSd. § 141 StPO auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu stellen.

#### D) Sonstige Maßnahmen

Die Pistole unterliegt der Einziehung iSd. § 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB, da mit ihr eine Straftat begangen wurde und sie generell gefährlich ist.

<sup>35</sup> Vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 232a Rn. 35 f. („überwiegend symbolische Strafdrohung“). Dieser Nachweis ist eben in der Praxis kaum zu führen. Dies ist etwa sehr gut erkennbar am Fall der (auch deutschen) KFOR-Truppen im Kosovo zu Anfang des 21. Jahrhunderts. Mittlerweile steht fest (vgl. etwa den entsprechenden Bericht von Amnesty International), dass es dort

seinerzeit zu massiver Zwangsprostitution gekommen ist, wobei KFOR-Soldaten die zahlungskräftigen Freier waren. In späteren Vernehmungen hieß es den Medienberichten nach unisono, dass die Soldaten von der Zwangslage der ausgebeuteten Frauen nichts gewusst hätten. Weder hätten die Frauen etwas hiervon gesagt noch habe es äußere Hinweise wie etwa vergitterte Fenster gegeben.

## Abschließende Entscheidung

## Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main

Konrad-Adenauer-Straße 20  
60313 Frankfurt am Main



33 Js 3112/19

Frankfurt am Main, 12.02.2019

An das  
Landgericht Frankfurt am Main  
– Große Strafkammer –  
Gerichtsstraße 2  
60313 Frankfurt am Main

**H a f t !**  
Haftprüfungstermin:  
15.02.2019

## Anklageschrift

Herr

Mihai **D r a g h e a n u**,

geboren am 12.10.1966 in Bukarest, Rumänien  
wohnhaft Taunusstraße 47, 60329 Frankfurt am Main  
ledig, rumänischer Staatsangehöriger

in dieser Sache am 15.01.2019 vorläufig festgenommen und aufgrund des Haftbefehls des AG Frankfurt am Main seit diesem Tage in der JVA Frankfurt-Preungesheim inhaftiert.

### **Verteidiger:**

Rechtsanwalt Dr. Petermann,  
Heinestraße 7a, 60486 Frankfurt am Main

wird **a n g e k l a g t**,

zwischen November 2017 und 15. Januar 2019 bzw. am 15. Januar 2019

in Frankfurt am Main

durch zwei Straftaten

1. durch dieselbe Handlung

a) eine andere Person unter Ausnutzung ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, veranlasst zu haben, die Prostitution aufzunehmen,

b) eine andere Person, der er zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt hat, zur Prostitution angehalten zu haben,

c) eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, ausgebeutet zu haben,

2. durch dieselbe Handlung

a) einem Amtsträger, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt Widerstand geleistet zu haben,

b) eine andere Person mittels eines hinterlistigen Überfalls körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben.

#### Dem Angeschuldigten wird zur Last gelegt:

1. Im Oktober 2017 nahm der Angeschuldigte mit der seinerzeit in Rumänien wohnenden Geschädigten Antonescu Kontakt über den Nachrichtendienst Facebook auf. Hiernach traf er sich mit ihr und bewegte sie auf einer emotionalen Ebene dazu, mit ihm im November 2017 nach Deutschland zu kommen. Dabei stellte er der in Rumänien arbeitslosen Geschädigten einen Job in der Landwirtschaft in Aussicht. In Deutschland angekommen, musste die des Deutschen seinerzeit nicht mächtige Geschädigte im Frankfurter Laufhaus des Angeschuldigten „Rote Sünde“ in der Taunusstraße 47 als Prostituierte arbeiten. Hierfür wurde ihr ein Zimmer zur Verfügung gestellt, welches ihr zugleich als Wohnquartier diente. Pass und Mobiltelefon wurden ihr abgenommen, sie durfte nur unter Aufsicht mit ihrer Familie kommunizieren. Das durch Prostitution verdiente Geld wurde bis auf monatlich 300,- EUR, die der Familie der Geschädigten nach Rumänien überwiesen wurden, vom Angeschuldigten einbehalten. Die Arbeit als Prostituierte konnte seitens der Geschädigten erst im Zuge einer Polizeirazzia am 15. Januar 2019 beendet werden.

2. Am Tattag des 15. Januar 2019 kurz nach 02:00 Uhr streckte der Angeschuldigte den PK Müller mit einem gezielten Handkantenschlag nieder, um sich vom Ort der polizeilichen Razzia (das o.g. Laufhaus „Rote Sünde“) wieder entfernen zu können, wo er kurz zuvor eingetroffen war. Der PK Müller musste ärztlich versorgt werden und war eine Woche lang krankgeschrieben.

#### Vergehen, strafbar nach

§§ 232 a Abs. 1 Nr. 1 StGB, 180 a Abs. 2 Nr. 2, 181a Abs. 1 Nr. 1, 113 Abs. 1, 223, 224 Abs. 1 Nr. 3, 52, 53, 74 Abs. 2 Nr. 2 des Strafgesetzbuches

Es wird **b e a n t r a g t**,

das Hauptverfahren zu eröffnen, die Anklage zur Hauptverhandlung vor dem Landgericht Frankfurt am Main – Große Strafkammer – zuzulassen und die Fortdauer der Untersuchungshaft anzuordnen, da die Haftgründe fortbestehen.

Eisemann  
Staatsanwalt

► [Inhaltsverzeichnis](#)





## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Landgericht Bayreuth

### Abgasskandal: Sachmangel und Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Urteil vom 20. Dezember 2016, Az.: 21 O 34/16

**Zur Frage ob beim Neuwagenkauf die Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung unmöglich ist, wenn der entsprechende Fahrzeugtyp nicht mehr hergestellt wird, sondern inzwischen durch ein neues Modell mit einer anderen Motorisierung ersetzt worden ist.**

**(Leitsatz des Bearbeiters)**

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

B ist selbstständiger Automobilhändler, der im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Fahrzeuge der V-AG vertreibt. Am 31.5.2017 kaufte der K bei B einen PKW des Typs „Tiguan“, schwarz, mit 150 PS und diverser Sonderausstattung. Der PKW wurde einen Monat später von B an K übergeben. In den PKW war eine Software eingebaut, die dazu führte, dass auf dem Prüfstand die gesetzlichen Stickoxid-Werte eingehalten wurden, im realen Betrieb auf der Straße jedoch nicht. Das Kraftfahrtbundesamt ordnete nach Bekanntwerden der verbauten Software an, dass bei sämtlichen PKW dieses Typs die Software entfernt werden müsse. Die Entfernung der Software führte dazu, dass weder auf dem Prüfstand noch im Straßenverkehr die vorgegebenen EU-Grenzwerte für die Stickoxid-Emission eingehalten werden konnten.

Inzwischen wird das Modell „Tiguan“ von V nicht mehr produziert. Das Modell wurde vielmehr durch einen PKW Typ „Tiguan II“ ersetzt, der einige technische Neuerungen enthält, mit anderen Motoren ausgeliefert wird und moderne Sonderausstattung zulässt. Es wird weiterhin ein Modell mit 150 PS angeboten, der Motoren-Typ ist jedoch ein anderer. K verlangt von B Nachlieferung eines Modells „Tiguan II“ mit 150 PS und einer mit der im ersten gekauften PKW verbauten vergleichbarer Sonderausstattung.

Kann K von B Nacherfüllung in der angegebenen Form verlangen?

#### B) Verfahrensgang

Das LG Bayreuth bejahte in seinem Urteil vom 20.12.2016 zwar einen Sachmangel, lehnte jedoch einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Lieferung des Nachfolgemodells der zweiten Modellgeneration ab.<sup>1</sup> Die hiergegen vom Kläger eingelegte Berufung wies das OLG Bamberg mit Beschluss vom 20.09.2017 zurück, wobei es die Entscheidung auf die Unmöglichkeit der begehrten Nacherfüllung stützte.<sup>2</sup> Zu der gegen diese Entscheidung eingelegten Revision erging am 08.01.2019 ein Hinweisbeschluss des VIII. Zivilsenates des BGH, in welchem dieser einige Hinweise zu Fragen erteilte, die nach Ansicht der Richter in den

im Revisionsverfahren eingereichten Schriftsätzen teilweise noch nicht hinreichend behandelt worden sind.<sup>3</sup>

#### C) Die Entscheidung der Kammer sowie die Folgeentscheidungen

Fraglich war damit weiterhin, ob K von B Nacherfüllung in der angegebenen Form verlangen kann.

##### I. Anspruch auf Nachlieferung

**gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB**

Voraussetzung für einen Anspruch auf Nachlieferung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist, dass zwischen K und B ein wirksamer Kaufvertrag besteht, ein Sachmangel vorliegt und die Nacherfüllung nicht gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

##### 1. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen K und B liegt ersichtlich vor.

##### 2. Sachmangel

Fraglich ist allerdings, ob ein Sachmangel vorliegt. Hieran könnte man zweifeln, da das Auto auf der Straße fahrtüchtig und verkehrssicher ist und lediglich die vorgeschriebenen Grenzwerte nicht einhält. Die Eingangsinstanz, das LG Bayreuth hat einen Sachmangel bejaht:

*„Der Pkw weist einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf. Eine Sache ist danach frei von Sachmängeln, wenn eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, sie sich aber für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.“*

*Der Pkw eignet sich zwar trotz des Einbaus der Abschaltvorrichtung für die gewöhnliche Verwendung, da er technisch sicher und verkehrstauglich ist. Er weist aber nicht die Beschaffenheit auf, welche der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Ein durchschnittlicher Käufer kann davon ausgehen, dass ein Pkw zumindest den für eine Typengenehmigung erforderlichen Test unter den gesetzlich festgelegten Laborbedingungen ohne Zuhilfenahme einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zur Reduzierung der Stickoxidwerte erfolgreich absolviert. Die Einhaltung der Grenzwerte unter Verwendung einer dafür konzipierten Software kann diesen Erwartungen nicht gerecht werden.“*

Die Nachfolgerichtinstanz (OLG Bamberg) hat die Rechtsfrage, ob ein Sachmangel vorliegt, offengelassen. Der BGH hat in seinem Hinweisbeschluss jedoch angedeutet, dass er die Auffassung des LG teilt. Die bloße Gefahr der Betriebsuntersagung genüge, dass

<sup>1</sup> LG Bayreuth, Urt. v. 20.12.2016, Az.: 21 O 34/16.

<sup>2</sup> OLG Bamberg, Beschl. v. 20.09.2017, Az.: 6 U 5/17.

<sup>3</sup> BGH Beschl. v. 08.01.2019, Az.: VIII ZR 225/17.

das Fahrzeug nicht für die gewöhnliche Verwendung im Straßenverkehr als geeignet angesehen werden könne.

