

# Die Strafbarkeit des Filmens von Polizeieinsätzen

## Zur Auslegung und Reformbedürftigkeit des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter Christian Liefke, Bonn\*

*Das Filmen von Polizeieinsätzen wird aufgrund modernerameratechnik und einer steigenden Sensibilität für gewalttames und diskriminierendes Polizeihandeln zu einem alltäglichen Phänomen. Während die Herstellung von Bildaufnahmen grundsätzlich nicht strafbar ist und ein polizeiliches Einschreiten nicht ohne Weiteres rechtfertigen kann, ist die Rechtslage in Bezug auf die regelmäßig mitangefertigten Tonaufnahmen unklarer. Im Mittelpunkt der Diskussion steht eine mögliche Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes gem. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Der vorliegende Beitrag erörtert die bestehenden Meinungslinien zur Strafbarkeit de lege lata. Anschließend werden, mit kritischem Blick auf die Parallelvorschrift des § 201a StGB, Überlegungen zur Rechtslage de lege ferenda angestellt. Ob unabhängig davon ein polizeiliches Einschreiten (zumindest in Form einer Identitätsfeststellung) direkt auf die Annahme einer Gefahr für die individuellen Persönlichkeitsrechte der Beamten gestützt werden kann,<sup>1</sup> soll ebenso wenig Gegenstand der Untersuchung sein wie ein Vorgehen wegen einer möglichen Verletzung von Art. 6 Abs. 1 DSGVO.<sup>2</sup>*

### I. Einleitung

Die Polizei als ausführender Arm des staatlichen Gewaltmonopols steht vor einem Dilemma: Einerseits bemüht sie sich, als „Freund und Helfer“ wahrgenommen zu werden, um die Kooperation der Bürger sicherzustellen. Andererseits ist es ihrem Schutz- und Verfolgungsauftrag immanent, im Einzelfall gewaltsam gegen eben diese Bürger vorgehen zu müssen. Dank moderner Smartphones entstehen dabei immer häufiger Aufnahmen, die geeignet sind, das bisher hohe gesamtgesellschaftliche Vertrauen in die Institution<sup>3</sup> in Frage zu stellen.

---

\* Der Verf. ist als Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn bei Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard) tätig.

<sup>1</sup> Für diese Möglichkeit VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 527 (528); OLG Zweibrücken BeckRS 2021, 31702 Rn. 13; Keller, Persönlichkeitsrecht von Polizeibeamten, 2019, S. 193 f., 200 f.; Kerber, Bildberichterstattung über Polizeieinsätze, 1992, S. 99 f., 104 f.; Kirchhoff, NVwZ 2021, 1177 (1182); Leppert/Kretschmann, Die Polizei 2017, 286 (288); Muckel, JA 2016, 311 (313); Seidl/Wessels, jurisPR-ITR 2015, Anm. 4; einschränkend VGH Mannheim ZUM-RD 2011, 126 (132); VG Göttingen ZUM-RD 2013, 490 (491); VG Meiningen NVwZ-RR 2012, 551 (553); Penz, NVwZ 2016, 54 (55); kritisch Ehlers, JuS 1983, 869 (873); Reuschel, NJW 2021, 17 (22).

<sup>2</sup> Ausführlich hierzu Kirchhoff, NVwZ 2021, 1177 (1181 ff.); Rennieke, NJW 2022, 8.

<sup>3</sup> Birkel/Church/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler, Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017, 2019,

Diese neue Sichtbarkeit der Polizei<sup>4</sup> befeuert die Debatte über rechtswidrige Polizeigewalt,<sup>5</sup> weckt aber gleichzeitig Bedenken im Hinblick auf die Möglichkeit, Einsatzverläufe verzerrt darzustellen oder Beamte öffentlich zu diskreditieren.

In Sorge um das Ansehen der Polizei und zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beamten versuchen Polizeibehörden daher seit Jahrzehnten, gegen die audiovisuelle Dokumentation ihrer Einsätze auch polizeirechtlich vorzugehen. Die für ein präventiv-polizeiliches Einschreiten erforderliche Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit (vgl. z.B. § 8 Abs. 1 PolG NRW) wurde zumeist mit der Gefahr einer nach §§ 22, 33 KunstUrhG strafbaren Verbreitung von Bildnissen der Polizeibeamten begründet.<sup>6</sup> Diese Argumentation kann zwar weiterhin bemüht werden, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2015 hervorgehoben, dass das bloße Anfertigen von Bildaufnahmen für sich genommen noch keine hinreichend konkrete Gefahr einer späteren, unzulässigen Veröffentlichung begründet.<sup>7</sup> Auch wenn das Gericht damit kein juristisches Neuland betreten hat,<sup>8</sup> zeigt sich seitdem ein neues Phänomen: Polizeiliche Maßnahmen sowie strafrechtliche Verurteilungen werden zunehmend auf den Vorwurf einer Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes gem. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB gestützt.<sup>9</sup>

---

S. 78; Glaubitz/Riesner, Sicherheit und Kriminalität in Schleswig-Holstein, 2020, S. 62.

<sup>4</sup> Zur „neuen Sichtbarkeit“ der Polizeiarbeit Goldsmith, The British Journal of Criminology 50 (2010), 914.

<sup>5</sup> Aufsehen erregt haben vor allem Fälle tödlicher Polizeigewalt gegen Afroamerikaner in den USA wie z.B. die Fälle Eric Garner oder George Floyd. Doch auch in Deutschland gewinnen Aufnahmen von Polizeieinsätzen an Relevanz, siehe z.B. Spanner, ZEIT ONLINE v. 29.11.2022, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/gesellschaft/2022-11/polizeigewalt-hamburg-prozess-corona-protest> (15.11.2023).

<sup>6</sup> So bereits OLG Bremen NJW 1977, 158. In Fällen, in denen durch Bild- oder Tonaufnahmen Einsätze behindert werden oder die Enttarnung der Angehörigen von Spezialeinheiten droht, kann ein Einschreiten unstreitig auf eine konkrete Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Polizei gestützt werden. Solche Sonderfälle sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

<sup>7</sup> BVerfG NVwZ 2016, 53.

<sup>8</sup> Derselbe Hinweis findet sich schon 28 Jahre zuvor beim VG Köln NJW 1988, 367 (368 f.); ebenso u.a. BVerwGE 109, 203; OVG Koblenz NVwZ-RR 1998, 237; OVG Münster DÖV 2001, 476; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 527 (528).

<sup>9</sup> Ohne Beschränkung auf die Fälle, die Polizeieinsätze betreffen, haben sich zwischen 2015 und 2021 die in der Polizeilichen Kriminalstatistik erfassten Fälle des § 201 StGB fast vervierfacht (2015: 1.144; 2016: 1.461; 2021: 4.349),

Dieser stellt es unter Strafe, unbefugt das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufzunehmen. Die Strafbarkeit knüpft bereits an die bloße Anfertigung einer Audioaufnahme an, sodass keine Anhaltspunkte für eine identifizierende Bildaufnahme oder eine spätere Veröffentlichung erforderlich sind. Da Tonaufnahmen der Äußerungen der Polizeibeamten regelmäßig aber bloßes Nebenprodukt der eigentlich gewollten Videodokumentation sind,<sup>10</sup> erzeugt der offensichtliche „Notbehelf“ einer Verfolgung über § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein gewisses Störgefühl.

Dementsprechend gibt es hierzu eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen und Stellungnahmen aus der Literatur, welche sich heterogen darstellen. Eine höchstrichterliche Klärung ist nicht absehbar, da wegen der Strafdrohung von maximal drei Jahren Freiheitsstrafe zu den Amtsgerichten angeklagt wird (§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG), weswegen letztinstanzlich die Oberlandesgerichte über Revisionen entscheiden (§§ 333, 335 StPO, § 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG). Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist daher nur im Zuge einer Divergenzvorlage gem. § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG denkbar. Wird die Rechtsprechung alternativ im Rahmen der Bestätigung der Beschlagnahme eines Aufnahmegerätes gem. § 98 Abs. 2 StPO mit der Angelegenheit befasst, entscheiden allenfalls die Landgerichte über Nichtabhilfebefehle von Amtsgerichten (§ 306 Abs. 2 Hs. 2 StPO, § 73 Abs. 1 GVG).

## II. Die Strafbarkeit der Dokumentation von Polizeieinsätzen de lege lata

Solange ein Polizeieinsatz nicht allein fotografisch festgehalten oder aus großer Distanz dokumentiert wird, befindet sich auf dem häufig eingesetzten Smartphone oder alternativ der

Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2015, abrufbar unter

[https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2015/Standardtabellen/Faelle/tb01\\_FaelleGrundtabelle\\_excel.xlsx?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2015/Standardtabellen/Faelle/tb01_FaelleGrundtabelle_excel.xlsx?__blob=publicationFile&v=3) (15.11.2023);

sowie Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2021, abrufbar unter

[https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2021/Bund/Faelle/BU-F-01-T01-Faelle\\_xls.xlsx?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2021/Bund/Faelle/BU-F-01-T01-Faelle_xls.xlsx?__blob=publicationFile&v=4) (15.11.2023).

Die Verurteilungen sind im selben Zeitraum um mehr als das Dreifache angestiegen (2015: 101; 2021: 328), Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik, Fachserie 10, Reihe 3, 2015, abrufbar unter

[https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00030947/2100300157004.pdf](https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00030947/2100300157004.pdf) (15.11.2023);

sowie Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik, Fachserie 10, Reihe 3, 2021, abrufbar unter

[https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00074064/2100300217004.pdf](https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00074064/2100300217004.pdf) (15.11.2023).

<sup>10</sup> Handelsübliche Smartphones bieten keine Möglichkeit, Videos ohne Ton aufzunehmen.