### 3. Unmöglichkeit der Nacherfüllung

#### gem. § 275 Abs. 1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob die Nacherfüllung unmöglich geworden ist, weil das betroffene PKW-Modell nicht mehr hergestellt wird, sondern lediglich noch das Nachfolgemodell des Typ II. Hierzu führt das LG aus:

*„Der Nacherfüllungsanspruch stellt einen modifizierten Erfüllungsanspruch dar und kann nicht weiter reichen als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch. Er beschränkt sich auf die Nachlieferung einer gleichartigen und gleichwertigen Sache [...]. Der Pkw wird unbestritten nicht mehr hergestellt. Bei einem vom [B] bestellten und vom [V] nach dessen individuellen Konfigurationen gefertigten Neuwagen ist davon auszugehen, dass nach der übereinstimmenden Vorstellung der Parteien der Erfüllungsanspruch auf ein diesen Käuferwünschen entsprechendes Fahrzeug gerichtet und beschränkt ist [...] Die Lieferung eines Neuwagens der zweiten Generation mit einer geänderten Motorisierung ist deshalb nicht gleichartig und gleichwertig. Der Käufer würde durch die Nachlieferung eines Nachfolgemodells eine über den ursprünglichen Erfüllungsanspruch hinausgehende Leistung zugesprochen bekommen. Zudem ist nicht ersichtlich, dass dem [B] die Beschaffung des vom Kläger geforderten Fahrzeugs auf andere Weise als durch den Direktbezug vom Hersteller möglich ist, da alle vergleichbaren, am Markt verfügbaren, Pkw von dem Mangel betroffen sind.“*

Das OLG hat sich dieser Rechtsauffassung im Wesentlichen angeschlossen (vgl. jedoch die Hinweise am Ende). Der BGH hat in seiner Pressemitteilung vom 22.2.2019 wie folgt ausgeführt und sich damit der Auffassung der Vorinstanzen entgegengestellt:

*„Zudem hat der BGH die Parteien auf seine vorläufige Einschätzung hingewiesen, dass die Auffassung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft sein könnte, die vom Käufer gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB geforderte Ersatzlieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs sei unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), weil der Kläger ein Fahrzeug der ersten Generation der betreffenden Serie (hier: VW Tiguan 2.0 TDI) erworben habe, diese aber nicht mehr hergestellt werde und ein solches Modell auch nicht mehr beschafft werden könne. Denn im Hinblick auf den Inhalt der vom Verkäufer vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht dürfte – anders als das Berufungsgericht gemeint hat – ein mit einem nachträglichen Modellwechsel einhergehender mehr oder weniger großer Änderungsumfang für die Interessenlage des Verkäufers in der Regel ohne Belang sein. Vielmehr dürfte es – nicht anders als sei das betreffende Modell noch lieferbar – im Wesentlichen auf die Höhe der Ersatzbeschaffungskosten ankommen. Dies führe jedoch nicht zur Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB; vielmehr könne der Verkäufer eine Ersatzlieferung gegebenenfalls unter den im Einzelfall festzustellenden Voraussetzungen des § 439 Abs. 4 BGB verweigern, sofern die Ersatzlieferung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei.“*

Im Ergebnis ist daher die Nachlieferung nach Auffassung des BGH nicht unmöglich gem. § 275 Abs. 1 BGB. Dass die Ersatzlieferung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen (wäre aber in der Praxis ggf. näher zu prüfen).

## II. Ergebnis

K kann von B Ersatzlieferung eines neuen Tiguan Typ II mit vergleichbarer Ausstattung und vergleichbarem Motor verlangen.

### Hinweise für Studierende

Normalerweise gibt es keinen Grund, einen bloßen Hinweisbeschluss zu besprechen, der lediglich dazu dient, die eigentliche Entscheidung in der Sache vorzubereiten. Die Abgas-Thematik ist aber bereits Gegenstand verschiedener Entscheidungen gewesen und deshalb in allen Varianten derart „examensheiß“, dass es sich lohnt schon anhand der Vorinstanzen und der vom BGH veröffentlichten Pressemitteilung einen Blick auf den Fall zu werfen. Letztere ist in vielerlei Hinsicht spektakulär. Zunächst einmal aus prozessualer Hinsicht. Der Hersteller zusammen mit dem Beklagten Händler, hatte – wie üblich – versucht, eine höchstrichterliche Klärung der Rechtsfrage dadurch zu verhindern, dass man sich kurz vor Schluss verglichen hat und der Kläger die Revision daraufhin zurücknimmt. Dass der BGH bezugnehmend auf seinen zuvor erlassenen, aber nicht veröffentlichten, Hinweisbeschluss eine Pressemitteilung veröffentlicht, kann als bemerkenswert bezeichnet werden und zeigt, wie genervt offenbar der Senat vom Vorgehen der Anwälte des Herstellers und seiner Händler ist.

Doch auch aus juristischer Perspektive überrascht die Entscheidung. Unspektakulär sind noch die Ausführungen zum Sachmangel. Denn auf die Idee, dass die manipulative Softwaregestaltung, die zur Nichteinhaltung der Schadstoffwerte auf der Straße führt, die auf dem Prüfstand erreicht werden keinen Mangel darstellen soll, kann man eigentlich nur kommen, wenn Parteivertreter der Beklagten ist.<sup>4</sup> Die Frage ist in der Rechtsprechung deshalb auch im Ergebnis unumstritten.<sup>5</sup>

Spannender ist jedoch die Frage der Unmöglichkeit. Hierzu muss man für Leser, die sich mit Autos bislang nicht intensiv beschäftigt haben, etwas ausholen. Die Kfz-Hersteller legen ihre Modelle alle paar Jahre neu auf. Ein VW Golf ist deshalb nicht gleich ein VW Golf, es gibt vielmehr inzwischen 7 Generationen (ab Juni 2019 dann die 8.) des VW Golf, wobei die eine mit der anderen zwar die Wagenklasse und den Namen gemeinsam hat, technisch jedoch weit voneinander entfernt liegen. Hinzu kommen etliche „Facelifts“, also optische Aufbesserungen der einzelnen Generationen. So war es auch im vorliegenden Fall. Die erste Generation des betroffenen PKW wurde nicht mehr hergestellt, die neue Generation

<sup>4</sup> LG Bayreuth, Urt. v. 20.12.2016, Az.: 21 O 34/16, Rn. 12)

<sup>5</sup> Vgl. Witt, NJW 2017, 3681 (3682).

ist zwar von der Produktklasse vergleichbar, weist jedoch erhebliche unterschiedliche technische Modifikationen auf. Zudem werden Neuwagen für den individuellen Besteller nach seinen Wünschen und mit seiner Sonderausstattung hergestellt. Wird die konkrete Modellserie nicht mehr hergestellt, so scheint es naheliegender eine Unmöglichkeit zu bejahen, da ein Auto der neuen Serie nach dem Kaufvertrag nicht geschuldet war.

Bzgl. der Frage, ob die Nacherfüllung unmöglich geworden ist, muss sauber zwischen den verschiedenen Rechtsfragen differenziert werden: Zum einen, handelt es sich beim Neuwagenkauf um eine Stückschuld oder eine Gattungsschuld? Zum anderen, ist die Nacherfüllung unmöglich geworden, weil die betreffende Typenserie nicht mehr hergestellt wird? Hier ist vieles vertretbar, solange der Bearbeiter in der Klausur nur ausführlich argumentiert.

Zur Vertiefung der zivilrechtlichen Fragestellungen des „Dieselskandals“: *Witt, NJW 2017, 3681*

**Dr. Julius Forschner, LL.M. (Cambridge)**

Notarassessor  
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**



KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

### Bezeichnung des Propheten Mohammed als „pädophil“

Urteil vom 25. Oktober 2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria

**Gläubige können nicht erwarten, dass ihre Religion von jeglicher Kritik ausgenommen ist, sondern müssen die Ablehnung ihrer eigenen religiösen Überzeugungen durch andere tolerieren. Sofern jedoch Äußerungen die Grenzen einer ablehnenden Kritik überschreiten und geeignet sind, zu religiöser Intoleranz zu verleiten, kann ein Staat diese als mit der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nicht vereinbar erklären und angemessene, einschränkende Maßnahmen treffen.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

Die 1971 geborene Beschwerdeführerin (B) ist österreichische Staatsbürgerin. Ab Januar 2008 hielt sie unter dem Titel „Grundlagen des Islam“ mehrere Seminare für das Bildungsinstitut der Freiheitlichen Partei Österreichs (FPÖ) ab.

#### I. Seminargestaltung und Äußerungen über Mohammed

Die Seminare waren nicht nur Mitgliedern der Partei oder geladenen Gästen, sondern vielmehr der gesamten Öffentlichkeit zugänglich. Sie wurden auf der Website des Institutes beworben. Zusätzlich hierzu verbreitete der Parteichef der FPÖ, *Heinz-Christian Strache*, einen vornehmlich an Jungwähler gerichteten Flyer, der die Veranstaltungen als „Top-Seminare“ im Rahmen eines „kostenlosen Bildungspaketes“ bewarb. B hatte indes keinen Einfluss auf die Auswahl der Teilnehmer der Veranstaltung.

Zwei der Seminare wurden am 15. Oktober und 12. November 2009 mit je ca. 30 Teilnehmern abgehalten. Unter diesen befand sich auch der verdeckt agierende Journalist N, der die folgenden Zitate der B festhielt:

„I./1. Eines der großen Probleme, die wir heute haben, ist dass Mohammed als der ideale Mann, der perfekte Mensch, der perfekte Muslim gesehen wird. Das heißt, das oberste Gebot für einen männlichen Moslem ist es, Mohammed nachzumachen, sein Leben zu leben. Das läuft nicht nach unseren sozialen Standards und Gesetzen ab. Weil er war ein Kriegsherr, hatte einen relativ großen Frauenverschleiß, um das jetzt einmal so auszudrücken, hatte nun mal gerne mit Kindern ein bisschen was. Und er war nach unseren Begriffen kein perfekter Mensch. Damit haben wir heute riesige Probleme, weil Muslime mit der Demokratie und unserem Wertesystem in Konflikt geraten ...

2. Die wichtigsten von allen Rechtsschulen anerkannten Hadith-Sammlungen: Die allerwichtigste ist die *Sahih Al-Bukhari*. Wenn eine Hadith nach Bukhari zitiert wurde, dann können Sie sicher sein, dass es alle Muslime anerkennen. Und in der *Al-Bukhari* ist

auch blöderweise das geschrieben mit der Aisha und dem Kindersex...

II./ Ich erinnere mich an meine Schwester, das hab ich schon ein paar Mal erzählt, als [S.W.] in Graz ihren berühmten Sager gemacht hat, ruft mich meine Schwester an und sagt: "Um Gottes willen. Hast du ihr das gesagt?" Worauf ich gesagt habe:

"Nein, ich war's nicht, aber es ist nachzulesen, es ist nicht wirklich ein Geheimnis. " Und sie: "Das kann man doch so nicht sagen." Und ich: "Ein 56-Jähriger und eine 6-Jährige? Wie nennst du das? Gib mir ein Beispiel? Wie nennen wir das, wenn's nicht Pädophilie ist?" Sie: "Na ja, das muss man ein bisschen umschreiben, diplomatischer sagen." Meine Schwester ist symptomatisch. Das haben wir schon so oft gehört. "Das waren doch andere Zeiten" – das war damals nicht o.k., und es ist heute nicht o.k. Punkt. Und es passiert heute auch noch. So was ist nie gutzuheißen. Sie legen sich alle eine Wirklichkeit zurecht, weil die Wahrheit so grausam ist..."

#### II. Ermittlungsverfahren und Verurteilung

Aufgrund dieser – so die Polizei – „gegen die Lehren des Islam gerichteten“ Äußerungen wurde gegen die B ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, in dem sie am 11. Februar 2010 erstmals polizeilich vernommen wurde. Am 12. August 2010 folgte die Anklage der Staatsanwaltschaft Wien wegen „Verhetzung“ (§ 283 des österreichischen Strafgesetzbuches). Die Hauptverhandlung fand am 23. November 2010 sowie 18. Januar und 15. Februar 2011 vor dem Landesgericht in Wien statt. Dort wurde B – nach Erteilung eines rechtlichen Hinweises – jedoch lediglich wegen „Herabwürdigung religiöser Lehren“ (§ 188 des österreichischen Strafgesetzbuches) zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen à vier Euro, ersatzweise 60 Tagen Freiheitsstrafe, verurteilt.

§ 188 des österreichischen Strafgesetzbuches lautet:

„Wer öffentlich eine Person oder eine Sache, die den Gegenstand der Verehrung einer im Inland bestehenden Kirche oder Religionsgesellschaft bildet, oder eine Glaubenslehre, einen gesetzlich zulässigen Brauch oder eine gesetzlich zulässige Einrichtung einer solchen Kirche oder Religionsgesellschaft unter Umständen herabwürdigt oder verspottet, unter denen sein Verhalten geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

Im Rahmen der Strafzumessung wurde die Tatsache, dass B die Norm durch verschiedene Äußerungen – also mehrfach – verletzte, zu ihren Lasten gewertet, während ihr zugutekam, dass sie bisher nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten war.

Zur Begründung des Schuldspruches führte das Gericht aus, die B habe durch ihre Äußerungen den Eindruck vermittelt, dass Mohammed pädophile Neigungen hatte, weil er mit der zum

Zeitpunkt der Eheschließung sechsjährigen Aisha die Ehe vollzog, als diese neun Jahre alt war. Durch derartige Äußerungen habe B zum Ausdruck gebracht, dass Mohammed der Anbetung nicht würdig sei. Allerdings sei es nicht ihr Ziel gewesen, alle Muslime verächtlich zu machen oder anzudeuten, dass diese pädophil seien. Gegenstand der Kritik sei vielmehr die unreflektierte Imitation eines Vorbildes gewesen.

Pädophilie wurde dabei vom Gericht als sexuelle Vorliebe für Kinder verstanden, welche die Pubertät noch nicht erreicht hatten. Da es sich beim Ausleben dieser Neigung um eine Praxis handelt, die von der Gesellschaft geächtet wird und verboten ist, sei es evident gewesen, dass die Aussagen der B geeignet waren, Empörung hervorzurufen. Das Gericht schlussfolgerte, dass es das Ziel der B gewesen sei, Mohammed fälschlich pädophiler Tendenzen zu bezichtigen. Denn auch wenn bspw. die Kritik an Kinderehen berechtigt sei, habe sie einer Person, die Gegenstand religiöser Verehrung ist, vorgeworfen, ein primäres sexuelles Interesse an den Körpern von Kindern zu haben. Dabei habe sie jedoch außer Acht gelassen, dass die Ehe zwischen Mohammed und Aisha bis zum Tode des Propheten fortbestand und Aisha zu diesem Zeitpunkt bereits 18 Jahre alt, also nicht mehr in ihrer Pubertät war.<sup>1</sup> Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den Seminaren um öffentliche Veranstaltungen handelte, konnte das Gericht nicht ausschließen, dass sich einige der Teilnehmer durch die Äußerungen der B gestört fühlten.

Das Gericht erkannte zwar, dass B durch die Entscheidung möglicherweise in ihrem Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) beeinträchtigt würde, wies jedoch darauf hin, dass Einschränkungen desselben zulässig seien, soweit die Äußerungen grundlos andere verletzen und somit nicht zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen. Die Äußerungen der B seien insofern keine Tatsachenbehauptungen gewesen, sondern abfällige Werturteile, da nicht die objektive Herangehensweise an ein Thema im Mittelpunkt stand, sondern allein die Herabwürdigung Mohammeds. So seien Kinderehen keineswegs ein Phänomen (allein) des Islam; sie waren vielmehr auch unter den herrschenden Schichten Europas lange Zeit weit verbreitet.

Die Freiheit der Meinungsäußerung der B sei demnach aufgrund der Freiheit der Religionsausübung Dritter (Art. 9 EMRK) einzuschränken, soweit sie geeignet war, die Gefühle der Anhänger der Religion zu verletzen. Da es sich bei den angegriffenen Aussagen um eine „böswillige Verletzung des Geistes der Toleranz“ handele, die ihrerseits eine der Grundlagen der demokratischen Gesellschaft ist, sei die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit der B daher geboten, um den religiösen Frieden („religious peace“) in Österreich zu schützen.<sup>2</sup>

## B) Verfahrensgang

### I. Erster Rechtsbehelf und Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien

B legte gegen die Entscheidung Rechtsmittel ein, welches sie darauf stützte, dass es sich bei ihren Äußerungen um Tatsachen

und nicht um Werturteile handele. Zur Begründung fügte Sie mehrere Dokumente bei, aus denen sich ihres Erachtens ergebe, dass Mohammed 56 Jahre alt war, als er mit der neunjährigen Aisha Geschlechtsverkehr hatte. Diese Tatsachen im Lichte der Werte der heutigen Gesellschaft (neu) zu evaluieren sei – so die B – mehr als gerechtfertigt. Es sei dementsprechend auch nie ihr Ziel gewesen, Mohammed zu verunglimpfen. Sie habe lediglich kritisieren wollen, dass ein erwachsener Mann Geschlechtsverkehr mit einem Kind hatte, woraus sich für sie die Frage ergab, ob dies eine pädophile Neigung begründe. Folgte man der Argumentation der ersten Instanz, so dürfte eine Person, die ein Kind heiratet und die Ehe bis zum Erwachsenenalter desselben fortsetzt niemals als pädophil bezeichnet werden. Darüber hinaus habe sie das Wort „pädophil“ nicht im streng wissenschaftlichen Sinne verwendet, sondern im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs. In diesem Sinne bezeichnet es Menschen, die Geschlechtsverkehr mit Minderjährigen haben. Auch habe sie Mohammed nicht als pädophil bezeichnet, weil er ein Kind geheiratet hat, sondern weil er Geschlechtsverkehr mit einem Kind hatte. Mit Blick auf die Formulierung der Aussagen gab B zu bedenken, dass Art. 10 EMRK (gerade) auch Meinungen schütze, die verletzen, schockieren oder verstören.

Am 20. Dezember 2011 wies das Oberlandesgericht Wien das Rechtsmittel der B zurück, wobei es im Wesentlichen den Argumenten der ersten Instanz folgte. Insbesondere sei die Differenzierung zwischen Kinderehen und Pädophilie angemessen gewesen und die in Bezug genommene Definition des Wortes Pädophilie führe nicht zu unvorhersehbaren Strafbarkeitsrisiken.

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR arbeitete das Rechtsmittelgericht heraus, dass die zentrale Frage mit Blick auf Art. 10 EMRK sei, ob es sich lediglich um provokative Äußerungen handele oder um einen missbräuchlichen Angriff („*abusive attack*“) auf den Propheten des Islam.<sup>3</sup> Das Gericht ging dabei von Letzterem aus, da die Äußerungen der B anstößig und falsch waren, selbst wenn es stimmen sollte, dass Mohammed eine Sechsjährige geheiratet und Geschlechtsverkehr mit ihr hatte, als sie Neun war.

Das Gericht stellte klar, dass die Verurteilung der B nicht darauf beruhe, was vor 1000 Jahren tatsächlich passiert sei, sondern darauf, dass sie den Plural von „Kind“ verwendete, bzw. ihn mit dem Begriff „pädophil“ implizierte, obwohl sie eine generelles sexuelles Interesse Mohammeds an Kindern gerade nicht belegen konnte. Das Gericht wies in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass Mohammeds andere Frauen bei Eheschließung keine Kinder mehr gewesen seien. Auch wenn es also das gute Recht der B sei, die Erhebung Mohammeds zum Vorbild – und damit den Islam als solchen – zu kritisieren, kam es ihr doch primär auf das Verspotten und Verhöhnern von Muslimen an. Da die Grenze zwischen Religionskritik und der Be-

<sup>1</sup> Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „[...], disregarding the notion that the marriage had continued until the Prophet's death, when Aisha had already turned eighteen and had therefore passed the age of puberty.“ (EGMR, Ur. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 14)

<sup>2</sup> Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Presenting objects of religious worship in a provocative way capable of hurting the feelings of the followers of

that religion could be conceived as a malicious violation of the spirit of tolerance, which was one of the bases of a democratic society.“ (EGMR, Ur. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 15)

<sup>3</sup> EGMR, Ur. v. 13.09.2005, Nr. 42571/98 – İ.A. v. Turkey und EGMR, Ur. v. 02.05.2006, Nr. 50692/99 – Aydın Tatlav v. Turkey.

schimpfung bzw. Verspottung von Religion hier mithin überschritten wurde, sei die Verurteilung der B nicht zu beanstanden.

## II. Zweiter Rechtsbehelf und Entscheidung des Obersten Gerichtshofes

Am 16. April 2012 stellte B einen Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens beim Obersten Gerichtshof (Art. 363a der österreichischen Strafprozessordnung), wobei sie sich auf eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 10 EMRK stützte. Dieser wurde am 11. Dezember 2013 abgelehnt.

Auch der Oberste Gerichtshof hielt den Eingriff in das Recht der B aus Art. 10 EMRK im Lichte der Rechtsprechung des EGMR für gerechtfertigt.<sup>4</sup> Legitimes Ziel seien der Schutz des religiösen Friedens und damit der religiösen Gefühle Dritter gewesen. Insbesondere seien die Äußerungen der B geeignet gewesen, berechtigte Entrüstung hervorzurufen („*arousing justified indignation*“), was als wesentliches Kriterium für die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Verurteilung zum Schutze der Religionsfreiheit Dritter diene.

Die in Frage stehenden Äußerungen haben nicht das Ziel verfolgt, zur gesellschaftlichen Debatte über den Islam oder das Phänomen der Kinderehe beizutragen, sondern haben einzig und allein das Ziel verfolgt, Mohammed herabzuwürdigen. Der ersten Instanz sei daher beizupflichten, dass es sich bei Berücksichtigung von Inhalt und Kontext der Aussagen um ein Werturteil handele, das keinen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung leiste.