Videokamera in aller Regel eine Tonaufzeichnung der Äußerungen der Polizeibeamten. Problematisch in Bezug auf eine Strafbarkeit dieser Aufzeichnung ist, ob die Äußerungen „nichtöffentlich“ getätigt wurden und ob die Aufzeichnung „unbefugt“ erfolgte.

### 1. Zur Frage der Nichtöffentlichkeit

§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB dient dem Schutz des aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Rechts auf Wahrung der Unbefangtheit der mündlichen Äußerung.<sup>11</sup> Die vertrauensvolle zwischenmenschliche Kommunikation soll nicht dadurch gefährdet werden, dass befürchtet werden muss, „auf das in einem Privatgespräch Gesagte durch ein Aufnahmegerät in der Tasche seines Partners gegen seinen Willen festgenagelt zu werden“.<sup>12</sup> Zudem begründet die Perpetuierung des für flüchtig gehaltenen Wortes eine besondere Manipulationsgefahr.<sup>13</sup> Schutzgut der Norm ist nicht der Inhalt der Äußerung oder die Vertraulichkeit des Gesagten, „sondern der Persönlichkeitswert des Stimmklanges und die damit verbundene Authentizität einer Stimmkonservierung“.<sup>14</sup> Aus dieser Schutzrichtung wird herrschend abgeleitet, dass ein gesprochenes Wort dann nichtöffentlich ist, wenn die Äußerung nicht für einen größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder nicht durch persönliche oder sachliche Beziehungen miteinander verbundenen Personenkreis bestimmt oder unmittelbar verstehbar ist.<sup>15</sup> Die Nichtöffentlichkeit der Äußerung soll mithin dann entfallen, wenn die Äußerung entweder bewusst an die Öffentlichkeit gerichtet ist (gewillkürte Öffentlichkeit) oder unter Umständen erfolgt, in denen der Sprechende damit rechnen muss, dass die Worte zur Kenntnis der Öffentlichkeit gelangen (faktische Öffentlichkeit).<sup>16</sup>

Zur Frage der Nichtöffentlichkeit dienstlicher Äußerungen von Polizeibeamten sind drei Meinungslinien erkennbar.

<sup>11</sup> *Graf*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 201 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 201 Rn. 1; *Hilgendorf*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van San/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 201 Rn. 1.

<sup>12</sup> *Gallas*, ZStW 75 (1963), 16 (19).

<sup>13</sup> *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 201 Rn. 1; *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 2; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201 Rn. 3.

<sup>14</sup> *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 252. Vgl. auch BT-Drs. IV/650, S. 332: „Gerade der Klang des Wortes vermittelt die Berührung mit der Persönlichkeit des Sprechers und die Überzeugung von dessen Urheberchaft“.

<sup>15</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 6; *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 14.

<sup>16</sup> *Hilgendorf* (Fn. 11), § 201 Rn. 10; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 201 Rn. 10.

a) *Generelle Öffentlichkeit dienstlicher Äußerungen von Polizeibeamten*

aa) *Fehlende Schutzwürdigkeit von Amtsträgern*

Bereits 1979 vertrat *Ostendorf* zu einem Fall, bei dem ein Bürger ein Telefongespräch mit einem Sachbearbeiter des Landratsamtes heimlich aufzeichnete, die Meinung, dass Aussagen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes in Ausübung ihrer Funktion generell öffentlichen Charakter hätten.<sup>17</sup> Amtsträger seien im Vertrauen auf die Flüchtigkeit ihrer Äußerungen nicht schutzwürdig. Im dienstlichen Verkehr stehe die öffentlich-rechtliche Funktion im Vordergrund, „persönliche Beziehungen können und dürfen hier auf Grund des Unparteilichkeitsgebots ebenso wenig eine Rolle spielen wie nicht ernstgemeinte, unbedachte Diensthandlungen schützenswert sind“.<sup>18</sup> Ohnehin könne der öffentliche Dienst schon begrifflich nicht nichtöffentlich sein.<sup>19</sup>

Ähnlich sieht es nunmehr *Roggan*: Im Rechtsstaat könne nicht dem Amtsträger die Kontrolle über die Reichweite seiner Äußerung überlassen werden, viel eher müsse es um die Kontrollierbarkeit des Polizeihandelns gehen.<sup>20</sup> In der Folge seien „dienstliche Verlautbarungen beliebiger Art mit *Außenwirkung* [...] für sich genommen schon nicht als menschliche bzw. *persönliche* (ggf. »flüchtige«) Kommunikation im Sinne des genannten, verfassungsrechtlichen Verständnisses anzusehen“.<sup>21</sup> Weil Äußerungen von Amtsträgern gegenüber dem Bürger rechtlich determiniert und nachträglich rechtlich überprüfbar sind, könne sich der Beamte nach außen hin also nie unbefangen äußern oder auf die Flüchtigkeit seiner Worte vertrauen.<sup>22</sup>

Hinter dieser Argumentation steht der Gedanke eines Widerspruchs zwischen einem strafrechtlichen Schutz amtlicher Äußerungen und der allgemeinen Grundrechtsdogmatik: Der Amtsträger ist als Organ des Staates grundrechtsgebunden, nicht grundrechtsberechtigt; er kann durch seine dienstlichen Äußerungen nicht gleichzeitig in die Rechte des Bürgers eingreifen und sich seinerseits auf sein Recht am eigenen Wort berufen. Diese dichotome Betrachtung ist aber verfehlt. Zwar muss im Rahmen der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) zwischen einer Privatmeinung des Amtsträgers und einer nicht umfassten dienstlichen Äußerung differenziert werden.<sup>23</sup> Eine strikte Trennung zwischen persönlicher und amtlicher Sphäre gelingt in Bezug auf andere Grundrechte wie das Recht am eigenen Wort aber nicht. Mit

jeder Äußerung, unabhängig vom Inhalt, bringt der Amtsträger zumindest durch seine Wortwahl, den Tonfall, die Betonung, seine Stimmfarbe oder seinen Dialekt seine Persönlichkeit zum Ausdruck. Jede unbefugte Aufnahme perpetuiert diesen Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung und ermöglicht es, die Äußerung aus dem (dienstlichen) Kontext zu reißen und nach Belieben zu missbrauchen. Das Recht am eigenen Wort hängt daher nicht davon ab, ob es sich um personale Kommunikationsinhalte oder gar persönlichkeitsensible Daten handelt und gilt auch für Gespräche mit amtsbezogenem Inhalt.<sup>24</sup> In der Folge sind bei Gesetzgebung und Gesetzesauslegung die Persönlichkeitsrechte auch von Staatsdienern angemessen zu berücksichtigen.<sup>25</sup> Ebenso wenig wie Amtsträger vom Anwendungsbereich der Körperverletzungs- oder Ehrschutzdelikte ausgeklammert werden, wenn sie bei Vornahme einer Diensthandlung verletzt oder beleidigt werden,<sup>26</sup> kann ihnen ohne weitergehende Begründung der Schutz durch § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB entzogen werden, wenn sie sich dienstlich äußern.<sup>27</sup>

Die von *Ostendorf* und *Roggan* vertretene radikale Einschränkung des Schutzes des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Staatsdienern hat dementsprechend schon vor über 40 Jahren deutliche Kritik erfahren<sup>28</sup> und vermag auch heute nicht zu überzeugen. Bereits der Wortlaut des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB lässt keine Beschränkung im Hinblick auf die Person des Sprechenden oder den Inhalt der Äußerung erkennen.<sup>29</sup> Anders als die Beleidigungsdelikte der §§ 185 ff. StGB, deren Umfang sich erst in Abwägung mit den Grundrechten aus Art. 5 GG ergibt, umschreibt § 201 StGB ausdrücklich, welche Verhaltensweise strafrechtlich missbilligt wird, um das Recht am gesprochenen Wort umfassend zu schützen. Zwar sind Polizeibeamte in Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Hinblick auf ihr Persönlichkeitsrecht weniger schutzwürdig als der einzelne Bürger in seinem privaten Umfeld,<sup>30</sup> eine Einschränkung des Tatbestandes je nach Person des Sprechenden liefe aber auf eine Interessenabwägung hinaus, welche nur im Rahmen des besonderen Rechtfertigungsgrundes des § 201 Abs. 2 S. 3 StGB vorgesehen ist, der für § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht gilt. Dass es auf den Inhalt der Erklärung nicht ankommt, lässt sich schließlich auch einem Vergleich mit den §§ 203, 204, 206 StGB entnehmen: Während dort der Gegenstand der Tat eine inhaltlich objektiv bedeutsame Information sein muss (materielles Geheimnis),

<sup>17</sup> *Ostendorf*, JR 1979, 468.

<sup>18</sup> *Ostendorf*, JR 1979, 468 (469).

<sup>19</sup> *Ostendorf*, JR 1979, 468.

<sup>20</sup> *Roggan*, StV 2020, 328 (330).

<sup>21</sup> *Roggan*, StV 2020, 328 (330 – *Hervorhebungen* im Original).

<sup>22</sup> *Roggan*, StV 2020, 328 (331); zustimmend *Klefisch*, juris-PR Strafr 2021, Anm. 4; *Wyderka*, ZD-Aktuell 2019, 6823; *Zühlke*, StV Spezial 2022, 7 (8); *ders.*, StV Spezial 2023, 87 (90 ff.).

<sup>23</sup> Vgl. BVerwGE 78, 216 (220 f.); 104, 323 (326); *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 39; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 23.

<sup>24</sup> BVerfGE 106, 28 (41); BVerfG NJW 2011, 1859 (1862); BVerwG NJW 2004, 2462 (2465).

<sup>25</sup> Vgl. z.B. BVerfG NJW 2022, 680 (683); BVerwG NJW 2015, 807 (808 ff.).