## III. Individualbeschwerde vor dem EGMR

Am 6. Juni 2012 erhob B vor dem EGMR Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK. Sie begehrte die Feststellung, dass ihre Verurteilung aufgrund § 188 des österreichischen Strafgesetzbuches („Herabwürdigung religiöser Lehren“) ihr Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK verletze. Gem. Regel Nr. 47 Abs. 4 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes wurde B Anonymität zugesichert. Neben B und der Regierung Österreichs war auch das European Centre for Law and Justice als Beigeladene Partei des Rechtsstreits. (Art. 36 Abs. 2 EMRK iVm. Regel 44 Abs. 2 der Verfahrensordnung).

### 1. Vorbringen der B

Die B meint, die nationalen Gerichte hätten den Kern ihrer Aussagen nicht genügend gewürdigt. Andernfalls hätten sie diese nämlich nicht als bloße Werturteile eingestuft. Zudem könnten Werturteile den Rahmen des Erlaubten nur überschreiten, wenn sie keinerlei Tatsachenkern aufwiesen. Das sei hier gerade nicht der Fall. Mohammed hatte Geschlechtsverkehr mit einem neunjährigen Mädchen. Es sei berechtigt, in diesem Zusammenhang die These aufzustellen, dass er pädophil war. Wenn es sich mithin um ein Werturteil handele, dann eines, dass auf Fakten basiere und somit im Rahmen des Art. 10 EMRK erlaubt sei.

Darüber hinaus handele es sich um sachliche Religionskritik mit Blick auf die Ablehnung der unreflektierten Imitation Mohammeds. Auch dies beruhe auf Fakten und sei eben keine reine Diffamierung desselben gewesen. Das gilt umso mehr, als die Aussagen im Kontext der gesamten 12-stündigen Veranstaltung gesehen werden müssten, in deren Rahmen auch einige extreme Äußerungen erlaubt sein müssten, um die Debatte anzuregen.

### 2. Erwiderung der österreichischen Regierung

Die österreichische Regierung meint, § 188 StGB verbiete keineswegs kritische oder anstößige Äußerungen, sondern regle lediglich, wie diese getätigt werden können. Dies sei zum Schutze des religiösen Friedens unbedingt erforderlich, welcher Teil des Friedens in der Gesellschaft als solcher sei. Er werde verstanden als:

„[T]he peaceful co-existence of the various churches and religious communities with each other, as well as with those who did not belong to a church or religious community.“<sup>5</sup>

### 3. Äußerung der Beigeladenen

Die Beigeladene wies darauf hin, dass Werturteile mit einem Tatsachenkern den Schutz von Art. 10 genießen, solange sie nicht als Aufruf zur Gewalt verstanden werden können. Strafrechtliche Sanktionen, welche den Glauben selbst schützen und nicht die Gefühle der Gläubigen seien indes Blasphemieverbote und gehören nach internationalem Recht abgeschafft. In diesem Sinne sei § 188 StGB geeignet die freie Debatte zu behindern. Jedenfalls die strafrechtliche Sanktion sei in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig, also unverhältnismäßig.

## C) Die Entscheidung der Kammer

Zur Entscheidung über die zulässige (Art. 35 EMRK) Individualbeschwerde war sodann die 5. Kammer des Gerichtshofes, unter Vorsitz der deutschen Richterin *Prof. Dr. Angelika Nußberger*, berufen.

### Hinweis

Der Gerichtshof kann in Einzelrichterbesetzung, in Ausschüssen mit drei Richtern, in Kammern mit sieben Richtern und als Große Kammer mit 17 Richtern tagen (Art. 26 Abs. 1 EMRK). Wie sich aus Art. 25 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ergibt, sollen die Kammern sowohl in geographischer Hinsicht als auch im Hinblick auf die Geschlechterverteilung ausgeglichen besetzt sein und den unterschiedlichen Rechtssystemen der Vertragsparteien Rechnung tragen.<sup>6</sup>

## I. Rechtlicher Rahmen

Die Entscheidung der Kammer beginnt mit einer Darstellung des relevanten rechtlichen Rahmens. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die bestehenden internationalen Rechtsakte zur Frage einer Strafbarkeit wegen Religionsbeleidigung bzw. Blasphemie gelegt:

<sup>4</sup> EGMR, Urt. v. 20.09.1994, Nr. 13470/87 – Otto-Preminger-Institut v. Austria; EGMR, Urt. v. 25.11.1996, Nr. 17419/90 – Wingrove v. the United Kingdom; EGMR, Urt. v. 02.05.2006, Nr. 50692/99 – Aydin Tatlav v. Turkey; EGMR, Urt. v. 31.01.2006, Nr. 64016/00 – Giniewski v. France.

<sup>5</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 36.

<sup>6</sup> Weiterführend zur Organisation des Gerichtshofes: *Meyer-Ladewig/von Raumer*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Einl. Rn. 40 ff.

1. **Nach Art. 20 Abs. 2 IPbpr** ist jedes Eintreten für nationalen, rassischen oder religiösen Hass, durch das zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgestachelt wird, wird durch Gesetz verboten.

2. **Empfehlung 1805 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates über Blasphemie, religiöse Beleidigung und Hassrede gegenüber Personen aufgrund ihrer Religion** stellt klar, dass Blasphemie, also die Beleidigung einer Religion keine Straftat sein soll (dort Rn. 4). Der Staat habe vielmehr die Religionsausübung zu gewährleisten, gleichzeitig die Rechte anderer zu beachten und schließlich einen gerechten Ausgleich zwischen beiden Positionen zu finden (dort. Rn. 14). Sanktioniert werden sollten mit Blick auf Art. 10 Abs. 2 EMRK nur solche Äußerungen über religiöse Belange, die absichtlich und nachhaltig die öffentliche Ordnung stören oder die Öffentlichkeit zu Gewalt aufrufen (dort. Rn. 15).

3. **Der Report der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht („Venedig Kommission“) zur Frage der Beziehung zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und Religionsausübungsfreiheit (Studie 406/2006)** gelangt zu dem Ergebnis, dass Aufstacheln zum Hass, auch religiös motiviertem Hass, strafrechtlich verfolgt werden sollte. Die bloße Verletzung des religiösen Befindens jedoch nicht. Blasphemie sollte unter keinen Umständen bestraft werden.

4. **Resolution 16/18 des UN-Menschenrechtsrates** gelangt zu einem ähnlichen Ergebnis: Aufstacheln mit dem Ziel von Gewalttaten aufgrund religiöser Überzeugungen sollte unter Strafe gestellt werden.

5. **In der Allgemeinen Bemerkung Nr. 34 (2011) des UN-Menschenrechtsausschusses** heißt es: Die Zurschaustellung des mangelnden Respekts für eine bestimmte Religion oder ein Glaubenssystem muss zulässig sein. Strafen sind unzulässig, wenn die angegriffene Aussage wahr oder ihrer Natur nach nicht verifizierbar ist. Auch Aussagen, die nicht in böser Absicht getätigt wurden, können nicht sanktioniert werden.

6. **Resolution 2013/2078(INI) des Europäischen Parlamentes** schließlich empfiehlt, jede Form der Strafbarkeit von Blasphemie abzuschaffen, da sie mit dem Recht der freien Meinungsäußerung fundamental unvereinbar sei.

## II. Eingriff und Eingriffsrechtfertigung

Wie zwischen den Parteien unstrittig war, statuiert ein strafrechtlich sanktioniertes Äußerungsverbot einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 EMRK.<sup>7</sup> Fraglich war somit allein, ob der konkrete Eingriff gerechtfertigt war. Das wiederum wäre der Fall, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruhte („*prescribed by Law*“), ein legitimes – in Art. 10 Abs. 2 genanntes – Ziel verfolgte („*legitimate aim*“) und zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig war („*necessary in a democratic society*“).

<sup>7</sup> EGMR, Urte. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 39.

<sup>8</sup> Ibid. Rn. 40.

<sup>9</sup> Ibid. Rn. 41.

<sup>10</sup> Ausführlich: Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Art. 8 Rn. 110 ff.

<sup>11</sup> EGMR, Urte. v. 29.04.1999, Nr. 25088/94 [u.a.] – Chassagnou and Others v. France, Rn. 112.

## 1. Gesetzliche Grundlage („*prescribed by law*“)

Mit § 188 StGB existiert für den Eingriff eine gesetzliche Grundlage.<sup>8</sup>

## 2. Legitimes Ziel („*legitimate aim*“)

Ebenfalls von keiner der Parteien bestritten wurde die grundsätzliche Legitimität einer gesetzlichen Regelung, deren Ziel es ist, den religiösen Frieden in der Gesellschaft und damit die „Rechte anderer“ iSd. Art. 10 Abs. 2 EMRK zu schützen:

„[T]he impugned interference pursued the aim of preventing disorder by safeguarding religious peace, as well as protecting religious feelings, which corresponds to protecting the rights of others within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.“<sup>9</sup>

## 3. Verhältnismäßigkeit

### („*nessessary in a democratic society*“)

Die Konvention spricht nicht ausdrücklich von Verhältnismäßigkeit, sondern fordert, dass die Beeinträchtigung („*interference*“) im Hinblick auf das legitime Ziel („*legitimate aim*“) notwendig in einer demokratischen Gesellschaft ist („*necessary in a democratic society*“). Hieraus folgt zum einen, dass eine bloße Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit nicht ausreicht um eine Beeinträchtigung zu legitimieren und zum anderen, dass die legitime Beeinträchtigung einer Konventionsgarantie stets mit einem dringenden sozialen Bedürfnis korrespondieren muss.<sup>10</sup> Der Gerichtshof berücksichtigt hier mit Pluralismus, Toleranz und offener Geisteshaltung ausdrücklich auch jene Merkmale, die eine „demokratische Gesellschaft“ zu einer eben solchen machen.<sup>11</sup> Als ein weiteres dringendes soziales Bedürfnis („*pressing social need*“) ist aber auch die Verhältnismäßigkeit von Eingriffsermächtigungen (ieS.) anerkannt.<sup>12</sup>

### a) Meinungsfreiheit und Toleranz

Die Kammer steigt in die Sachprüfung ein, indem sie die besondere Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft betont und insbesondere darauf hinweist, dass es auf das konkret Gesagte in der Regel nicht ankommen darf:

„*Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. [Protected are] not only [...] 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. [So] there is little scope [...] for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest [...]*“<sup>13/14</sup>

### aa) Das Verhältnis von Meinungsäußerung und Religionsausübung

Die notwendige Folge hieraus sei, dass die Ausübung einer (oder keiner) Religion zwar ebenfalls von der Konvention geschützt werde (Art. 9 EMRK), dieser Schutz aber in der Regel nicht als

<sup>12</sup> Statt aller EGMR, Urte. v. 28.04.2005, Nr. 41604/98 – Buck v. Germany, Rn. 44 mwN.

<sup>13</sup> EGMR, Urte. v. 23.06.2016, Nr. 20261/12 – Baka v. Hungary, Rn. 159; EGMR, Urte. v. 27.06.2017, Nr. 931/13 – Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, Rn. 167.