<sup>26</sup> Im Gegenteil werden die körperliche Unversehrtheit und die Ehre mancher Amtsträger über die §§ 114, 188 StGB sogar weiter reichend geschützt als bei Nichtamtsträgern.

<sup>27</sup> Richtigerweise hält es das Bundesverfassungsgericht daher für verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das gesprochene Wort eines Amtsträgers in dieser Eigenschaft unter § 201 Abs. 1 StGB gefasst wird, BVerfG NJW 2011, 1859 (1862).

<sup>28</sup> Vgl. *Alber*, JR 1981, 495.

<sup>29</sup> *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 11, 17 m.w.N.

<sup>30</sup> *Zühlke*, StV Spezial 2022, 7 (8).

kriminalisieren die §§ 201, 202, 202a StGB ein Verhalten, bei dem der Täter diebstahlsähnlich irgendeine Erklärung aus der abgeschirmten Sphäre des Opfers erlangt (formelles Geheimnis).<sup>31</sup>

Soweit hiergegen auf die Überschrift des 15. Abschnitts („Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“) abgestellt wird,<sup>32</sup> gilt es nur festzuhalten, dass diese an den Schutzzwecken der enthaltenen Normen derart vorbegeht, dass sie für die Auslegung keinen Wert hat.<sup>33</sup> So verlangen die §§ 201, 202, 202a StGB keinen besonderen Persönlichkeitsbezug und die §§ 203, 204 StGB schützen sogar ausdrücklich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Gleichzeitig finden sich Straftatbestände zum Schutz des persönlichen Geheimbereichs auch außerhalb des 15. Abschnitts (z.B. §§ 184k, 353b, 353d, 355 StGB).

#### bb) Der Einfluss von polizeirechtlichen Datenerhebungsbefugnissen

Interessant ist das Argument *Roggans*, dass jedenfalls durch polizeirechtliche Datenerhebungsbefugnisse die Öffentlichkeit der Einsätze gesetzlich impliziert werde. § 27a BPOlG und die meisten Landespolizeigesetze erlauben die Anfertigung von Bild-Ton-Aufzeichnungen durch Polizeibeamte mithilfe körpfernah getragener Aufzeichnungsgeräte (Bodycams) im permanenten Bereitschaftsbetrieb (Pre-Recording) an allen öffentlich zugänglichen Orten.<sup>34</sup> Durch diese Befugnisse würden sämtliche öffentlich zugänglichen Räume zu polizeilicherseits offen abhörbaren Orten, sodass – unabhängig davon, ob ein anwesender Polizeibeamter eine funktionsfähige Bodycam mit Pre-Recording-Funktion trägt – jedes öffentlich gesprochene Wort aus Anlass eines beliebigen Bürgerkontakts öffentlich i.S.d. § 201 StGB sei.<sup>35</sup> An Orten, die wegen ihrer Einstufung als Kriminalitätsschwerpunkte bzw. besonders kriminalitätsbelastete Orte audiovisuell überwacht werden, folge aus dem Grundsatz der Offenheit der Datenerhebung, dass – wiederum unabhängig von der tatsächlichen technischen Möglichkeit zum Mithören im Einzelfall – niemand auf die Nichtöffentlichkeit einer Inter-

aktion vertrauen könne, weswegen diese Orte nicht als Tatort eines Vergehens nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht kämen.<sup>36</sup>

Im Grundsatz ist *Roggan* insofern beizupflichten, als neben der klassischen Unterscheidung zwischen gewillkürter und faktischer Öffentlichkeit eine weitere Fallgruppe, nämlich die gesetzlich implizierte Öffentlichkeit anzuerkennen ist. Erkennbar ist dies an der Öffentlichkeit bzw. Nichtöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung (§ 169 GVG). Eine i.S.d. § 169 Abs. 1 S. 1 GVG öffentliche Gerichtsverhandlung ist nach allgemeiner Auffassung auch dann öffentlich i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn außer den Verfahrensbeteiligten keine weiteren Zuhörer anwesend sind.<sup>37</sup> Grund dafür kann aber nicht etwa eine faktische Öffentlichkeit aufgrund der bloßen Möglichkeit eines jederzeitigen Hinzukommens von unbeteiligten Dritten sein. Vertraut der Sprechende im Moment der Äußerung darauf, dass kein Unbeteiligter mithört und darf er dies aufgrund des augenscheinlich leeren Zuschauerraumes vernünftigerweise auch, so ist das gesprochene Wort grundsätzlich als nichtöffentlich anzusehen. Faktische Öffentlichkeit entsteht richtigerweise nicht durch die bloße abstrakte Gefahr des Mithörens, sondern nur dann, wenn sich die Möglichkeit, dass tatsächlich jemand mithört, für einen vernünftigen Durchschnittsmenschen in der Lage des Sprechenden aufdrängen müsste.<sup>38</sup> Bildlich gesprochen werden eine Unterhaltung im geschlossenen Zugabteil oder ein Gespräch auf einem Waldspaziergang nicht allein durch die Möglichkeit öffentlich, dass jederzeit jemand die Tür öffnen bzw. hinter einem Baum hervorkommen und mithören könnte. Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung ohne Zuschauer ergibt sich daher ausschließlich aus der gesetzlichen Anordnung der Öffentlichkeit in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG.<sup>39</sup>

Die polizeirechtlichen Datenerhebungsbefugnisse können damit aber nicht verglichen werden. Während der prozessrechtliche Öffentlichkeitsgrundsatz gerade der Öffnung des Gerichtsverfahrens zur Kenntnisnahme für und Kontrolle durch am Verfahren Unbeteiligte dient,<sup>40</sup> verfolgt der Gesetzgeber mit den Bodycam-Regelungen primär das Ziel der Gefahrenabwehr zu Gunsten der beteiligten Polizeibeamten.<sup>41</sup>

<sup>31</sup> *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (6).

<sup>32</sup> LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6; *Reuschel*, NJW 2022, 3302 (3303); *Zühlke*, StV Spezial 2023, 87 (92).

<sup>33</sup> Vgl. *Graf* (Fn. 11), Vor § 201 Rn. 7; *Hilgendorf/Schünemann*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van San/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 11), Vor § 201 Rn. 10.

<sup>34</sup> § 31a BbgPolG erlaubt den Bodycam-Einsatz bei Personen- und Fahrzeugkontrollen, § 19a BlnASOG und § 16 Abs. 3 LSASOG im öffentlichen Verkehrsraum, § 18 Abs. 5 HmbPolDVG, § 14 Abs. 6 HSOg, § 32 Abs. 4 NdsPOG, § 31 RPPOG, § 57 Abs. 4 SächsPVDG, § 184a SHLVwG und § 33a ThürPAG in öffentlich zugänglichen Räumen und § 44 Abs. 5 BWPolG, Art. 33 Abs. 4 BayPAG, § 33 BremPolG, § 32a MVSOg, § 15c NWPolG und § 32 Abs. 3 SaarPolDVG darüber hinaus im Ausnahmefall sogar in Wohnungen.

<sup>35</sup> *Roggan*, StV 2020, 328 (332); von „beachtlichen Gründen“ spricht das LG Aachen BeckRS 2020, 43645 mit zust. Anm. *Klefisch*, juris-PR Strafr 2021, Anm. 4.

<sup>36</sup> *Roggan*, StV 2020, 328 (331).

<sup>37</sup> *Eisele* (Fn. 15), § 201 Rn. 10; *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 16; *Kargl* (Fn. 13), § 201 Rn. 9; a.A. *Mitsch*, ZRP 2014, 137 (139 f.).

<sup>38</sup> *Arzt*, JR 1977, 339 (340 f.); *Blei*, in: *Roxin/Bruns/Jäger* (Hrsg.), *Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974*, S. 109 (116 f.); *Bosch* (Fn. 13), § 201 Rn. 3; *Helle* (Fn. 14), S. 255 f.

<sup>39</sup> Dasselbe gilt für z.B. nach § 48 Abs. 2 S. 1 NWGO öffentliche Gemeinderatssitzungen, vgl. OLG Celle NVwZ 1985, 861; OLG Köln NJW 1979, 661.

<sup>40</sup> *Heger*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 7, 2020, § 13 Rn. 13 ff.

<sup>41</sup> *Drewes*, in: *ders./MalMBERG/Wagner/Walter* (Hrsg.), *Bundespolizeigesetz*, 6. Aufl. 2019, § 27a Rn. 1; *Müller/Schwabenbauer*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Aufl. 2021, G. Rn. 692; *Starnecker*, Video-

Weder zielen sie auf die allgemeine Ausforschung des Bürgers noch auf die Einengung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts der Beamten. *Roggans* Auffassung folgend müsste man konsequenterweise – zumindest in Ländern, die einen Bodycam-Einsatz auch in Wohnungen zulassen – selbst ein Gespräch in einer Privatwohnung bei Anwesenheit eines Polizeibeamten als öffentlich ansehen und zwar unabhängig davon, ob eine einsatzbereite Bodycam mitgeführt wird. Eine so weitgehende Auslegung der Öffentlichkeit ist mit dem Schutzzweck des § 201 StGB kaum vereinbar.