<sup>14</sup> EGMR, Urte. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 42.

Schutz vor der Konfrontation mit anderen Meinungen verstanden werden dürfe:

„Those who choose to exercise the freedom to manifest their religion under Article 9 of the Convention, irrespective of whether they do so as members of a religious majority or a minority, therefore cannot expect to be exempt from criticism. They must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith [...]“<sup>15</sup>,<sup>16</sup>

Umgekehrt könne sich hieraus aber auch kein genereller Vorrang der Meinungsäußerungs- vor der Religionsausübungsfreiheit ergeben, sodass Konflikte im Wege der praktischen Konkordanz<sup>17</sup> aufzulösen sind. Wann genau indes ein Konfliktfall vorliegt, will der Gerichtshof mit einer gewissen Zirkelschlüssigkeit daraus herleiten, dass aus dem Recht, seine Meinung frei äußern zu dürfen zugleich die Pflicht folgt, die (Konventions-)Rechte anderer – und damit auch die Freiheit der Religionsausübung – zu respektieren:

„As paragraph 2 of Article 10 recognises, however, the exercise of the freedom of expression carries with it duties and responsibilities. Amongst them, in the context of religious beliefs, is the general requirement to ensure the peaceful enjoyment of the rights guaranteed under Article 9 to the holders of such beliefs including a duty to avoid as far as possible an expression that is, in regard to objects of veneration, gratuitously offensive to others and profane [...]“<sup>18</sup>,<sup>19</sup>

## bb) Intoleranz als Grenze zulässiger Meinungsäußerung

Die Grenze der Meinungsäußerung über religiöse Fragestellungen sollen demnach grundlos anstößige und ordinäre Äußerungen über Objekte religiöser Verehrung sein, wenn sie auch hätten vermieden werden können. Da dies freilich alles andere als ein einfach zu handhabender Maßstab ist, führt die Kammer mit Blick auf die *Otto-Preminger-Institut*-Rechtsprechung weiter aus:

„Where such expressions go beyond the limits of a critical denial of other people's religious beliefs and are likely to incite religious intolerance, for example in the event of an improper or even abusive attack on an object of religious veneration, a State may [...] take proportionate restrictive measures [...]“<sup>20</sup>. In addition, expressions that seek to spread, incite or justify hatred based on intolerance, including religious intolerance, do not enjoy the protection afforded by Article 10 of the Convention [...]“<sup>21</sup>,<sup>22</sup>

<sup>15</sup> EGMR, Urt. v. 20.09.1994, Nr. 13470/87 – *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Rn. 47; EGMR, Urt. v. 13.09.2005, Nr. 42571/98 – *İ.A. v. Turkey*, Rn. 28; EGMR, Urt. v. 02.05.2006, Nr. 50692/99 – *Aydın Tatlav v. Turkey*, Rn. 27.

<sup>16</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – *E.S. v. Austria*, Rn. 42.

<sup>17</sup> Zum Begriff: Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995), Rn. 72: „Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. [...] beiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können“. S. auch Sebastian, ZAR 2017, 153 (158).

<sup>18</sup> EGMR, Urt. v. 30.01.2018, Nr. 69317/14 – *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, Rn. 74 mwN.

<sup>19</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – *E.S. v. Austria*, Rn. 43.

<sup>20</sup> EGMR, Urt. v. 20.09.1994, Nr. 13470/87 – *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Rn. 47; EGMR, Urt. v. 13.09.2005, Nr. 42571/98 – *İ.A. v. Turkey*, Rn. 29

Sieht man einmal vom gewissermaßen selbstverständlichen Verbot des Aufrufens zu Gewalthandlungen ab, so soll die Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Äußerung über eine Religionsgemeinschaft, ihren Glauben, ihre Praktiken und ihre Mitglieder anhand eines **Toleranzgebotes** bestimmt werden, wobei die jeweils in Frage stehende Äußerung zunächst anhand ihres Inhaltes, des Kontextes, in dem sie getätigt wurde und – und das ist eine Neuerung der Entscheidung – auch anhand der im Lande aktuell bestehenden gesellschaftlichen und politischen Situation auszulegen ist.

Das ist durchaus konsequent, wenn man den Ursprung des Begriffes „Toleranz“ bedenkt. Er kommt vom lateinischen *tolerare*, was soviel bedeutet, wie erdulden, aushalten oder überstehen. Verstanden als soziale Tugend, ist Toleranz daher die bloße Duldung oder Hinnahme eines Denkens oder Verhaltens, welches man aus intellektuellen, moralischen oder gar ästhetischen Gründen eigentlich ablehnt.<sup>23</sup> Toleranz ist damit passiv und notwendig auf Dinge bezogen, die als falsch empfunden werden. Sie darf nicht Akzeptanz oder Gleichgültigkeit gleichgesetzt werden, weil das ihrem friedensstiftenden Charakter – gerade im Zusammenhang mit Religion – nicht gerecht würde: Ein friedliches Zusammenleben in einer Gesellschaft, in der es mehrere Religionen mit Alleinvertretungsanspruch gibt, ist überhaupt nur möglich, wenn die gegenseitig als falsch angesehenen Überzeugungen und Praktiken ausgehalten (toleriert) werden.<sup>24</sup> Nichts anderes gilt für jene Mitglieder der Gesellschaft, die Religionen als solche ablehnen.

## cc) Die Aussagen der B als Ausdruck von Intoleranz

Will man nun die angegriffenen Äußerungen der B an diesem Maßstab messen, stellt sich die Frage, ob diese noch als Ausdruck (passiver) Toleranz verstanden werden können oder schon als Aufruf zu (aktiver) Intoleranz verstanden werden müssen. Diesem Maßstab muss sowohl die rechtliche Grundlage für den Eingriff (§ 188 StGB) als auch ihre Anwendung im konkreten Fall gerecht werden.

Hier ist es dem Gerichtshof wichtig, dass Toleranz handlungsbezogen ist. Eine Religion oder eine religiöse Praxis hinnehmen zu müssen ist nicht gleichzusetzen damit, sie nicht kritisieren zu dürfen.<sup>25</sup> Selbst das Propagieren entgegengesetzter Ideen ist zulässig. Art. 9 EMRK schützt das Ausüben einer Religion. Das ist auch – oder gerade – in dem Wissen möglich, dass die Mehrheit der Bevölkerung diese ablehnt.<sup>26</sup>

Dies sieht die Kammer jedoch in § 188 StGB gewahrt. Die Norm stelle gerade nicht (nur) auf die Verletzung von Gefühlen ab

<sup>21</sup> EGMR, Urt. v. 04.12.2003, Nr. 35071/97 – *Gündüz v. Turkey*, Rn. 51.

<sup>22</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – *E.S. v. Austria*, Rn. 43.

<sup>23</sup> Weiterführend: *Forst, Toleranz im Konflikt* (2003), S. 42 mwN.

<sup>24</sup> *Tiedemann, Religionsfreiheit – Menschenrecht oder Toleranzgebot?* (2012), S. 16.

<sup>25</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – *E.S. v. Austria*, Rn. 52.

<sup>26</sup> *Grabenwarter/Pabel, EMRK*, 6. Aufl. (2016), § 22 Rn. 113 weisen mit Recht darauf hin, dass zwar primär die Überzeugung selbst, also das sog. „forum internum“ geschützt wird, dieses aber notwendig eine Ausübung derselben impliziert („forum externum“). Zur Frage des Eingriffes (Ibid. Rn. 120) heißt es daher richtig: „Der Staat greift in die durch Art. 9 gewährleistete Religions- und Weltanschauungsfreiheit ein, wenn er Handlungen, die im Zusammenhang mit der Religionsausübung stehen, verbietet oder mit Strafe oder anderen negativen Konsequenzen belegt.“

oder verbiete gar Blasphemie, sondern fordere zusätzlich hierzu besondere Umstände. Namentlich solche, die geeignet sind, „*be-rechtigtetes Ärgernis*“ zu erregen. Geschützt werde also kein religiöses Dogma, sondern die friedliche Koexistenz verstanden als gegenseitige Toleranz.<sup>27</sup>

Und auch an der Anwendung der Norm – so die Kammer weiter – gebe es nichts auszusetzen. Die Äußerungen der B waren in eine Geschichte eingebettet, deren Kernaussage es war, dass die Bezeichnung Mohammeds als pädophil möglicherweise auf Empörung stoßen wird. Die mögliche Wirkung ihrer Aussagen war B mithin bekannt. Auch sei es irreführend gewesen, die öffentlich zugängliche Veranstaltung mit „Grundlagen des Islam“ zu betiteln, da dies eine objektive Auseinandersetzung mit Fragen wie der Vorbildfunktion des Propheten Mohammed impliziert, die offensichtlich nicht gegeben war. Auch insofern müsse B klar gewesen sein, dass ihre geplanten Aussagen zu empören geeignet gewesen waren.

Die getroffenen Aussagen selbst, die Art und Weise, wie sie getroffen wurden, der Rahmen in dem sie getroffen wurden und das gesellschaftliche Klima in dessen Kontext sie gesehen werden müssen, lassen sie mithin als „böartige Verletzung des Geistes der Toleranz“ erscheinen:

„[...] *presenting objects of religious worship in a provocative way capable of hurting the feelings of the followers of that religion could be conceived as a malicious violation of the spirit of tolerance, which was one of the bases of a democratic society.*“<sup>28</sup>

#### b) Die „margin-of-appreciation“-doctrine

Was auffällt ist, dass sich die Kammer kaum mit dem eigentlichen Inhalt der von B getroffenen Aussagen beschäftigt. Das hat den Hintergrund, dass der Gerichtshof den Vertragsstaaten bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer konkreten Maßnahme in ständiger Rechtsprechung einen weiten – allerdings justiziablen – Beurteilungsspielraum zugesteht.<sup>29</sup> Diese sog. „margin of appreciation“<sup>30</sup> wird dadurch gerechtfertigt, dass die Konventionsstaaten aufgrund ihrer größeren Sachnähe regelmäßig besser in der Lage sind, zu beurteilen, inwiefern ein bestimmtes staatliches Handeln unbedingt erforderlich ist, um ein konkretes Ziel zu erreichen.

Für die Kontrolle der Einhaltung des gewährten Spielraumes gilt, dass sie weniger streng ist, je schwerer es für eine außenstehende Einrichtung ist, die nationalen Fragen zu beurteilen. Namentlich handelt es sich um Fragen der Moral oder des Fehlens

eines gemeinsamen Standards in den einzelnen Vertragsstaaten.<sup>31</sup> Umgekehrt gilt allerdings auch, dass bei Themen von allgemeiner Bedeutung oder Bestehen eines europäischen Grundkonsenses eben keine größere Sachnähe der nationalen Behörden besteht und der Einschätzungsspielraum dementsprechend strenger überprüft wird.<sup>32</sup>

Die Kammer geht davon aus, dass zur Frage des Schutzes von Rechten Dritter im Zusammenhang mit Angriffen auf deren religiöse Überzeugung kein gemeinsamer europäischer Standard bestehe, sodass den Mitgliedsstaaten bei der Ausgestaltung des Interessenausgleichs zwischen Meinungsäußerungs- und Religionsausübungsfreiheit ein entsprechend weiter Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>33</sup> Die Einschätzung der nationalen Gerichte zur Einordnung der angegriffenen Äußerungen sind damit von der Kammer weitgehend hinzunehmen.<sup>34</sup>

„*A State may therefore legitimately consider it necessary to take measures aimed at repressing certain forms of conduct, including the imparting of information and ideas, judged incompatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others [...].*“<sup>35</sup> *It is, however, for the Court to give a final ruling on the restriction's compatibility with the Convention and it will do so by assessing it in the circumstances of a particular case.*“<sup>36</sup>

Auf den Fall gewendet sieht die Kammer sodann keinen Grund, im Einzelfall von diesem Grundsatz abzuweichen. Es handele sich vielmehr um eine sensible Materie, die nur unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen und politischen Situation im Mitgliedsstaat angemessen beurteilt werden könne. Das haben die Gerichte hier nach Ansicht der Kammer auch getan. Das Recht der B auf Meinungsäußerungsfreiheit sei mit den Rechten Dritter auf Religionsausübungsfreiheit abgewogen worden und es sei im Ergebnis nicht zu bestanden, dass die österreichischen Gerichte davon ausgingen, dass es der B nicht um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung gegangen sei, sondern darum, Mohammed die Berechtigung abzusprechen, der Religionsgemeinschaft als Vorbild zu dienen.

Ohne mithin auf den Inhalt der von B getroffenen Äußerungen einzugehen, wiederholt die Kammer das Ergebnis der nationalen Gerichte, dass B sich bewusst gewesen sei, dass ihre Aussagen wenigstens zum Teil auf „falschen Fakten“ („*untrue facts*“) beruhten und geeignet gewesen seien, berechnete Entrüstung hervorzurufen.<sup>37</sup>

<sup>27</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 52.

<sup>28</sup> Ibid. Rn. 53.

<sup>29</sup> Statt Aller EGMR, Urt. v. 04.12.2015, Nr. 47143/06 – Roman Zakharov v. Russia, Rn. 232 mwN.

<sup>30</sup> *Peters/Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2012), § 2 Rn. 4 und § 3 Rn. 18; *Sebastian*, ZAR 2017, 153 (158, 161).

<sup>31</sup> St. Rspr. vgl. nur EGMR, 12.04.2012, Nr. 43547/08 – Stübing v. Germany, Rn. 60 (hierzu *Kliemann*, Beischlaf zwischen Verwandten (2014), S. 5, 41) und EGMR, 28.11.1984, Nr. 8777/79 – Sørensen and Rasmussen v. Denmark, Rn. 48; sowie allgemein *Bakircioglu*, GLJ 2007, 711 ff.

<sup>32</sup> Vgl. EGMR, 25.08.1998, Nr. 25181/94 – Hertel v. Switzerland, Rn. 47. Weiterführend zur Bestimmung des Einschätzungsspielraumes: EGMR, Urt. v. 13.06.1979, Nr. 6833/74 – Marckx v. Belgium, Rn. 41; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage (2016), § 18 Rn. 21; *Sebastian*, ZAR 2017, 153 (160 ff.).

<sup>33</sup> EGMR, Urt. v. 20.09.1994, Nr. 13470/87 – Otto-Preminger-Institut v. Austria, Rn. 58; EGMR, Urt. v. 13.09.2005, Nr. 42571/98 – İ.A. v. Turkey, Rn. 25; EGMR, Urt. v. 31.01.2006, Nr. 64016/00 – Giniewski v. France, Rn. 44; EGMR, Urt. v. 02.05.2006, Nr. 50692/99 – Aydın Tatlav v. Turkey, Rn. 24.

<sup>34</sup> Siehe EGMR, Urt. v. 10.11.1998, Nr. 44774/98 – Leyla Şahin v. Turkey, Rn. 108 f.; EGMR, Urt. v. 01.07.2014, Nr. 43835/11 – S.A.S. v. France, Rn. 123-128 mAnm. *Sebastian*, ZAR 2017, 153.

<sup>35</sup> EGMR, Urt. v. 25.05.1993, Nr. 14307/88 – Kokkinakis v. Greece; EGMR, Urt. v. 20.09.1994, Nr. 13470/87 – Otto-Preminger-Institut v. Austria, Rn. 47; EGMR, Urt. v. 02.05.2006, Nr. 50692/99 – Aydın Tatlav v. Turkey, Rn. 25.

<sup>36</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 44.

<sup>37</sup> Ibid. Rn. 53

### c) Tatsachenbehauptungen, Werturteile und die Bedeutung von Kontext

Da sich der den nationalen Gerichten gewährte Einschätzungsspielraum auch auf die Einordnung der Aussage als Tatsachenbehauptung oder Werturteil erstreckt,<sup>38</sup> konnte sich die Kammer auch insofern darauf beschränken, zu überprüfen, ob sich die nationalen Gerichte innerhalb ihrer „margin of appreciation“ bewegten.<sup>39</sup>

„In order to determine its proportionality, the Court must consider the impugned interference not only in the light of the content of the statements at issue, but also the context in which they were made. Furthermore, the nature and severity of the penalty imposed are also factors to be taken into account [...].<sup>40</sup> Where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts [...].“<sup>41,42</sup>

Während es bei der Tatsachenbehauptung auf deren Wahrheitsgehalt ankäme,<sup>43</sup> schliesse die Prüfung eines Werturteils auch die Frage ein, ob dieses auf einer ausreichend fundierten Tatsachengrundlage beruhe. Das hat den Hintergrund, dass Werturteile, die völlig aus der Luft gegriffen sind, nur sehr eingeschränkten Schutz genießen.<sup>44</sup>

In der Sache hat die Kammer indes auch hier nichts an den Entscheidungen der nationalen Gerichte auszusetzen. Sie wiederholt lediglich deren Ausführungen, dass B dem Propheten Mohammed pädophile Neigungen unterstellt habe, ohne hinreichend über den historischen Hintergrund zu informieren. Hierdurch habe sie die Thematik gerade der sachlichen Diskussion entziehen wollen.<sup>45</sup>

Schließlich stellt die Kammer noch fest, dass die ausgesprochene Strafe gemessen am Strafraumen überaus gering ausgefallen ist, an der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes also auch insofern keine Zweifel bestehen.<sup>46</sup>

### 4. Zusammenfassung

Abschließend hält der Gerichtshof fest<sup>47</sup>:

1. Die nationalen Gerichte haben die Interessen der B und jene der Allgemeinheit vertretbar gegeneinander abgewogen und die getroffene Entscheidung bewegt sich im Rahmen der nationalen Einschätzungsprärogative.

2. Die angegriffenen Aussagen waren geeignet, österreichische Muslime – so die Formulierung in § 188 StGB – „berechtigt zu verärgern“. Sie waren nicht neutral formuliert und haben nichts zu einer objektiven Debatte über Kinderehe beigetragen. Es handelte sich vielmehr um Generalisierungen ohne jede Tatsachengrundlage.

3. Ihre Einordnung als „rechtsmissbräuchlicher Angriff auf den Propheten des Islam“ war daher ebenso berechtigt, wie die Folgerung, dass die Aussagen geeignet waren, den religiösen Frieden im Lande zu gefährden. Es handelte sich um einen Aufruf zur Intoleranz.

Die Beschwerde der B wurde dementsprechend abgewiesen. Die Entscheidung ist seit 18.03.2019 rechtskräftig.

### E) Anmerkung

Die Bewertung der ganz auf den konkreten Sachverhalt fokussierten<sup>48</sup> Entscheidung ist schwierig. Auf der einen Seite dürfte das gefundene Ergebnis im Blick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum nationalen Einschätzungsspielraum bei Fragen der religiösen Toleranz gut vertretbar sein.<sup>49</sup> Auf der anderen Seite verpasst es die Kammer durch die weitgehende Abgabe der Entscheidungsverantwortung an die nationalen Gerichte, ein klares Signal im Hinblick auf Zulässigkeit und Anwendung von Blasphemieverboten im Geltungsbereich der EMRK zu setzen.

Wer an dieser Stelle versucht ist, dem entgegenzuhalten, dass es nicht Aufgabe des Gerichtshofes sei, „Zeichen zu setzen“, der verkennt die Bedeutung der EMRK für den Individualrechtsschutz in Europa.<sup>50</sup> Die Konvention beansprucht in beinahe allen Staaten Europas Geltung. Als gemeinsamer Rechtsstandard geht sie in ihrer Bedeutung damit selbst über die Akte der Europäischen Union weit hinaus.<sup>51</sup> Aufgrund der Pflicht der Mitgliedsstaaten, ihre Rechtsordnungen konventionskonform auszugestalten, kann eine einzelne Entscheidung des EGMR damit erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Bevölkerung des ganzen Kontinents haben (Art. 46 EMRK).<sup>52</sup>

Als völkerrechtlich legitimes Organ ist es dabei zwar nachvollziehbar und richtig, dass seine Fähigkeit, unmittelbar auf die Rechtsordnungen souveräner Staaten Einfluss zu nehmen, auf den Ausspruch einer Zahlungsverpflichtung beschränkt ist. Gleichzeitig sollte sein mittelbarer Einfluss auf die demokratische Willensbildung durch ein wegweisendes Urteil nicht unterschätzt werden.<sup>53</sup> Es ist diese Autorität und der in der Präambel<sup>54</sup> zur EMRK erwähnte Glaube an die friedensstiftende Funktion

<sup>38</sup> EGMR, Urt. v. 26.04.1995, Nr. 15974/90 – Prager and Oberschlick v. Austria, Rn. 36.

<sup>39</sup> EGMR, Urt. v. 08.10.2015, Nr. 27447/07 – Kharmalov v. Russia, Rn. 31; EGMR, Urt. v. 22.01.2015, Nr. 26671/09 – Pinto Pinheiro Marques v. Portugal, Rn. 43; EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 37 mAnm. ▶ **Sebastian**, JSE 2018, 171.

<sup>40</sup> EGMR, Urt. v. 04.12.2003, Nr. 35071/97 – Gündüz v. Turkey, Rn. 42.

<sup>41</sup> EGMR, Urt. v. 07.02.2012, Nr. 40660/08 [u.a.] – Von Hannover v. Germany (No. 2), Rn. 107.

<sup>42</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 49.

<sup>43</sup> Siehe unter anderem EGMR, Urt. v. 31.01.2006, Nr. 64016/00 – Giniewski v. France, Rn. 52 und EGMR, Urt. v. 27.06.2017, Nr. 17224/11 – Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina, Rn. 117.