Seine Argumentation basiert letztlich auf der Prämisse eines Rechts auf Waffengleichheit des Bürgers gegenüber dem Staat.<sup>42</sup> Trage ein Polizeibeamter bei einem Bürgerkontakt eine Bodycam mit Pre-Recording-Funktion, könne sich der Bürger „selbstredend“ nicht strafbar machen, wenn er seinerseits eine Tonaufzeichnung starte.<sup>43</sup> Auch die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung sei entgegen der herrschenden Meinung<sup>44</sup> generell öffentlich, „andernfalls würde man zu dem widersprüchlichen Ergebnis gelangen, dass der Vernehmende zur Tonaufnahme berechtigt oder sogar verpflichtet ist, während sich der Beschuldigte wegen desselben Verhaltens strafbar machte“.<sup>45</sup> Eine solche Waffengleichheit zwischen dem einzelnen Bürger und der Polizei kann es aber nicht geben.<sup>46</sup> Zur Erfüllung der ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben verfügt die Polizei über spezifische Mittel und Befugnisse, die dem Privaten gerade nicht zustehen. Es ist daher kein widersprüchliches Ergebnis, dass die Polizei gestützt auf demokratisch legitimierte Ermächtigungsgrundlagen und innerhalb gesetzlicher Grenzen Vernehmungen und Einsätze aufzeichnen darf, während der eigenmächtig handelnde Bürger hierfür bestraft wird. Es handelt sich eben nicht um „dasselbe Verhalten“. Die polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen zur Datenerhebung haben nicht die gleiche Wirkung wie die den Bürger ermächtigende Regelung des § 169 Abs. 1 S. 1 GVG. Sie begründen nur die Befugnis der Polizeibeamten zur Aufnahme, implizieren aber nicht die Öffentlichkeit der Äußerung.

#### b) Faktische Öffentlichkeit bei jeder Äußerung im allgemein zugänglichen öffentlichen Verkehrsraum

Eine zweite Auffassung schließt dienstliche Äußerungen von Polizeibeamten zwar nicht generell vom Schutzbereich des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus, nimmt dafür aber eine faktische Öffentlichkeit bei jeder Äußerung im allgemein zugänglichen

öffentlichen Verkehrsraum an, was regelmäßig auf dasselbe Ergebnis hinausläuft.<sup>47</sup>

Sofern man dieses praktisch handhabbare Kriterium der Landgerichte Hamburg und Osnabrück generell als Maßstab für die faktische Öffentlichkeit nutzen möchte, entstehen schwer nachvollziehbare Ergebnisse in Konstellationen, die sich zwar im öffentlich zugänglichen Verkehrsraum abspielen, bei denen aber keiner der Beteiligten vernünftigerweise mit der Kenntnisnahme durch Dritte rechnen muss (z.B. bei einer nächtlichen Fahrzeugkontrolle<sup>48</sup>, auf einem Feldweg, im Wald etc.).

Versteht man das Argument des Landgerichts Osnabrück, dass Amtsträger bei dienstlichen Äußerungen keines Unbefangenen schutzes bedürften,<sup>49</sup> hingegen so, dass es nur bei Äußerungen von Polizeibeamten auf die Öffentlichkeit des Ortes ankommen soll, kann dieser Differenzierung zwischen verschiedenen Sprechenden aus den bereits genannten Gründen<sup>50</sup> ebenso wenig gefolgt werden.

#### c) Einzelfallbetrachtung

Die wohl überwiegende Auffassung nimmt im Hinblick auf das Vorliegen einer faktischen Öffentlichkeit eine Einzelfallbetrachtung vor, wobei die jeweils aufgestellten Maßstäbe im Detail unterschiedlich ausfallen.

##### aa) Der Einfluss von Wille und Kenntnis des Beamten

Das Landgericht München I stellt vorrangig auf den Willen des Sprechenden ab und interpretiert die faktische Öffentlichkeit sehr eng. Die von einem Polizeibeamten am Rande einer Demonstration an eine Gegendemonstrantin gerichteten Worte seien nur für diese bestimmt gewesen und daher nicht-öffentlich; daran ändere auch die Tatsache nichts, dass unmittelbar neben der Gegendemonstrantin eine weitere Person stand.<sup>51</sup> Weswegen das Vertrauen des Polizeibeamten darauf, sich unbefangen äußern zu können, angesichts der Anwesenheit eines unbeteiligten Mithörers schützenswert sein sollte, lässt das Gericht offen.

Soweit allein die Umstände berücksichtigt werden, die dem Sprechenden bewusst waren,<sup>52</sup> kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber stellt in § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht jegliche unbefugte Aufzeichnung eines gesprochenen Wortes unter Strafe, auch gewährt er – anders als es die amtliche Überschrift vermuten lässt – nicht jeder Äußerung vertraulichen Inhalts unabhängig von den Mitteilungsmodalitäten strafrechtlichen Schutz, sondern er knüpft an die Nichtöffentlichkeit an. So wird dem Rechtsgutsträger die

überwachung zur Risikovorsorge, 2017, S. 151 ff.; vgl. auch den Wortlaut von z.B. § 15c NWPoIG: „... wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dies zum Schutz von Polizeivollzugsbeamtinnen und Polizeivollzugsbeamten oder Dritten gegen eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist“.

<sup>42</sup> So auch explizit *Zühlke*, StV Spezial 2023, 87 (91 f.).

<sup>43</sup> *Roggan*, StV 2020, 328 (332).

<sup>44</sup> *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 17 m.w.N.

<sup>45</sup> *Roggan*, StV 2020, 328 (331).

<sup>46</sup> So auch BVerfG NVwZ 2016, 53 (54).

<sup>47</sup> LG Hamburg BeckRS 2021, 44380 Rn. 3 mit zust. Anm. *Kienzerle*, FD-StrafR 2022, 446742; LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6 mit zust. Anm. *Lamsfuß*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 2, und *Zühlke*, StV Spezial 2022, 7.

<sup>48</sup> So die Konstellation bei LG Hanau, BeckRS 2023, 32325.

<sup>49</sup> LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6 (7).

<sup>50</sup> Siehe unter 1. a) aa).

<sup>51</sup> LG München I BeckRS 2019, 22586 Rn. 20.

<sup>52</sup> *Eisele* (Fn. 15), § 201 Rn. 9; *Hilgendorf* (Fn. 11), § 201 Rn. 11; *Reuschel*, NJW 2021, 17 (18); *Wiacek*, Bild- und Tonaufnahmen von Polizeieinsätzen, 2018, S. 84 f.

Entscheidung überlassen, welchen Worten er durch die Wahl von „Ob“ und „Wie“ der Äußerung besonderen Schutz zukommen lassen will. Entsprechend muss der strafrechtliche Schutz dort entfallen, wo der Sprechende die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zum eigenständigen Schutz seiner Rechtsgüter nicht getroffen hat (viktimodogmatisches Prinzip).<sup>53</sup> Der Sprechende ist in seinem Glauben an die Abgeschlossenheit des Gesprächskreises nicht schützenswert, wenn er sich zwar nicht bewusst war, dass sich weitere Personen in Hörweite befanden, er dies aber ohne Weiteres hätte feststellen können. Dieser Maßstab mindert zugleich etwaige Beweisschwierigkeiten.

Entscheidend für die Nichtöffentlichkeit ist somit (abgesehen von Fällen, in denen der Beamte seine Äußerung gezielt an die Öffentlichkeit richtet), ob ein vernünftiger Durchschnittsmensch in der Lage des Sprechenden angesichts der äußeren Umstände ernsthaft damit rechnen musste, dass ein Unbeteiligter mithört.<sup>54</sup>

#### bb) Der Einfluss einer eingeschalteten Bodycam

In der jüngsten Entscheidung zum Filmen von Polizeieinsätzen befand das Landgericht Hanau, dass zumindest eine vom Polizeibeamten während des Einsatzes eingeschaltete Bodycam zur Öffentlichkeit der Äußerung führe.<sup>55</sup> Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, „dass die Vorschrift die bei ihrem Inkrafttreten noch neuen und deshalb oft unbemerkten technischen Möglichkeiten der Tonaufnahme einhegen und dazu die heimliche Aufnahme vertraulicher Worte im engen Kreis als wesentliches Merkmal von Freiheitsstandards demokratischer Staaten verhindern wollte.“<sup>56</sup> Führe der Polizeibeamte aber mit der Bodycam eine Aufnahme des Gesprächs selbst herbei, wisse er, dass seine Worte zu einem späteren Zeitpunkt von Dritten abgehört werden können und strebe dies sogar an, sodass kein unbefangenes Reden, sondern „das Bemühen um höchst konzentrierte, präzise auf die Ausfüllung des rechtlichen Rahmens abgestimmte Kommunikation“ vorliege.<sup>57</sup>

Der Verweis auf die spätere Auswertung der Bodycam-Aufzeichnung geht jedoch fehl, da die gesetzlich legitimierte und zahlreichen Beschränkungen zur Datenverarbeitung,

-aufbewahrung und -löschung unterworfenen Aufzeichnung durch einen Polizeibeamten nicht mit der eigenmächtigen Aufzeichnung durch den Bürger gleichgesetzt werden kann.<sup>58</sup> Auch auf die möglicherweise veränderte Ausdrucksweise des Beamten kommt es mangels Relevanz des Inhalts der Äußerung nicht an. In seiner (leider nicht näher belegten) historischen Auslegung erkennt das Landgericht zwar zutreffend, dass es dem Gesetzgeber darum ging, zunehmende Gefahren für Persönlichkeitsrechte durch erweiterte technische Möglichkeiten einzuhegen.<sup>59</sup> Dass das hier in Frage stehende, in seiner Verbreitung relativ neue Phänomen des Filmens von Polizeieinsätzen mit dem Smartphone aber genau in diese Zweckbestimmung fällt, wird verkannt. Auch ging es dem Gesetzgeber keineswegs nur um die „heimliche Aufnahme vertraulicher Worte“. Ein vertraulicher Inhalt wird – anders als z.B. bei §§ 203, 204 StGB – nicht verlangt und der Wortlaut „aufnimmt“ impliziert anders als „abhört“ in § 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB kein heimliches Vorgehen.

Schließlich meint das Landgericht, eine einschränkende Auslegung sei aus Bestimmtheitsgründen geboten, da sich der in einem von Handyaufnahmen beherrschten Alltag lebende Bürger bei einer laufenden Bodycam zum eigenen Filmen berechtigt sehe.<sup>60</sup> Allerdings ist dem Bürger durchaus bekannt, dass nicht immer und überall mit dem Handy gefilmt werden darf und dass die Polizei über Befugnisse verfügt, die er gerade nicht hat. Im Ergebnis führt eine eingeschaltete Bodycam daher nicht zur Öffentlichkeit der Äußerung. Die Bodycam-Aufnahme durch den Polizeibeamten fällt genauso wie die Aufnahme des Bürgers mit dem Smartphone unter den Tatbestand des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB – nur ist der Polizeibeamte im Gegensatz zum Bürger auf der Rechtswidrigkeitsebene zur Aufnahme befugt.

#### 2. Zur Frage der Unbefugtheit

Der konkrete Inhalt der Voraussetzung „unbefugt“ ist seit langem streitig. Einigkeit besteht darin, dass staatliche Datenerhebungsbefugnisse (z.B. aus §§ 100a ff. StPO) und allgemeine Rechtfertigungsgründe (insbesondere §§ 32, 34 StGB) auf der Rechtswidrigkeitsebene eine Befugnis darstellen.<sup>61</sup> Fraglich ist die dogmatische Einordnung einer Einwilligung des Sprechenden,<sup>62</sup> was für die Fälle der Dokumentation von Polizeieinsätzen aber keine besondere Relevanz hat. Da auch dienstliche Äußerungen von Amtsträgern unter § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB fallen, müssen die Polizeibeamten ebenso in die

<sup>53</sup> Blei (Fn. 38), S. 116 f.; Hoyer (Fn. 16), § 201 Rn. 1; Schünemann, ZStW 90 (1978), 11 (32 f.).

<sup>54</sup> Ebenso OLG Düsseldorf StV Spezial 2023, 53 f.; OLG Zweibrücken NJW 2022, 3300 (3301 f.); LG Kassel StV 2020, 161 (162); Bosch (Fn. 13), § 201 Rn. 3; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 201 Rn. 4; Hoyer (Fn. 16), § 201 Rn. 11; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 8; Popp, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2020, § 201 Rn. 3; Rennicke, NJW 2022, 8; Ullenboom, NJW 2019, 3108 (3109 f.); Wietz/Zlobinski, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 201 Rn. 3.

<sup>55</sup> LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 12. Das Gericht ordnet diesen Umstand als „vergleichbar mit der Fallgruppe einer faktischen Öffentlichkeit“ ein.

<sup>56</sup> LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 13.

<sup>57</sup> LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 14.

<sup>58</sup> Vgl. die Ausführungen unter 1. a) bb).

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 262.

<sup>60</sup> LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 15.

<sup>61</sup> Fischer (Fn. 54), § 201 Rn. 9 ff.; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 44.

<sup>62</sup> Teilweise wird sie als tatbestandsausschließendes Einverständnis gewertet: Eisele (Fn. 15), § 201 Rn. 13; Graf (Fn. 11), § 201 Rn. 41; Heger (Fn. 11), § 201 Rn. 9 m.w.N. Nach überwiegender Ansicht ist sie Rechtfertigungsgrund: Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2023, § 201 Rn. 6; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 22; Fischer (Fn. 54), § 201 Rn. 10; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 43.

Aufzeichnung einwilligen wie das polizeiliche Gegenüber.<sup>63</sup> Es genügt dabei nicht, wenn der Betroffene trotz Kenntnis der Aufnahme weiterspricht.<sup>64</sup> Eine zwar offene, aber aufgezwungene Aufnahme kann nicht dazu führen, dass der strafrechtliche Schutz des Sprechenden entfällt, schließlich setzt der Tatbestand keine Heimlichkeit voraus. Als Befugnis für den Aufzeichnenden kommen daher regelmäßig nur Notwehr und rechtfertigender Notstand in Betracht. Auch darüber hinausgehende Rechtfertigungsmöglichkeiten werden bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB diskutiert.

*a) Rechtfertigung der Aufnahme gem. § 32 StGB*

Eine Rechtfertigung der Tonaufnahme wegen Notwehr scheidet im Falle eines rechtmäßigen Polizeihandelns bereits daran, dass ein nach § 32 Abs. 2 StGB erforderlicher rechtswidriger Angriff fehlt. Überschreitet die Polizei ihre Befugnisse, wendet also beispielsweise übermäßigen körperlichen Zwang an, liegt zwar eine Notwehrlage vor, das Filmen des Übergriffs wird die Beamten aber kaum von der weiteren Gewaltanwendung abhalten und stellt somit keine „geeignete“ Verteidigungshandlung dar.<sup>65</sup> Jedenfalls mangelt es am Verteidigungswillen, weil die Aufnahme nicht der Beendigung des Angriffs, sondern seiner Dokumentation zu Beweis Zwecken oder zur öffentlichen Anprangerung dient.<sup>66</sup>

*b) Rechtfertigung der Aufnahme gem. § 34 StGB*

Kernpunkt der Diskussion um die Unbefugtheit ist § 34 StGB. Ein rechtfertigender Notstand erfordert eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für ein Rechtsgut, welches das durch den Eingriff verletzte Rechtsgut wesentlich überwiegt. Für die Rechtsgüter, die durch das polizeiliche Handeln unmittelbar gefährdet werden (Leben, körperliche Unversehrtheit, informationelle Selbstbestimmung etc.), gilt das bereits zu § 32 StGB Gesagte: Die Tonaufnahme ist nicht geeignet und nicht darauf angelegt, die Gefahr zu beseitigen. Daher stellt *Ullenboom* für Fälle, in denen die Polizei unmittelbaren Zwang einsetzt, auf eine gegenwärtige Gefahr für die nachgelagerten Interessen von Opfern rechtswidriger Polizeigewalt an einer effektiven Strafverfolgung gegen die Polizeibeamten, an einer effektiven Durchsetzung von Schadensersatzforderungen und an einer Abwehr unberechtigter Gegenanzeigen wegen vermeintlicher Widerstandshandlungen

(§ 113 StGB) ab.<sup>67</sup> Die Aufklärung von Straftaten durch Polizeibeamte sei von einem strukturellen Ungleichgewicht gekennzeichnet, sodass sie häufig nur durch die Anfertigung von Filmaufnahmen sichergestellt werden könne.<sup>68</sup> Die Opferinteressen würden gegenüber dem ohnehin nur im Randbereich tangierten Persönlichkeitsrecht der Polizeibeamten überwiegen.<sup>69</sup> Dies gelte aufgrund der fließenden Grenze zwischen einer berechtigten Anwendung von unmittelbarem Zwang und einer strafbaren Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) auch dann, wenn sich im Nachhinein die polizeiliche Gewalthandlung als rechtmäßig herausstellt, sodass im Ergebnis die Aufzeichnung bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs regelmäßig gerechtfertigt sei.<sup>70</sup>

*aa) Defizite in der Aufklärung polizeilichen Fehlverhaltens*

Für *Ullenbooms* Diagnose erheblicher Defizite in der Aufklärung polizeilichen Fehlverhaltens gibt es empirische Indizien. Die Staatsanwaltschaften erledigen jährlich deutlich mehr als 2.000 Verfahren gegen Polizeibedienstete wegen Gewaltausübung (§ 340 StGB) und Aussetzung (§ 221 StGB),<sup>71</sup> Tendenz steigend.<sup>72</sup> Lässt man solche Verfahren unberücksichtigt, die nicht abschließend behandelt wurden,<sup>73</sup> ergibt sich für die Jahre 2019 bis 2021 eine konstante Verteilung von Einstellungen (98 %)<sup>74</sup> zu Anklagen (2 %)<sup>75</sup>. Von den nicht bloß vorläufigen Entscheidungen sind etwa 93 % Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO.<sup>76</sup> Vergleicht man diese Zahlen mit den Statistiken zu

<sup>67</sup> *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111 f.). Darüber hinaus könnte man auch an das Interesse von Betroffenen an der Ermöglichung einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung und ggf. Rehabilitierung denken.

<sup>68</sup> *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111).

<sup>69</sup> *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3112).

<sup>70</sup> *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3112); ebenso AG Frankenthal BeckRS 2020, 28894 Rn. 7; aus Schweizer Sicht zustimmend *Stückelberger*, *sui generis* 2022, 83 (92).

<sup>71</sup> Beide Delikte werden im Sachgebiet 53 der Staatsanwaltschaftsstatistik zusammengefasst, der Anteil der Aussetzungen dürfte aber gering sein.

<sup>72</sup> 2019: 2.340; 2020: 2.500; 2021: 2.790. Diese und die folgenden Zahlen stammen oder wurden berechnet aus Statistisches Bundesamt, Staatsanwaltschaftsstatistik, Fachserie 10, Reihe 2.6, Sachgebiet 53 (teilweise unveröffentlicht), 2019; 2020; 2021; siehe zu älteren Zahlen *Singelnstein*, NK 2014, 15 (18 ff.).

<sup>73</sup> Herausgenommen wurden hier und im Folgenden Einstellungen nach §§154d, 154e, 154f StPO, nach § 37 Abs. 1 BtMG, unbenannte (vorläufige) Einstellungen, die Abgabe an eine andere Staatsanwaltschaft, die Verbindung mit einer anderen Sache und sonstige Erledigungsarten.

<sup>74</sup> 2019: 97,66 %; 2020: 97,65 %; 2021: 97,66 %.

<sup>75</sup> 2019: 2,34 %; 2020: 2,35 %; 2021: 2,34 %. Gewertet wurden hierfür Anklagen, Anträge auf Eröffnung eines Sicherungsverfahrens, Anträge auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren, Anträge auf vereinfachtes Jugendverfahren und Anträge auf Erlass eines Strafbefehls.

<sup>76</sup> 2019: 93,17 %; 2020: 92,49 %; 2021: 93,15 %.

<sup>63</sup> Kritisch LG Kassel StV 2020, 161 (162), wonach den Aussagen der Beamten bei einer Personalienfeststellung kein nennenswerter Erklärungsgehalt zukomme, sodass nur das polizeiliche Gegenüber einwilligen müsse. Ebenso *Wyderka*, ZD-Aktuell 2019, 6823; dagegen LG Aachen BeckRS 2020, 43645 Rn. 30.

<sup>64</sup> OLG Jena NStZ 1995, 502 (503); *Fischer* (Fn. 54), § 201 Rn. 10; *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 41; *Joerden*, JR 1996, 265 (267); *Wietz/Zlobinski* (Fn. 54), § 201 Rn. 4; a.A. AG Hamburg NJW 1984, 2111.

<sup>65</sup> *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111); a.A. *Stückelberger*, *sui generis* 2022, 83 (90).

<sup>66</sup> *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111).

vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten durch Nichtamtsträger, so zeigt sich eine erhebliche Diskrepanz: Dort liegt die Anklagequote bei fast 20 %.<sup>77</sup>

Angesichts der hohen Einstellungszahlen werden die Strafgerichte nur mit einem Bruchteil der registrierten Verdachtsfälle des § 340 StGB befasst. Dementsprechend wurden in den Jahren 2019 bis 2021 zusammengenommen nur 200 Personen nach allgemeinem Strafrecht wegen des Vorwurfes der Körperverletzung im Amt abgeurteilt.<sup>78</sup> Die Verurteilungsquote lag dabei um die 30 %.<sup>79</sup> 80 % der Verurteilungen führten zu einer Geldstrafe,<sup>80</sup> zumeist bis maximal 90 Tagessätzen; alle Freiheitsstrafen wurden zur Bewährung ausgesetzt. Auch hier gibt es einen deutlichen Unterschied zu den Entscheidungen der Strafgerichte bei anderen Körperverletzungsdelikten: Im Bereich der vorsätzlichen Taten gem. §§ 223–231 StGB betrug die Verurteilungsquote nach allgemeinem Strafrecht etwa 66 %.<sup>81</sup> Nur in 70 % der Fälle erhielten die Verurteilten eine Geldstrafe.<sup>82</sup>

Zusammengefasst führen Verfahren wegen Körperverletzung im Amt fast zehnmalseltener zu einer Anklage als es bei sonstigen vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten der Fall ist, zweimal seltener resultiert eine Anklage in einer Verurteilung und auch die Art der Strafe ist milder. Hinzu kommt die geringere Anzeigebereitschaft der vermeintlich Betroffenen: Während aus der Dunkelfeldforschung bekannt ist, dass etwa ein Drittel aller allgemeinen Körperverletzungsdelikte angezeigt wird,<sup>83</sup> liegt dieser Wert bei Vorwürfen gegen Polizeibeamte wohl bei unter 10 %.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> Für das Jahr 2019: 20,44 %, siehe Statistisches Bundesamt, Staatsanwaltschaftsstatistik, Fachserie 10, Reihe 2.6, Sachgebiet 21, 2019, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260197004.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260197004.pdf?_blob=publicationFile) (16.11.2023); für das Jahr 2020: 19,60 %, siehe Statistisches Bundesamt (a.a.O.), 2020, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260207004.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260207004.pdf?_blob=publicationFile) (16.11.2023); sowie für das Jahr 2021: 18,61 %, siehe Statistisches Bundesamt (a.a.O.), 2021, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260217004.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260217004.pdf?_blob=publicationFile) (16.11.2023).

<sup>78</sup> 2019: 70; 2020: 51; 2021: 79. Diese und die folgenden Zahlen stammen oder wurden berechnet aus Statistisches Bundesamt (Fn. 9), 2019; 2020; 2021.

<sup>79</sup> 2019: 27,14 %; 2020: 31,37 %; 2021: 32,91 %.

<sup>80</sup> 2019: 13; 2020: 14; 2021: 22.

<sup>81</sup> 2019: 66,55 %; 2020: 66,78 %; 2021: 65,15 %.

<sup>82</sup> 2019: 68,70 %; 2020: 70,44 %; 2021: 69,09 %.

<sup>83</sup> *Birkel/Church/Erdmann/Hager/Leitgöb-Guzy*, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland, 2020, S. 66; *Glaubitz/Riesner* (Fn. 3), S. 23.

<sup>84</sup> *Abdul-Rahman/Espín Grau/Singelnstein*, Polizeiliche Gewaltanwendungen aus Sicht der Betroffenen, 2. Aufl. 2020, S. 64; *Ellrich/Baier*, RPsych 2015, 22 (30 f.).

Auch wenn der Anteil (vorsätzlich oder irrtümlich) unrechtmäßiger Beschuldigungen gegenüber Polizeibeamten höher liegen dürfte als dies bei anderen Körperverletzungsdelikten der Fall ist, deuten die Statistiken auf strukturelle Aufklärungsdefizite hin. Die hierfür angenommenen Gründe sind vielfältig und reichen von falsch verstandener Solidarität unter Polizeibeamten („Mauer des Schweigens“<sup>85</sup>) über die Nähe von Polizei und Justiz bis hin zur besonderen Definitionsmacht und angenommenen Glaubwürdigkeit der Polizei. Von wesentlicher Bedeutung sind zudem die schwierige Identifizierbarkeit der mutmaßlichen Täter (gerade bei Einsätzen in geschlossenen Verbänden) und fehlende objektive Beweise.<sup>86</sup>

#### bb) Konkrete Gefahr i.S.d. § 34 StGB

Diese statistischen Auffälligkeiten genügen jedoch nicht, um in allen Fällen der Anwendung unmittelbaren Zwangs die hinreichend konkrete Gefahr einer Beweisnot oder einer unberechtigten Widerstandsanzeige zu begründen. Erforderlich ist ein Zustand, bei dem aus einer objektivierten ex-ante-Perspektive aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.<sup>87</sup> Daran fehlt es bei den meisten polizeilichen Maßnahmen, sie verlaufen gewaltlos und routiniert,<sup>88</sup> sodass kein gesteigertes Risiko unberechtigter Widerstandsanzeigen oder mangelhafter Aufklärung anzunehmen ist. Die Rechtfertigung der Tonaufnahme über § 34 StGB kommt nur dort in Betracht, wo im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Polizeihandeln vorliegen,<sup>89</sup> sodass ohne ob-

<sup>85</sup> *Schwind*, Kriminalistik 1996, 161.

<sup>86</sup> Ausführlich zu Erklärungsansätzen für eine mangelhafte Aufklärung von rechtswidriger Polizeigewalt u.a. *Abdul-Rahman/Espín Grau/Klaus/Singelnstein*, Gewalt im Amt, 2023, S. 385 ff.; *Behr*, in: Feltes (Hrsg.), Neue Wege, neue Ziele, 2009, S. 25; *Singelnstein*, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 2010, 55; *Singelnstein*, MschrKrim 2003, 1.

<sup>87</sup> *Momsen/Savić*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 62), § 34 Rn. 4 m.w.N.

<sup>88</sup> Vgl. hierzu die Beobachtungsstudie von *Reuter*, Polizei und Gewalt, 2014, oder auch den geringen Anteil an begründeten Beschwerden über polizeiliches Fehlverhalten bei den Beschwerdestellen der Länder *Luff/Schuster/Röhm*, Konflikte im Polizeialltag, 2018, S. 76; *Hoffmann-Holland/Liepmann/Müller/Lubitz/Kühl/Mahlke*, Beschwerdemanagement der Polizei, 2008, S. 116; *Sächsische Staatskanzlei*, Jahresbericht 2021 der Unabhängigen zentralen Vertrauens- und Beschwerdestelle für die Polizei, 2022, S. 8 ff., abrufbar unter <https://www.sk.sachsen.de/download/sk/Jahresbericht-UVBP-2021.pdf> (15.11.2023);

Ministerium für Inneres und Sport Sachsen-Anhalt, Bericht der Zentralen Beschwerdestelle für die Jahre 2020 und 2021, S. 22 ff., abrufbar unter [https://zentralebeschwerdestelle.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik\\_und\\_Verwaltung/MI/Zentrale\\_Beschwerdestelle/Jahresbericht\\_2020\\_und\\_2021.pdf](https://zentralebeschwerdestelle.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MI/Zentrale_Beschwerdestelle/Jahresbericht_2020_und_2021.pdf) (15.11.2023).

<sup>89</sup> Ebenso OLG Zweibrücken NJW 2022, 3300 (3302); LG Aachen BeckRS 2020, 43645 Rn. 25; LG Frankenthal

jektive Beweise tatsächlich eine Beeinträchtigung der Interessen des Betroffenen droht. Solche Anhaltspunkte können sich unter anderem ergeben aus dem (fehlenden) Anlass für eine Zwangshandlung, den Inhalten von Äußerungen der beteiligten Beamten (beleidigend, rassistisch, erniedrigend) oder der Art oder dem Maß einer Gewaltanwendung (Schläge oder Tritte gegen bereits fixierte Person, Würgegriffe, Bauchlagenfesselung,<sup>90</sup> Waffeneinsatz ohne vorherige Androhung etc.).

Häufig wird sich der Täter aufgrund einer rechtlichen Fehlwertung hinsichtlich der Kompetenzen der Polizei zur Aufnahme berechtigt sehen, was als (indirekter) Verbotsirrtum gem. § 17 StGB zu behandeln ist.<sup>91</sup> Im Rahmen der Prüfung der Vermeidbarkeit sollte berücksichtigt werden, dass die betreffenden Sachverhalte oft sehr dynamisch ablaufen, sodass für die vom Täter abverlangte Gewissensanspannung<sup>92</sup> wenig und für eine Einholung sachkundiger Auskünfte gar keine Zeit bleibt. Allerdings wird ganz überwiegend von der Rechtmäßigkeit des polizeilichen Handelns auszugehen sein, Polizeibeamte sind bekanntermaßen juristisch geschult, weswegen vom Täter zumindest ein kurzes Innehalten zur kritischen Reflexion des Geschehens verlangt werden kann. In der Folge sind Irrtümer regelmäßig vermeidbar. Da Gegenstand der Aufnahme oft eine Vollstreckungshandlung i.S.d. § 113 StGB ist, könnte eine analoge Anwendung der besonderen Irrtumsregelung des § 113 Abs. 4 S. 1 StGB angedacht werden, sodass bei Vermeidbarkeit des Irrtums nicht bloß eine Strafmilderung (§ 17 Abs. 2 StGB), sondern auch ein Absehen von Strafe möglich wäre.<sup>93</sup>

#### c) Ergänzende Rechtfertigungsgründe bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Vielfach wurde erörtert, ob i.R.d. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen der §§ 32, 34 StGB ergänzende Rechtfertigungsgründe oder Strafbarkeitseinschränkungen gelten. Angeführt wurde eine Rechtfertigung von Tonaufnahmen aufgrund „notwehrähnlicher Lage“, in entsprechender Anwendung des § 193 StGB, des § 127 Abs. 1 StPO oder allgemein bei Verfolgung überwiegender Interessen sowie eine Straflosigkeit bei Sozialadäquanz.<sup>94</sup> Die dabei diskutierten Streitfälle lassen sich aber zumeist über die

BeckRS 2020, 36566 Rn. 2; Keller (Fn. 1), S. 236; Renniecke, NJW 2022, 8 (13); Seidl/Hofmann, Die Polizei 2014, 215 (217 f.); ähnlich Zühlke, StV Spezial 2023, 87 (92).

<sup>90</sup> Eindrücklich hierzu Ellbogen/Saerbeck, Kriminalistik 2010, 419.

<sup>91</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 1977, 1547 (1548); LG Aachen BeckRS 2020, 43645 Rn. 25; Heger (Fn. 11), Vor § 201 Rn. 2; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 42.

<sup>92</sup> BGHSt 2, 194 (201).

<sup>93</sup> So auch Schumacher, KSV Polizeipraxis 24.11.2022, abrufbar unter

<https://ksv-polizeipraxis.de/der-strafrechtliche-schutz-des-allgemeinen-persoenlichkeitsrechts-bei-ton-und-bildaufnahmen-polizeilicher-demonstrationseinsaetze/> (15.11.2023).

<sup>94</sup> Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 56 m.w.N.

§§ 32, 34 StGB oder durch die Annahme einer mutmaßlichen oder stillschweigenden Einwilligung lösen, sodass kein zwingender Grund für eine Aufweichung der gesetzlichen Rechtfertigungsdogmatik besteht.<sup>95</sup>

Auch besondere Informationsbeschaffungsrechte der Presse werden diskutiert, entweder verfassungsunmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 GG<sup>96</sup> oder über eine Sperrwirkung des § 201 Abs. 2 S. 3 StGB<sup>97</sup>. Dies wird aber zu Recht abgelehnt.<sup>98</sup> Der Gesetzgeber hat die in § 201 Abs. 2 S. 3 StGB vorgesehene, vor allem die Presse in den Blick nehmende Rechtfertigung bei Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen bewusst nur auf die Fälle der Veröffentlichung unbefugter Inhalte nach § 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB beschränkt.<sup>99</sup> Damit ist er der Wallraff-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gefolgt, nach der die rechtswidrige Informationsbeschaffung nicht unter die Pressefreiheit fällt, die Veröffentlichung rechtswidrig erlangter Informationen aber ausnahmsweise zulässig sein muss.<sup>100</sup> Die hohen Anforderungen an ein „überragendes öffentliches Interesse“ i.S.d. § 201 Abs. 2 S. 3 StGB – verlangt wird, dass es um die Aufdeckung gravierender Rechtsverstöße geht<sup>101</sup> – führen dazu, dass die Ausweitung dieses Rechtfertigungsgrundes auch auf das bloße Herstellen der Aufnahme nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB keinerlei Vorteile gegenüber § 34 StGB böte; eine erweiterte Auslegung stieße auf Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>102</sup>

### III. Kritik und Reformüberlegungen

#### 1. Rechtsunsicherheit

Ein wesentlicher Kritikpunkt der aufgezeigten Rechtslage ist ihre Einzelfallabhängigkeit. Die Prüfung der faktischen Öffentlichkeit anhand äußerer, regelmäßig dem Zufall unterliegender und von den Beteiligten mitunter gar nicht wahrgenommener Umstände führt zur unterschiedlichen Behandlung

<sup>95</sup> BGHSt 31, 304; Graf (Fn. 11), § 201 Rn. 54; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 57 ff.; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 31; Ullenboom, NJW 2019, 3108; Wietz/Zlobinski (Fn. 54), § 201 Rn. 16.

<sup>96</sup> So für § 201a StGB Heger (Fn. 11), § 201a Rn. 9.

<sup>97</sup> Hoyer (Fn. 16), § 201 Rn. 36.

<sup>98</sup> Eisele (Fn. 15), § 201 Rn. 31c; Graf (Fn. 11), § 201 Rn. 55b; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 64; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 32; Popp (Fn. 54), § 201 Rn. 17.

<sup>99</sup> BT-Drs. 11/7414 S. 4 f. Der Rechtsausschuss hat zur Begründung das Beispiel angeführt, dass beim unbefugten Abhören eines Telefongesprächs, bei dessen Gelegenheit zufällig ein schwerer, die Öffentlichkeit interessierender Missstand aufgedeckt wird, die Veröffentlichung des Inhaltes gerechtfertigt, das Abhören an sich aber strafbar bleiben solle.

<sup>100</sup> BVerfGE 66, 116 (137 ff.).

<sup>101</sup> Vgl. BVerfGE 66, 116 (139); BT-Drs. 11/7414, S. 5; Bosch (Fn. 13), § 201 Rn. 16. Etwas weniger streng Eisele (Fn. 15), § 201 Rn. 33a („öffentliche Missstände von ganz erheblichem Gewicht“).

<sup>102</sup> Vgl. Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 41; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 33.

von Konstellationen, zwischen denen kaum eine Unrechtsdifferenz erkennbar ist.<sup>103</sup> Auch können Polizeibeamte durch die gezielte Abschottung einer Gesprächssituation Dokumentationsmöglichkeiten einschränken.<sup>104</sup> Zwar rechtfertigt § 34 StGB die Aufnahme rechtswidrigen Polizeihandelns, dies setzt aber eine korrekte Einschätzung der Situation durch den juristisch unkundigen Bürger voraus. Diese Abhängigkeit der Strafbarkeit nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB von Details des Einzelfalls führt in Kombination mit der uneinheitlichen Rechtsprechung zu einer Rechtsunsicherheit bei allen Beteiligten, welche in der Einsatzsituation Konfliktpotentiale schafft. Es besteht die Gefahr, dass auch die zulässige und zur effektiven Kontrolle der Polizei erforderliche Dokumentation rechtswidrigen Polizeihandelns aus Angst vor Repressionen unterlassen oder durch die Beamten aus Verfolgungseifer oder Verdeckungsabsicht unterbunden wird.<sup>105</sup>

Rechtssicherheit könnte de lege ferenda durch eine explizite Erlaubnis der Anfertigung audiovisueller Aufnahmen von Polizeieinsätzen geschaffen werden. Die damit einhergehende Schwächung des Persönlichkeitsschutzes von Polizeibeamten ließe sich mit dem Bedürfnis nach effektiver öffentlicher Kontrolle der Polizei, der institutionsimmanenten Gefahr von übermäßiger Gewaltanwendung sowie dem Bestreben einer gewissen abschreckenden Wirkung der Aufnahmen rechtfertigen. Für die schon in der Debatte um eine Kennzeichnungspflicht geäußerte Befürchtung, Polizeibeamte könnten vermehrt ins Private hinein verfolgt werden,<sup>106</sup> existieren bisher keine empirischen Belege,<sup>107</sup> zumal die Veröffentlichung von Filmaufnahmen weiterhin grundsätzlich unzulässig wäre.

## 2. Unstimmigkeiten zur Herstellung von Bildaufnahmen (§ 201a StGB)

Die Schwierigkeiten der vorgefundenen Rechtslage sind jedoch nicht auf Polizeieinsätze beschränkt. Der Vergleich mit § 201a Abs. 1 Nr. 1–3 StGB, welcher die Strafbarkeit der Herstellung einer Bildaufnahme an strenge Voraussetzungen knüpft, wirft die Frage auf, warum das Recht am eigenen

Wort umfassender geschützt sein sollte als das Recht am eigenen Bild.<sup>108</sup>

Während die Herstellung einer Tonaufnahme bereits dann strafbar ist, wenn das aufgezeichnete gesprochene Wort nichtöffentlich ist (wobei der Begriff der Nichtöffentlichkeit, wie gezeigt, weit verstanden werden muss), erfüllt die Anfertigung einer Bildaufnahme nur dann einen Straftatbestand, wenn sich die abgebildete Person in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet (§ 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder hilflos ist (Nr. 2) und durch die Aufnahme ihr höchstpersönlicher Lebensbereich verletzt wird, oder wenn in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zur Schau gestellt wird (Nr. 3). Die beiden letztgenannten Varianten gelten gem. § 201a Abs. 4 StGB nicht für Handlungen, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen (sog. Sozialadäquanzklausel). Hier ermöglicht der Gesetzgeber der Presse in bestimmten Grenzen also eine ansonsten rechtswidrige Informationsbeschaffung. Nur das (visuelle) Eindringen in die räumlich abgeschottete Privatsphäre bleibt verboten. Es zeigt sich im Vergleich zu § 201 Abs. 2 S. 3 StGB ein Grundgedanke der gesetzlichen Regelung: Trotz Anerkennung der berechtigten Belange der Presse soll dem Einzelnen ein besonderer Rückzugsraum verbleiben, in welchem er sich frei von der Befürchtung einer Aufzeichnung seiner Aussagen oder seines Bildnisses durch Unbefugte ausleben kann – in Bezug auf das Bildnis ist dies bei § 201a Abs. 1 Nr. 1 die Wohnung oder ein gegen Einblick besonders geschützter Raum, bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 ist es der Rückzug durch das nichtöffentliche Sprechen.<sup>109</sup>

So nachvollziehbar dieser Gedanke im Ansatz ist, so inkonsistent wird er im Gesetz verwirklicht: Während durch § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der Einzelne durch einen räumlichen Rückzug eine physische, nach außen hin deutlich sichtbare Grenze gezogen hat (und selbst dann für eine Strafbarkeit zusätzlich eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs verlangt wird), ist das Tatbestandsmerkmal der Nichtöffentlichkeit bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB sehr viel weiter gefasst. Der Gesetzgeber hat beim deutlich später eingefügten § 201a StGB<sup>110</sup> erkannt, dass die vielfältigen Konfliktlinien zwischen Persönlichkeits- und Kommunikationsgrundrechten enge Grenzen des strafrechtlichen Schutzes des sehr weitreichenden und dementsprechend leicht tangierten Rechts am eigenen Bild erfordern.<sup>111</sup> Derart enge Grenzen werden für den Schutz des Rechts am eigenen Wort aber nicht gezogen. Eine Übernahme der Tatbestandseinschränkungen von § 201a StGB auf § 201 StGB wäre zwar denkbar,<sup>112</sup> würde aber die

<sup>103</sup> Vgl. *Klefisch*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 4; *Reuschel*, NJW 2022, 3302 (3303).

<sup>104</sup> Ebenso *Klefisch*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 4; *Wyderka*, ZD-Aktuell 2019, 6823.

<sup>105</sup> So auch BVerfG NVwZ 2016, 53 (54): „Wer präventiv-polizeiliche Maßnahmen bereits dann gewärtigen muss, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass sein Verhalten Anlass zu polizeilichem Einschreiten bietet, wird aus Furcht vor polizeilichen Maßnahmen auch zulässige Aufnahmen und mit diesen nicht selten einhergehende Kritik an staatlichem Handeln unterlassen“.

<sup>106</sup> GdP Bundesvorstand, Positionspapier – Ein klares Nein zur Kennzeichnungspflicht, Mai 2011, S. 3 f., abrufbar unter [https://www.gdp.de/gdp/gdp.nsf/ID/pos\\_kenn/\\$file/Pos\\_Kennzeichnungspflicht.pdf](https://www.gdp.de/gdp/gdp.nsf/ID/pos_kenn/$file/Pos_Kennzeichnungspflicht.pdf) (15.11.2023).

<sup>107</sup> Es sind nach Einführung individueller Kennzeichnungen in Berlin, Brandenburg und Sachsen-Anhalt über Jahre hinweg keine Fälle negativer Auswirkungen auf die Beamten bekannt geworden AbgH.-Drs. 17/11641, S. 1; BbgLT-Drs. 6/1851, S. 4; LSALT-Drs. 6/3386, S. 3.

<sup>108</sup> Ebenso LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6 (7) mit zust. Anm. *Lamsfuß*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 2.

<sup>109</sup> So auch *Hoyer*, ZIS 2006, 1.

<sup>110</sup> Dieser wurde durch das 36. StrÄndG v. 30.7.2004 (BGBl. I 2004, S. 1212) eingefügt, während die Vorgängervorschrift des § 201 StGB schon 1967 geschaffen wurde.

<sup>111</sup> Vgl. BT-Drs. 15/2466, S. 4.

<sup>112</sup> So schützt z.B. der italienische Art. 615 bis Codice Penale nur vor Bild- und Tonaufnahmen, die Informationen oder

bei § 201a StGB vorhandenen Auslegungsschwierigkeiten ebenso übertragen.<sup>113</sup>

Die Unstimmigkeiten zwischen § 201 und § 201a StGB wiegen umso schwerer als die kriminalisierten Tonaufnahmen häufig bloßes Nebenprodukt einer zulässigen Videoaufnahme sind. Eine Erweiterung des Schutzes des Rechts am eigenen Bild durch Streichung der Begrenzung auf Wohnungen und gegen Einblick besonders geschützte Bereiche wird wegen der dadurch entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen sozialüblichen Aufnahmen und strafwürdigen Persönlichkeitsrechtsverletzung zu Recht kritisch betrachtet.<sup>114</sup> Dass nunmehr ersatzweise auf die Tonspur abgestellt wird, führt aber über § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu gleichsam problematischen Ergebnissen.

### 3. Streichung des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Da es sich bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB gem. § 205 Abs. 1 S. 1 StGB um ein absolutes Antragsdelikt handelt, kommt eine Verfolgung nur in Betracht, wenn die Herstellung der Tonaufnahme überhaupt bemerkt wird. Die hieraus folgende, an Willkür grenzende Selektivität der Strafverfolgung wirft abschließend die Frage nach der Legitimität der Vorschrift auf.<sup>115</sup>

Wird die Anfertigung der Tonaufnahme bemerkt, können Abwehransprüche (insbesondere aus §§ 1004 Abs. 1 S. 2 analog, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden.<sup>116</sup> Gelöst von den besonderen Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) ergibt sich dabei die Möglichkeit einer sachgerechten Abwägung der widerstreitenden Belange im Einzelfall.<sup>117</sup> Eine solche Abwägung erfolgt auch im Rahmen der Prüfung der prozessualen Verwertbarkeit von Gesprächsaufzeichnungen im Hinblick auf ein unmittelbar aus den Grundrechten folgendes Beweisverwertungsverbot; auf die Strafbarkeit der Tonaufnahme kommt es nicht entscheidend an.<sup>118</sup>

Angesichts dessen sollte es ausreichen, nur noch das Abhören von Gesprächen mit technischen Hilfsmitteln (§ 201

---

Bilder über das Privatleben betreffen, das sich in der Wohnung, einem anderen Ort des privaten Aufenthalts oder im sonstigen Privateigentum abspielt: „Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614 [nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi], è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.“

<sup>113</sup> Hierzu u.a. *Bosch*, JZ 2005, 377; *Hoyer*, ZIS 2006, 1; *Pollähne*, KritV 2003, 387.

<sup>114</sup> *Eisele*, JR 2005, 8.

<sup>115</sup> Vgl. *Pollähne*, KritV 2003, 387 (393).

<sup>116</sup> Vgl. BGH NJW 1988, 1016 (1017 f.); BGHZ 27, 284 (289 ff.); OLG Hamburg ZUM-RD 2019, 320 (323 ff.); OLG Köln NJW-RR 2020, 30 (32 ff.).

<sup>117</sup> Grundlegend hierzu BVerfGE 66, 116 (Wallraff-Entscheidung).

<sup>118</sup> Vgl. BVerfGE 34, 238 (248 ff.); BGHSt 31, 304 (307 ff.); *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 67 ff.; *Popp* (Fn. 54), § 201 Rn. 22.

Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB) und das unbefugte Gebrauchen, Zugänglichmachen oder öffentliche Mitteilen von Tonaufnahmen oder ihren Inhalten (§ 201 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB) unter Strafe zu stellen – was im Wesentlichen der Rechtslage in Österreich entspricht (§ 120 öStGB<sup>119</sup>) – und § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB ersatzlos zu streichen.

### IV. Fazit

Das Anfertigen einer Tonaufnahme von einem Polizeieinsatz kann gem. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein. Sofern sich die Beamten mit ihren Aussagen nicht gezielt an die Öffentlichkeit wenden und sie angesichts der äußeren Umstände auch vernünftigerweise nicht mit der Kenntnisnahme durch in Hörweite befindliche Unbeteiligte rechnen müssen, ist der Tatbestand erfüllt. Eine Rechtfertigung kommt nur über § 34 StGB in solchen Fällen in Betracht, in denen konkrete Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit des Polizeihandelns bestehen, sodass ohne objektive Beweismittel eine Gefahr für die Interessen des Betroffenen an effektiver Aufklärung und an der Abwehr unberechtigter Widerstandsanzeigen besteht. Diese Rechtslage führt zu Rechtsunsicherheit und Konfliktpotentialen im Einsatz. Zudem bestehen Widersprüche zwischen dem sehr umfassenden Schutz des Rechts am eigenen Wort in § 201 StGB und den Regelungen zum Recht am eigenen Bild in § 201a StGB, weswegen der Gesetzgeber über eine Reform nachdenken sollte.

---

<sup>119</sup> § 120 öStGB lautet: „(1) Wer ein Tonaufnahmegerät oder ein Abhörgerät benützt, um sich oder einem anderen Unbefugten von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung eines anderen Kenntnis zu verschaffen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer ohne Einverständnis des Sprechenden die Tonaufnahme einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen einem Dritten, für den sie nicht bestimmt ist, zugänglich macht oder eine solche Aufnahme veröffentlicht.

(2a) Wer eine im Wege einer Telekommunikation übermittelte und nicht für ihn bestimmte Nachricht in der Absicht, sich oder einem anderen Unbefugten vom Inhalt dieser Nachricht Kenntnis zu verschaffen, aufzeichnet, einem anderen Unbefugten zugänglich macht oder veröffentlicht, ist, wenn die Tat nicht nach den vorstehenden Bestimmungen oder nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(3) Der Täter ist nur mit Ermächtigung des Verletzten zu verfolgen.“