<sup>44</sup> EGMR, Urt. v. 27.06.2000, Nr. 26958/95 – Jerusalem v. Austria, Rn. 43; EGMR, Urt. v. 12.07.2001, Nr. 29032/95 – Feldek v. Slovakia, Rn. 73-76; EGMR, Urt. v. 12.01.2016, Nr. 55495/08 – Genner v. Austria, Rn. 38.

<sup>45</sup> EGMR, Urt. v. 25.10.2018, Az.: 38450/12 – E.S. v. Austria, Rn. 54.

<sup>46</sup> Ibid. Rn. 56.

<sup>47</sup> Ibid. Rn. 57.

<sup>48</sup> So auch ▶ **Müller, Verfassungsblog vom 30. Oktober 2018**.

<sup>49</sup> Ibid.: „[...] stimmige Fortschreibung der Straßburger Judikatur zum Verhältnis von Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK).“

<sup>50</sup> Im Einzelnen: **Sebastian**, GRUR Int. 2012, 524 (525 f.) mwN.

<sup>51</sup> Deren höchste verbindliche Rechtsquelle für Grund- und Menschenrechte sie ist: EuGH, Rs. C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659, Rn. 71; Geiger, IIC 2006, 371 (386), Scheer, ZEuS 2004, 663 (690).

<sup>52</sup> Vgl. Ress, ZaöRV 2004, 621 (630 f.).

<sup>53</sup> Höland, in: Renzikowski, Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht (2004), S. 9 (19) spricht vom „Fundament einer europäischen Rechtskultur“.

<sup>54</sup> Bedenkt man, dass mit dem 15. Zusatzprotokoll künftig auch die „margin of appreciation doctrine“ in der Präambel stehen wird, scheint es jedoch fraglich, ob der Gerichtshof künftig wieder eine bedeutendere Rolle bei der Harmonisierung des Menschenrechtsschutzes einnehmen will.

eines gemeinsamen Verständnisses der Menschenrechte, der hier gegen falsch verstandenen Respekt vor staatlicher Souveränität gesprochen hätte:

„[I]n Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden und die am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung sowie durch ein gemeinsames Verständnis und eine gemeinsame Achtung der diesen Grundfreiheiten zugrunde liegenden Menschenrechte gesichert werden.“

### I. Zur Notwendigkeit von Religionskritik

Historisch gesehen kann die Bedeutung von Religionskritik nicht hoch genug gewertet werden. Sie führte als Kritik an der römisch-katholischen Kirche zur Reformation und damit dazu, dass die römisch-katholische Kirche die Deutungshoheit über die Bibel verlor und langfristig zur Toleranz der neuen christlichen Strömungen gezwungen war. Glaubenssätze, die jahrhundertlang unangreifbares Dogma waren, standen plötzlich zur Diskussion und Disposition, ohne dass dies mit Tod oder Folter bestraft wurde.

Die Reformation war jedoch nur der Ausgangspunkt einer noch weitergehenden Religionskritik, wie sie die Aufklärung mit sich brachte. Plötzlich waren selbst gänzlich atheistische Weltbilder denkbar, die die Freiheit des Menschen und seine Vernunft in den Mittelpunkt ihrer Ethiken stellten. Spätestens seitdem gehört die Religionskritik in der westlichen Welt zum festen Bestandteil der Kultur. Gleich, ob als Fundamentalkritik oder Kritik bestimmter Praktiken – wie bspw. dem Zölibat – erfolgt.

Es überrascht daher wenig, dass einige der bedeutendsten Autoren des vergangenen Jahrhunderts teils vernichtende Kritik an den großen Religionsgemeinschaften übten und die Existenz von Religionen grundsätzlich in Frage stellten. Man denke an *Bertrand Russell*, der Religion als „Krankheit“ und „Quelle unennbaren Elends für die menschliche Rasse“ bezeichnete<sup>55</sup> oder *Friedrich Nietzsche*, der das Christentum als „bisher das größte Unglück“ und „einen unsterblichen Schandfleck der Menschheit“ ansah.<sup>56</sup> Es ließen sich noch zahlreiche weitere Beispiele finden.<sup>57</sup> Sie alle kritisierten jedoch ein Christentum, das eine Reformation und eine Aufklärung hinter sich hatte und mussten daher keine ernsthaften Repressalien befürchten. Andernfalls hätte es ihre Werke wohl nie gegeben.

Die Bedeutung von Religionskritik für die politische, gesellschaftliche und auch künstlerische Entwicklung kann daher nicht genug betont werden. Und jede Einschränkung derselben, selbst oder gerade, wenn sie bei den Anhängern des kritisierten Glaubens für Empörung sorgt, verdient den besonderen Schutz des Staates. Fortschritt ohne Kritik ist nicht denkbar.

### II. Toleranz als Synallagma

Was die rechtliche Einordnung von Religionskritik als schützenswerte Meinungsäußerung angeht, so wählt die Kammer mit

einem Toleranzgebot durchaus den richtigen Ansatz, scheint allerdings zu verkennen, dass die geschuldete Toleranz in Fällen der abfälligen Äußerung über eine Religionsgemeinschaft in einem Synallagma steht. Denn selbstverständlich hat derjenige, der sich kritisch über einen Glauben, eine Glaubensgemeinschaft oder die Praktiken einer solchen äußert, diese dennoch zu tolerieren. Auf der anderen Seite haben die Anhänger des Glaubens eben jene Meinungsäußerung zu tolerieren. Niemand muss den anderen mögen oder sein Handeln gutheißen. Wie dargestellt, ist es gerade das Wesen der Toleranz, dass dies nicht der Fall ist. Toleranz kann immer nur eine **Koexistenz in Antipathie** bedeuten.

Die Grenze, die es für die Beurteilung einer Rechtsverletzung unweigerlich braucht, ist daher eine andere. Und auch hier findet der Gerichtshof durchaus eine eingängige Lösung. Wie auch der U. S. Supreme Court stellt er auf die Doktrin vom „call to action“ ab. Hiernach ist jede Meinungsäußerung zulässig, solange sie nicht zu einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzung aufruft oder anderweitig zu einer solchen zu führen droht.<sup>58</sup> Meinungsäußerungsfreiheit endet mithin dort, wo aktiv zum grundrechtseinschränkenden Handeln aufgefordert wird, oder ein solches in Folge der Meinungsäußerung wahrscheinlich ist. Neben dem Aufruf zu Gewalthandlungen wäre hier zB. an das Stören eines Gebetes mit Trillerpfeifen zu denken.

Das lässt einen sehr weiten Spielraum für sehr böartige Kritik. Und misst man den Fall an diesem Maßstab, so wird man gut vertreten können, dass die Aussagen der B geschmacklos waren. Letztlich waren es jedoch Aussagen über einen Feldherrn, der vor mehreren hundert Jahren lebte und der selbst nicht mehr beleidigt werden kann. Auch sein Andenken ist schon lange nicht mehr durch ein Pietätsinteresse geschützt. Was bleibt, ist die Pflicht der kritisierten Religionsgemeinschaft, die Aussagen der B zu tolerieren. Denn inwiefern hier zur Intoleranz oder Gewalt gegen Muslime als Bevölkerungsgruppe oder Individuen aufgerufen worden sein soll, ist aus dem mitgeteilten Sachverhalt schlicht nicht ersichtlich.

Die nationalen Gerichte haben vielmehr auf die Empörung der im Land lebenden Muslime abgestellt und hieraus eine Gefährdung des religiösen Friedens geschlossen. Das verkennet aber den Zweck des Merkmals, wenn man es konventionskonform im Lichte des von der Kammer geforderten Toleranzgebotes auslegt. Eine Gefährdung des religiösen Friedens durch eine Meinungsäußerung besteht nur dann, wenn Intoleranz – und zwar durch aktives Handeln – gegenüber Mitgliedern der Religionsgemeinschaft als Grundrechtsträgern droht. Wenn überhaupt, hat die Erfahrung der letzten Jahre gezeigt, dass die Vergeltungsmaßnahmen in der Regel nicht von Seiten jener zu erwarten sind, die den Islam kritisieren.

### III. Mohammed-Karikaturen im Lichte der Entscheidung

Es ist diese falsch verstandene Toleranz, die die Entscheidung der Kammer möglicherweise sogar als falsches Zeichen in einer

<sup>55</sup> Russell, Warum ich kein Christ bin (1927/1981), S. 13 f.

<sup>56</sup> Nietzsche, Der Antichrist (1895), Kapitel 51 und 62.

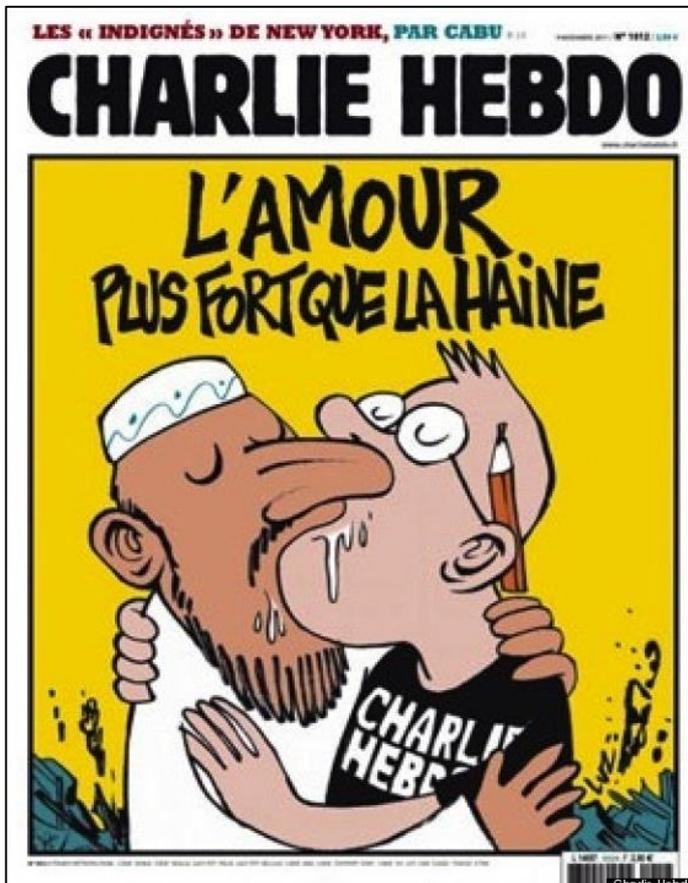
<sup>57</sup> Vgl. bei **Burmann, TE vom 26.10.2018**.

<sup>58</sup> U.S. Supreme Court, Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969), S. 447: „[...] the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press

do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.“

anhaltenden Debatte über zulässige Islamkritik erscheinen lässt.<sup>59</sup> Um das verständlich zu machen, bietet sich der Versuch an, die Rechtsprechung der österreichischen Gerichte auf eine andere Fallkonstellation zu übertragen.

Im Jahre 2011 publizierte das französische Satire-Magazin Charlie Hebdo das folgende Cover:



Der Text in der Sprechblase lautet ins Deutsche übersetzt „Die Liebe ist stärker als der Hass“. Bei der linken Person soll es sich nicht um den Propheten Mohammed, sondern (irgend-)einen Moslem mit Takke handeln, allerdings wurde die Karikatur von vielen französischen Muslimen aufgrund vergangener Mohammed-Karikaturen von Charlie Hebdo anders aufgenommen. Generell fiel die Veröffentlichung in eine Zeit, in der die Beziehungen zwischen der muslimischen und der sonstigen Bevölkerung Frankreichs angespannt waren. Auf die Karikatur folgte ein Hack der Website des Magazins, sowie ein Brandanschlag. Und ca. drei Jahre später stürmten zwei maskierte Männer die Redaktionsräume und töteten mit Sturmgewehren 12 Menschen.

Frankreich verfügt als laizistisches Land zwar bereits seit Ende des 19. Jahrhunderts über keinen Blasphemie-Tatbestand mehr. Hypothetisch ließen sich die Erwägungen der österreichischen Gerichte jedoch problemlos auf den Fall übertragen:

Dem Zeichner der Karikatur musste im Lichte vergangener Karikaturen bewusst sein, dass auch dieser Cartoon als Darstellung Mohammeds verstanden werden würde. Dass die Darstellung

<sup>59</sup> ▶ Müller, Verfassungsblog vom 30. Oktober 2018: „In den Urteilsgründen wird zwar die Toleranz vielfach beschworen, hauptsächlich jedoch in Gestalt der gegenüber religiösen Menschen und Gruppen eingeforderten Toleranz. Vergleichsweise unterbelichtet ist dagegen [...] die Toleranz gegenüber Religionskritiker(inne)n.“

des Propheten als homosexuell zu erheblichem Aufruhr im muslimischen Teil der Bevölkerung führen würde, war für ihn auch vorhersehbar. Ferner existiert keinerlei Tatsachengrundlage, mit der davon ausgegangen werden könnte, dass Mohammed homosexuell war. Zwar könnte man die Karikatur als Kritik an der Behandlung Homosexueller in weiten Teilen der islamischen Welt sehen, allerdings kann eine sachliche Diskussion in Folge eines Verstoßes gegen das im Islam geltende Abbildungsverbot Mohammeds und der konkreten Darstellung kaum erwartet werden. Auch das musste dem Zeichner klar sein.

Würde der EGMR also auch von einer „böartigen Verletzung des Geistes der Toleranz“ ausgehen und die Folgen für die Redakteure mithin als Auswüchse eines – wie § 188 StGB es verlangt – „berechtigten Ärgernisses“ der muslimischen Bevölkerung ansehen? Ex post erscheint es jedenfalls zweifelhaft. Nichtsdestotrotz zeigt es, wozu eine solche Argumentation führt, wenn man versucht, sie zu verallgemeinern.

Die Kammer stellt nämlich durchaus zurecht darauf ab, dass § 188 StGB nicht die Gotteslästerung bestraft, sondern eine darüberhinausgehende Störung des öffentlichen Friedens verlangt. Sie akzeptiert dann allerdings eine Auslegung der nationalen Gerichte, die eben jenes Merkmal effektiv aushebelt. Wenn es nämlich allein davon abhängt, ob die Anhänger der kritisierten Religionsgemeinschaft nur ausreichend empört sind, liegt die Erfüllung des Straftatbestandes in ihrer Hand: Hierdurch wird § 188 StGB – jedenfalls bei Äußerungen über den Islam – doch zum Straftatbestand für Blasphemie.

Was bleibt, ist die Feststellung, dass der EGMR aufgrund eines zu stark harmonisierenden Bildes des Verhältnisses von Religiösem und Nicht-Religiösem vermutlich das Gegenteil dessen erreicht hat, was er mit der Entscheidung bewirken wollte: Jede Form „nicht-konstruktiver“ Religionskritik droht aus dem Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit zu fallen, mit der Folge einer zunehmend unterkühlten öffentlichen Debatte. Müller bringt es in seiner Anmerkung zur Entscheidung auf den Punkt, wenn er schreibt: „Falsch verstandene Toleranzgebote befördern die öffentliche Debatte nicht, sondern bringen sie zum Schweigen.“<sup>60</sup>

#### IV. Die Bedeutung von Kontext im Rahmen der „margin of appreciation“

Wie schon eingangs angesprochen, hat die übermäßige Betonung der nationalen Einschätzungsprerogative bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zur Folge, dass die Grundrechtsprüfung noch mehr in Richtung nationaler Ebene verlagert wird.<sup>61</sup> Das kann man auf allgemeiner Ebene kritisieren. Der vorliegende Fall zeigt aber, dass auch im Konkreten eine weitere Überprüfung der von den nationalen Gerichten getroffenen Entscheidung in der Sache wünschenswert gewesen wäre:

1. Zunächst ist der Täuschungscharakter, den die Kammer der B unterstellen will, fraglich. So ist es zwar korrekt, dass man bei

<sup>60</sup> ▶ Müller, Verfassungsblog vom 30. Oktober 2018.

<sup>61</sup> Ibid.

dem Titel „Grundlagen des Islam“ von einer objektiven Veranstaltung ausgehen könnte, allerdings war auch klar kommuniziert, dass es sich um eine FPÖ-Veranstaltung handelt, sodass jedenfalls mit einer gewissen Tendenz hätte gerechnet werden müssen.

2. Darüber hinaus ist generell zu beachten, dass eine Kritik am Islam schwer von einer Kritik ihres Religionsstifters getrennt werden kann. Da Mohammed eine reale historische Persönlichkeit war, der bis heute im Islam Vorbildwirkung zukommt, wird eine Kritik bestimmter religiöser Praktiken nicht selten eine Kritik an der Person Mohammeds sein. Die Eignung zur Friedensstörung also letztlich daran festzumachen, dass hier eine Person und nicht der Glaube selbst kritisiert wird, verkennt einen der wesentlichen Unterschiede zwischen den drei abrahamitischen Religionen.

3. Was die konkrete Aussage angeht, so erscheint es zudem fraglich, ob es für deren Zulässigkeit wirklich – wie das Oberlandesgericht Wien ausdrücklich schreibt – auf deren Grammatik ankommt. Zwar ist richtig, dass „pädophil“ als medizinischer Terminus eine Vorliebe und gerade nicht eine Handlung beschreibt. Allerdings erscheint fraglich, ob dies dem allgemeinen Sprachgebrauch und damit dem Empfängerhorizont der Zuhörer der B entspricht. Bedenkt man, dass jedenfalls der Geschlechtsakt zwischen Mohammed und der neunjährigen Aisha außer Frage steht, entbehrt es gerade nicht jeder Tatsachengrundlage, dass der körperliche Vollzug des Aktes auch mit einer Vorliebe einherging. Jedenfalls erschiene es widersinnig, wenn B bspw. „Mädchenficker“ hätte sagen dürfen aber das im allgemeinen Sprachgebrauch deutlich weniger derogativ besetzte „pädophil“ meiden muss.

#### V. Die Bedeutung der Natur von Kriminalstrafe für die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes

Nur am Rande erwähnt – da kein Spezifikum des vorliegenden Falles – sei die Auffassung der Kammer, dass die Einschränkung der Meinungsfreiheit der B (auch) deshalb verhältnismäßig sei, weil die verhängte Strafe gemessen am möglichen Strafraumen überaus moderat ausfiel.

Das mag im ersten Moment noch überzeugen, da eine Verhältnismäßigkeitsprüfung immer auch eine Prüfung der Zweck-Mittel-Relation ist. Es verkennt jedoch die Natur der Kriminalstrafe, die über das eigentliche Strafübel hinaus immer auch sozialetischer Tadel sein soll. Es wird unabhängig von der Strafhöhe selbst ein ehrenrühriges, autoritatives Unwerturteil über Tat und Person des Täters gefällt.<sup>62</sup> Die Tatsache, dass eine Sanktion Strafe und eben nicht lediglich ein Bußgeld ist, sollte bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme daher Berücksichtigung finden.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der EGMR dieses Verständnis von Strafe nicht teilt.<sup>63</sup> Die entsprechenden Entscheidungen betrafen jedoch den Begriff der strafrechtlichen Sanktion in Art. 6 EMRK und damit eine Frage, die in der Tat autonom anhand des Konventionsrechts zu bestimmen ist.<sup>64</sup> Die

Frage, welche Folgen für die Person mit einer konkreten Maßnahme verbunden sind, ist jedoch eine Frage des nationalen Rechts.

#### Hinweise für Studierende

Die Entscheidung behandelt einige interessante Aspekte des Schutzes der Meinungsäußerungsfreiheit und ihrer Abwägung mit anderen Grundrechten. Sie ist daher auch über den konkreten Fall hinaus für sämtliche Diskussionen über Verbote von „Hassrede“ oder der Verbreitung von „Fake News“ von Bedeutung.

Was den konkreten Fall angeht, so sind die Rechtsfragen keineswegs auf die österreichische Rechtsordnung beschränkt. Auch das deutsche StGB enthält mit § 166 eine der österreichischen Regelung nicht unähnliche Norm.

Mit Blick auf das internationale Recht handelt es sich um eine weitere Entscheidung, welche mehr darum bemüht ist, die Subsidiarität des EMRK-Rechtsschutzes zu betonen, anstatt eine Entscheidung in der Sache zu treffen. Das ist aufgrund der Flut an Individualbeschwerden sicher verständlich, im vorliegenden Fall aber dennoch ärgerlich.

**Sascha Sebastian, M.mel.**

Referendar  
Oberlandesgericht Celle  
Hannover

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>62</sup> Vgl. zB. BVerfGE 22, 49 (80).

<sup>63</sup> EGMR, Urt. v. 21.2.1984, Az.: 8544/79 – Öztürk v. Germany, Rn. 46 ff.

<sup>64</sup> Gaede, in: MüKo StPO (2018), Art. 6 EMRK Rn. 40 ff. mwN.

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck  
 Pius Dolzer  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 Maik Kniebel  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Schriftleiter)*  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Gabriel Schmidt  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Philipp Trautmann  
 Betül Turgan  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Doblerstrasse 15  
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Vorsitzender)*  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellv. Vorsitzender)*  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
*(Schatzmeister)*  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
*(Ressortleiter Strafrecht)*  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
*(Ressortleiter Öffentliches Recht)*

9. Jahrgang (2019)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 RiLG Dr. Ralf Dietrich  
 Prof. Dr. Jörg Eisele  
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
 Prof. Dr. Volker Haas  
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
 RD Jochen Heinz  
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)  
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
 Prof. Dr. Alexander Proelß  
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 Prof. Dr. Christian Traulsen  
 RA Dr. Werner Walk  
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:  
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

4/2018   Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018   Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018   Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018   Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018   Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017   Arne Pautsch	Die Wahlpflicht
4/2017   Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017   Sascha Sebastian	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017   Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017   Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017   Markus Meißner/Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017   Tim P. Holler/Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017   Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migrantinnen in den Arbeitsmarkt
4/2016   Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016   Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016   Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015   Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet
3/2015   Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015   Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015   Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015   Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015   Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz

4/2014   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
1/2012   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
1/2011   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen