

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Prof. Dr. Anja Schiemann

### Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn  
Stellv.: Wiss. Mit. Florian Knoop

### Redaktion (national)

Dr. Alexander Baur  
Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Sabine Gless  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Martin Heger  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub  
Prof. Dr. Florian Knauer  
Prof. Dr. Michael Kubiciel  
Prof. Dr. Otto Lagodny  
Prof. Dr. Carsten Momsen  
Prof. Dr. Helmut Satzger  
Prof. Dr. Anja Schiemann  
Prof. Dr. Edward Schramm  
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg  
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida  
Prof. Neha Jain  
Prof. Dr. Doaqian Liu  
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco  
Munoz-Conde  
Prof. Dongyi Syn PhD  
Prof. Dr. Davi Tangerino  
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai  
Prof. Dr. Merab Turava  
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 272 – 314

- 272 | Folter im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches**  
*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*
- 279 | Das Phänomen „Stealththing“ – Aufruf zum Diskurs und Darstellung eines Stealthing-Vorfalles**  
*von KOK Andres Wißner, M.A.*
- 287 | Einführung einer Strafbarkeit von Prostitution? – Zum Verhältnis von Sex-Arbeit und Menschenwürde**  
*von Teresa Harrer*
- 294 | Freierstrafbarkeit – Quo vadis?**  
*von Dr. Julia Bosch*
- 303 | Der Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland – Auf der Suche nach Gründen für eine defizitäre Nutzung des rechtlichen Instrumentariums zur Wiedergutmachung**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann, Kristopher Kunde und Annalena Krzysanowski*
- 311 | Wissenschaft oder Heuchelei?**  
– eine Antwort auf Hoven, KriPoZ 3/2021, 182  
*von Prof. Dr. Gunnar Duttge*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 315 – 318

- 315 | Jörg Kinzig: Noch im Namen des Volkes? Über Verbrechen und Strafe**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 317 | Caprice Doerbeck: Cybermobbing. Phänomenologische Betrachtungen und strafrechtliche Analyse**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

### TAGUNGSBERICHT | 319 – 321

- 319 | „Kongress Netzwerk demokratische Polizei. Forschung, Bildung, Praxis im gesellschaftlichen Diskurs.“**  
*von Wiss. Mit. Michael Rubener, M.A.*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Folter im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch\*

## Abstract

Der am 3. Januar 2021 im Abendprogramm der ARD gesendete Film „Feinde“ nach literarischer Vorlage des Autors Ferdinand von Schirach hat das in den letzten Jahren etwas verblasste Thema „Rettungsfolter“ wieder in das Blickfeld interessierter Bürger und Wissenschaftler zurückgeholt. Die Kollegen Katharina Beckemper, Elisa Hoven und Thomas Weigend gestalteten dazu am 5. Januar 2021 an der Universität Leipzig eine sehr instruktive Diskussionsveranstaltung, an der sich über 600 online zugeschaltete Personen als Zuhörer und Diskutanten beteiligten. Dabei kamen viele juristische und nichtjuristische Aspekte zur Sprache, über die bereits vor fast zwei Jahrzehnten im Anschluss an die Entführung und Ermordung des Bankierssohns Jakob von Metzler mit großer Intensität gestritten wurde.

The film "Feinde" ("Enemies"), based on the literary work of the author Ferdinand von Schirach, was broadcasted on ARD's evening program on January 3, 2021. The film brought the topic of "rescue torture" (the use of torture in the ticking bomb scenario) back into the field of vision of interested citizens and scholars, which has faded somewhat in recent years. Colleagues Katharina Beckemper, Elisa Hoven and Thomas Weigend organized a very instructive discussion session on this topic at the University of Leipzig on January 5, 2021. More than 600 people participated online as listeners and discussants. Many legal and non-legal aspects were discussed, which had already been hotly debated almost two decades ago following the kidnapping and murder of the banker's son Jakob von Metzler.

## I. Einleitung

Der Gesamteindruck des äußerst anregenden Gedankenaustauschs war, dass über zentrale Fragen wie z.B. die Notwehrrechtfertigung nach wie vor kein Konsens hergestellt werden kann. Wie denn auch, nachdem sich die einschlägige Gesetzeslage seit dem Fall nicht verändert hat! Es ist erstaunlich, dass die auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts so außerordentlich fleißigen und produktiven Gesetzgebenden all die Jahre keinen Anlass gesehen haben, ihr Rechtsgestaltungsmonopol durch Schaffung klärender Regelungen – z.B. im Bereich der §§ 32, 34 StGB – zu mobilisieren. Dafür besteht durchaus ein das

spezielle Folter-Thema übergreifendes Bedürfnis, wenn man nur an die unsäglich unsichere Rechtslage im Bereich der „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts denkt. Es ist nun schon über ein halbes Jahrhundert her, dass der Strafrechtsreform-Gesetzgeber die ihm obliegende Aufgabe zur Herstellung von Rechtssicherheit an Rechtsprechung und Wissenschaft weitergereicht hat. Bedenken auf der Grundlage des Art. 103 Abs. 2 GG werden überwiegend mit Hinweis auf das Wort „geboten“ in § 32 Abs. 1 StGB beschwichtigt. Auch für die Nichtrechtfertigung der lebensrettenden Folter sei dies nach der h.M. der gesetzliche Ankerplatz. Mit dem vorliegenden Text soll nicht noch einmal für die nur von einer Minderheit in der Strafrechtslehre befürwortete Rechtfertigung lebensrettender Folter eine Lanze gebrochen werden. Denn die Argumente pro und contra sind – das hat auch die Leipziger Diskussion gezeigt – ausgetauscht und neue nicht zu sehen. Einen Appell an den Gesetzgeber zur Kodifizierung zu richten, erscheint einem Anhänger der Mindermeinung wenig erfolgversprechend. Deshalb wird hier eine andere Beziehung des Strafrechts zur Folter aufgegriffen und auf Grundlage des geltenden StGB kritisch beleuchtet: Die Pönalisierung von Foltertat durch die Strafvorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches. Insbesondere das Kurzreferat von Katharina Beckemper gab Anstoß zu der Suche einer Antwort auf die Frage: „Wie wird eigentlich ein Folterer nach deutschem Strafrecht bestraft?“ Um eine Antwort vorwegzunehmen: überraschend milde.

## II. Verletzung der Menschenwürde schwerer als Tötung

## 1. Menschenwürde als höchstes Gut

Die Debatte um die rechtliche – insbesondere strafrechtliche – Beurteilung der Rettungsfolter<sup>1</sup> rückt den Schutz der Menschenwürde ins Zentrum der Argumente und Gegenargumente. Folter verletze die Menschenwürde.<sup>2</sup> Daher sei Folter nicht zu rechtfertigen. Kein noch so gewichtiger und werthaltiger Zweck könne nach h.M. eine Handlung rechtfertigen, mit der die Menschenwürde verletzt wird. Im Entführer-Fall ist das die Menschenwürde des verhafteten Tatverdächtigen. Die Tat, die seine Würde verletzt, ist keine Tötung. Eine zur Befreiung der Geisel erforderliche Tötung des Entführers könnte ohne Weiteres gem. § 32 StGB oder nach den polizeirechtlichen Regeln über

\* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Dazu im Anschluss an die Leipziger Veranstaltung überzeugend Hoven, ZIS 2021, 115 ff.

<sup>2</sup> von Schenck, Pönalisierung der Folter in Deutschland – de lege lata et ferenda, 2011, S. 57.

den „finalen Rettungsschuss“ gerechtfertigt werden, vgl. Art. 2 Abs. 2a EMRK.<sup>3</sup> Offenbar verletzt eine solche Rettungs-Tötung die Menschenwürde des Getöteten nicht.<sup>4</sup> Auch Folter kann tödlich ausgehen. Dieser Erfolg ist aber kein Definitionselement des Rechtsbegriffs „Folter“ und in den Fällen, über die wir diskutieren – realer Entführungsfall *Jakob von Metzler*, fiktiver Fall nach *von Schirach* – wird der Entführer gefoltert, aber nicht getötet. Daher könnte diese Tat sogar auf der Basis des § 34 StGB gerechtfertigt sein, wenn der Aspekt des Art. 1 GG<sup>5</sup> ausgeblendet würde. Einer Rechtfertigung aus § 32 StGB stünde ohnehin ein negatives Ergebnis der Güter- und Interessenabwägung – von Fällen eines krassen Missverhältnisses abgesehen<sup>6</sup> – nicht entgegen. Die Absolutheit der zu schützenden Menschenwürde hat also zur Folge, dass die typischen Mechanismen der Rechtfertigungsprüfung von vornherein ausgeschaltet werden.<sup>7</sup> Eine Abwägung widerstreitender Güter und Interessen findet nicht statt. Dort, wo der Gesetzgeber selbst eine generalisierte Abwägung vorgenommen hat – bei der Notwehr – wird deren Ergebnis durch die vorrangige Norm „die Menschenwürde ist unantastbar“ derogiert. Notwehr sei nicht „geboten“.<sup>8</sup> Wenn man also die Menschenwürde zu einem „Rechtsgut“ ernannt und in eine Skala mit den anderen strafrechtlich geschützten Rechtsgütern stellt, müsste sie an der Spitze stehen, noch vor dem Leben.<sup>9</sup> Bildeten die nach h.M. tragenden Säulen des Notwehrrechts, Selbstschutzinteresse und Rechtsbewährungsinteresse<sup>10</sup>, gemeinsam ein – recht diffuses – Rechtsgut, stünde dieses in der Rangliste vor dem Leben des Angreifers, aber hinter seiner Menschenwürde. Ob die Menschenwürde ein Rechtsgut ist<sup>11</sup>, ist umstritten<sup>12</sup>, kann aber dahingestellt bleiben.<sup>13</sup> § 34 StGB benutzt das Wort „Rechtsgut“ und benennt exemplarisch einige Individualgüter, erwähnt indessen die „Menschenwürde“ nicht. Worum es geht, ist nicht, ob die Menschenwürde ein Rechtsgut – im Kontext des § 34 StGB ein „anderes Rechtsgut“ – ist, sondern ob die Wahrung der Menschenwürde ein rechtlich relevanter Grund ist, die Menschenwürde angreifende und verletzende Handlungen ebenso zu verbieten – und gegebenenfalls zu pönalisieren – wie Handlungen, mit denen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit angegriffen und verletzt werden. Man kann diesen Grund verkürzend „Rechtsgüterschutz“ nennen, man kann es auch lassen. Da wir bei Leib und Leben von Rechtsgütern sprechen, soll hier zur vereinfachten Artikulation von Relationen und Vergleichen auch die Menschenwürde als „Rechtsgut“ bezeichnet werden. Nach der h.M. zur Rettungsfolter hat die

Menschenwürde einen höheren Rechtsgutwert als das Leben. Sie ist das wertvollste Rechtsgut überhaupt. Die Gründe zum Schutz der Menschenwürde sind stärker als die Gründe zum Schutz des Lebens. So kann man dasselbe ausdrücken, ohne das Wort „Rechtsgut“ zu verwenden.

## 2. Strafniveau und Wert von Rechtsgütern

Der Wert von Rechtsgütern ist ein herausragender Faktor in der Interessenabwägung, deren Ergebnis eine Rechtfertigung wegen Notstands tragen soll, § 34 S. 1 StGB. Die „abstrakte“ Wertung ist zwar nur ein erstes Indiz, das in der Gesamtwürdigung und Gesamtabwägung neben zahlreichen anderen Aspekten des konkreten Falles in die Waagschale fällt.<sup>14</sup> Aber sie hat häufig vorentscheidende Bedeutung für das Ergebnis, zumal wenn der Grad der drohenden Beeinträchtigung hoch ist. Da Leben abstrakt wertvoller ist als Gesundheit, wird die Abwägung in der Regel der Verhaltensweise das Rechtmäßigkeitsattest erteilen, die das Leben bewahrt und den Schaden an der Gesundheit nicht verhindert oder verursacht. Welchen abstrakten Wert die verschiedenen Rechtsgüter haben, soll aus den Strafdrohungen der Vorschriften abgeleitet werden, in denen Beeinträchtigungen dieser Rechtsgüter mit Strafe bedroht sind.<sup>15</sup> Da vorsätzliche Tötungen in §§ 211, 212 StGB wesentlich strenger pönalisiert sind als vorsätzliche Körperverletzungen in §§ 223 ff. StGB oder vorsätzliche Sachbeschädigungen in §§ 303 ff. StGB, ist das Leben ein Rechtsgut, das wesentlich wertvoller ist als die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum. Diese einleuchtenden Wertungen mit den daraus resultierenden Rangverhältnissen der Rechtsgüter würde jeder vernünftige Mensch auch ohne diese Strafvorschriften so vornehmen. Denn auch die in den Strafvorschriften und ihren Sanktionsdrohungen zum Ausdruck kommenden Werteschätzungen sind ja in der Gesellschaft vorhanden und gehen als „außerrechtliche Wertungen“<sup>16</sup> der Gesetzgebung voraus. Die unterschiedlich hohen Strafen im Gesetz sind weder willkürlich noch aus der Luft gegriffen, sondern vollziehen nur Differenzierungen nach, die im Zusammenleben der Menschen und bei ihrem Umgang mit den Rechtsgütern gewohnheitsmäßig – weil als richtig empfunden – praktiziert werden. Zwischen der Höhe strafgesetzlicher Strafdrohungen und dem Wert von Rechtsgütern besteht also eine Korrelation. Weil ein Rechtsgut hohen Wert hat, ist das Strafmaß in der dieses Rechtsgut schützenden Strafvorschrift auf hohem Niveau. Wird der Wert eines Rechtsguts als hoch eingeschätzt, ist zu erwar-

<sup>3</sup> Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. (2019), § 18 Rn. 38: sogar die Tötung eines fliehenden Diebes kann durch § 32 StGB gerechtfertigt sein.

<sup>4</sup> Zu diesem Widerspruch Hoven, ZIS 2021, 115 (118).

<sup>5</sup> Als eine Konkretisierung des Menschenwürdeaspekts wird hier auch das kodifizierte Folterverbot in Art. 3 EMRK und anderen völkerrechtlichen Normen qualifiziert.

<sup>6</sup> Rengier, AT (o. Fn. 3), § 18 Rn. 57.

<sup>7</sup> Hoven, ZIS 2021, 115 (117); Manoledakis, in: Prittwitz/Manoledakis, *Strafrecht und Menschenwürde*, 1998, S. 9 (15): in die Menschenwürde darf nicht eingegriffen werden, weder zur Rettung eines übergeordneten Interesses noch im Falle von Notwehr.

<sup>8</sup> F. Knauer, ZStW 126 (2014), 305 (321).

<sup>9</sup> So Paraskevopoulos, in: Prittwitz/Manoledakis, *Strafrecht und Menschenwürde*, 1998, S. 63 (64). Anders Manoledakis (o. Fn. 7), S. 15: wäre die Menschenwürde ein Rechtsgut, stünde sie auf einem Niveau unter dem Leben und über der Ehre.

<sup>10</sup> Rengier, AT (o. Fn. 3), § 18 Rn. 1.

<sup>11</sup> Dafür Paraskevopoulos (o. Fn. 9), S. 63 (64).

<sup>12</sup> F. Knauer, ZStW 126 (2014), 305 (320).

<sup>13</sup> Anders Manoledakis (o. Fn. 7), der meint, die Menschenwürde aus allen Abwägungsprozessen mit anderen Rechtsgütern heraushalten zu können, indem er ihr den Rechtsgutcharakter abspricht. Die Menschenwürde als ein dem Leben übergeordnetes Rechtsgut zu klassifizieren, hält er für „absurd“ (ebenda).

<sup>14</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 34 Rn. 23.

<sup>15</sup> F. Knauer, ZStW 126 (2014), 305 (322); krit. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn. 43.

<sup>16</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn. 44.

ten, dass es auch Strafvorschriften gibt, die Taten, die dieses Rechtsgut verletzen, mit hohen Strafen bedrohen.

### 3. Schlussfolgerungen

Als überragender Rechtswert müsste die Menschenwürde ein Schutzgut sein, auf dessen Verletzung das Strafrecht mit einer Sanktionierung reagiert, deren Härte diesem Maximalwert korrespondiert. Davon ist das geltende Strafrecht weit entfernt.<sup>17</sup> Sieht man davon ab, dass die Anerkennung der Menschenwürde als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut ohnehin umstritten ist, präsentieren die wenigen Strafvorschriften, in denen die Menschenwürde explizit erwähnt wird (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder die einen Sinnbezug zur Menschenwürde aufweisen, ein geradezu kümmerliches Strafniveau. Die Menschenwürde ist im Strafrecht nicht das gewichtigste Rechtsgut, nicht einmal eines der wichtigsten Rechtsgüter.<sup>18</sup> Der Schutz der Menschenwürde im Strafrecht, so es ihn denn gibt, ist in hohem Maße fragmentarisch.<sup>19</sup> Dafür muss man den Gesetzgeber nicht unbedingt schelten. Angesichts der Vielfalt menschenwürderelevanten Fehlverhaltens dürften die Anforderungen, die der Bestimmtheitsgrundsatz an die Tatbestandsmodellierungskunst des Gesetzgebers stellt, überfordernd sein. Eine Strafvorschrift mit dem Text „Wer die Würde eines anderen Menschen verletzt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“, würde nicht nur wegen der mordgleichen Strafhöhe auf Unverständnis stoßen. Zwar wäre die Rechtsfolgenvoraussetzungsseite dieser Norm nicht weniger bestimmt als die des § 185 StGB. Diese extreme Unbestimmtheit tut bei der Beleidigung nicht weh, weil das sanktions- und strafverfahrensrechtliche Feld, auf dem die Reaktion des Strafrechts sich vollzieht, den grundsätzlich berechtigten Einwänden<sup>20</sup> einiges an Schärfe nimmt. Aber eine Strafnorm „Wer die Würde eines anderen Menschen verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft“ würde die Idee der Menschenwürde desavouieren. Das Konstrukt einer vertatbestandlichten Menschenwürdeverletzung ist aber auch deshalb nicht realisierbar, weil der Kern eines Straftatbestands immer eine physische Substanz haben muss, die Menschenwürde aber nichts Physisches ist, sondern ein geistiges Phänomen, das einem physischen Gegenstand einen spezifischen normativen Charakter verleiht. „Menschenwürdewidrig“ kann somit nur ein zusätzlicher Unwertaspekt einer Tat sein, die ein materielles Rechtsgut wie z.B. die körperliche Unversehrtheit verletzt und die auf Grund ihrer menschenwürdewidrigen Begehungsweise – nicht jede Körperverletzung verletzt die Menschenwürde (siehe ärztliche Heilbehandlung) – einen gesteigerten Grad an Strafwürdigkeit aufweist. Die Menschenwürde ist nachrangig. Ein Mensch muss leben, gesund sein, etwas zu essen und ein „Dach über dem Kopf haben“. So etwas brauchen auch Tiere.

Wenn das gewährleistet ist, kann man außerdem über „Menschenwürde“ reden. Frei nach *Bertolt Brecht* meine ich „Erst kommt das Fressen, dann die Würde“. In vielen Regionen der Erde ist das, was wir ein menschenwürdiges Leben nennen, ein Luxusgut. Das Strafrecht stellt die Menschenwürde zu Recht in die zweite Reihe. Es konzentriert sich zunächst einmal auf Güter, mit denen menschliche Grundbedürfnisse befriedigt werden.<sup>21</sup> Der Aspekt „Menschenwürde“ kann dem Tatbestandsbild eine spezielle Färbung geben oder die Tat qualifizieren.<sup>22</sup> Auf die meisten Straftatbestände trifft das jedoch nicht zu. Was haben Diebstahl, Sachbeschädigung oder Betrug mit Menschenwürde zu tun? Das verdeutlicht auch die Folter. In erster Linie ist sie eine Straftat gegen Fortbewegungsfreiheit, Willensentschlussfreiheit sowie körperliche und seelische Unversehrtheit.<sup>23</sup> Danach richtet sich ihr tatbestandliches Tatbild im Gesetz und ihre Position im rechtsgutsbezogenen System der Straftatbestände. Einen besonderen Akzent fügt die Folter dem Tatbestand aber durch den zutiefst menschenverachtenden und erniedrigenden Modus hinzu. Das geltende Strafrecht zeigt daran jedoch geringes Interesse, wie sogleich mit Blick auf das geltende positive Recht darzulegen sein wird.<sup>24</sup>

## III. Straftatbestände

### 1. Tötungsdelikte

Nicht selten kommen Folteropfer bei oder auf Grund der Tortur zu Tode. Das ist zwar nicht unbedingt das vom Täter angestrebte Ziel, insbesondere wenn er aus dem Opfer Informationen herauspressen will, die er von einem Toten nicht (mehr) bekäme. Aber zumindest in Gestalt eines tatbegleitenden *dolus eventualis* wird ein Tötungsvorsatz vorhanden sein, wenn die Misshandlungen so schwerwiegend sind, dass mit tödlichem Ausgang zu rechnen ist.<sup>25</sup> Zudem sind hier auch die Fälle einzubeziehen, in denen der Täter durch die Folter eines Angehörigen oder einer nahestehenden Person einen Dritten zu Aussagen nötigen will.<sup>26</sup> Zur Steigerung des Nötigungsdrucks wird der Folterer oftmals sein Opfer mit Absicht töten, vor allem wenn er dem Dritten angekündigt hat, dass ihm ähnliches passiere, wenn er nicht die geforderten Informationen preisgibt. Zwar keine Folter im eigentlichen Sinn, wegen der angewandten Methoden und deren Wirkung auf das Opfer gleichwohl hier zu berücksichtigen sind Taten von Sadisten, die mit der Folter keine Aussage des Opfers erzwingen, sondern allein foltern um des Folterns willen, um sich an dem Leiden des Opfers zu weiden oder daraus gar sexuelle Befriedigung zu erfahren.

Dass tödliche Folter Mord (§ 211 StGB) ist, liegt auf der Hand. In erster Linie ist es das Mordmerkmal „grausam“,

<sup>17</sup> F. Knauer, ZStW 126 (2014), 305 (327, 336).

<sup>18</sup> So die zutreffende Feststellung von F. Knauer, ZStW 126 (2014), 305 (323).

<sup>19</sup> F. Knauer, ZStW 126 (2014), 305 (326).

<sup>20</sup> Findeisen, ZRP 1991, 245 ff.

<sup>21</sup> Paraskevopoulos (o. Fn. 9), S. 63 (65).

<sup>22</sup> In diesem Sinne verstehe ich die Empfehlung von Prittowitz, in: Prittowitz/Manoledakis, Strafrecht und Menschenwürde, 1998, S. 19 (29), strafrechtlichen Menschenwürdeschutz mittels „konkret benannter Verletzungen der Menschenwürde zu versuchen“.

<sup>23</sup> von Schenck (o. Fn. 2), S. 57.

<sup>24</sup> Vgl. das Fazit bei v. Schenck (o. Fn. 2), S. 113.

<sup>25</sup> Beutler, Strafbarkeit der Folter zu Vernehmungszwecken, 2006, S. 190.

<sup>26</sup> Instrukтив Ligocki, Der Drittbezug bei Gewalt, 2019.

das durch die brutalen Misshandlungen, die damit erzeugten schweren Qualen des Opfers und die typischerweise zugrunde liegende unbarmherzige rohe Gesinnung des Täters erfüllt wird.<sup>27</sup> Zweckneutrales „Quälen um des Quälens willen“ mit vom Vorsatz umfassten tödlichen Ausgang kann zudem das Mordmerkmal „Mordlust“ erfüllen, jedenfalls dann, wenn es dem Folterer darauf ankommt, einen „thrill“ durch den Todeskampf des Opfers zu erleben.<sup>28</sup> Auch das Merkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ ist einschlägig. Mitglieder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (§ 19 JuSchG) werden dazu über vielfältiges Anschauungsmaterial berichten können.

## 2. Körperverletzungsdelikte

Wird – anders als im Fall *Daschner* – die Folter nicht nur angedroht, sondern vollzogen, ist so gut wie immer die körperliche Unversehrtheit des Opfers verletzt. Der Täter macht sich also nach §§ 223 ff. StGB strafbar. Polizeibeamte, Geheimdienstmitarbeiter und sonstige Amtsträger begehen Körperverletzung im Amt, § 340 StGB. Betrachtet man die Qualifikationstatbestände, fällt auf, dass der spezifische Unwert der Folter nirgends passgenau abgebildet ist. Man kann das auch so ausdrücken: das geltende StGB enthält keinen Foltertatbestand, jedenfalls nicht im 17. Abschnitt des Besonderen Teils. Wird die Tortur mit Folterinstrumenten ausgeführt, dürfte der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung erfüllt sein, § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Zwingend ist das aber nicht. In kriminellen mafiösen Organisationen gibt es Folterknechte, die in der Lage sind, unter Anwendung spezieller Techniken mit bloßen Händen extreme Schmerzen zu verursachen und dabei keine Variante des § 224 Abs. 1 StGB zu verwirklichen. Da dem Opfer auch nicht unbedingt bleibende schwere Schäden zugefügt werden, läuft auch § 226 StGB ins Leere. Dass Brutalitäten dieser Art nur „einfache“ Körperverletzung gem. § 223 StGB sind, ist kaum zu glauben, aber StGB-konform. Überhaupt nicht von §§ 223 ff. StGB erfassbar ist die praktisch bedeutsame rein „psychische“ Folter.<sup>29</sup>

## 3. Willensbeugungs- und Freiheitsdelikte

Einen Menschen mit physischer Gewalt zu foltern setzt Gewahrsam des Täters an dem zu Folternden voraus.<sup>30</sup> Folteropfer sind immer Gefangene, die sich nicht wehren und die vor allem nicht weglaufen können.<sup>31</sup> Wer sich in Freiheit befindet, kann nicht physisch gefoltert werden, solange seine Bewegungsfreiheit nicht anderweitig – z.B. auf Grund Behinderung oder sonstiger körperlicher Defekte (vgl. § 225 Abs. 1 StGB) – eingeschränkt ist. Daher geht der Folter häufig eine Freiheitsberaubung (§ 239

StGB), Verschleppung (§ 234a StGB), Geiselnahme (§ 239b StGB) oder ein erpresserischer Menschenraub (§ 239a StGB) voraus. Bei Folter durch Amtsträger kann allerdings der Freiheitsentzug auf einer legalen gerichtlichen Anordnung (z.B. §§ 112 ff. StPO) oder vorläufiger polizeilicher Festnahme (§ 127 StPO) beruhen. Die Freiheitsbeschränkung als solche wird durch die unerlaubte Behandlung während der Haft nicht rechtswidrig, eine Strafbarkeit aus § 239 StGB dadurch nicht begründet.<sup>32</sup> Die rechtmäßige Untersuchungshaft gegen *Magnus Gaefgen* verwandelte sich infolge der unerlaubten Folterandrohung nicht in eine rechtswidrige und strafbare Freiheitsberaubung. Anderenfalls hätte *Gaefgen* unverzüglich freigelassen werden müssen, folgt man der h.M. zur Bewertung der Folter. Die Erzwingung bestimmter Handlungen des Gefolterten – z. B. Preisgabe von Informationen – unterfällt außerhalb des staatlichen Bereichs dem Nötigungstatbestand (§ 240 StGB) und damit einer relativ geringen Strafdrohung.<sup>33</sup> Nötigung durch Amtsträger erfährt allein unter den Voraussetzungen des § 343 StGB eine Bewertung als schwerwiegende Straftat.<sup>34</sup> Insbesondere auf der Grundlage des § 239b StGB kommt der Folter – jedenfalls im nichtstaatlichen Bereich – die schwerwiegende und scharfe Ahndung zu, die der Monstrosität halbwegs gerecht wird. Genau genommen ist es aber nicht die praktizierte Folter, sondern die sie ermöglichende Freiheitsentziehung, die im Schuldspruch abgebildet wird und das hohe Strafmaß erklärt. Geiselnahme ist die Tat schließlich auch dann, wenn es bei der Drohung bleibt und das Angedrohte ausbleibt. Für die Vollendung der ersten Tatbestandsalternative des § 239b Abs. 1 StGB ist nicht einmal das Aussprechen der Folterandrohung erforderlich.<sup>35</sup>

## 4. Amtsdelikte

Der offizielle Rechtsbegriff „Folter“ bezieht sich auf Täter, die als Staatsorgan oder im staatlichen Auftrag handeln.<sup>36</sup> Deswegen wird der Maßstab für die strafrechtliche Bewertung in erster Linie im Bereich der Amtsdelikte gesucht. Vorschläge zur Ergänzung des geltenden Strafrechts beschränken sich auf Strafvorschriften, die in diesem Bereich verortet sind.<sup>37</sup> Dass dieser Blickwinkel zu eng ist, wurde oben schon gezeigt. Lücken weist das StGB nicht nur in §§ 331 ff. StGB, sondern auch in §§ 223 ff. StGB sowie in §§ 239 ff. StGB auf. Physische Folter durch Polizeibeamte und andere Amtsträger ist Körperverletzung im Amt, § 340 StGB. Das typische Nötigungselement der Folter findet allein im Straftatbestand „Ausageerpressung“ (§ 343 StGB) Berücksichtigung. Da diese Strafnorm ausschließlich mit Verfahren repressiver Zielrichtung verknüpft ist, vermag sie präventivpolizeiliches Handeln nicht zu erfassen.<sup>38</sup> Diese Erfahrung wurde

<sup>27</sup> *Beutler* (o. Fn. 25), S. 192; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 211 Rn. 136.

<sup>28</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 49.

<sup>29</sup> *F. Knauer*, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013, S. 258.

<sup>30</sup> Auf „psychische“ Folter trifft das nicht unbedingt zu. § 239 StGB findet deshalb bei *F. Knauer* (o. Fn. 29), S. 257-260 im Abschnitt „Bestehender Schutz“ keine Erwähnung.

<sup>31</sup> Vgl. die Gesetzesvorschläge für einen Foltertatbestand bei *F. Knauer* (o. Fn. 29), S. 264: „... Gewahrsam oder in sonstiger Weise unter seiner Kontrolle...“; *v. Schenck* (o. Fn. 2), S. 229: „... festgehaltener Personen ...“.

<sup>32</sup> *Beutler* (o. Fn. 25), S. 157. Wahrscheinlich aus diesem Grund kommen §§ 239 ff. StGB in der Analyse des geltenden Folterstrafrechts „Pönalisierung der Folter *de lege lata*“ bei *von Schenck* (o. Fn. 2), S. 89 – 113 nicht vor.

<sup>33</sup> *v. Schenck* (o. Fn. 2), S. 108.

<sup>34</sup> *v. Schenck* (o. Fn. 2), S. 90 ff.

<sup>35</sup> *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 239b Rn. 16.

<sup>36</sup> *v. Schenck* (o. Fn. 2), S. 63 ff.

<sup>37</sup> *F. Knauer* (o. Fn. 29), S. 264; *v. Schenck* (o. Fn. 2), S. 239.

<sup>38</sup> *v. Schenck* (o. Fn. 2), S. 103.

im *Daschner*-Fall gemacht. Die Polizeibeamten wirkten auf den Tatverdächtigen nötigend ein, um das Leben des entführten Kindes zu retten. Die Informationen, die sie auf diese Weise zu erlangen hofften, sollten also zur Abwendung der dem Leben des Kindes drohenden Gefahr verwertet werden. Dass eine Verwertung im Strafverfahren gegen den Tatverdächtigen an § 136a StPO scheitern würde, war von vornherein klar. Ziel der Nötigung war also nicht eine Aussage „in dem Verfahren“, das ist in § 343 Abs. 1 Nr. 1 StGB das „Strafverfahren“. <sup>39</sup> Daher konnte das Urteil gegen den Polizeivizepräsidenten nur auf § 240 StGB (i.V.m. § 357 StGB) gestützt werden. <sup>40</sup> Das wirkt in Relation zu dem Empörungsgrad und dem Menschenwürdepathos, der dieses Verfahren begleitete, geradezu lächerlich.

#### IV. Ergänzungsbedarf

##### 1. Körperverletzungsdelikte

Der kurze Abgleich mit den §§ 223 ff. StGB hat hinreichend deutlich gezeigt, dass das StGB in diesem Bereich spezifische unrechtssteigernde Umstände, die vor allem in Folterpraktiken, wenngleich nicht nur in ihnen, manifest werden, tatbestandlich nicht berücksichtigt und folglich auch nicht in jedem Fall angemessen sanktionieren kann. Denn das Sanktionshöchstmaß der nicht tödlichen und keine schweren Folgen gem. § 226 Abs. 1 StGB verursachenden Misshandlung beträgt zehn Jahre (§ 224 Abs. 1 StGB), gegebenenfalls sogar nur fünf Jahre (§ 223 Abs. 1 StGB). Der euphemistischen Feststellung von *Wolter*, der Gesetzgeber habe seiner Pflicht, „extreme Menschenwürdeverletzungen“ mit Strafe zu bewehren, in §§ 223 ff. StGB entsprochen <sup>41</sup>, ist entschieden zu widersprechen. Das Sanktionsdefizit bleibt nur deswegen in manchen Fällen verdeckt, weil der Rahmen der Misshandlungen eine Geiselnahme ist und deshalb gem. § 239b Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB bis zu 15 Jahre Freiheitsstrafe möglich sind. In Fällen von Polizeigewalt gegenüber rechtmäßig Inhaftierten fällt indessen der gesamte Block der §§ 239 ff. StGB weg, bleibt es also auf der Grundlage des § 340 StGB bei dem niedrigen Strafniveau.

Das eigentliche Manko der *lex lata* ist die prinzipienlose kasuistische Gestaltung des Bereichs der qualifizierten Körperverletzungsdelikte. Es ist nicht zu verstehen, warum der Besondere Teil des Strafgesetzbuches Straftaten gegen das Leben (§§ 211 ff. StGB) und Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit (§§ 223 ff. StGB) nicht stärker harmonisiert. Schließlich ist ein versuchter Mord häufig zugleich eine vollendete Körperverletzung, deren Unrechtsgehalt gewiss ebenso durch mordmerkmalserfüllende Tatsachen gesteigert wird, wie der Unrechtsgehalt der vorsätzlichen Tötung. Sofern dies nicht in einem Tatbestand der qualifizierten Körperverletzungsdelikte erfasst wird, bleibt nur die Strafzumessung innerhalb des grundtatbestandlichen Strafraumens des § 223 StGB. Dieses Sanktionsniveau ist zur angemessenen Ahndung von

Folter zu gering. Warum also gibt es in §§ 224 bis 226 StGB keine Tatbestandsvariante „grausame Misshandlung“? <sup>42</sup> Nach geltendem Strafrecht erfüllt Grausamkeit während einer Körperverletzung, die noch kein Tötungsversuch ist, aber in eine vorsätzliche nicht grausame Tötung übergeht, nicht den Mordtatbestand. <sup>43</sup> Was einem Menschen, der eine schwere Verletzungsfolge i.S.d. § 226 StGB erlitten hat, bei der Verursachung dieser Schädigung widerfahren ist, kann eine grausame Behandlung gewesen sein, muss es aber nicht. Es ist also möglich, dass eine grausame Misshandlung mit anschließender Tötung „nur“ Totschlag und „einfache“ (§ 223 StGB) Körperverletzung ist.

Es bedarf weder Phantasie noch intellektueller Anstrengung, um eine konkrete Vorstellung davon zu bekommen, wie der Tatbestand des § 226 StGB sinnvoll ergänzt werden könnte, um die Lücken zu schließen. Wem dazu das Vorbild des § 211 Abs. 2 StGB nicht reicht, der kann sich in anderen Bereichen des Besonderen Teils oder im Nebenstrafrecht umschauchen. Das StGB meint erwachsene Menschen dagegen abschirmen zu müssen, mit „grausamen oder sonst unmenschlichen Gewalttätigkeiten gegen Menschen“ medial konfrontiert zu werden (§ 131 StGB), obwohl schwer zu erklären ist, welches Rechtsgut dadurch geschützt wird. Daran, den praktischen Vollzug derartiger Gewalttätigkeiten an lebenden Menschen in §§ 223 ff. StGB als eine qualifizierte Körperverletzung auf dem Sanktionsniveau des § 226 StGB zu pönalisieren, sollte man aber doch denken, nachdem Herr *von Schirach* am Sonntagabend zur „Tatort“-Zeit in Erinnerung gerufen hat, wie furchtbar eine solche Behandlung ist. Eine interessante Anregung zur Einbeziehung von Folter in §§ 223 ff. StGB gibt § 17 Nr. 2 b TierSchG: Strafbar ist es, einem Wirbeltier länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zuzufügen. Dies trifft das spezifische Unrecht ziemlich genau, zumal mit dem Merkmal „Leiden“ auch folterbedingte seelische Qualen erfasst werden können. Des Weiteren sei auf § 96 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 AufenthG hingewiesen. Qualifizierend wirkt hier unter anderem eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung. <sup>44</sup> Sogar das Wort „Würde“ kann zur Aufrüstung des Strafrechts mobilisiert werden, wenn man an den wehrstrafrechtlichen Tatbestand „Entwürdigende Behandlung“ (§ 31 WStG) denkt. Die Existenz dieses auf Subordinationsverhältnisse zugeschnittenen Unrechtsmerkmals offenbart zugleich die Strafbarkeitslücke im Bereich der §§ 340 ff. StGB. Opfer unmenschlicher, erniedrigender, entwürdigender Behandlung sind unter anderem auch Strafgefangene, wobei die Täter häufig Mithäftlinge sind, was bei garantenpflichtwidriger Untätigkeit des Vollzugsanstaltspersonals zur Strafbarkeit gemäß § 13 StGB führen würde, wenn es die einschlägigen speziellen Straftatbestände gäbe. Es gibt sie aber nicht. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass geeignete Textbausteine, die sich in §§ 223 ff. StGB an passender Stelle einfügen lassen, im geltenden Strafrecht vorhanden

<sup>39</sup> *LG Frankfurt*, NJW 2005, 692 (695); *Beutler* (o. Fn. 25), S. 160; *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (297).

<sup>40</sup> *LG Frankfurt*, NJW 2005, 692 (693).

<sup>41</sup> *Wolter*, NStZ 1993, 1 (6).

<sup>42</sup> Rechtsvergleichend z.B. Art. 222-1 des Code Pénal Frankreichs.

<sup>43</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 140.

<sup>44</sup> Zu den völkerrechtlichen Anklängen vgl. *Gericke*, in MüKo-StGB, Bd. 8, 3. Aufl. (2018), § 96 AufenthG Rn. 37.

sind. Ein Gesetzgeber, der beim Erfinden neuer Straftatbestände („Upskirting“) und noch mehr im Verschärfen bestehender Strafdrohungen (§§ 184b, 184c StGB; § 244 Abs. 4 StGB) keine übertriebene Zurückhaltung übt, sollte in der Lage sein, diesem Baukasten geeignetes Material für sinnvolle Ergänzungen des Strafrechts zu entnehmen.

## 2. Willensbeugungs- und Freiheitsdelikte

Wie gesehen, ist die angemessene Bestrafung einer nicht tödlich ausgegangenen Folter durch Nichtamtsträger auf der Grundlage der §§ 239 ff. StGB möglich. Jedenfalls punktuell sind einige typische Elemente des Foldersachverhalts hier subsumierbar. Jedoch offenbart schon § 239 StGB eine Lückenhaftigkeit, die nicht mit der ohnehin irreführend beschönigenden Phrase „fragmentarischer Charakter des Strafrechts“ überspielt werden kann. Gefangene werden von ihren Bewachern häufig mutwillig geprügelt, zumal wenn sie sich über die Behandlung beschwerten oder gar zu fliehen versuchen. Wird die Freiheitsberaubung vor Ablauf von sieben Tagen (§ 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB) beendet, ist eine solche Tat unterhalb der Stufe des § 226 StGB eine „einfache“ Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit einer „einfachen“ Körperverletzung, § 223 StGB. Gewiss wird es in den meisten Fällen möglich sein, den erhöhten Unrechtsgehalt durch die Strafbemessung innerhalb des Strafrahmens bis zu fünf Jahren schuldangemessen zur Geltung zu bringen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen das bezweifelt werden muss. Kurios erscheint in diesem Zusammenhang die fragwürdige Lehre von der „Klammerwirkung“, die bei einem Dauerdelikt wie Freiheitsberaubung die schwer zu ertragende Konsequenz hat, dass die permanente Misshandlung des Gefangenen als eine einzige Körperverletzung gilt, die mit der Freiheitsberaubung in Tateinheit steht.<sup>45</sup> Einen Täter, der sein Opfer acht Tage eingesperrt hält, während dieser Zeit jedoch „in Ruhe lässt“ und vielleicht sogar „gut behandelt“, erwartet eine Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren (§ 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB). Dagegen droht einem Täter, der den am siebenten Tag freigelassenen Gefangenen an sechs aufeinanderfolgenden Tagen mit Faustschlägen traktiert, durch Kälte, Gestank, Licht-, Luft- und Nahrungsentzug sowie vielleicht noch psychisch mit dem Geräusch eines tropfenden Wasserhahns gequält hat, maximal eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren.

Solange die Misshandlungen während der Freiheitsberaubung keinen Nötigungszweck erfüllen, kommen die einzigen Strafvorschriften mit ausreichendem Sanktionsniveau, § 239a StGB und § 239b StGB, nicht zur Anwendung. Aber selbst der das Phänomen der Folter qualitativ und quantitativ noch am besten erfassende Tatbestand § 239b StGB weist folterspezifische Lücken und entsprechenden Ergänzungsbedarf auf: als Nötigungsmittel ist allein die „Drohung“ berücksichtigt. Der Fall, dass der Entführte sogleich – ohne vorherige Androhung – physisch

oder psychisch gequält wird, ist bei streng wortlautgetreuer Beurteilung nicht tatbestandsmäßig. Außerdem sind die tatbestandsmäßigen Drohungsinhalte unvollständig. Androhung langanhaltender Misshandlung ohne die schweren Folgen des § 226 StGB steht außerhalb des § 239b StGB, soweit damit nicht zugleich ein Freiheitsentzug von über einer Woche in Aussicht gestellt wird. Der Gesetzestext sollte also zumindest um ein Merkmal erweitert werden, das sowohl die Anwendung als auch die Androhung sonstiger Foltermethoden einbezieht. Formulierungshilfe kann sich der Gesetzgeber durch § 136a Abs. 1 StPO geben lassen, dessen Merkmal „Quälerei“ sowohl für physische als auch psychische Foltermethoden aufnahmefähig sein dürfte.

## 3. Amtsdelikte

Vollkommen unzureichend ist das geltende Strafrecht im Bereich der Amtsdelikte. Die qualifizierte Körperverletzung im Amt (§ 340 Abs. 3 StGB) ist tatbestandlich ein Abziehbild der §§ 224 ff. StGB ohne Anhebung der gesetzlichen Strafdrohung.<sup>46</sup> Dass das StGB diese Straftatbestände überhaupt in § 340 Abs. 3 StGB aufgreift, hat seinen Grund wohl darin, einen Anknüpfungspunkt für die gerichtliche Anordnung von Nebenfolgen zu schaffen, § 358 StGB. Das wäre nämlich ohne § 340 Abs. 3 StGB nicht ganz zweifelsfrei, wenn man die Ansicht verträte, dass die von einem Amtsträger begangene qualifizierte Körperverletzung auf der Konkurrenzebene § 340 Abs. 1 StGB verdrängt und deshalb im Schuldpruch diese Strafvorschrift nicht auftaucht. Die Lücken in §§ 223 ff. StGB (s.o. III. 1.) sind zugleich Lücken des § 340 StGB. Auch der geltende § 343 StGB ist defizitär. Ein brandenburgischer Polizeibeamter unterliegt zwar bei der Befragung von Personen im präventivpolizeilichen Tätigkeitsbereich den Verboten des § 136a StPO (§ 15 Abs. 4 BbgPolG), macht sich aber nicht aus § 343 StGB strafbar, wenn er dagegen verstößt.<sup>47</sup> Defizitär ist des Weiteren § 344 StGB. Denn die unzulässige Freiheitsberaubung und die Misshandlung im Rahmen einer zulässigen Freiheitsberaubung gegenüber Schuldigen wird von diesem Tatbestand nicht erfasst.<sup>48</sup> Die Vorschläge zur Schaffung eines speziellen Foltertatbestand im 30. Abschnitt des BT sind Schritte in die richtige Richtung, aber nicht ausreichend. Wünschenswert ist auf jeden Fall die Einbeziehung der Todeserfolgsqualifikation. Nimmt sich ein Folteropfer aus Verzweiflung oder zur Verhinderung des Verrats von Genossen das Leben, ist nach geltendem Recht keineswegs ausgemacht, dass die dafür verantwortlichen Amtsträger tatsächlich die angemessene Strafe bekommen können. § 227 StGB i.V.m. § 340 Abs. 3 StGB scheidet sicher aus, wenn der Suizid vor Anwendung der physischen Folter allein auf Grund von deren Androhung vollzogen wurde.<sup>49</sup> §§ 239 Abs. 4, 239b Abs. 2 i.V.m. § 239a Abs. 3 StGB setzen eine rechtswidrige Freiheitsentziehung voraus, was bei einem Häftling unter den Voraussetzungen der §§ 112, 127 StPO nicht der Fall ist. Den §§ 343, 344 und 345 StGB

<sup>45</sup> Rengier, AT (o. Fn. 3), § 56 Rn. 62 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. (2020), Rn. 1284.

<sup>46</sup> Wolters, JuS 1998, 582 (586): „Etwas merkwürdig mutet der neue Abs. 3 dieser Vorschrift an.“

<sup>47</sup> Wagenländer, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, 2006, S. 113.

<sup>48</sup> Voßen, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 344 Rn. 22: Anordnung von Untersuchungshaft ohne dringenden Tatverdacht.

<sup>49</sup> Dazu schon Mitsch, Jura 1993, 18 ff.

sollte also ein Absatz hinzugefügt werden, wonach die leichtfertige Verursachung des Todes mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren zu ahnden ist. Dieselbe Ergänzung sollte dem in der Literatur vorgeschlagenen neuen Folter-Tatbestand zuteil werden.

#### **V. Schluss**

Es ist gut, dass die Diskussion über die „Rettungs-Folter“ wieder aufgenommen worden ist. Zur Thematik der

Rechtfertigung nach § 32 StGB ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Davon kaum trennen lässt sich die Frage, wie rechtswidrige Folter tatbestandlich eingefangen und bestraft werden kann und soll. Der vorliegende Text dürfte gezeigt haben, dass das deutsche Strafrecht sich dieser Aufgabe noch überhaupt nicht angenommen hat.

# Das Phänomen „Stealthing“

## Aufruf zum Diskurs und Darstellung eines Stealthing-Vorfalles

von *Andres Wißner, M.A.\**

### Abstract

*Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Thema "Stealthing" und soll einen Überblick über die bisherige rechtliche Entwicklung geben. Der Beitrag beginnt mit einer allgemeinen Einführung in das Thema und wird weitergeführt mit einer Darstellung bisheriger Rechtsprechung in Deutschland sowie verschiedener Literaturmeinungen. Es wird eine rechtliche Einschätzung gegeben. Diese fokussiert auf die Strafbarkeit sowie das Handlungsunrecht beim Stealthing. Es wird ein empirischer Beispielfall dargestellt, welcher den Strafverfolgungsbehörden nicht bekannt wurde. Zum Schluss wird ein Fazit gezogen, das den vorhandenen wissenschaftlichen Diskurs anregen und weiterführen soll.*

*The article deals with the subject "stealthing" and is summing up currently prevailing legal opinion, judicial rulings made so far as well as scientific perceptions. Starting with a general introduction of stealthing it continues to present judicial rulings made recently in Germany. Legal assessment is outlined focussing on indictability as well as on unlawful action in regard to stealthing. An empirical example is contoured which did not emerge at law enforcement authorities. At the end of the article the writer draws a conclusion and proposes further scientific discussions.*

---

\* *Andres Wißner* ist Kriminaloberkommissar im Polizeipräsidium Frankfurt am Main. Er ist Dozent an der Hessischen Hochschule für Polizei und Verwaltung für Kriminologie/Kriminalistik.

### I. Einführung

Das heimliche Abziehen des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs ohne Einverständnis des anderen verbunden mit der Fortführung der Penetration wird als "Stealthing" (abgeleitet vom englischen "stealth" = heimlich) bezeichnet. Die Nutzung eines Kondoms zum Schutz vor sexuell übertragbaren Krankheiten sowie einer ungewollten Schwangerschaft war Voraussetzung für den einvernehmlichen Geschlechtsverkehr. Über diese Bedingung setzt sich der Stealther hinweg.<sup>1</sup> Seit einigen Jahren kommt es länderübergreifend immer wieder zu Berichten von Stealthing-Opfern, die das defintitorische Stealthing erlebt haben und sich dadurch missbraucht fühlen. Insbesondere der stattgefundenen Vertrauensbruch, dass sich über den Willen des Opfers hinweggesetzt wurde, verbunden mit der Angst vor Geschlechtskrankheiten, einer ungewollten Schwangerschaft sowie psychischem Leid und Scham, führen zu einem Gefühl der Hilflosigkeit.<sup>2</sup> In der Fachwelt wird seit ein paar Jahren darüber diskutiert, wie Stealthing zu bewerten ist und ob es daher Reformbedarf beim Sexualstrafrecht gibt.

Forschung zu dieser Thematik ist bislang rar. *Brodsky* hat sich im Jahre 2017 mit dem neuen gesellschaftlichen Phänomen Stealthing empirisch beschäftigt. Sie interviewte weibliche Opfer und wertete Schriften von Stealthing-Tätern aus. *Brodsky* kam zu dem Schluss, dass sich Stealthing wie Missbrauch anfühle und vergewaltigungsnah sei, obgleich es nicht mit einer solchen gleichgesetzt

<sup>1</sup> vgl. *Brodsky*, Columbia J Gend Law 2017, 32 (2), 183 (210), 185; *Schaper*, Ungewollt Sex ohne Kondom: Ein Stealthing-Opfer berichtet, 2018, abrufbar unter: <https://mads.de/ungewollt-sex-ohne-kondom-ein-stealthing-opfer-berichtet/> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Anwalt*, Stealthing: Vergewaltigung oder sexueller Übergriff?, 2019, online abrufbar unter: [https://www.anwalt.de/rechtstipps/stealthing-vergewaltigung-oder-sexueller-uebergreif\\_151385.html](https://www.anwalt.de/rechtstipps/stealthing-vergewaltigung-oder-sexueller-uebergreif_151385.html) (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Kujus*, Stealthing auch in Deutschland strafbar, 2019, online abrufbar unter: <https://kujus-strafrverteidigung.de/blog/stealthing-auch-in-deutschland-strafbar/> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Losensky*, Polizist verurteilt, weil er heimlich das Kondom abzog, 2019, online abrufbar unter: <https://www.bz-berlin.de/tatort/menschen-vor-gericht/polizist-verurteilt-weil-er-heimlich-das-kondom-abzog> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Casper*, Stealthing: Wenn der Mann heimlich das Kondom abzieht, 2019, online abrufbar unter: <https://www.goettinger-tageblatt.de/Nachrichten/Wissen/Stealthing-Wenn-der-Mann-heimlich-das-Kondom-abzieht> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Rohde*, Stealthing: Vorsicht vor diesem Sex-Trend, 2019, online abrufbar unter: <https://www.gofeminin.de/leiden-schaft/stealthing-s4000650.html> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Jahn*, Urteil: Bewährungsstrafe für Stealthing, 2018, online abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunknova.de/beitrag/stealthing-erstes-urteil-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Burgard-Arp*, Stellungwechsel, Gummi ab, 2018, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/campus/2018-01/stealthing-sexualstraftat-rechtslage-opfer-taeter> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021).

<sup>2</sup> vgl. *Schaper* (Fn. 1); *Burgard-Arp* (Fn. 1).

werden dürfe. Auch Stealthing-Opfer, die sowohl Stealthing als auch eine Vergewaltigung erlebten, gaben an, dass Stealthing kein Äquivalent zur Vergewaltigung darstelle.<sup>3</sup> *Brodsky* plädiert für eine Strafbarkeit von Stealthing, da 1) der Hautkontakt zu einem Kondom anders zu bewerten sei als der Haut-zu-Haut Kontakt primärer Geschlechtsorgane; und 2) ungeschützter Geschlechtsverkehr mit höheren Risiken (Geschlechtskrankheiten, ungewollte Schwangerschaft etc.) verbunden sei. Hieraus ergebe sich, dass ungeschützter Geschlechtsverkehr ein gesonderter Sexualakt (im Gegensatz zu geschütztem Geschlechtsverkehr) sei; schließlich geschehe ein Einverständnis/Einwilligung zu einem Sexualakt unter Abwägung von Kosten und Nutzen. Da ungeschützter Geschlechtsverkehr im Vergleich zum geschützten Geschlechtsverkehr die Kosten in Form der angesprochenen Risiken enorm erhöht, würde die konsentrierte Sexualhandlung zu einem neuen Sexualakt umgewandelt werden, der wiederum gesondert konsentriert werden müsse.<sup>4</sup>

Des Weiteren wurden von einer Sexual Health Clinic in Melbourne (Australien) Personen befragt, die vorstellig wurden. Insgesamt vervollständigten 1.189 Frauen sowie 1.063 Männer, die Sex mit Männern hatten, den Fragebogen, ob Sie bereits Opfer von Stealthing wurden. Insgesamt gaben 32 % der Frauen sowie 19 % der Männer an, mindestens einmal Opfer von Stealthing geworden zu sein.<sup>5</sup> Eine weitere Studie wurde 2019 von *Davis* durchgeführt, in welcher 626 männliche Personen nach ihren Stealthing-Aktivitäten befragt wurden (es wurde explizit danach gefragt, wie oft die befragte Person es geschafft habe, das Kondom heimlich zu entfernen, obwohl die Frau ein Kondom nutzen wollte). Fast 10 % (61) gaben an, seit dem 14. Lebensjahr Stealthing jeweils 1 – 20 Mal betrieben zu haben. Der Durchschnitt betrug 3,62 Mal pro Stealther.<sup>6</sup> Stealthing scheint entsprechend nicht nur eine Randerscheinung, sondern ein besorgniserregendes Phänomen zu sein.

## II. Rechtliche Einschätzung

Sowohl Rechtsprechung als auch Rechtslehre sind sich bislang nicht einig, wie mit dem Phänomen Stealthing umgegangen werden sollte.<sup>7</sup>

### 1. Rechtsprechung

Die deutsche Gerichtsbarkeit hat sich erst zweimal mit dem Phänomen Stealthing beschäftigt. Der erste Fall wurde im Dezember 2018 vor dem *AG Berlin-Tiergarten* verhandelt. Der Angeklagte hatte mit der Nebenklägerin einvernehmlichen Geschlechtsverkehr. Es kam zu einem

Stellungswechsel. Der Angeklagte zog heimlich das Kondom ab und führte danach die Penetration fort. Dies wurde seitens der Nebenklägerin erst nach der Ejakulation bemerkt. Das Gericht wertete das Verhalten definitiv als Stealthing. Der Angeklagte wurde wegen eines sexuellen Übergriffs gem. § 177 Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten auf Bewährung verurteilt und musste im Rahmen des Adhäsionsverfahrens einen zivilrechtlichen Schadensersatz leisten. Eine Vergewaltigung wurde verneint.<sup>8</sup>

Der Fall kam im Juli 2020 vor das *Kammergericht Berlin*, weil der Angeklagte Revision eingelegt hatte. In der Revisionschrift wurde v.a. mit der Literaturmeinung von *Franzke* argumentiert, wonach der § 177 Abs. 1 StGB keine sexuellen Täuschungen erfasse und das Einverständnis der Nebenklägerin zum Geschlechtsakt entsprechend zum Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit geführt habe (inhaltlich wird auf die Thematik der sexuellen Täuschung unter Punkt aa. genauer eingegangen). Das *KG Berlin* bestätigte jedoch die Feststellungen des *AG Berlin-Tiergarten* sowie den Schuldspruch eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB. Dies sei v.a. der Fall, da der Angeklagte im Körper der Nebenklägerin ejakuliert hätte. Die Tatbestandsmäßigkeit sei jedenfalls bei einem solchen konkreten Sachverhalt erfüllt.<sup>9</sup>

Der zweite Fall wurde erstmals im November 2020 verhandelt. Der Angeklagte entfernte in einer Pause heimlich das Kondom und drang wieder in die Zeugin ein. Diese bemerkte erst im Nachgang, dass der Geschlechtsverkehr ungeschützt fortgesetzt wurde. Der Angeklagte räumte den Sachverhalt objektiv ein, gab jedoch in subjektiver Hinsicht an, dass er davon ausgegangen sei, dass die Zeugin die Kondomentfernung bemerkt hätte. Da diese nicht widersprochen habe, sei der Angeklagte von einem nunmehr vorhandenen Einverständnis ausgegangen; insbesondere, da die Zeugin ihn nach der Pause zur Fortsetzung animiert habe.<sup>10</sup> Der Angeklagte wurde vom *AG Kiel* freigesprochen. Der Geschlechtsverkehr sei nicht gegen den erkennbaren Willen der Zeugin vollzogen worden. Geschützter und ungeschützter Geschlechtsverkehr seien auch nach dem natürlichen Sprachgebrauch eine Einheit und müssten als eine sexuelle Handlung angesehen werden. Folglich habe ein Einverständnis für die stattgefundene sexuelle Handlung und somit auch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis bestanden. Eine Strafbarkeit von Stealthing würde zudem zu fragwürdigen Ergebnissen führen; so müsste es auch strafbar sein, wenn aus vereinbartem ungeschütztem Geschlechtsverkehr abredewidrig geschützter Geschlechtsverkehr wird. Zudem würde dies einer Verharmlosung von Vergewaltigungen gleichkommen.<sup>11</sup> Staatsanwaltschaft und Nebenklägerin

<sup>3</sup> vgl. *Brodsky* (Fn. 1), 183 – 190, 205 – 206.

<sup>4</sup> vgl. *Brodsky* (Fn. 1), 190 – 191, 195.

<sup>5</sup> vgl. *Latimer/Vodstrcil/Fairley/Cornelisse/Chow/Read/Bradshaw*, PLOS ONE 2018, 14(2).

<sup>6</sup> vgl. *Davis*, Health Psychology 2019, 38 (11), 997 (1000).

<sup>7</sup> Eine detailliertere Darstellung der unterschiedlichen Literaturmeinungen sowie des ersten Stealthing-Urteils ist Bestandteil des vom Verfasser in der Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim) 2020, 103(04), 315 – 330 publizierten Artikels „Stealthing: ein besorgniserregender Trend? Herausforderung für die Justiz – ein Kommentar“.

<sup>8</sup> vgl. *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 3 – 12, 18 – 19, 20 – 23, 30, 34 – 35, 37, 42, 45 – 48, 50, 56, 58; *Losensky* (Fn. 1).

<sup>9</sup> vgl. *KG Berlin*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20, 161 Ss 48/20, Rn. 12 – 13, 15 – 16, 17 – 25, 29.

<sup>10</sup> vgl. *Kienzerle*, FD-StrafR 2021, 435820, 1.

<sup>11</sup> vgl. *Kienzerle* (Fn. 10), 1 – 2.

legten daraufhin Revision ein. Das *Schleswig-Holsteinische OLG* hob den Freispruch des *AG Kiels* im März 2021 auf. Sobald das Stealthing-Opfer im Vorfeld erklärt habe, dass Geschlechtsverkehr nur mit Kondom stattfinden dürfe, könne das ungeschützte Eindringen als sexueller Übergriff gem. § 177 Abs. 1 StGB strafbar sein, wenn die Kondomentfernung nicht bemerkt werde. Der Antrag des Verteidigers, den Fall an den *BGH* zu überweisen, wurde vom *Schleswig-Holsteinischen OLG* abgelehnt.<sup>12</sup>

## 2. Literaturansichten

### a) Strafwürdigkeit von "Stealthing" und geschütztes Rechtsgut

Es stellt sich die Frage, welches Rechtsgut durch Stealthing verletzt wird. In der Literatur wird bislang mehrheitlich die Meinung vertreten, dass Stealthing das sexuelle Selbstbestimmungsrecht betrifft und entsprechend eine Sexualstraftat darstellen sollte. Denn die sexuelle Selbstbestimmung schützt das Recht einer jeden Person über Zeitpunkt, Art, Form und Partner selbst zu bestimmen. Dies beträfe auch die Art und Weise des Geschlechtsverkehrs sowie die ausgewählten Sexualpraktiken. Der § 177 StGB schützt ergänzend insbesondere davor, nicht herabgewürdigt zu werden, indem das Opfer zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe wird. Zudem würde Stealthing das Opfer mit dem Gefühl der ungewollten Beschmutzung und Benutzung zurücklassen, was entsprechend das sexuelle Selbstbestimmungsrecht betreffen würde. Weiter haben gesundheitliche Bedenken einen entscheidenden Einfluss auf die Willensbildung zum sexuellen Handeln. Aus diesem Grund sei eine Strafbarkeit durch das Sexualstrafrecht gerechtfertigt, sobald nach einer erfolgten Kosten-Nutzen-Abwägung das Einverständnis zur sexuellen Handlung, aufgrund der mit geschütztem Sex verbundenen geringeren gesundheitlichen Risiken, zustande kam.<sup>13</sup>

Die Gegenmeinung gründet sich darauf, dass es beim Stealthing um den Schutz der körperlichen Integrität und nicht um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gehe, da das Wesen der sexuellen Handlung durch Stealthing nicht verändert werde. Der Geschlechtsverkehr an sich sei einvernehmlich gewesen und die Nutzung eines Kondoms nur ein Begleitumstand. Beim Stealthing würde entsprechend weiterhin ein wirksam erteiltes Einverständnis vorliegen. Es würde zudem keine Gesetzeslücke bestehen, da das Strafbedürfnis über Körperverletzungs- und Beleidigungsdelikte abgedeckt werden würde.<sup>14</sup>

Der erstgenannten und überwiegend vertretenen Meinung ist der Vorzug zu gewähren. Denn eine nicht vorhandene Strafbarkeit durch das Sexualstrafrecht würde – wie die Gegenmeinung richtig darstellt – dazu führen, dass Stealthing de lege lata nur durch Körperverletzungs- und Beleidigungsdelikte sanktionierbar wäre. Dies würde dem Unwertgehalt von Stealthing nicht gerecht werden; gerade da eine Verurteilung in den vermutlich meisten Fällen unterbliebe, da der Erfolg einer Körperverletzung nicht eintritt bzw. objektiv gar keine Gefahr vom Stealther ausgegangen ist (hat keine Geschlechtskrankheiten etc.), da bewusst-vorsätzliche Grenzüberschreitungen in Erfolgsfällen meist nur mit Fahrlässigkeitsdelikten und bei Ausbleiben des Erfolgs höchstens mit einer versuchten Körperverletzung geahndet werden würden.<sup>15</sup>

### b) Handlungsunrecht beim „Stealthing“

Das Handlungsunrecht beim Stealthing ergibt sich vornehmlich aus der Tatsache, dass etwas gegen den Willen des Opfers geschieht. Das heimliche Abziehen des Kondoms ist nicht konsentiert und die Kondombenutzung wurde im Vorfeld kommuniziert und zur Bedingung für den einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gemacht. Grundsätzlich kann ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in Bezug auf den § 177 StGB nur zum Tragen kommen, wenn es sich um einvernehmliche Geschehnisse handelt. Es ist zwar unstrittig, dass beim Stealthing etwas passiert, zu dem kein Einverständnis erteilt wurde; doch fraglich ist, ob hier 1) lediglich eine Täuschung über die durchgängige Kondombenutzung (der Geschlechtsverkehr fand einvernehmlich statt) vorliegt oder 2) das Einverständnis zur sexuellen Handlung/zum ungeschützten Geschlechtsverkehr fehlt.<sup>16</sup>

### aa) Täuschung als strafbare Handlung beim „Stealthing“

Für den täuschungsbedingten Willensmangel gibt es im § 177 StGB bislang keinen Raum. Tatbestandlich nicht erfasst ist die Erschleichung des Einverständnisses durch Täuschung. Dies könnte bspw. durch das Vorspielen persönlicher Eigenschaften geschehen oder durch das Verschweigen ansteckender Krankheiten wie HIV oder durch das Täuschen über die eigene Geschlechtsidentität oder über den sexuellen Charakter einer Handlung. Auch Täuschungen über die Nutzung von Verhütungsmitteln (Pille etc.) oder die eigene Fruchtbarkeit fallen explizit nicht unter den § 177 StGB. Die Täuschung führe auch v.a. deshalb nicht zur Unwirksamkeit des Einverständnisses, da es beim Opfer zum Tatzeitpunkt an einem (innerlichen) Nein fehlt. Reine sexuelle Täuschungen erhalten durch den § 177 StGB keinen strafrechtlichen Schutz. Zudem

<sup>12</sup> vgl. *TAZ*, Gummi abziehen doch strafbar, 2021, online abrufbar unter: <https://taz.de/Stealthing-Entscheidung-aus-Schleswig-Holstein/!5756768/> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *N-TV*, Gericht hebt "Stealthing"-Freispruch auf, 2021, online abrufbar unter: <https://www.n-tv.de/panorama/Gericht-hebt-Stealthing-Freispruch-auf-article22437317.html> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *N-TV*, Bundespolizist wegen "Stealthing" verurteilt, 2018, online abrufbar unter: <https://www.n-tv.de/panorama/Bundespolizist-wegen-Stealthing-verurteilt-article20780677.html> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021).

<sup>13</sup> vgl. *Fischer*, StGB, 67. Auflage (2020), § 177 Rn. 2; *Renzikowski*, Urteil: Bewährungsstrafe für Stealthing, 2018, online abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunknova.de/beitrag/stealthing-erstes-urteil-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *ders.*, in: *MüKo-StGB*, 3. Auflage (2017), § 174 Rn. 8; *Herzog*, in: *FS Fischer*, 2018, S. 351 (354, 359); *Schumann/Schefer*, in: *FS Kindhäuser*, 2019, S. 811 (815 – 816, 825); *Hoffman*, *NSZ* 2019, 16 (18).

<sup>14</sup> vgl. *Franzke*, *BRJ* 2019, 114 (122); *Denzel/Kramer*, *KriPoZ* 2019, 347 (354).

<sup>15</sup> vgl. *Wißner*, *MschKrim* 2020, 315 (330).

<sup>16</sup> vgl. *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Auflage (2019), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 31; *Wißner*, *MschKrim* 2020, 315 (323).

würde eine Strafbarkeit von sexuellen Täuschungen zu bizarren Ergebnissen führen, die auch aufgrund von kriminalpolitischen Einwänden nicht anzustreben ist.<sup>17</sup> Lediglich die Strafbarkeit, wenn über die Geschlechtsidentität oder den sexuellen Charakter einer Handlung getäuscht wird, also rechtsgutbezogene Täuschungen, werden in Teilen gefordert.<sup>18</sup> *Vavra* vertritt die Auffassung, dass das erteilte Einverständnis zur sexuellen Handlung bereits entfallen würde, sobald über eine Bedingung getäuscht wurde, die das Opfer ausdrücklich gemacht hat. Es dürfe auch nicht unterschieden werden zwischen Täuschungen, die sich auf die sexuelle Handlung an sich beziehen (*fraud in the factum*) und Täuschungen, die sich auf die Umstände des Geschlechtsverkehrs bzw. die Motive eines Sexualpartners (*fraud in the inducement*) beziehen.<sup>19</sup>

Aus Sicht des Bearbeiters ist der täuschungsbedingte Willensmangel im Sexualstrafrecht sicherlich eine diffizile Problematik. Eine Kriminalisierung jedweder Täuschungen über notwendige Bedingungen für den Sexualakt würde jedoch zu weit führen. Eine Täuschung darüber, Jungfrau oder unverheiratet zu sein und keine Kinder zu haben, die dazu führt, dass einer der Sexualpartner zum einvernehmlichen Geschlechtsverkehr konsentiert (dies als zwingende Bedingung), darf nicht zur Aufhebung des Einverständnisses zum Geschlechtsverkehr führen. Dem täuschungsbedingten Willensmangel darf im § 177 StGB richtigerweise nicht ohne Einschränkung Raum gegeben werden.<sup>20</sup> In Bezug auf *Stealthing* ist die herrschende (jedoch nicht alleinige) Auffassung, dass das gegebene Einverständnis zum Geschlechtsverkehr aufrecht erhalten bleibt, wenn von einer reinen Täuschung über die Kondombenutzung ausgegangen wird. Das Einverständnis bezieht sich nämlich auf die sexuelle Handlung und entsprechend würde die reine Täuschung über erhöhte Risiken durch das Weglassen des Kondoms keine Auswirkung auf das tatbestandsausschließende Einverständnis haben.<sup>21</sup>

Anders zu betrachten wäre dies jedoch, wenn es sich eben nicht *nur* um eine Täuschung über die Kondombenutzung handeln würde. Eine Täuschung wäre nämlich nur dann anzunehmen, wenn die Annahme vorausgesetzt wird, dass es sich bei (mittels Kondoms) geschütztem und ungeschütztem Geschlechtsverkehr um dieselbe sexuelle Handlung handelt. Sollten geschützter und ungeschützter Geschlechtsverkehr jedoch als unterschiedliche sexuelle Handlungen angesehen werden, so müsste für beides von den Sexualpartnern ein explizites Einverständnis eingeholt werden. Dies vertieft die bereits angesprochene Problematik, ob das Handlungsrecht 1) in einer sexuellen Täuschung oder 2) in einem fehlenden Einverständnis in die

sexuelle Handlung selbst zu sehen ist.<sup>22</sup>

#### *bb) "Safer Sex" und "ungeschützter Sex" als eigenständig geschützte sexuelle Handlungen*

Gemäß § 184h StGB muss die Handlung im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sein. Es existiert keine Legaldefinition in Bezug auf den Begriff sexuelle Handlung. Nach herrschender Meinung werden jedoch alle Handlungen als sexuell angesehen, die nach objektiven Kriterien, alleine vom äußeren Erscheinungsbild her, einen Sexualbezug haben. Die sexuelle Handlung wird zudem i.S.d § 177 StGB vorgenommen, wenn Kontakt zwischen dem eigenen und einem anderen Körper hergestellt wird. Sobald der Täter hierbei eine vom Opfer geäußerte Ablehnung ignoriert, wird eine Strafbarkeit der sexuellen Handlung begründet, um die autonome Entscheidung des Einzelnen zu schützen.<sup>23</sup>

Beim *Stealthing* wird die Strafbarkeit der sexuellen Handlung bislang damit begründet, dass es sich bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr um eine andere sexuelle Handlung handle, als bei geschütztem Geschlechtsverkehr. Diese sexuelle Handlung sei beim definitorischen *Stealthing* auch gegen den erkennbaren Willen, da das Opfer diesen zuvor kundgetan hat. Dadurch, dass der *Stealth*er, um das Kondom heimlich abzuziehen, den Akt zunächst unterbrechen muss, um im Anschluss eine Re-Penetration zu vollziehen, beginnt ein neuer Geschlechtsverkehr, der (da unterschiedliche sexuelle Handlung) nicht mehr vom Konsens abgedeckt wird. Das heimliche Abziehen des Präservativs ist eine nicht unerhebliche Abweichung vom vereinbarten geschützten Geschlechtsverkehr, d.h., dem nunmehr ungeschützten Verkehr muss gesondert zugestimmt werden. Schließlich ist ein Kondom ein objektiv-äußerliches Element und auch von der Intimität nicht vergleichbar mit dem Haut-zu-Haut Kontakt primärer Geschlechtsorgane, aus welchem auch ein gesteigertes Krankheits- und Schwangerschaftsrisiko resultiert. Zudem habe sich in der Alltagssprache bereits der alleinstehende Begriff „Safer Sex“ durchgesetzt. Vergleichbar ist dies bspw. damit, dass vaginaler und analer Geschlechtsverkehr ebenfalls als unterschiedliche sexuelle Handlungen angesehen werden und Konsens zum einen nicht gleichzeitig Konsens zum anderen bedeutet. Hieraus folgt, dass absprachewidrig ungeschützter Geschlechtsverkehr per se den § 177 Abs. 1 StGB erfüllt.<sup>24</sup>

Dem gegenüber sieht die Mindermeinung in einer solchen Zäsur erhebliche Abgrenzungsproblematiken. Daher sollten geschützter und/oder ungeschützter Geschlechtsverkehr keine gesonderten sexuellen Handlungen darstellen.

<sup>17</sup> vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (161); *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (323 – 324); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (168); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6; *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (354).

<sup>18</sup> vgl. *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (354); *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (161).

<sup>19</sup> vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611 (618).

<sup>20</sup> vgl. *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (323 – 324); hierzu auch: *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119 – 120); *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (354).

<sup>21</sup> vgl. *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9b; *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (323 – 324).

<sup>22</sup> vgl. *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9a, 9b; *Herzog*, in: FS Fischer, S. 357; *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (323 – 324); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (15).

<sup>23</sup> vgl. *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (160 – 161); 160; *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (324 – 325); *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.

<sup>24</sup> vgl. *AG Berlin-Tiergarten* (Fn. 8), Rn. 35 – 37; *Linoh*, Anm. zu: *AG Berlin-Tiergarten*, 2019, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Anm. 5, C; *Hoffman*, NStZ 2019, 16 (17); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (355, 356); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, S. 811 (816 – 817); *KG Berlin* (Fn. 9), Fn. 27 – 28, 36, 38, 47; *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (324 – 327); *Kienzerle* (Fn. 10), 2 – 3; *Wolters*, in: SSW-StGB, 5. Auflage (2020), § 177 Rn. 19; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12 – 14).

Der Schutz durch ein Kondom betreffe nur die äußeren Rahmenbedingungen.<sup>25</sup>

Die Mindermeinung ist hier abzulehnen. Die Unterschiede zwischen geschütztem und ungeschütztem Geschlechtsverkehr sind so essentiell, dass in letzteren gesondert eingewilligt werden muss. Die Risiken (Geschlechtskrankheiten, Schwangerschaft) erhöhen sich durch ungeschützten Geschlechtsverkehr auf eine Art und Weise, dass es nicht als Äquivalent zu geschütztem Geschlechtsverkehr angesehen werden kann.<sup>26</sup> Gerade, da bei Verhandlungen über den gemeinsamen Austausch von Intimitäten auch im Sprachgebrauch zwischen geschütztem und ungeschütztem Sexualverkehr ähnlich unterschieden wird, wie zwischen vaginalem und analem Geschlechtsverkehr. Zudem kann hier auch nicht argumentiert werden, wie vom *AG Kiel* eingeworfen, dass Abgrenzungsprobleme entstünden, wie bspw. dass ein heimliches Aufziehen des Kondoms bei vorheriger Vereinbarung zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr, dann ebenfalls von § 177 StGB erfasst werden müsste.<sup>27</sup> Hierbei handelt es sich nämlich lediglich um eine Intimitätswegnahme und eine stattgefundenene Kosten-Nutzen-Abwägung wird nicht erheblich beeinträchtigt.

### c) Der erkennbare Wille beim „Stealthing“

Beim Stealthing kommuniziert das Opfer im Vorfeld aktiv, dass kein Einverständnis für Geschlechtsverkehr ohne Kondom besteht. Während der Tathandlung bekommt das Opfer dies jedoch nicht sofort oder eventuell gar nicht mit. Entsprechend wird diskutiert, ob Stealthing gegen den *erkennbaren* Willen des Opfers stattfindet.

Hier gehen die Meinungen bislang auseinander, ohne dass ein signifikanter Trend erkennbar wäre. Die eine Seite argumentiert, dass das Opfer die Grenzüberschreitung erst im Nachgang bzw. erst nach Beginn der ungeschützten Penetration mitbekäme. Der § 177 Abs. 1 StGB würde jedoch voraussetzen, dass während der Tathandlung ein akuter und bewusster (nicht nur ein natürlicher) Gegenwille gebildet wurde und ein im Vorfeld erklärter Widerspruch keinen Einfluss auf die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens in der konkreten Situation habe. In dieser müsse ein kommunikativer Beitrag geschehen, sodass für einen objektiven Dritten der entgegenstehende Wille erkennbar sei (ohne, dass die vorherige Absprache bekannt ist). Für konkrete Einzelfälle, in denen der entgegenstehende Wille nicht erkennbar ist, sei der § 177 Abs. 2 StGB geschaffen worden. Eine Strafbarkeit von Stealthing durch den Grundtatbestand des § 177 Abs. 1 StGB würde entsprechend ausscheiden.<sup>28</sup>

Die andere Seite nimmt einen entgegenstehenden Willen für ungeschützten Geschlechtsverkehr, wenn dieser im

Vorfeld klar kommuniziert wurde, über die gesamte Zeit des Aktes an. Das Opfer würde in die dauerhafte Kondombenutzung vertrauen und da es sich um eine klar definierte Sexualpraktik sowie einen überschaubaren Sachverhalt handele, seien keine neuen Willensentschlüsse seitens des Opfers notwendig. Denn bei Stealthing führe eine kontextabhängige Betrachtung mit Blick auf die Erkennbarkeit zum Resümee, dass der zuvor kundgetane entgegenstehende Wille zum ungeschützten Geschlechtsverkehr weiterhin fortwirke. Es müsse zu einer aufhebenden Erlaubniserklärung kommen. Schließlich kann davon ausgegangen werden, dass das Opfer dem ungeschützten Geschlechtsverkehr widersprochen hätte, wenn es die Kondomentfernung wahrgenommen hätte.<sup>29</sup>

Grundsätzlich ist für solche Fälle, in denen es fraglich ist, ob der entgegenstehende Wille objektiv erkennbar ist, § 177 Abs. 2 StGB geschaffen worden. Dieser erfasst Sachverhalte, bei denen aufgrund der Konstitution oder konkreten Situation vom Opfer kein erkennbarer entgegenstehender Wille gebildet werden kann. Der § 177 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB behandelt hierbei Fälle, in denen das Opfer nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern bzw. in der Willensäußerung erheblich eingeschränkt ist. Dies trifft auf Stealthing nicht zu, da sich aus der Systematik des Tatbestands sowie Gesetzesgeschichte ergibt, dass hier v.a. Personen geschützt werden sollten, die geistig und/oder körperlich in einem besonderen Maße beeinträchtigt sind. Das Opfer müsste zur Bildung eines erkennbaren Willens nahezu unfähig sein. Der § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB thematisiert das sog. Überraschungsmoment. Hier muss das Opfer jedoch durch den sexuellen Übergriff so überrascht oder überumpelt werden, dass dieses paralyisiert den sexuellen Übergriff zulässt. Diese Wortlautgrenze dürfte in den meisten Stealthing Fällen überschritten sein, sodass eine Strafbarkeit von Stealthing gem. § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB ebenfalls entfällt. Der § 177 Abs. 2 Nr. 4 und 5 StGB ist tatbestandlich ebenfalls nicht einschlägig, da beim definitiven Stealthing nicht von einer Nötigung bzw. einer Drohung mit einem empfindlichen Übel auszugehen ist. Doch auch wenn eine Strafbarkeit aufgrund des erkennbaren und entgegenstehenden Willens teilweise verneint wird, so wird gleichzeitig auch der Ruf nach Reformen laut. Stealthing ist moralisch verwerflich und strafwürdig; eine vorhandene Gesetzeslücke muss geschlossen werden.<sup>30</sup>

### d) Besonders schwerer Fall nach § 177 Abs. 6 StGB

Wer den Grundtatbestand des § 177 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB verwirklicht, kann auch ein Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 StGB erfüllen, wenn weitere Faktoren hinzukommen. Für Stealthing ist v.a. relevant, dass ein besonders schwerer Fall in der Regel angenommen wird, wenn der

<sup>25</sup> vgl. *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (354).

<sup>26</sup> vgl. *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (328).

<sup>27</sup> vgl. *Kienzerle* (Fn. 10), 1 – 2.

<sup>28</sup> vgl. *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (21); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, S. 821 – 822, 824 – 825; *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (325 – 326); hierzu auch: *Franzke*, BRJ 2019, 114 (116 – 119).

<sup>29</sup> vgl. *AG Berlin-Tiergarten* (Fn. 8), Rn. 37; *Linoh* (Fn. 24), Anm. 5, C; *KG Berlin* (Fn. 9), Rn. 41 – 45; *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, S. 819; *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (325 – 326); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12 – 13); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (396).

<sup>30</sup> vgl. *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, S. 822 – 825; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (16 – 18); *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3558), 3555; *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (325 – 326).

Täter sexuelle Handlungen am Opfer vornimmt, die dieses besonders erniedrigen. Dies sei insbesondere dann gegeben, wenn der sexuelle Übergriff mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist (Vergewaltigung). Da dies bei Stealthing faktisch der Fall ist, wird teilweise angenommen oder zumindest hervorgehoben, dass das Regelbeispiel grundsätzlich erfüllt sei. Es bleibe jedoch noch zu untersuchen, ob dies tatsächlich indiziert werden sollte. Gerade das Faktum, dass sich der Stealther über den Opferwillen vorsätzlich hinwegsetzt, würde das Opfer zum bloßen Sexualobjekt degradieren. Mit aus diesem Grund sei beim Stealthing das Regelbeispiel nicht (ausnahmsweise) abzulehnen.<sup>31</sup>

Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass sich im § 177 StGB eine bewusste Zuspitzung befinde. Diese erfahre mit der Verwirklichung des besonders schweren Falles (Vergewaltigung) ihren Höhepunkt. Der Täter begehe damit eine besonders schwere Form des Missbrauchs. Stealthing sei jedoch keine solche besonders schwere Form und andere Strafzumessungsfaktoren könnten entsprechend den beim Regelbeispiel indizierten besonders schweren Fall kompensieren.<sup>32</sup>

### III. Beispielfall

#### 1. Methodik

Aufgrund des vom Verfasser in der Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform publizierten Artikels "Stealthing: ein besorgniserregender Trend? Herausforderung für die Justiz – Ein Kommentar." nahm ein weibliches Stealthing-Opfer mit dem Verfasser Kontakt auf und erklärte sich bereit für ein Interview.

Es wurde vereinbart, ein narratives Interview durchzuführen, um die Sicht- und Handlungsweisen des Stealthing-Opfers anhand der Erzählung des Erlebten zu verstehen bzw. erfahrungsnahe, subjektive Aussagen über den erlebten Stealthing-Vorfall zu erhalten.<sup>33</sup>

#### 2. Narratives Interview

Das narrative Interview fand im April 2021 in Frankfurt am Main statt und hat eine Gesamtlänge von 37:40 Minuten. Namen wurden zum Zweck der Anonymisierung geändert.

*Maria* erzählt, dass sie bei einem Restaurantbesuch auf *Thomas* aufmerksam wurde und sie den späteren Kontakt initiiert hatte. Nach anfänglichem Chatkontakt kam es zu einem Treffen. *Maria* ging mit *Thomas* essen und das Date verlief gut. Bei *Maria* zu Hause kam es schließlich

zum Austausch einvernehmlicher Intimitäten (knutschen). *Maria* habe gemerkt, dass *Thomas* auf Geschlechtsverkehr aus war und ließ sich darauf ein. Vor dem einvernehmlichen Geschlechtsverkehr teilte *Maria* mit, dass der Sexuallkontakt nur mit einem Kondom stattfinden dürfe, u.a. da *Maria* nicht die Pille einnehme. Daraufhin kam es zum einvernehmlichen geschützten Geschlechtsverkehr, welcher jedoch nicht lange gegangen sein soll. *Thomas* habe danach verlauten lassen, dass sich Sex mit Kondom für ihn nicht so intensiv anfühle. Dies habe *Maria* zur Kenntnis genommen, aber gleichzeitig wiederholt, dass Sex nur mit Kondom stattfinden dürfe. Kurze Zeit später kam es erneut, aber dieses Mal zum ungeschützten Geschlechtsverkehr. Nach Ende des Verkehrs haben sich beide wieder hingelegt, dabei fiel *Maria* das fehlende Präservativ auf. Als *Maria* *Thomas* damit konfrontierte, gab dieser an, dass er das vorher abgezogen hatte und *Maria* dies doch gesehen haben müsste. *Maria* entgegnete, dass sie das nicht gesehen hätte.<sup>34</sup>

*"Also, das wäre ja auch total bescheuert, [...] so nach dem Motto: "Nee, wenn wir jetzt zweimal an einem Abend Sex haben, dann: das erste Mal haben wir mit Kondom Sex und beim zweiten Mal kannst du es natürlich abziehen, das ist ja gar kein Problem". Also diese Logik dahinter ergibt sich ja irgendwie nicht".*<sup>35</sup>

*Maria* fragte daraufhin sofort, wann sich *Thomas* das letzte Mal auf Geschlechtskrankheiten habe testen lassen. Dieser gab an, dies im Mai 2020 getan und damals nichts gehabt zu haben. *Maria* war in dem Moment nach eigenen Angaben schockiert, empfand die Situation als unangenehm und gab sich teilweise selbst die Schuld an dem, was passiert ist, da sie den Kontakt pro-aktiv initiiert hatte. Sie hatte in der Woche danach Beschwerden, dachte jedoch, dass es sich um eine Blasenentzündung oder Pilzinfektion handele. Bei dem erst im ersten Quartal 2021 stattfindenden Frauenarzttermin erhielt *Maria* die Nachricht an Chlamydien erkrankt zu sein. *Maria* fragte *Thomas*, ob er sich testen lassen könnte. *Thomas* habe angegeben, dass er sich gerade habe testen lassen; alles sei negativ gewesen, doch aufgrund von Privatsphäre würde er *Maria* das schriftliche Ergebnis nicht zeigen wollen. Auf den Vorwurf *Marias*, dass er das Kondom heimlich abgezogen und dann ungeschützten Sex mit ihr gehabt habe, was sie auf gar keinen Fall wollte, erwiderte *Thomas*, dass *Maria* das Abziehen gesehen haben müsse. Zudem teilte *Thomas* mit, dass er irgendwie seinen Kopf in dem Moment ausgeschaltet habe. Als er diesen wieder eingeschaltet hatte, hätte er gemerkt, dass sein Handeln falsch gewesen sei.<sup>36</sup>

Neben der Möglichkeit, sich mit einer Geschlechtskrankheit angesteckt zu haben, war es besonders belastend und schlimm für *Maria*, dass sie einige Zeit nach der Tat ein gestörtes Verhältnis zu Körperkontakt mit Männern hatte,

<sup>31</sup> vgl. *Hoffman*, NSTZ 2019, 16 (18); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (18); *Laudon*, Erstes Urteil zum sogenannten Stealthing, 2019, online abrufbar unter: <https://www.strafakte.de/sexualstrafrecht/erstes-urteil-zum-sogenannten-stealthing/> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021); *Schaper* (Fn. 1); *Anwalt* (Fn. 1); *Kujus* (Fn. 1); *Jahn* (Fn. 1); *N-TV* (Fn. 12).

<sup>32</sup> vgl. *AG Berlin-Tiergarten* (Fn. 8), Rn. 37, 39, 42; *Jahn* (Fn. 1); *Spiegel*, 37-Jähriger wegen "Stealthing" verurteilt, 2018, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/stealthing-heimlich-das-kondom-abgezogen-bundespolizist-in-berlin-verurteilt-a-1244425.html> (zuletzt abgerufen am 29.4.2019).

<sup>33</sup> vgl. *Schnell/Hill/Esser*, Methoden der empirischen Sozialforschung, 2013, S. 379 – 380; *Diekmann*, Empirische Sozialforschung. Grundlagen Methoden Anwendung, 11. Auflage (2017), S. 540 – 542.

<sup>34</sup> vgl. narratives Interview, 1 (547), 40 – 55, 59 – 124, 314 – 317, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2021/09/wissner-narratives-interview-das-phaenomen-stealthing.pdf>.

<sup>35</sup> narratives Interview (Fn. 34), 442 – 446.

<sup>36</sup> vgl. narratives Interview (Fn. 34), 125 – 226, 233 – 259, 264 – 271, 277 – 305, 375 – 397.

als auch die Reaktion von *Thomas*. Als *Maria* diesen nach dem Stealthing damit konfrontierte, dass sie die Pille nicht nehme, habe er geantwortet, dass es dann gut gewesen sei, dass er nicht in ihr gekommen wäre. Auch das Faktum, dass sich *Thomas* einfach über ihren Willen hinweggesetzt und ihr die Entscheidung abgenommen hatte, ungeschützten Geschlechtsverkehr zu haben, habe sie sauer gemacht und stelle für sie einen gravierenden Vertrauensbruch dar.<sup>37</sup>

*Maria* zog viele Menschen ins Vertrauen und fragte um Rat, wie sie mit dieser Situation umgehen solle. Von Vielen sei sie (vor dem Test-Ergebnis) v.a. beruhigt worden. Ihre Mitbewohnerin (mit einem rechtlichen Hintergrund) riet ihr sogar von einer Anzeige ab, da dies, ihrer Auffassung nach, nichts bringen würde. Es stünde Aussage gegen Aussage. Aufgrund dieser Meinung, aber auch Selbstvorwürfen sowie der Befürchtung, dass ein Gerichtsverfahren sie nochmal stark belasten würde und sie das Ganze nicht erneut durchleben möchte, sah *Maria* von einer Anzeige bis heute ab.<sup>38</sup>

### 3. Bewertung

Anhand der dargestellten Rechtsauffassungen ist der Verfasser der Meinung, dass es sich bei dem vorgestellten Fall definitionsgemäß um Stealthing handelt. *Maria* machte die Kondombenutzung zur zwingenden Bedingung für einvernehmlichen Geschlechtsverkehr und gab ihre Zustimmung ausdrücklich nur zur sexuellen Handlung *Safer Sex* und ausdrücklich nicht zu *ungeschütztem Sex*. Nach dem ersten einvernehmlichen geschützten Geschlechtsverkehr kam es zu einer Zäsur des Geschehens (hier unstrittig aufgrund einer Pause zwischen den sexuellen Handlungen). Der Sexualkontakt wurde von *Thomas* später (nach Angaben von *Maria* maximal nach drei Minuten) ungeschützt fortgesetzt. *Maria* befand sich bei Beginn mit dem Rücken zu *Thomas* und war noch im Vertrauen, dass *Thomas* das Kondom übergestreift hatte, da es für *Maria* evident war, dass sich am "Nein" zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr seit dem ersten Sexualkontakt natürlich nichts geändert hat. In der Pause wurde dies von *Maria* auch nochmals bekräftigt. Erst nach Ende des zweiten Sexualkontaktes fiel *Maria* auf, dass *Thomas* kein Präservativ übergestreift hatte. Der Anfangsverdacht einer Straftat gem. § 177 StGB ist nach Auffassung des Verfassers entsprechend gegeben.

Aufgrund der Strafverfolgungspflicht des Verfassers wurde dieser Sachverhalt zur Prüfung an das zuständige Fachkommissariat des Polizeipräsidiums Frankfurt am Main weitergeleitet. Dies fand mit dem Einverständnis von *Maria* statt, die sich auch bereit erklärte, eine Aussage bei der Polizei zu tätigen. In der Folge wurde ein Ermittlungsverfahren eröffnet.<sup>39</sup>

### IV. Fazit

Das erste Stealthing-Urteil seitens des *AG Berlin-Tiergarten* sowie *KG Berlin* sieht eine Strafbarkeit von Stealthing gem. § 177 Abs. 1 StGB als gegeben an, obwohl das *KG Berlin* leider versäumt klarzustellen, dass alleine die definitive Begehung jedweden Stealthings den Tatbestand erfüllt und nicht nur, wenn es beim Stealthing zur Ejakulation kommt.<sup>40</sup> Das zweite Stealthing-Urteil ist interessant, da es aufzeigt, dass es noch juristischen Klärungs- bzw. Reformbedarf gibt. Das *AG Kiel* vertritt die Auffassung, dass Stealthing nicht gegen den erkennbaren Willen geschieht und es sich bei geschütztem und ungeschütztem Geschlechtsverkehr nicht um unterschiedliche sexuelle Handlungen handelt (siehe Punkt bb) sowie c). Das *Schleswig-Holsteinische OLG* vertritt die gegenteilige Auffassung. In Bezug auf die herrschende Rechtsprechung zeichnet sich durch zwei Urteile der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Ebene der Oberlandesgerichte entsprechend der Trend ab, dass Stealthing gem. § 177 Abs. 1 StGB de lege lata strafbar ist.

Die herrschende Meinung in der Literatur tendiert ebenfalls zur Strafbarkeit und fußt hauptsächlich auf der Annahme, dass es sich bei geschütztem und ungeschütztem Geschlechtsverkehr um zwei unterschiedliche sexuelle Handlungen handelt, wodurch das Handlungsunrecht nicht bei einer Täuschung liegt (dann würde eine Strafbarkeit nach herrschender Meinung entfallen). Strittig wird noch diskutiert, ob Stealthing gegen den erkennbaren Willen des Opfers stattfindet; gerade da es zum Zeitpunkt der Tathandlung an einem *innerlichen* Nein fehlt. Dieser Einwand ist grundsätzlich nicht von der Hand zu weisen, insbesondere da für solche Fallkonstellationen extra der Grundtatbestand des § 177 Abs. 2 StGB geschaffen wurde; dessen Alternativen derzeit jedoch nicht auf Stealthing angewandt werden können (siehe Punkt c).

Um Rechtssicherheit zu schaffen, schlägt der Verfasser folgende Erweiterung des § 177 Abs. 2 StGB vor, wodurch die Problematik des erkennbaren Willens gelöst und endgültig geklärt würde, dass Stealthing gem. § 177 StGB strafbar ist:<sup>41</sup>

"§ 177 Abs. 2 StGB:

Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn [...]

6. der Täter eine auf die sexuelle Handlung bezogene, vom Opfer im Vorfeld kommunizierte zwingende Bedingung zielgerichtet missachtet, die eine nicht nur unerhebliche Abweichung darstellt (insb. das sog. *Stealthing*)."<sup>42</sup>

<sup>37</sup> vgl. narratives Interview (Fn. 34), 236 – 244, 401 – 414, 420 – 425, 429 – 473.

<sup>38</sup> vgl. narratives Interview (Fn. 34), 324 – 342, 347 – 358, 362 – 369, 375 – 397, 480 – 492.

<sup>39</sup> vgl. narratives Interview (Fn. 34), 480 – 492.

<sup>40</sup> vgl. *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (327 – 328).

<sup>41</sup> vgl. *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (328 – 329).

<sup>42</sup> *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (328).

Weiterhin wird diskutiert, ob bei Bejahung des § 177 Abs. 1 StGB auch das indizierte Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 StGB erfüllt ist; schließlich ist der sexuelle Übergriff beim Stealthing mit dem Eindringen in den Opferkörper verbunden. Zu Recht wirft das *AG Kiel* ein, dass eine Bejahung zu einer Verharmlosung der Vergewaltigung führen würde. Auch die in der Einleitung dargestellte empirische Studie (Befragung von Stealthing-Opfern) kommt zu dem Ergebnis, dass Stealthing vergewaltigungsnah ist, aber eben kein Äquivalent zur Vergewaltigung darstellt. Auch die bereits vorhandenen Urteile sehen zwar eine Strafbarkeit gem. § 177 Abs. 1 StGB, verneinen aufgrund individueller Strafzumessungsfaktoren jedoch eine Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 6 StGB; gleichwohl vom *KG Berlin* die Richtigkeit dieser Einschätzung vom *AG Berlin-Tiergarten* nicht bestätigt und eher infrage gestellt wird.<sup>43</sup> Der Diskurs ist hierbei entsprechend noch nicht beendet<sup>44</sup>, zumal sich noch nicht alle Rechtsmeinungen, welche die Strafbarkeit bislang generell verneinen, zur Thematik, ob Stealthing eine Vergewaltigung darstellt, geäußert haben. Zu klären ist entsprechend, ob die Entscheidung darüber, ob Stealthing einen besonders schweren Fall des sexuellen Übergriffs darstellt, den einzelnen Gerichten bei Bewertung des konkreten Einzelfalls überlassen werden sollte, oder ob das definitorische Stealthing per se als ein besonders schwerer Fall oder nicht als ein solcher angesehen werden sollte.

Das in diesem Beitrag interviewte Stealthing-Opfer sagt hierzu:

*Es "ist halt auch [...] keine Vergewaltigung. Aber der hat ja trotzdem was mit mir gemacht, was ich nicht wollte".<sup>45</sup>*

Der Verfasser vertritt die Auffassung, dass Stealthing gem. § 177 StGB strafbar sein sollte, da geschützter und ungeschützter Geschlechtsverkehr zwei unterschiedliche sexuelle Handlungen sind und sich somit die Frage des generellen oder bedingten Einverständnisses nicht stellt. Zudem spricht sich der Verfasser dafür aus, Stealthing per se nicht als einen besonders schweren Fall gem. § 177 Abs. 6 StGB anzusehen. Der Zuspitzung im § 177 StGB muss Rechnung getragen werden<sup>46</sup> und Stealthing ist (gerade aufgrund des Fehlens eines akuten *innerlichen* Neins) weit davon entfernt bezüglich der Strafwürdigkeit mit einem besonders schweren Fall auf gleicher Ebene zu sein. Sowohl die Opfer aus der empirischen Studie von *Brodsky*<sup>47</sup> als auch das hier interviewte vermeintliche Stealthing-Opfer sehen Stealthing nicht als Äquivalent zur Vergewaltigung. Die faktischen Unterschiede vom definitorischen Stealthing zu Einzelfällen, die aus der Gesetzesdynamik heraus einen besonders schweren Fall gem. § 177 Abs. 6 StGB erfüllen, sind so prägnant, dass ein solcher nur in absoluten Ausnahmefällen mit erheblichen Strafzumessungsfaktoren angenommen werden sollte.

<sup>43</sup> vgl. *AG Berlin-Tiergarten* (Fn. 8), Rn. 35 – 42; *KG Berlin* (Fn. 9), Fn. 42, 50.

<sup>44</sup> vgl. *Hoffman*, NSTZ 2019, 16 (18); *Linoh* (Fn. 24), Anm. 5, C; *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (21); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (359); *Jani*, Kammergericht in Berlin entscheidet erstmals obergerichtlich über die Strafbarkeit des sog. Stealthings (PM 51/2020), online abrufbar unter: <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2020/pressemitteilung.975296.php> (zuletzt abgerufen am 29.4.2021).

<sup>45</sup> narratives Interview (Fn. 34), 524 – 526.

<sup>46</sup> vgl. *Wißner* (Fn. 15), 328.

<sup>47</sup> vgl. *Brodsky* (Fn. 1), 183 – 190, 205 – 206.

## Einführung einer Strafbarkeit von Prostitution? – Zum Verhältnis von Sex-Arbeit und Menschenwürde

von Teresa Harrer\*

### Abstract

Nicht erst seit Beginn der COVID-19-Pandemie werden immer wieder Forderungen laut, die Sex-Arbeit in Deutschland zu verbieten und eine „Freier-Strafbarkeit“ nach Schwedischem Modell zu implementieren. Gleichzeitig fordern Sex-Arbeitsverbände und neoliberale Feministinnen eine rechtliche und gesellschaftliche Anerkennung der Sex-Arbeit sowie die Gleichstellung mit anderen freien Berufen. Die in Anspruch genommenen Werte und verfolgten Ziele – insbesondere: Schutz der Menschenwürde und die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter – unterscheiden sich bei Verbotsgegnern und -befürworterinnen kaum, doch es liegt den Perspektiven ein grundverschiedenes Autonomieverständnis zugrunde. Nach der hier vertretenen Ansicht kann ein strafrechtliches De-facto-Verbot von Sex-Arbeit nicht mit dem Schutz der Würde von Frauen gegen den Willen der Einzelnen begründet werden.

*Even before the COVID-19-pandemic, claims have risen to abolish prostitution in Germany altogether and implement a ban of sex work, modeled on the Swedish Sex Purchase Act. At the same time, sex work associations and neo-liberal feminists demand legal and social recognition as well as equal treatment with other professions for sex work. The values and aims both sides draw on – especially the protection of human dignity and the factual equalization of women and men – merely differ, however underlying, there are entirely different perspectives on autonomy. It will be shown that – following the here held view – the protection of dignity of women against their own will cannot constitute a ban of sex work.*

### I. COVID 19 und neue Prohibitionsvorstöße

Bereits bei der „ersten Welle“ der COVID-19-Pandemie im Frühjahr 2020 wurden Stimmen laut, die die infekti-

onsschutzbedingte Schließung aller Bordelle und Sex-Arbeitsstätten zum Anlass nahmen, um eine neue öffentliche Diskussion über ein dauerhaftes Verbot von Sex-Arbeit<sup>1</sup> anzuregen.<sup>2</sup> Zugleich klagten Prostitutionsstättenbesitzer und Sex-Arbeiterinnen gegen die pandemiebedingten Schließungen. Bereits an den verwaltungsgerichtlichen Urteilen zu diesen Klagen werden die Kontroversen deutlich, die sowohl die rechtliche als auch die politische Diskussion durchziehen.<sup>3</sup> Die Rechtslage in Deutschland ist auch mehr als ein Jahrzehnt nach Einführung des Prostitutionsgesetzes (ProstG) uneinheitlich, die Rechtspraxis geprägt von „Rechtszersplitterung und regionaler Rechtsverweigerung“<sup>4</sup>. Während Berufsverbände und Sex-Arbeiterinnen gerade hierin eine entwürdigende Bevormundung und zusätzliche Erschwerung ihrer Arbeitsbedingungen sehen, sind sich konservative Parteien mit sog. „Radikalfeministinnen“ darin einig, dass die Wertung des ProstG, das die Einordnung der Prostitution als sittenwidrig aufhob,<sup>5</sup> zurückzunehmen sei. Dagegen fordern Sex-Arbeiterinnen selbst sowie „neoliberale“ Feministinnen, Sex-Arbeit zu entstigmatisieren und anderen Berufen rechtlich gleichzustellen.

### II. Einführung einer Strafbarkeit von Prostitution?

Kein anderes Berufsfeld sieht sich einer derart kontroversen Debatte um die eigene Legitimität ausgesetzt und nicht immer werden die Diskussionen um den Status und die Wertungen rund um Sex-Arbeit sachlich geführt.<sup>6</sup> Es soll deshalb der Versuch unternommen werden, einige Argumentationslinien klarer herauszuarbeiten und die widerkehrende Forderung nach einer „Abschaffung der Prostitution“ verfassungsrechtlich sowie rechtsphilosophisch genauer zu beleuchten.

Nach wie vor ist hochumstritten, ob die Einführung einer Strafbarkeit von Sex-Arbeit aus verfassungsrechtlicher

\* Teresa Harrer studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig mit Schwerpunkt Kriminalwissenschaften. Der vorliegende Aufsatz folgt der wissenschaftlichen Seminararbeit mit der Fragestellung „Einführung einer Strafbarkeit von Prostitution? – Eine verfassungsrechtliche, strafrechtliche und kriminalpolitische Betrachtung“, welche die Autorin im WS 2020/2021 am Lehrstuhl von Prof. Dr. Elisa Hoven vorgelegt hat. Der Dank der Autorin gilt Frau Prof. Dr. Hoven und ihrem Lehrstuhlteam für die Unterstützung und die Anregung zur Veröffentlichung.

<sup>1</sup> Es wird in der vorliegenden Arbeit die Bezeichnung „Sex-Arbeit“ gewählt, sofern nicht auf rechtliche Bestimmungen Bezug genommen wird, die den Begriff „Prostitution“ verwenden oder eine Position dargelegt wird, die den Begriff der „Prostitution“ explizit nutzt, da sie dessen Implikationen gezielt vertritt in Abgrenzung zu der Konnotation, die „Sex-Arbeit“ innewohnt. Zu den Konnotationen der unterschiedlichen Begriffe s. *Schrupp*, Sexarbeit und Prostitution sind nicht dasselbe, *Zeit-Online*, 30.5.2018, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/kultur/2018-05/feminismus-prostitution-sexarbeit-unterscheidung-streit> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021).

<sup>2</sup> Vgl. nur Streitgespräch zwischen *Breymaier* und *Klee* auf Deutschlandfunk Kultur vom 2.6.2020, online abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunkkultur.de/streitgesprach-ueber-sex-kaufverbot-perspektiven-fuer.1008.de.html?dram:article\\_id=477800](https://www.deutschlandfunkkultur.de/streitgesprach-ueber-sex-kaufverbot-perspektiven-fuer.1008.de.html?dram:article_id=477800) (zuletzt abgerufen am 27.5.2021).

<sup>3</sup> Vgl. nur *OVG Saarland*, Beschl. v. 6.8.2020 – 2 B 258/20, S. 17 ff. und *OVG Hamburg*, Beschl. v. 20.8.2020 – 5 Bs 114/20, S. 25 ff.

<sup>4</sup> So *Lembke*, in: Greif, *SexWork(s) – verbieten – erlauben – schützen?*, 2012, S. 111. Diese regionale „Zersplitterung“ betrifft insbes. das Bau- und Gewerberecht, vgl. exemplarisch *OVG Saarland*, *OVG Hamburg* (Fn 3). Dies hat in der Praxis Auswirkungen auf die Möglichkeit der selbstständigen Ausübung von Sex-Arbeit z.B. in einer eigenen Wohnung, die Ausübung in selbstorganisierten kleinen Gruppen, betrifft die Arbeitsumstände auf dem Straßenstrich sowie in Bordellen und Laufhäusern.

<sup>5</sup> Vgl. zur langwierigen Uneinigkeit und Diskussion über diese Feststellung, *Thiéé*, *KJ* 2005, 387 (389).

<sup>6</sup> Vgl. *Breymaier/Klee* (Fn. 2).

Sicht möglich ist, auf welche Verfassungswerte sie gestützt werden könnte und welche Aspekte dem entgegenstehen. Hier soll der Frage nachgegangen werden, woran sich im Kern die beiden großen Argumentationslinien, die die öffentliche und rechtliche Diskussion durchziehen, reiben und uneins sind. Von Interesse ist insbesondere der Komplex „Sex-Arbeit und Würde“, da dieser – neben der Frage, wie Sex-Arbeit und Gleichstellung miteinander vereinbar sind – ein zentraler Aspekt der widerstreitenden Betrachtungsweisen ist.<sup>7</sup>

### 1. Phänomen Sex-Arbeit

Eine Legaldefinition der Prostitution existiert erst seit Inkrafttreten des Prostituiertenschutzgesetzes (ProstSchG) im Jahr 2017. Nach § 2 Abs. 2 ProstSchG sind „Prostituierte [...] Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen“ und „eine sexuelle Dienstleistung ist eine sexuelle Handlung mindestens einer Person an oder vor mindestens einer anderen unmittelbar anwesenden Person gegen Entgelt oder das Zulassen einer sexuellen Handlung an oder vor der eigenen Person gegen Entgelt.“

Herauszustellen ist, dass unter diese Legaldefinition vielfältigste Praktiken und Arbeitssituationen fallen, die z.T. nur marginale Berührungspunkte aufweisen.<sup>8</sup> Bereits die Arbeitsbereiche Straßenstrich und Sexualbegleitung, welche beide unstrittig unter den Begriff des ProstSchG fallen, haben lebensweltlich nur sehr wenig Überschneidungen.<sup>9</sup> Ungeachtet der Schwierigkeiten, die sich bei einer genauen Bestimmung und Abgrenzung von Freiwilligkeit und Zwang ergeben,<sup>10</sup> wird hier grundlegend eine Definition von Prostitution und Sex-Arbeit vorausgesetzt, die

die Selbstgewähltheit der Tätigkeit annimmt.<sup>11</sup> Die Frage, wann von Selbstbestimmtheit ausgegangen werden kann, ist hierbei von zentraler Bedeutung.

Es ist bei Verfolgen der politischen wie auch der fachwissenschaftlichen Diskussion festzustellen, dass sich zwei Argumentationslinien gegenüberstehen, unter welche fast jede vertretene Position subsumiert werden kann. Knapp zusammengefasst sieht die häufig als „radikalfeministisch“ bezeichnete Linie<sup>12</sup> Sex-Arbeit immer und in jeder Form als einen Ausdruck geschlechtlicher Ungleichheit und Unfreiheit, der strukturellen Unterdrückung von Frauen und der hierarchischen Überordnung von Männern, mithin: des Patriarchats. Eine wirklich freiwillige Entscheidung von Frauen für die Tätigkeit als Sex-Arbeiterin ist nach dieser Ansicht unmöglich.<sup>13</sup> Ferner wird Sex-Arbeit von dieser Diskursposition aus häufig als untrennbar von Zwangsprostitution, Menschenhandel und Kriminalität gesehen.<sup>14</sup>

Dem gegenüber steht die „neoliberal-feministische“ Position, welche Sex-Arbeit vor allem als Lohnarbeit im Kapitalismus begreift. Zwar wird auch hier die ideale Freiwilligkeit in Frage gestellt, diese Frage müsse jedoch für alle Lohnarbeit im Kapitalismus aufgeworfen und Sex-Arbeit als ein prekariertes Bereich unter vielen eingeordnet werden.<sup>15</sup> Der Fokus wird bei dieser Betrachtungsweise auf die realen Lebensbedingungen der in der Sex-Arbeit Tätigen gerichtet. Diese litten insbesondere unter dem „Hurenstigma“, sodass in der gesellschaftlichen Anerkennung und Normalisierung von Sex-Arbeit, der rechtlichen Angleichung an andere freie Berufe sowie der Ab-

<sup>7</sup> Vgl. *Lembke* in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 275 (294); sowie *Gugel*, Das Spannungsverhältnis zwischen Prostitutionsgesetz und Art. 3 II Grundgesetz, 2011, S. 3. Auf die ebenfalls hoch kontroverse und im Diskurs – wengleich selten offen thematisierte – Frage von Moral und Sittengesetz, auch als Grundlage einer eventuellen Strafbarkeit kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden. S. hierzu jedoch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, insbes. S. 1 – 9, 52 – 65, 84 – 86, 89 – 92, 96 – 101, 116 – 120, 131 – 141, 147 – 151, 407 – 409 sowie 463 – 483.

<sup>8</sup> Vgl. *Fischer*, Freiheit für Freiwilligkeit! Zeit-Online 18.8.2015, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-08/prostitution-justiz-fischer-im-recht/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021).

<sup>9</sup> *Solidor*, Interviewgespräch, S. A3. Es wurde im Rahmen der wissenschaftlichen Arbeit, die dem Artikel zugrunde liegt, am 1.10.2020 ein offenes Interview mit der im Bundesverband erotische und sexuelle Dienstleistungen e.V., BesD, organisierten Sex-Arbeiterin *Tamara Solidor* (Alias-Name gem. § 6 Abs. 2 Nr. 2 ProstSchG) geführt. Alle Verweise auf *Solidor* beziehen sich auf dieses Gespräch.

<sup>10</sup> Vgl. zur Abgrenzung Menschenhandel/Zwangsprostitution von freiwilliger Sex-Arbeit *Bahl/Ginal*, in: Netzwerk MiRA, Kritische Migrationsforschung? Da kann ja jedeR kommen, 2012, S. 201 (202 ff.), online abrufbar unter: <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/18546/mira.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021). Auf fließende Übergänge und Fehlerquellen bei der Einordnung deutet auch *Amesberger*, Ethik und Gesellschaft 2017, S. 10 (13 ff.).

<sup>11</sup> Insoweit folgend dem „Manifest der SexarbeiterInnen in Europa“ von 2005: „Sexarbeit ist definitionsgemäß Sex in beiderseitigem Einverständnis. Sex, der ohne dieses Einverständnis stattfindet, ist keine Sexarbeit, sondern sexuelle Gewalt oder Sklaverei.“ Online abrufbar unter: <https://menschenhandelheute.net/2013/10/01/manifest-der-sexarbeiterinnen-in-europa-2005/> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021). Wengleich gerade der Begriff der „Prostitution“ häufig mit „Zwangsprostitution“ in Eins gesetzt oder zumindest beide Phänomene als untrennbar miteinander verbunden verwendet werden, vgl. Resolution des Europäischen Parlaments ABI EU C 285/80 vom 26.2.2014, meint auch „Prostitution“ im Folgenden die von Menschenhandel und unmittelbarem Zwang abgegrenzte Tätigkeit des Anbietens sexueller Dienstleistungen durch die Prostituierte aus eigener Willensentscheidung.

<sup>12</sup> *Schrader*, in: *Schrader/Künkel*, Sexarbeit – Feministische Perspektiven, 2019, S. 5 (7); *Gerheim*, Die Produktion des Freiers – Macht im Feld der Prostitution. Eine soziologische Studie, 2012, S. 61, ausführlicher zu dieser Diskurslinie S. 77.

<sup>13</sup> S. beispielhaft für diese Argumentationslinie *Schwarzer/Bleisch*, Prostitution – Skandal oder Freiheitsakt?, SRF Kultur 2.2.2014, online abrufbar unter: <https://www.srf.ch/play/tv/sternstunde-philosophie/video/alice-schwarzer-prostitution-skandal-oder-freiheitsakt?urn=urn:srf:video:9ecae309-315c-489f-9c16-48e1f2564fc4&id=9ecae309-315c-489f-9c16-48e1f2564fc4> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021); ähnlich für den internationalen juristischen Diskurs *MacKinnon*, Trafficking, Prostitution and Inequality, UChicago Law, 14.11.2011, online abrufbar unter: <https://www.law.uchicago.edu/recordings/catharine-mackinnon-trafficking-prostitution-and-inequality> (zuletzt aufgerufen am 27.5.2021).

<sup>14</sup> Dieser Sichtweise folgt auch eine Resolution des Europäischen Parlaments, in der festgestellt wird, dass „Prostitution und Zwangsprostitution Formen der Sklaverei darstellen, die mit der Menschenwürde und den Grundrechten unvereinbar sind“, ABI EU C 285/80 vom 26.2.2014.

<sup>15</sup> Vgl. *Solidor*, Interviewgespräch, S. A5 f., S. A42.

wendung von einer hypokritischen Sicht auf diese Tätigkeit die notwendigen Entwicklungen gesehen werden, um die Selbstbestimmtheit von Sex-Arbeiterinnen zu fördern.<sup>16</sup>

## 2. Sex-Arbeit als „feministisches Dilemma“

Dass die Vertreterinnen beider Positionen ihrem Selbstverständnis nach feministische Ziele verfolgen und feministische Grundannahmen hegen, sich in der Frage um den Umgang mit Sex-Arbeit jedoch so konträr wie unversöhnlich gegenüberstehen, erscheint zunächst paradox, wird jedoch erklärbar, wenn die vielfältigen Implikationen der Sex-Arbeit verdeutlicht werden. Sex-Arbeit ist nach wie vor hochgradig vergeschlechtlicht<sup>17</sup> und wird ganz überwiegend von Frauen angeboten und fast ausschließlich von Männern nachgefragt.<sup>18</sup> Ferner drückt sich in der Sex-Arbeit in elementarer Weise die Spaltung des Geschlechterraums aus, die eine entscheidende Grundlage für sexuelle Diskriminierung ist.<sup>19</sup> Zum „feministischen Dilemma“ wird die Frage um den „richtigen Umgang“ mit Sex-Arbeit, weil sich in ihr letztlich die Selbstverwirklichung der einzelnen Frau mit der sexuellen Diskriminierung „aller Frauen“ als Gruppe gegenübersteht.<sup>20</sup> So sind die verteidigten und in Anspruch genommenen Werte auf diesem diskursiven Kampffeld mitunter identisch, die jeweiligen Beobachtungsweisen deuten aber in völlig unterschiedliche Richtungen.<sup>21</sup>

## 3. Rechtliche Einordnung in Deutschland und international

In Deutschland gilt die Prostitution seit Einführung des ProstG 2002 nicht mehr als sittenwidrig.<sup>22</sup> Die Einführung des ProstG verfolgte das Ziel, Prostituierte vor Diskriminierung zu schützen und zumindest zivilrechtliche Rechtsklarheit und -sicherheit herzustellen.<sup>23</sup> Seitdem ist der zwischen Prostituierte und Freier geschlossene Vertrag wirksam und begründet einen gerichtlich durchsetzbaren Zahlungsanspruch der Sex-Arbeiterin. Ausfluss der seither nicht stillstehenden Debatte um diese Wertung ist das ProstSchG, das 2017 mit dem Ziel eingeführt wurde, einerseits die Arbeitsbedingungen der in der Sex-Arbeit Tätigen zu verbessern und andererseits wirksamer Zwangsprostitution bekämpfen und verfolgen zu können.<sup>24</sup> Dieses

beinhaltet u.a. eine Anmeldepflicht aller Personen, die sexuelle Dienstleistungen anbieten (§ 3), verpflichtende Gesundheitsberatungen (§ 10), sowie ein Verbot von Praktiken, die in gesundheitlicher oder rechtlicher Hinsicht als besonders risikoreich eingestuft werden.<sup>25</sup>

Strafrechtlich beschäftigen sich die §§ 180a, 181a, 182 Abs. 2, 184f, 184g, 232, 233a StGB mit der Prostitution. Unter Strafe gestellt ist insbesondere die unzulässige Einflussnahme auf die Ausübung der Tätigkeit, wobei geschütztes Rechtsgut sämtlicher Tatbestände die sexuelle Selbstbestimmung ist.<sup>26</sup> Die §§ 180a, 181a, 232, 233a StGB schützen die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten. Dem gegenüber sollen die §§ 184f, 184g StGB dem Jugendschutz sowie der sexuellen Selbstbestimmung der Allgemeinheit dienen;<sup>27</sup> die sexuelle Selbstbestimmung der Allgemeinheit hier in negativer Ausprägung als das Recht, von sexuellen Handlungen anderer verschont zu bleiben.<sup>28</sup> Grundsätzlich ist sowohl das Angebot sexueller Dienstleistungen als auch die Nachfrage – sofern zwischen Volljährigen ohne Willensmängel konsentiert – straflos. Hinsichtlich der Nachfrageseite wurde 2016 in § 232a Abs. 6 S. 1 StGB erstmals auch eine Freierstrafbarkeit für die Nachfrage nach Opfern von Menschenhandel und Zwangsprostitution eingeführt.<sup>29</sup> Zudem sind, ebenfalls seit 2016, nach § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB Freier strafbar, die eine Lage ausnutzen, in der der Prostituierten bei Widerstand ein empfindliches Übel droht.<sup>30</sup> Nach § 182 Abs. 2 StGB macht sich ferner auch der volljährige Freier strafbar, der Sex von einer minderjährigen Person kauft.

Deutschland gehört neben den Niederlanden, Österreich und der Schweiz zu den europäischen Ländern, die Prostitution grundsätzlich legalisiert und spezifischen Regelungen unterworfen haben. Im Übrigen ist der rechtliche Umgang mit dem Phänomen Sex-Arbeit europaweit höchst uneinheitlich geregelt. In Südeuropa (Spanien und Italien) ist die Ausübung von Sex-Arbeit legal und vollkommen unreguliert, wohingegen in osteuropäischen EU-Ländern (Kroatien, Rumänien und Litauen) die Ausübung von Sex-Arbeit prinzipiell verboten ist. Vom Norden bis zur Mitte Europas hin (Schweden, Norwegen, Finnland, Island, Irland, Frankreich) hat sich das sog. „Schwedische Modell“ durchgesetzt, welches das Angebot sexueller

<sup>16</sup> Vgl. *Künkel* in: Schrader/Künkel, S. 17 (19 ff.).

<sup>17</sup> *Gugel*, S. 6.

<sup>18</sup> Vgl. *Grenz*, *Femina Politica* 2018, S. 101 sowie Abschlussbericht Reformkommission Sexualstrafrecht vom 19.7.2017, S. 193. Die vorliegende Arbeit bezieht sich nur auf diese Konstellation der heterosexuellen Sex-Arbeit. Eine differenzierte Betrachtung, welche auch nicht-binäre Geschlechter sowie Transidentitäten miteinschließt, wäre wünschenswert, vgl. *Solidor*, Interviewgespräch S. A11 f., ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch nicht realisierbar, da hierzu kaum Forschung existiert und die Differenzierung im Ergebnis für die hier verfolgte Fragestellung wenig bedeutsam ist.

<sup>19</sup> Vgl. weiterführend *Gerheim*, S. 8, 62, 85 sowie *Gugel*, S. 37. Hiermit ist zum einen die Spaltung in einen männlichen und einen weiblichen Geschlechterraum gemeint, ferner aber auch die Spaltung des weiblichen Raums in „Heilige“ und „Hure“.

<sup>20</sup> Weiterführend: *Grenz*, *Femina Politica* 2018, S. 101 ff.

<sup>21</sup> So treffend *Benkel*, *KrimJ* 2014, 150 (163).

<sup>22</sup> S. *Thieé*, (Fn. 5).

<sup>23</sup> *Armbrüster* in: MüKo-BGB, Band 1, 8. Auflage (2018), § 1 ProstG, Rn. 1.

<sup>24</sup> BR-Drs. 156/16, S. 2; vgl. zur Kritik an dem Entwurf: Stellungnahme des DJB, abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st16-08/> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021).

<sup>25</sup> Vgl. §§ 14 Abs. 2, 32 ProstSchG. Zur Kritik hierzu, s. *Flügge*, *STREIT* 2016, 99 ff.

<sup>26</sup> *Renzikowski*, MüKo-StGB, Band 3, 3. Auflage (2017), Vor § 174, Rn. 37.

<sup>27</sup> *Renzikowski*, MüKo-StGB, Vor § 174, Rn. 38; kritisch zu diesen Begründungen *Hörnle*, S. 463 ff.

<sup>28</sup> Auf eine ausführliche Darstellung muss hier aus Platzgründen verzichtet werden. S. jedoch zur kritischen Analyse der aktuellen Regelung der Prostitutionsdelikte *Eisele*, *KriPoZ* 2017, 330 ff.

<sup>29</sup> Zu Kritik hinsichtlich systematischer Widersprüche s. *Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 232a, Rn. 11, 14. Ebenso *Eisele*, *KriPoZ* 2017, 330 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Abschlussbericht Reformkommission Sexualstrafrecht, S. 212.

Dienstleistungen legalisiert, die Nachfrage/Wahrnehmung hingegen kriminalisiert (sog. „Freierstrafbarkeit“).<sup>31</sup>

Wird über die Einführung einer Strafbarkeit von Prostitution in Deutschland diskutiert, so ist in weiten Teilen die Einführung einer Freierstrafbarkeit nach schwedischem Modell gemeint.<sup>32</sup>

#### 4. Sex-Arbeit und Würde

Wie auch im Umgang der EU-Staaten mit der rechtlichen Einordnung von Sex-Arbeit deutlich wird, besteht grundlegende Uneinigkeit darüber, wie die Frage der Vereinbarkeit von Sex-Arbeit mit der Menschenwürde zu beantworten ist. So kann das Würdeverständnis in diesem Zusammenhang entweder die staatliche Pflicht begründen, Sex-Arbeit effektiv zu unterbinden (bspw. durch Strafgesetz) wie auch die Verpflichtung, Sex-Arbeit rechtlich anzuerkennen und anderen Berufen unter Schaffung entsprechender Arbeitsschutzvorschriften gleichzustellen.

##### a) Prostitution als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG

Die „radikalfeministische“ Position, welche in Prostitution stets und in jeder Form einen Verstoß gegen die Menschenwürde der Prostituierten wie aller Frauen sieht, argumentiert, dass bereits in der grundsätzlichen Verfügbarmachung weiblicher Sexualität für männliche Kunden gegen Entgelt das patriarchale, hierarchische Geschlechterverhältnis zum Ausdruck komme.<sup>33</sup> Das Hauptproblem wird jedoch in der Freiwilligkeit gesehen. „Entwürdigend“ wird die sexuelle Dienstleistung dadurch, dass die augenscheinliche (explizite oder implizite) Zustimmung der Prostituierten stets als nur oberflächlich und im Kern defizitär betrachtet wird. Somit liege in materieller Hinsicht kein Konsens für den sexuellen Kontakt vor, worin sich die Behauptung begründet, Prostitution sei „kommerzielle Vergewaltigung“.<sup>34</sup> Erklärt wird das Defizit der Entscheidung zur Prostitution einerseits damit, dass ein überproportional hoher Anteil der Prostituierten bereits in der Kindheit sexualisierte Gewalt erlebt habe,<sup>35</sup> in deren Folge durch Traumatisierung die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt sei. Ein weiteres Argument gegen eine „echte“ Freiwilligkeit ist der empirische Befund, dass jedenfalls mehr als die Hälfte der

Prostituierten in Deutschland aus dem, meist osteuropäischen, Ausland kommt<sup>36</sup> und sich häufig unter Bedingungen starker wirtschaftlicher Zwänge oder Not für die Tätigkeit in der Sex-Arbeit entscheidet.<sup>37</sup>

##### b) Sex-Arbeit im Schutzbereich von Art. 1 Abs. 1 GG

Die Gegenposition sieht demgegenüber in der freiwilligen Ausübung von Sex-Arbeit zunächst einen Ausdruck der von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten sexuellen Selbstbestimmung sowie eine vom Staat zu akzeptierende freie Lebensentscheidung. Aus dieser Perspektive liegt ein Angriff auf die Würde vielmehr in dem Absprechen eigener Entscheidungsfähigkeit hinsichtlich der Ausübung dieser Selbstbestimmung<sup>38</sup> sowie in den Wertungen, die mit der vorgenannten Argumentation einhergehen. So werden insbesondere die vorenthaltene soziale Anerkennung für eine („Care“-)Arbeit, die als gesamtgesellschaftliche Notwendigkeit verstanden wird und der damit einhergehende defizitäre rechtliche Status als entwürdigend begriffen.<sup>39</sup> Durch die Vorenthaltung gleicher Arbeitsrechte und angemessener Arbeitsbedingungen erst entstehe ein Arbeitsverhältnis, das für die Sex-Arbeiterin entwürdigend sei. Dies liege jedoch nicht im Tausch von Sex gegen Geld begründet, sondern in prekären Lebens- und Arbeitsbedingungen, die jenen in anderen prekarierten Beschäftigungsverhältnissen entsprächen.<sup>40</sup> Folgerichtig kommt diese Sicht zu dem Ergebnis, dass Art. 1 Abs. 1 GG es gebiete, Sex-Arbeit unter möglichst guten Bedingungen legal, stigmafrei und mit dem Arbeitsschutz anderer Berufsfelder vergleichbar, zu ermöglichen.

##### aa) Begriff und Rechtsnatur der Menschenwürde

Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG normiert als „Grundnorm“ personaler Autonomie, individueller Selbstwerthaftigkeit und der Subjektqualität des Menschen in wechselseitiger Anerkennung mit anderen den fundamentalen Anspruch auf gleiche Würde aller.<sup>41</sup>

Die Menschenwürde ist nicht nur höchster Verfassungswert, sondern auch unmittelbar verbindliche Norm des objektiven Verfassungsrechts, die konkrete Verpflichtungen für alle Träger staatlicher Gewalt begründet.<sup>42</sup> Ferner ist die Menschenwürde absolut garantiert, sodass sich eine Abwägung wie bei anderen Grundrechten verbietet.<sup>43</sup> Wäre also tatsächlich zu dem Ergebnis zu kommen, dass

<sup>31</sup> Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Dokumentation Auswirkungen des „Nordischen Modells“, Az. WD 9 – 3000 – 082/19, S. 4.

<sup>32</sup> Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Dokumentation WD 9 – 3000 – 082/19 „Auswirkungen des ‚Nordischen Modells‘“, S. 4 f.; Beckel/Junghans, STREIT 2014, 170 ff.

<sup>33</sup> Plakatativ Schwarzer in: Schwarzer, Prostitution. Ein deutscher Skandal, 2013, Rn. 9 f.

<sup>34</sup> Vgl. Lembke in: Baer/Sacksofsky, S. 275 (287 f., 291 m.w.N.).

<sup>35</sup> Beckel/Junghans, STREIT 2014, 170 (171); Schwarzer (Fn. 33) Rn. 9, beruft sich auf ungenannte „internationale Studien“, nach welchen 90 % aller Prostituierten sexuelle Missbrauchserfahrungen in der Kindheit gemacht hätten.

<sup>36</sup> Beckel/Junghans, STREIT 2014, 170 (172), gehen von einer Quote von 90 % aus, ohne jedoch Quellen für diese Zahl zu nennen. Vgl. auch: Emma-Appell gegen Prostitution, online abrufbar unter: <https://www.emma.de/unterzeichnen-der-appell-gegen-prostitution-311923> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021).

<sup>37</sup> Vgl. Beckel/Junghans, STREIT 2014, 170 (172); vgl. Schwarzer, (Fn. 13), Min. 8:00 ff.; MacKinnon (Fn. 13), Min. 21:00 ff.

<sup>38</sup> Dieses Verständnis stimmt mit der bei Mosbacher, Strafrecht und Selbstschädigung – Die Strafbarkeit „opferloser“ Delikte im Lichte der Rechtsphilosophie Kants, (2001), S. 143 ausgeführten Position von Olshausens überein: „Könnte der Staat seine ‚Würde‘-Auffassung dem einzelnen auch gegen dessen Willen aufzwingen, wäre dieser jedoch entmündigt.“

<sup>39</sup> Vgl. Schrader in: Schrader/Künkel, S. 5 ff.

<sup>40</sup> A.a.O., S. 5 ff.; Ähnlich auch Solidor, Interviewgespräch, S. A5.

<sup>41</sup> Dreier, in: Dreier, GG, Band I, 3. Auflage (2015), Art. 1 Abs. 1, Rn. 42.

<sup>42</sup> A.a.O., Rn. 42, 44.

<sup>43</sup> A.a.O., Rn. 46.

bereits das grundlegende Konzept des Tauschhandels „sexuelle Dienstleistung gegen Geld“ gegen die Menschenwürde verstößt, so könnte dies unmittelbar die Pflicht des Staates begründen, Sex-Arbeit – ggf. auch durch strafrechtliches Verbot – zu unterbinden.<sup>44</sup>

#### bb) Würde und Autonomie

Kern der Menschenwürde ist die personale Autonomie. Da es sich hierbei um ein hochkomplexes Konstrukt handelt,<sup>45</sup> ist eine umfassende Analyse hier unmöglich. Es soll dennoch der Versuch einer kompakten Darstellung unternommen werden, die zeigen wird, dass den beiden oben dargelegten Positionen in der Sex-Arbeits-Debatte vor allem ein unterschiedliches Autonomieverständnis zugrunde liegt. Deutlich wird die Differenz in Annäherung an den kantischen Autonomiebegriff.

Nach *Kants* Verständnis<sup>46</sup> ist „Autonomie [...] der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur.“<sup>47</sup> Autonomie meint in diesem Sinn die Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung.<sup>48</sup> Nach der Vorstellung *Kants* ist hiermit keineswegs schlicht jede Selbstbestimmung gemeint, sondern lediglich diejenige, die sich an „vernünftigen“ Maßstäben misst. Nach diesem Gedanken gibt es folglich eine „objektiv richtige“ Selbstbestimmung, eine „objektiv richtige Moral“. An die Fähigkeit, sich eben diese „richtigen“ Vernunft- und Moralregeln selbst aufzuerlegen, knüpft *Kant* auch den Achtungsanspruch einer Person in der Gesellschaft.<sup>49</sup>

Hierin liegt ein wesentlicher Kernpunkt der Divergenz in der Debatte. Der kantische Gedanke ist hier insofern wiederzufinden, als dass die „radikalfeministische“ Linie, der Vorstellung *Kants* von einer guten, moralischen Selbstbestimmung als Ursprung rechtlicher Anerkennung folgend, von einer objektiv guten, „richtigen“ Sexualität ausgeht.<sup>50</sup> Die sexuelle Autonomie wird in diesem Sinne verstanden:

nur das soll Würde erzeugen und demnach Anerkennung verdienen, was vernünftigen und moralischen Prinzipien folgt.<sup>51</sup>

Jedoch sieht sich das von *Kant* zugrunde gelegte rationalistische Menschenbild der feministischen Kritik ausgesetzt, außer Acht zu lassen, dass Freiheit niemals bedingungslos sein kann, sondern stets in Abhängigkeit von anderen entsteht.<sup>52</sup> In der Realität stellt sich Freiheit als ein Kontinuum dar, welches in dem Bereich zwischen Zwang und Selbstbestimmung angesiedelt ist.<sup>53</sup> Dem ideellen Wunschort „absoluter Freiheit“ kann sich jedoch nur angenähert werden, indem in einer als unvollkommen erkannten Welt auch unvollkommene, relative Autonomie als ausreichende Bedingung für gesellschaftliche Teilhabe und Achtung anerkannt wird.<sup>54</sup> Freiheit als Ziel darf demnach nicht mit Freiheit als Voraussetzung verwechselt werden, da sie andernfalls für diejenigen, die zum aktuellen Zeitpunkt die Voraussetzung nicht erfüllen, dauerhaft unmöglich gemacht wird.

Zur Begründung der Nichtanerkennung der Entscheidung für die Ausübung der Sex-Arbeit wird ferner darauf verwiesen, dass eine – wenngleich als autonom akzeptierte – Entscheidung, die die eigene Autonomie zerstört, nicht zu beachten sei.<sup>55</sup> Grundsätzlich kann der Wert personaler Autonomie nicht infrage stehen, da jeder Mensch, der in Austausch mit anderen Menschen tritt, die Existenz und den Wert der Autonomie hierdurch automatisch voraussetzt und anerkennt.<sup>56</sup> Daraus folgt, dass die autonome Entscheidung zur Zerstörung der eigenen Autonomie nicht schrankenlos anerkannt werden muss.<sup>57</sup> Ein solcher Fall ist jedoch, selbst wenn dem gefolgt wird, nur anzunehmen, wenn die Grundvoraussetzungen zukünftigen Freiheitsgebrauchs schwer und irreversibel geschädigt

<sup>44</sup> Könnte und nicht muss, weil nicht zu verkennen ist, dass sich – wie schon aus den genannten Argumentationen hervortritt – trotz der Unabwägbarkeit der Würde verschiedene staatliche Achtungs- und Schutzpflichten gegenüberstehen. Vgl. hierzu *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Art. 1 Abs. 1, Rn. 46, 133 ff. Eine Entscheidung, welche Pflicht im Falle einer „Würde-gegen-Würde“-Kollision den Vorrang verdient, muss somit dennoch getroffen werden. Zu den verschiedenen Konzeptionen von Menschenwürde im Hinblick auf Geschlecht, s. *Baer*, Würde oder Gleichheit? – Zur angemessenen Konzeption eines von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 1995, S. 163-165.

<sup>45</sup> Weiterführend s. *Lembke* (Fn. 7), S. 330 ff.; *Esser*, in: *Grubner/Birkle/Henninger*, Feminismus und Freiheit – Geschlechterkritische Neuaneignung eines umkämpften Begriffs, 2016, S. 100 ff.

<sup>46</sup> Welches als einer der Grundpfeiler, auf denen das Grundgesetz aufgebaut, bis heute Relevanz beansprucht, vgl. *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Vorbem. Rn. 5 f.

<sup>47</sup> Zit. nach *Gutmann*, Würde und Autonomie. Überlegungen zur Kantischen Tradition, 2010, S. 5, online abrufbar unter: [https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg-normenbe-gruendung/intern/publikationen/gutmann/02\\_gutmann\\_w\\_rde\\_und\\_autonomie.pdf](https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg-normenbe-gruendung/intern/publikationen/gutmann/02_gutmann_w_rde_und_autonomie.pdf) (zuletzt abgerufen am 27.5.2021).

<sup>48</sup> Vgl. *Esser* (Fn. 45), S. 114 ff.; *Klimpel*, Bevormundung oder Freiheitsschutz? – Kritik und Rechtfertigung paternalistischer Vorschriften über das Leben, den Körper und die Sexualität im deutschen Recht, 2003, S. 18.

<sup>49</sup> *Gutmann*, S. 5 mit ausführlicher Kritik an dieser ausschließenden Definition; ebenso kritisch hierzu *Mosbacher*, S. 138 ff.

<sup>50</sup> Vgl. *Lembke* (Fn. 7), S. 281.

<sup>51</sup> Darauf zielt z.B. das Argument, dass in der Prostitution eine deutlich erhöhte Gewaltprävalenz herrsche und sich empirisch zeige, dass Frauen durch die Tätigkeit in der Prostitution sehr häufig schwer traumatisiert werden. Folglich könne eine „freiwillige Entscheidung“, sich solchen Gefahren und Erniedrigungen auszusetzen, keine objektiv Vernünftige sein.

<sup>52</sup> *Lembke* (Fn. 7), S. 277 ff. Ähnlich schon 1995 *Baer*, S. 194, die feststellt, dass nach der Würdekonzeption als individuellem Gut, welches Handlungsspielräume eröffnet, außer Acht bleibt, dass Frauen aufgrund von sexueller Diskriminierung diese Handlungsspielräume in der Realität häufig nicht zustehen. Zur Kritik an der genannten feministischen Lesart *Kants*, s. *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal*, Freiheit, Gleichheit und Autonomie 2003, S. 296 (297 f.) m.w.N.

<sup>53</sup> *Lembke* (Fn. 7), S. 282 f. Sie spricht von der „konkret aktualisierbaren Möglichkeit“ von Freiheit als Voraussetzung für Rechtssubjektivität und rechtliche Handlungsfähigkeit. Ähnlich auch *Klimpel*, S. 18 f., der feststellt, dass die grundlegende Vorstellung von der Willensfreiheit des Menschen zwar Basis und notwendige Voraussetzung für jeden Meinungs-austausch ist. Allerdings sei diese darauf zu begrenzen, dass jedenfalls nicht angenommen werden kann, dass der Mensch vollständig determiniert sei.

<sup>54</sup> *Lembke* (Fn. 7), S. 280 (282 f.).

<sup>55</sup> *Klimpel*, S. 29. Ähnliche Gedanken liegen auch der Ewigkeitsgarantie im Grundgesetz sowie dem Postulat „Keine Toleranz gegenüber Intoleranz“ zugrunde (vgl. *Klimpel*, S. 30).

<sup>56</sup> *Klimpel*, S. 31.

<sup>57</sup> BVerfGE 153, 182 (260 ff.) zum Recht auf Sterbehilfe, steht dem nicht entgegen. Aus der Wertung, dass ein selbstbestimmter Tod Ausdruck der Würde ist, folgt nicht, dass jede dauerhafte Aufgabe von Autonomie zu Lebzeiten ebenfalls zwingend anzuerkennen ist.

werden.<sup>58</sup> Die Entscheidung zu einer Handlung oder einer Lebensweise, die dazu geeignet ist, die Person, welche sie trifft, einem Stigma auszusetzen, genügt hierfür ebenso wenig, wie das Risiko späterer psychologischer oder körperlicher Schäden.<sup>59</sup>

### cc) Würde und Selbstschädigung

Mit der Frage, wann eine Selbsterstörung der personalen Autonomie vorliegt, welche möglicherweise ein Eingreifen gegen den Willen des Betroffenen rechtfertigt, sind die Fragen nach Angemessenheit und der grundsätzlichen Legitimität paternalistischer Intervention eng verbunden. In Deutschland wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass Freiheitsbeschneidungen auf der Grundlage paternalistischer staatlicher Intervention möglich sind. Zu unterscheiden ist „harter“ von „weichem“ Paternalismus. Weicher Paternalismus liegt vor, wenn der Staat lediglich auf eine eigenverantwortliche, d.h. informierte, nicht-defizitäre Entscheidung hinwirkt, eine unter den soeben ermittelten Mindestanforderungen an Autonomie getroffene Entscheidung hingegen akzeptiert.<sup>60</sup> Dies lässt sich ohne allzu große Probleme mit staatlichen Schutz- und Fürsorgepflichten begründen.

Harter Paternalismus bedeutet hingegen, dass der Staat sich auch über eine *nicht-defizitäre* Entscheidung des Individuums hinwegsetzt. Auch solche Konstellationen kennt das deutsche Strafrecht, jedoch ist keiner der Fälle, in denen ein Verhalten verboten wird, welches lediglich die handelnde Person selbst direkt schädigt, unumstritten.<sup>61</sup> Dies hat gute Gründe: Es erscheint nicht plausibel, dass durch staatliche Sanktionen ein „Wunsch zum Selbstschutz“ bei Menschen hervorgerufen werden kann; eher ist das Gegenteil der Fall.<sup>62</sup> Neben der praktischen Ungeeignetheit solcher Art der paternalistischen Intervention läuft ein solches Verständnis gerade dem eigentlichen Kern der Menschenwürde, der personalen Autonomie, zuwider.<sup>63</sup>

### III. Schlussfolgerungen

Es wurde gezeigt, dass die Debatte darum, ob Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ein Verbot von Sex-Arbeit begründen kann, gar muss oder einem solchen unbedingt entgegensteht, sich vor allem an unterschiedlichen Autonomiever-

ständnissen entzündet. Diese sind wiederum eng verbunden mit unterschiedlichen Einschätzungen von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit paternalistischer Intervention des Staates. Überzeugend erscheint, dass lediglich ein Mindestmaß an personaler Autonomie zu fordern ist, welches vorrangig in der Abwesenheit von Zwang und Gewalt, dem Vorliegen von Geschäftsfähigkeit und eines Mindestalters<sup>64</sup> zu sehen ist.<sup>65</sup> Andernfalls ist das Erreichen des Ziels einer „qualifizierten Autonomie“ (insbesondere für Frauen, die nach wie vor über weniger reale Wahlmöglichkeiten verfügen) von vornherein ausgeschlossen. Die Menschenwürde, verstanden als die Idee personeller Autonomie kann gerade nicht „gegen den Willen“ der Grundrechtsträgerin selbst gerichtet werden, ohne sich hierdurch ad absurdum zu führen. Eine Strafbarkeit – immerhin das „schärfste Schwert“ des Rechts – kann nicht mit dem Würdeschutz eines „Opfers“ wider dessen Willen begründet werden.<sup>66</sup>

Die Argumentationslinie des sog. „radikalfeministischen“ Lagers erscheint insofern keineswegs radikalfeministisch. Radikal, vom Wortsinn her<sup>67</sup> verstanden als „von Grund auf“, und feministisch, verstanden als dem Grundstreben der Frau nach Emanzipation und somit letztlich nach Autonomie, gerade also dem Kerngehalt der Menschenwürde, kann es nicht sein, Frauen eben jene Fähigkeit zur Selbstbestimmung abzusprechen. Insbesondere die paternalistische, mithin auf dem Konzept einer Herrschaftsordnung der – originär männlichen<sup>68</sup> – Autorität und Vormundschaft basierende Argumentation, nach welcher Frauen vor sich selbst und ihren Entscheidungen geschützt werden müssten, kann nicht als radikalfeministisch verstanden werden. Selbst dann nicht, wenn das „Ergebnis“ der getroffenen Entscheidung auch aus feministischer Sicht nur schwer erträglich erscheint. Dem Wunsch der „radikalfeministischen Linie“, Frauen mögen die hart erkämpfte Selbstbestimmung nicht dafür nutzen, sich freiwillig in das selbe Machtsystem zu begeben, welchem ebendiese Freiheit abgerungen wurde, ist nicht damit geholfen, Frauen mithilfe des Strafrechts vorzuschreiben, welche Selbstbestimmung würdevoll (genug) ist. Autonomie ist ein Prozess, der der Einübung und der Erfahrung von Selbstwirksamkeit bedarf. Im Umkehrschluss zu dem

<sup>58</sup> Klimpel, S. 39.

<sup>59</sup> Mit ausführlicher Erläuterung Klimpel, S. 34 f., der auch insgesamt zu dem Ergebnis kommt, dass in der Ausübung der Prostitution kein Fall der Selbstaufgabe der Autonomie zu sehen sei, welche eine paternalistische Intervention rechtfertigen könnte, S. 231. Ähnlich auch Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 71 f., der jedenfalls präzisiert, dass nur ein Fall „krankhaft gestörter Selbstbestimmung“ staatliches Eingreifen legitimiert.

<sup>60</sup> So liegt nach dem bekannten „Brückenbeispiel“ Mills weicher Paternalismus vor, wenn eine Person, die im Begriff ist, eine baufällige Brücke zu betreten, die Baufälligkeit aber offensichtlich nicht erkannt hat, durch Festhalten davon abgehalten wird, sich in die – unerkannte – Gefahr zu begeben. Vgl. Klimpel, S. 27 f.

<sup>61</sup> Vgl. etwa zum Legitimationsproblem des strafrechtlichen „de facto“-Verbots von BtM-Konsum Mosbacher, S. 189 ff. Vergleichbar auch die Kritik an der in § 228 StGB zum Ausdruck kommende Einschränkung der Disponibilität der körperlichen Integrität, Klimpel, S. 122 ff.

<sup>62</sup> So i.E. auch Mosbacher, S. 192 f.

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (260 ff.); ebenso Mosbacher, Strafrecht und Selbstschädigung, S. 143 ff.

<sup>64</sup> Zur Frage sinnvoller Schutzaltersgrenzen und Kritik an dem uneinheitlichen System im Sexualstrafrecht, vgl. Renzikowski in: MüKoStGB, § 232a Rn. 2 f.; vgl. Solidor, Interviewgespräch, S. A57.

<sup>65</sup> Für die Frage weiterer notwendiger Voraussetzungen für eine adäquate Autonomiefähigkeit, die in diesem Zusammenhang zu erörtern sind, s. Lembke, (Fn. 7), S. 284. Klimpel, S. 28, nennt als Mindestbedingungen zu akzeptierender Autonomie lediglich die Abwesenheit von Zwang und Irrtum.

<sup>66</sup> Vgl. Mosbacher, S. 145, „Wer das Argument der Würde des Menschen an sich verbieternd gegen die Interessen und Wünsche konkreter Menschen richtet, trägt eine erhebliche Begründungslast.“

<sup>67</sup> Radicalis = spätlateinisch für „mit Wurzeln versehen“, radicaliter = „mit Stumpf und Stiel, von Grund aus“, s. <https://www.duden.de/rechtschreibung/radikal> (zuletzt abgerufen am 18.6.2021).

<sup>68</sup> Paternalis = väterlich, vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Paternalismus> (zuletzt abgerufen am 18.6.2021).

oben Gesagten<sup>69</sup> ist Autonomie<sup>70</sup> als Ziel nur dadurch näherzukommen, dass die Möglichkeit der Erfahrung von Selbstwirksamkeit eröffnet wird, indem die unter realen – häufig imperfekten – Gegebenheiten getroffenen Entscheidungen respektiert und die Bedingungen<sup>71</sup> für eine „qualifizierte“ Autonomie zugleich gefördert und verbessert werden.

Allerdings gilt das Gesagte ausschließlich in Bezug auf das Würdeargument als Grundlage zur Rechtfertigung ei-

nes Sex-Arbeitsverbotes. Nicht zu verkennen ist, dass von der Praxis der Sex-Arbeit nicht nur die individuelle Person der Sex-Arbeitenden betroffen ist, sondern auch Rechtsgüter anderer, insbesondere das Schutzgut von Art. 3 Abs. 2 GG, berührt werden. Ob diese ein strafrechtliches Verbot zu rechtfertigen vermögen, bedarf der kritischen Analyse. Insbesondere stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis der Schutz der Sex-Arbeiterinnen vor sexueller Diskriminierung zu dem Anspruch auf tatsächliche Gleichstellung der Gruppe aller Frauen steht.

---

<sup>69</sup> Vgl. unter 4. b) bb).

<sup>70</sup> Autonomie mit *Lembke* verstanden als „verantwortete Freiheit, die nicht zufällig zwischen Optionen auswählt, sondern nach einem guten Leben strebt, möglichst ohne die Schädigung anderer.“, vgl. Fn. 7, S. 281.

<sup>71</sup> *Holzleithner*, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 251 (255) folgend, die drei grundlegende Bedingungen für sexuelle Autonomie benennt: eine angemessene Auswahl an Handlungs- und Lebensmöglichkeiten, die persönlichen Kapazitäten in emotional-intellektueller sowie körperlicher Hinsicht, die es ermöglichen, diese Möglichkeiten entsprechend wahrzunehmen und umzusetzen sowie die (relative) Abwesenheit von Zwang und Manipulation.

## Freierstrafbarkeit – Quo vadis?

von Dr. Julia Bosch\*

### Abstract

Die 2016 eingeführte Freierstrafbarkeit wurde jüngst verschärft, indem die Strafbarkeit auch auf leichtfertiges Handeln ausgeweitet wurde. Der vorliegende Beitrag dient der Analyse der bisherigen Rechtslage, die im Wesentlichen wirkungslos geblieben ist. Er zeigt die Schwächen der Regelung auf und wagt die Prognose, dass die Änderung zur (teilweisen) Behebung dieser Schwächen beitragen kann. Des Weiteren versucht der Beitrag zu klären, wie die Strafnorm zum Schutz von Prostituierten beitragen kann und mit welchen Änderungen für die Zukunft zu rechnen ist. Schließlich wird kurz dazu Stellung genommen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein generelles Sexkaufverbot in Deutschland eingeführt werden könnte. In diesem Kontext werden das Prostitutionsgesetz von 2002 und das Prostituiertenschutzgesetz von 2017 im Überblick dargestellt.

Since 2016, the solicitation of a sexual act is punishable under German law provided that the buyer deliberately solicits sex from a victim of human trafficking or forced prostitution. Recently, this law has been tightened by extending criminal liability to "Leichtfertigkeit", i.e. recklessness. This paper analyzes the weaknesses of the previous version of the law and discusses the potential of the new amendment. Moreover, this article attempts to explain the positive impact of criminalizing the solicitation of sex for the situation of victims of human trafficking and forced prostitution. Furthermore, it gives an overview of additional amendments that might be expected in future. Eventually, the question if or under which circumstances a general ban on the solicitation of sex might be feasible under German law will be examined. In this context, the paper gives a short overview of the relevant regulations (the Prostitution Act of 2002 and the Prostitute Protection Act of 2017).

### I. Einleitung

Am 24.6.2021 hat der Deutsche Bundestag die erst 2016<sup>1</sup> in § 232a Abs. 6 S. 1 StGB eingeführte sog. Freierstrafbarkeit verschärft.<sup>2</sup>

Nach der bisherigen Fassung der Norm<sup>3</sup> machte sich (nur) derjenige Freier strafbar, der *vorsätzlich* „an einer Person, die Opfer [des Menschenhandels oder der Zwangsprostitution] geworden ist und der Prostitution nachgeht, 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“. Bei der 2016 eingefügten Pönalisierung des Freiers handelte es sich um die erste derartige Regelung in Deutschland. Das damalige Gesetzgebungsverfahren bezweckte in erster Linie die Anpassung der deutschen Menschenhandelsvorschriften an die europäischen Vorgaben der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer vom 5.4.2011.<sup>4</sup> Während im ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>5</sup> noch keine Freierstrafbarkeit vorgesehen war, wurde eine solche – nach Art. 18 Abs. 4 der genannten Richtlinie durch die Mitgliedstaaten lediglich „in Erwägung“ zu ziehende und nicht verpflichtende Strafbarkeit<sup>6</sup> – schließlich nach einer Expertenanhörung<sup>7</sup> und nach Befassung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz von diesem vorgeschlagen<sup>8</sup> und letztlich auch beschlossen.

Abgesehen von den internationalen Bezügen wurde in den Gesetzgebungsmaterialien zur Freierstrafbarkeit im Wesentlichen darauf abgestellt, dass das „durch die Vorschrift unter Strafe gestellte Verhalten [...] dennoch strafwürdig [erscheint], da es sich die Schwächersituation der bzw. des Zwangsprostituierten zunutze macht. Bereits an

\* Dr. Julia Bosch ist Lehrbeauftragte an der Hochschule für Polizei Baden-Württemberg, ehemalige Staatsanwältin und nun Richterin am Verwaltungsgericht. Dieser Beitrag gibt ausschließlich die private Auffassung der Verfasserin wieder und ist nicht dienstlich veranlasst.

<sup>1</sup> Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 11.10.2016, BGBl. I 2016, S. 2226; zu den Materialien siehe BT-Drs. 18/9095 vom 6.7.2016.

<sup>2</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings sowie Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen Zwangsprostitution vom 10.8.2021, BGBl. I 2021, S. 3513; zu den Materialien siehe BT-Drs. 19/31111 vom 23.6.2021.

<sup>3</sup> Fassung vom 11.10.2016 (Fn. 1).

<sup>4</sup> ABl. Nr. L 101, S. 1; zur Übersicht und zum Gesetzgebungsverfahren s. *Renzikowski*, KriPoZ 2017, 358 ff.

<sup>5</sup> Gesetzesentwurf vom 15.4.2015, BT-Drs. 18/4613.

<sup>6</sup> Art. 18 Abs. 4 der Richtlinie 2011/36/EU lautet: „Um Menschenhandel dadurch, dass der Nachfrage entgegengewirkt wird, wirksamer zu verhüten und zu bekämpfen, erwägen die Mitgliedstaaten die Einleitung von Maßnahmen, mit denen die Inanspruchnahme von Diensten, die Gegenstand einer Ausbeutung im Sinne des Artikels 2 sind, in dem Wissen, dass die betreffende Person Opfer einer Straftat nach Artikel 2 ist, als strafbare Handlung eingestuft wird“. Auch Art. 19 des Übereinkommens des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels von 2005, online abrufbar unter: <https://rm.coe.int/168047c9dd> (zuletzt abgerufen am 15.9.2021) legt den Vertragsparteien nahe, eine Strafbarkeit von Freiern von Menschenhandelsopfern nach nationalem Recht in Erwägung zu ziehen.

<sup>7</sup> Siehe das Wortprotokoll der 103. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/433802/69982baff619a1ea902361a33c5b63f00/wortprotokoll-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.9.2021).

<sup>8</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 6.7.2016, BT-Drs. 18/9095.

anderer Stelle erkennt der Gesetzgeber die Strafwürdigkeit der Ausnutzung eines Machtgefälles zwischen Opfer und Täter zum Zweck entgeltlicher sexueller Handlungen mit schutzbedürftigen Personen an. So stellt § 182 Abs. 2 StGB den Missbrauch eines Jugendlichen durch einen Erwachsenen unter Strafe, der darin besteht, dass der Jugendliche gegen Entgelt sexuelle Handlungen an dem erwachsenen Täter vornimmt oder von diesem an sich vornehmen lässt<sup>9</sup>.

Auch im ähnlich verlaufenden Gesetzgebungsverfahren, das zu der nun ab dem 1.10.2021 geltenden Fassung der Norm führte, war im ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>10</sup> keine Regelung zur Frage der Freierstrafbarkeit vorgesehen. Vielmehr beschränkte sich dieser Gesetzesentwurf unter Bezugnahme auf den Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu Neufassung des § 238 StGB (Nachstellung), also einer „themenfremden“ Norm, allein auf eine Nachbesserung derselben. Die Verschärfung der Freierstrafbarkeit in das am 24.6.2021 beschlossene Gesetz wurde ebenfalls erst wieder unter Befassung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (ohne nähere Bezugnahme auf den eigentlichen Anlass des Gesetzgebungsverfahrens) hinzugefügt<sup>11</sup> und schließlich im Bundestag mit den Stimmen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen, CDU/CSU und AfD angenommen. Die FDP stimmte dagegen, die Linke enthielt sich.<sup>12</sup>

## II. Kritik an der bisherigen Regelung und (berechtigter) Anlass für eine Verschärfung

Was ist nun neu an der ab dem 1.10.2021 geltenden Regelung des § 232a Abs. 6 StGB? Und warum wurde überhaupt Änderungsbedarf gesehen?

Neu ist, dass der Freier eines Menschenhandelsopfers oder einer Zwangsprostituierten (im Sinne von § 232a Abs. 1 bis 3 StGB) auch dann bestraft werden kann, wenn er „bei der sexuellen Handlung *zumindest leichtfertig* die Umstände des Satzes 1 Nummer 1 oder 2 oder die persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage des Opfers oder dessen Hilfslosigkeit“ verkennt, vgl. § 232a Abs. 6 S. 2 StGB i.d.F. v. 10.8.2021. Der Gesetzgeber lässt also nunmehr in subjektiver Hinsicht Leichtfertigkeit genügen.

Die Ausdehnung der Norm auf leichtfertiges Handeln erfolgte nach den Gesetzgebungsmaterialien deswegen, weil der Nachweis eines Vorsatzes in der Praxis schwer zu führen sei und die Neuregelung darauf abziele, „die besonders vulnerablen Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution besser zu schützen“<sup>13</sup> und „Strafbarkeitslücken zu schließen“<sup>14</sup>. Auch solche Täter bzw.

Freier sollten strafrechtlich verantwortlich sein, „denen sich bei der Inanspruchnahme sexueller Dienstleistung auf Grund der Umstände aufdrängen musste, dass es sich bei der oder dem Prostituierten um ein Opfer von Menschenhandel oder um eine von Zwangsprostitution betroffene Person“ handle. Als Beispiele für solche Umstände sind aufgeführt: „Merkmale der Gewaltanwendung oder Einschüchterung, der Ort der Kontaktaufnahme; die Vorgabe bestimmter sexueller Handlungen durch Dritte oder die Bezahlung an den Zuhälter“ sowie auch das „besonders junge Alter“, „fehlende Verständigungsmöglichkeiten mit der oder dem – nicht deutsch- oder englischsprechenden[!] – Prostituierten oder wenn sich der Zuhälter im Nebenzimmer aufhält“<sup>15</sup>.

Vor diesem Hintergrund erscheint es legitim, trotz des eher wenig konturierten Begriffs der Leichtfertigkeit, der der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht entsprechen, jedenfalls aber ein gesteigerter Fall der Fahrlässigkeit sein und sowohl bewusste als auch unbewusste Fahrlässigkeit umfassen soll,<sup>16</sup> den Tatbestand entsprechend auszudehnen. Denn der (auch im Zusammenhang mit anderen Normen, insb. § 264 StGB erhobene) Vorwurf, der Gesetzgeber wolle sich mit Hilfe der Leichtfertigkeit Nachweisprobleme beim Vorsatz „sparen“ ist unter der Prämisse unberechtigt, dass Fahrlässigkeit u.U. für Fälle nicht nachweisbaren Vorsatzes allgemein eine Auffangfunktion hat und auch nichtvorsätzliches Verhalten die Schwelle zur Strafwürdigkeit überschreitet.<sup>17</sup> Letzteres sieht der Gesetzgeber hier als gegeben an und begründet dies mit dem Rechtsgüterschutz, konkret dem anderenfalls nicht ausreichend gewährleisteten Schutz von Opfern des Menschenhandels bzw. der Zwangsprostitution. Dies dürfte jedenfalls (noch) von seiner Entscheidungsprärogative umfasst sein.

Die genauere Konturierung des Begriffs der „Leichtfertigkeit“ im Zusammenhang mit Straftaten nach § 232a Abs. 6 StGB wird weitgehend der Rechtsprechung und Rechtslehre obliegen, so wie dies auch bei anderen Tatbeständen, die diesen Begriff verwenden, der Fall ist. Der Gesetzgeber hat immerhin einige Kriterien bzw. Umstände aufgezeigt, die aus seiner Sicht eine Leichtfertigkeit nahelegen. Fragwürdig erscheint in diesem Zusammenhang allerdings, warum fehlende deutsche oder englische (!) Sprachkenntnisse hier relevant sein sollen. Im Hinblick auf die deutsche Sprache mag das angehen, aber warum Englisch als „Arbeitsprache“ im Rotlicht-Milieu angesehen wird, erschließt sich nicht ohne weiteres. Bei der naheliegenden Annahme, dass ein Großteil der in Deutschland tätigen Prostituierten aus Osteuropa

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/9095, S. 21; ergänzend heißt es, dass das Verhalten des Freiers als strafbare Teilnahme an einer Tat nach § 232a Abs. 1 StGB deswegen nicht geahndet werden könne, weil diese bereits zu dem Zeitpunkt beendet sei, als der Freier handle.

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/2869.

<sup>11</sup> Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 19/28679, 19/29639, 19/29997 Nr. 1.15 – BT-Drs. 19/31111 vom 23.6.2021.

<sup>12</sup> Vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/236, S. 253.

<sup>13</sup> Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/31111, S. 5.

<sup>14</sup> Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, (Fn. 13), S. 4.

<sup>15</sup> Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (Fn. 13), S. 5.

<sup>16</sup> *Dutge*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 15 Rn. 192 spricht von einer „besonderen Vorsatznähe“ der Leichtfertigkeit; vgl. ferner *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 15 Rn. 55; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 15 Rn. 205; *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), § 15 Rn. 292 ff.

<sup>17</sup> Zu diesen Maßstäben siehe *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 205.

stammt,<sup>18</sup> es sich hierbei um sog. „Armutprostituierete“ handelt,<sup>19</sup> die in der Regel über wenig Schulbildung verfügen, erscheint es abwegig, dass englische Sprachkenntnisse vorhanden sind.

Die Änderung und Ausweitung des § 232a Abs. 6 StGB war im Hinblick auf die Vorbehalte gegenüber der „alten“ Version des § 232a Abs. 6 S. 1 StGB geboten und dürfte dazu beitragen, die Kritik verstummen zu lassen. Die bisherige Fassung des Tatbestandes wurde vielfach – im Vorfeld, aber auch nach ihrem Inkrafttreten – gescholten. U.a. wurde sie als „Placebo“, „Farce“<sup>20</sup>, und – häufig – als bloßes „Symbolstrafrecht“<sup>21</sup> bezeichnet. Kennzeichen des Verschleierns sollen der mangelnde Rechtsgutsbezug sowie die Verschleierung mangelnder Effizienz sein.<sup>21</sup> Anders formuliert: Sinn und Zweck von Strafvorschriften sollte es nicht nur sein, strafwürdiges Verhalten auf dem Papier zu sanktionieren, sondern sie auch tatsächlich praktisch anzuwenden und die Bestrafung der Täter zu erreichen.

Fraglich ist, ob der Vorwurf des „Symbolstrafrechts“ gerechtfertigt war und ggf. auch weiterhin ist und sein wird. Im Hinblick auf die Effizienz der „alten“ Vorschrift kann man – jedenfalls wenn man für die Effizienz die Ermittlung und Aburteilung entsprechender Straftaten als Maßstab nimmt – konstatieren, dass eine praktische Bedeutung kaum vorliegt. Der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) zufolge wurden bundesweit 2017 sechs Fälle, 2018 acht Fälle, 2019 15 Fälle und 2020 neun Fälle ermittelt.<sup>22</sup> Angesichts des Umstandes, dass 2017 immerhin in 151 Fällen, 2018 in 238 in Fällen, 2019 in 218 Fällen und 2020 in 255 Fällen wegen Zwangsprostitution ermittelt wurde<sup>23</sup> und ohne weiteres anzunehmen ist, dass jede Zwangsprostituierte mindestens einen Freier gehabt haben dürfte, müsste die Anzahl der ermittelten Freierstraftaten selbst bei Außerachtlassung der wohl erheblichen Dunkelziffer

viel höher sein und einem Vielfachen der Verfahrenszahlen für die Zwangsprostitution entsprechen.<sup>24</sup> Die Einführung des Straftatbestandes führte also nicht zur Erhellung des Phänomens und erst Recht nicht zur Ahndung desselben.<sup>25</sup> Bei diesen geringen Zahlen und der damit dokumentierten kaum vorhandenen Verfolgungswahrscheinlichkeit ist fraglich, ob der Straftatbestand aus Tätersicht überhaupt wenigstens eine gewisse Abschreckungswirkung hat und somit gewissermaßen im Vorfeld Straftaten verhindert.<sup>26</sup> Mit zur geringen Effizienz des Straftatbestandes des § 232a Abs. 6 S. 1 StGB dürfte (neben anderen Faktoren, dazu später) allerdings beigetragen haben, dass der Nachweis des Vorsatzes des Freiers erforderlich war. Dieses „Effizienzhindernis“ soll durch die Neuregelung und Ausweitung auf die zumindest leichtfertige Begehungsweise behoben werden. Insgesamt kann daher derzeit – und insbesondere mit Blick auf die Zukunft – nicht pauschal festgestellt werden, dass der Straftatbestand zu wenig effizient sei bzw. bleiben wird.

Der zweite Aspekt eines „Symbolstrafrechts“ – mangelnder Rechtsgutsbezug – kann im Hinblick auf die Freierstrafbarkeit allerdings nicht festgestellt werden. Soweit ersichtlich wird in der Literatur an keiner Stelle in Abrede gestellt, dass durch den Straftatbestand ein auch strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut geschützt wird. Lediglich um die Frage, welches Rechtsgut geschützt wird, besteht Streit. Richtig dürfte sein, dass die Norm (wohl) im falschen Abschnitt des StGB<sup>27</sup> steht und primär die sexuelle Selbstbestimmung<sup>28</sup> und darüber hinaus auch die Menschenwürde<sup>29</sup> schützen soll.

Die Norm ist auch geeignet, diese Rechtsgüter zu schützen, denn man darf annehmen, dass grundsätzlich eine

<sup>18</sup> Nach dem Zwischenbericht zum Prostituiertenschutzgesetz des BMFSFJ von 1.7.2020 machten im Jahr 2017 bei den angemeldeten Prostituierten deutsche Staatsangehörige lediglich 22 % aus, die größte Gruppe mit 31 % stammte aus Rumänien; die nächstgrößeren Gruppen stammen aus Bulgarien, Ungarn und Polen; im Jahr 2018 waren es 19 % angemeldete deutsche Prostituierte verglichen mit 35 % rumänischen Staatsangehörigen, vgl. S. 17 f. und 21 f. des Berichts, online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/156998/bfc0e8295e1bcc04b08159e32e95281f/zwischenbericht-zum-prostituiertenschutzgesetz-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.9.2021); zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Anzahl der angemeldeten Prostituierten lediglich ein Bruchteil der tatsächlichen Anzahl der Prostituierten darstellt. Naheliegender dürfte es sein anzunehmen, dass gerade Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution nicht angemeldet sind. Gleichwohl erscheint unumstritten, dass der Anteil an ausländischen „Arbeitskräften“ sehr hoch ist.

<sup>19</sup> So u.a. die Einschätzung von ver.di, Position zum Referentenentwurf des „Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen“ vom 11.9.2015, S. 2, online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/119064/9336382ff2c48a7863d6481627e1f4ca/ver-di-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.9.2021).

<sup>20</sup> Im Gesetzgebungsverfahren wurde dies von Vertretern des Bündnis 90/Die Grünen vorgetragen, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9095, S. 17; hierzu auch m.w.N. Hofmann, NK 2018, 180 (181).

<sup>21</sup> Renzikowski, Freierbestrafung – Ja oder Nein, Tagungsbeitrag 2006, online abrufbar unter: [www.gegen-frauenhandel.de/fachtagungen/fachtagung-2006/](http://www.gegen-frauenhandel.de/fachtagungen/fachtagung-2006/) (zuletzt abgerufen am 15.9.2021); ähnlich auch Ofosu-Ayeh, ZJS 2020, 109 (110 m.w.N.).

<sup>22</sup> PKS der jeweiligen Jahre, Straftaten nach § 232a Abs. 6 StGB = Straftatenschlüssel 239220, abrufbar unter: [www.bka.de](http://www.bka.de).

<sup>23</sup> Siehe PKS (Fn. 22).

<sup>24</sup> Zumal noch die „Kunden“ der Opfer von Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung hinzuzurechnen wären.

<sup>25</sup> Das BMJV finanziert ein derzeit laufendes Forschungsprojekt des Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen e.V. zur Evaluierung der 2016 neu geregelten Menschenhandelsdelikte. Die Ergebnisse liegen noch nicht vor. Zum Forschungsprojekt siehe <https://kfn.de/forschungsprojekte/evaluierung-der-strafvorschriften-zur-bekaempfung-des-menschenhandels-232-bis-233a-stgb/>.

<sup>26</sup> Einer umfassenden Freierstudie aus Großbritannien zufolge gaben 80 % der Freier an, sie würden durch höhere (Geld-)Strafen davon abgeschreckt werden, Frauen in der Prostitution zu „benutzen“, jedenfalls dann, wenn sie davon überzeugt seien, dass die Gesetze und Strafen auch tatsächlich vollstreckt würden, vgl. Farley, Men who buy sex, Dec. 2007, S. 22, online abrufbar unter: <https://documentation.lastradainternational.org/lsidocs/Mensex.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.9.2021); in einer späteren Studie wurde differenziert zwischen Freiern und Männern, die bislang keine Freier waren; bei letzteren nannten 81 % drohende Kriminalstrafen als abschreckend (bei den Freiern waren es 70 %), vgl. Farley et al., Comparing Sex Buyers with men who do not buy sex: New Data on Prostitution and Trafficking, Journal of Interpersonal Violence, 2015, S. 1, 15.

<sup>27</sup> Derzeit im Achtzehnten Abschnitt: Straftaten gegen die persönliche Freiheit.

<sup>28</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 232a Rn. 1.

<sup>29</sup> Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (863): jedenfalls der, der „den Körper anderer Menschen ohne deren Zustimmung für sexuelle Handlungen nutzt, verletzt deren Intimsphäre und Menschenwürde“; zur Problematik der Menschenwürde als strafrechtliches Rechtsgut siehe auch Bürger, ZIS 2017, 169 (178 f. m.w.N.).

solche Strafbarkeit die Nachfrage nach (Zwangs-)Prostituierten zunächst einschränkt.<sup>30</sup> Im Bereich des Menschenhandels und der Zwangsprostitution kann es keine Lösung sein den Markt dadurch zu beeinflussen, dass man auf der Angebotsebene die unmittelbar Handelnden (die Prostituierten) pönalisiert, sondern richtigerweise muss auf der Nachfrageseite angesetzt werden, denn erst die Nachfrage schafft den Markt.<sup>31</sup> Das vielfach bemühte Argument vom “ältesten Gewerbe der Welt”, das es schon immer gegeben hat und immer geben wird, steht dem nicht entgegen, denn sicherlich spielen äußere Faktoren eine wesentliche Rolle in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen (mit oder ohne Zwang und mit oder ohne Menschenhandel) das “älteste Gewerbe” stattfindet oder eben nicht.<sup>32</sup> Im Übrigen ist dies auch kein Argument, jeglichen Bemühungen dem Menschenhandel oder der Zwangsprostitution mittels des Strafrechts entgegenzuwirken. Denn Mord und Totschlag gab und gibt es auch schon immer, gleichwohl würde niemand fordern, die Strafbarkeit dieser Delikte aufzuheben. Auch das gegen die Freierbestrafung ins Feld geführte Argument, das Strafrecht sei kein geeignetes Instrument, um „die legale und illegale Seite des Prostitutionsgewerbes voneinander zu trennen“ und der Staat verlasse „den Pfad der gesetzgeberischen Zurückhaltung“, wenn er mit Hilfe des Strafrechts „Menschen vor den Folgen eigenverantwortlicher Lebensentscheidungen bewahren“ wolle, geht fehl.<sup>33</sup> Denn Opfer von Zwangsprostitution und Menschenhandel leiden gerade nicht an den Folgen „eigenverantwortlicher Lebensentscheidungen“, sondern an aufgezwungenen Lebensentwürfen. Um solche Zustände zu bekämpfen, erscheint die Freierstrafbarkeit bezogen auf Opfer des Menschenhandels oder der Zwangsprostitution durchaus als geeignetes Mittel.

Soweit noch im Gesetzgebungsverfahren 2016<sup>34</sup> gegen die Freierstrafbarkeit ins Feld geführt wurde, dass eine

entsprechende Strafbarkeit die Freier davon abhalten würde auffällige Sachverhalte anzuzeigen und man somit ihrer “Hilfe” bei der Aufklärung von Straftaten des Menschenhandels und der Zwangsprostitution verlustig gehen würde, eine Freierstrafbarkeit somit der Bekämpfung des Menschenhandels eher abträglich sei, so leuchtet dies nicht ein. Aus dem Lagebild des BKA aus dem Jahr 2016 (vor Einführung der Freierstrafbarkeit) ergibt sich jedenfalls nicht, dass irgendeine Straftat aus diesem Bereich von einem Freier (allein) initiiert wurde.<sup>35</sup> Vielmehr wurden in den letzten Jahren durchweg ca. 50 % der Verfahren von der Polizei und die anderen durch Opfer initiiert (wobei hierbei differenziert wird zwischen Opfern, die allein tätig wurden, Opfern, die mit Hilfe einer Beratungsstelle agierten und Opfern, die die Hilfe von Dritten, beispielsweise andere Prostituierte oder Freier, in Anspruch nahmen).<sup>36</sup> Durch die Einführung der Freierstrafbarkeit hat sich an diesen „Auslösern“ für Ermittlungsverfahren jedenfalls statistisch gesehen nichts geändert. Gleichwohl wurde versucht, diesem Einwand im Gesetzgebungsverfahren durch Schaffung (der zu Recht aus verschiedenen Gründen kritikwürdig<sup>37</sup>) Kronzeugenregelung in § 232a Abs. 6 S. 2 StGB a.F. (bzw. S. 3 der n.F.) zu begegnen, um auf diese Weise Freier zu ermutigen, zur Aufklärung von Menschenhandel oder Zwangsprostitution beizutragen.<sup>38</sup> Selbst wenn es diese Kronzeugenregelung nicht gäbe, bestünden strafprozessual Möglichkeiten, ein solches Anzeigeverhalten des Freiers mittels der Vorschriften des §§ 153 ff. StPO zu honorieren – jedenfalls soweit seine Tat nicht gleichzeitig einen (Verbrechens)tatbestand nach § 177 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 oder Abs. 8 StGB verwirklicht.<sup>39</sup>

Schließlich spricht – jedenfalls nach der nun geltenden Neufassung – auch nicht mehr gegen die Freierstrafbarkeit, dass sie eigentlich überflüssig sei, da das sanktionierte Verhalten auch unter § 177 Abs. 2 Nr. 4 (Abs. 6

<sup>30</sup> Vorausgesetzt die potentiellen Täter haben überhaupt Kenntnis von der Existenz des Straftatbestandes und die „schlechte“ Verfolgungstatistik ist ihnen nicht bekannt.

<sup>31</sup> *Merk*, ZRP 2006, 250 (251); die Bekämpfung der Nachfrage als Element im Kampf gegen Menschenhandel ist wohl auch international Konsens, denn sonst gäbe es die bereits genannten Regelungen in Art. 18 Abs. 4 der Richtlinie 2011/36/EU bzw. in Art. 19 des Europaratsübereinkommens zum Milieu kaum treffen lassen, da Prostitution sehr heterogen ist und naturgemäß mit einem erheblichen Dunkelfeld einhergeht; vgl. vertiefend *Cho/Dreher/Neumayer*, June 2012, Economics of Security Working Paper 71, online abrufbar unter: [https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.405653.de/diw\\_econsec0071.pdf](https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.405653.de/diw_econsec0071.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.9.2021); zur Kritik an dieser Studie siehe *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vorbem. zu § 174 Rn. 144.

<sup>32</sup> Eine Studie, bezogen auf 150 Länder weltweit, kommt zu dem Schluss, dass die Legalisierung der Prostitution zu einem Anstieg von Menschenhandelsdelikten führt. Es wird jedoch auch darauf hingewiesen, dass es anderslautende Studien gibt und sich verlässliche Aussagen in diesem Milieu kaum treffen lassen, da Prostitution sehr heterogen ist und naturgemäß mit einem erheblichen Dunkelfeld einhergeht; vgl. vertiefend *Cho/Dreher/Neumayer*, June 2012, Economics of Security Working Paper 71, online abrufbar unter: [https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.405653.de/diw\\_econsec0071.pdf](https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.405653.de/diw_econsec0071.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.9.2021); zur Kritik an dieser Studie siehe *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vorbem. zu § 174 Rn. 144.

<sup>33</sup> *Hofmann*, NK 2018, 180 (186).

<sup>34</sup> So u.a. *Dr. v. Braun* im Rahmen der Expertenanhörung bzw. in ihrer Stellungnahme, vgl. Wortprotokoll der 103. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103, (Fn. 7), S. 43 ff., S. 52.

<sup>35</sup> So auch die Einschätzung von Grimmeisen, Expertenanhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103, (Fn. 7), S. 25.

<sup>36</sup> Siehe im Einzelnen BKA, Bundeslagebilder Menschenhandel 2015-2019, online abrufbar unter: [www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Menschenhandel/menschenhandel\\_node.html](http://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Menschenhandel/menschenhandel_node.html) (zuletzt abgerufen am 15.9.2021).

<sup>37</sup> Die Kritik bezieht sich in erster Linie darauf, dass die Verwirklichung des § 232a StGB weitgehend deckungsgleich mit § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB sein dürfte, die Kronzeugenregelung für letzteren aber nicht gilt, vgl. *Ofosu-Ayeh*, ZJS 2020, 109 (111); *Zimmermann*, in: SSW-StGB 5. Aufl. (2020), § 232a Rn. 33; *Renzikowski*, KriPoZ 2017, 363 sieht für die Kronzeugenregelung genau aus diesem Grund “keinen praktischen Anwendungsbereich”.

<sup>38</sup> BT-Drs. 10/9095, S. 36.

<sup>39</sup> Bei dem oft mitverwirklichten § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB (Vergewaltigung) handelt es sich demgegenüber lediglich um ein Regelbeispiel eines besonders schweren Falles, somit bleibt es hier beim Vergehenstatbestand des § 177 Abs. 1, 2 StGB, vgl. § 12 Abs. 3 StGB. Eine Opportunitätseinstellung nach §§ 153 ff StPO bleibt daher möglich.

Nr. 1) StGB subsumiert werden könne.<sup>40</sup> Denn durch das Genügen Lassen der „Leichtfertigkeit“ in subjektiver Hinsicht ist diesem Argument der Boden entzogen. Die Verwirklichung des Tatbestands des § 177 StGB verlangt weiterhin in subjektiver Hinsicht einen entsprechenden Tatvorsatz. Insofern hat § 232a Abs. 6 S. 1, 2 StGB (n.F.) einen weiteren Anwendungsbereich. Im Übrigen erschien es auch davor keineswegs abwegig, wegen der hiervon ausgehenden Signalwirkung<sup>41</sup> die Freierstrafbarkeit als gesonderten Tatbestand zu regeln, selbst wenn der praktische Anwendungsbereich häufig mit § 177 Abs. 2 Nr. 4 (Abs. 6 Nr. 1) StGB identisch war bzw. ist.

Insgesamt ist damit die These vom bloßem „Symbolstrafrecht“ im Hinblick auf die Freierstrafbarkeit nach § 232a Abs. 6 S. 1, 2 StGB (n.F.) spätestens mit der Neufassung unberechtigt. Selbst wenn man diese Ansicht gleichwohl teilt, sollte nicht unterschätzt werden, dass auch „Symbolstrafrecht“ seine Berechtigung haben kann. Hauptziel sollte sicherlich sein, auf Basis der eingeführten Straftatbestände das strafbewährte Verhalten auch tatsächlich zu sanktionieren. Jedoch erfüllen bereits im Vorfeld Straftatbestände eine Aufgabe – so geben sie doch klar zu erkennen, was eine Gesellschaft zu akzeptieren bereits ist und was nicht. Sie haben eine normbildende Funktion. Von dem Stempel der Strafwürdigkeit als ultima ratio geht ein besonders starkes Signal aus. Allein dies mag den einen oder anderen Delinquenten<sup>42</sup> von der Tat abhalten und die Haltung der Gesellschaft zum Ausdruck bringen, dass zur Verbreitung von Zwangsprostitution und Menschenhandel nicht nur Zuhälter und Menschenhändler beitragen, sondern auch diejenigen, die unter diesen Prämissen angebotenen Dienstleistungen leichtfertig nachfragen.

Insofern ist es richtig und zielführend – wie geschehen – eine Freierstrafbarkeit überhaupt vorzusehen und diese angesichts der Nachweisprobleme trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten mit dem Begriff der „Leichtfertigkeit“ auch auf leichtfertiges Handeln der Täter bzw. Freier auszuweiten.

### III. Weiterer Handlungsbedarf

Daneben müsste aber – zur Effektivitätssteigerung des Straftatbestandes – deutlich mehr getan werden. Bevor eine Straftat verfolgt werden kann, muss sie zunächst als solche erkannt werden. Im juristischen (universitären) Studium und im Referendariat sind Sexualdelikte (13. Abschnitt des StGB, darin enthalten Ausbeutung von Prostituierten, § 180a StGB, und Zuhälterei, § 181a StGB) überwiegend nicht Gegenstand der Ausbildung oder der Prüfungsordnungen.<sup>43</sup> Menschenhandelsdelikte (§ 232 und 232a StGB) sind nur in wenigen Bundesländern<sup>44</sup> Bestandteil des Pflichtstoffs.<sup>45</sup> Eine effektive Strafverfolgung würde mit Sicherheit davon profitieren, wenn die genannten Tatbestände mehr Ausbildungsrelevanz hätten – und zwar nicht nur für spätere Richter\*innen oder Staatsanwält\*innen, sondern auch für Rechtsanwält\*innen, die ggf. mit der Materie im Zusammenhang mit Nebenklage oder auch Strafverteidigung konfrontiert werden.

Auch ein „learning by doing“ in der späteren Verwendung, insbesondere bei der Staatsanwaltschaft, kann – jedenfalls bezogen auf die Freierstrafbarkeit – schon deswegen nicht erfolgen, weil das Fallaufkommen (noch) zu gering ist. Angesichts des hohen Erledigungsdrucks, den personell zu knapp ausgestatteten Staatsanwaltschaften, verbunden mit dem „Verweisungsdschungel“<sup>46</sup> im Bereich Menschenhandel/Prostitution, der die Verständlichkeit der Normen nicht befördert, dürfte eine „schlanke, schnelle Einstellung“ eher zu erwarten sein, als eine Einarbeitung in eine fremde Materie, ein Nachbohren, Nachermitteln, eine Anklageerhebung und dann ggf. eine schwierige Hauptverhandlung, in der oft Aussage gegen Aussage steht und meist keine weiteren Beweismittel vorhanden sind. Auch die Behörden des „ersten Zugriffs“ wie Polizei oder Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) müssen entsprechende Kenntnisse haben, damit zu Beginn der Ermittlungen ggf. vorhandene Sachbeweise (etwas Kundenlisten, Abrechnungen, Terminkalender) von Menschenhandelsopfern oder Zwangsprostituierten gesichert

<sup>40</sup> *Ofosu-Ayeh*, ZJS 2020, 109 (111); ausführlich *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (17 ff.); so auch *Renzikowski*, KriPoZ 2017, 363, der auf die wenig nachvollziehbaren Unterschiede in den jeweiligen Strafrahmen hinweist; man könnte auf die Idee kommen, über eine Sperrwirkung des (niedrigeren) Strafrahmens (Untergrenze: drei Monate) in § 232a Abs. 6 StGB Freier von Menschenhandelsopfern gegenüber Tätern, die ein aus anderen Gründen und damit ggf. weniger schutzwürdiges Opfer vor sich haben und „nur“ den Tatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB (Untergrenze: sechs Monate – bei dem in der Regel gleichzeitig vorliegenden § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB aber zwei Jahre!), zu privilegieren, was sicherlich nicht gewollt ist.

<sup>41</sup> *Eisele*, Expertenanhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103, (Fn. 7), S. 34.

<sup>42</sup> Bzw. insbesondere potentiellen Delinquenten, siehe *Farley et al.*, Comparing Sex Buyers with men who do not buy sex: New Data on Prostitution and Trafficking, *Journal of Interpersonal Violence*, 2015, p. 1, 15.

<sup>43</sup> Jedenfalls nicht in §§ 8 Abs. 2 Nr. 7b, 56 Abs. 1 Nr. 7b JaPro BW, §§ 1 Abs. 2 Nr. 1b, 37 Abs. 1 JaPo RP i.V.m. Anlage B II; §§ 3 Abs. 2, 17 Abs. 2 JAG Berlin i.V.m. § 3 Abs. 4 Nr. 2b JAO Berlin; §§ 14 Abs. 3 Nr. 7b, 34 Abs. 2 SächsJaPo, §§ 14 Abs. 2 Nr. 4, 47 Abs. 2 JAPrVO Sachs.-Anhalt; §§ 18 Abs. 2 Nr. 4, 58 Abs. 2 Nr. 1 BayJaPo; § 7 Nr. 3 b Hess.JAG; §§ 11 Abs. 2 Nr. 7b, 52 Abs. 1 Nr. 1 JAG NRW; § 3 JAG i.V.m. § 16 Abs. 2 Nr. 1 JAVO Nds.; lediglich in Thüringen umfasst der Pflichtstoff nach §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 46 Abs. 2 Nr. 1 JaPo den gesamten Besonderen Teil des StGB.

<sup>44</sup> §§ 18 Abs. 2 Nr. 4, 58 Abs. 2 Nr. 1 BayJaPo; § 7 Nr. 3 b Hess. JAG; § 3 JAG i.V.m. § 16 Abs. 2 Nr. 1 JAVO Nds.; §§ 11 Abs. 2 Nr. 7b, 52 Abs. 1 Nr. 1 JAG NRW und Thüringen (s. Fn. 43).

<sup>45</sup> Wobei bspw. die Regelung des § 16 Abs. 2 Nr. 1 JAVO in Niedersachsen vom 15.1.2004 stammt (Nds. GVBl. 2004, 7) und zuletzt am 20.12.2016 geändert wurde und sich insofern die Frage stellt, ob der – erst danach geschaffene – Tatbestand des § 232a Abs. 6 StGB tatsächlich zum Pflichtstoff gehören soll.

<sup>46</sup> *Renzikowski*, KriPoZ 2017, 358.

und auch im Hinblick auf die Strafbarkeit der Kunden ausgewertet werden können.<sup>47</sup>

Weitere Ermittlungsmaßnahmen, auf die – eine angemessene personelle Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden unterstellt – zurückzugreifen werden kann, sind Internetermittlungen. Insbesondere in einschlägigen Freierforen dürfte es kein Problem darstellen, Täter (und Opfer!) zu finden, sogar solche, bei denen der Nachweis eines Vorsatzes hinsichtlich der Lage ihres Gegenübers sehr einfach ist.<sup>48</sup> Denn aus vielen Einträgen in Freierforen wird deutlich, dass den Freiern häufig klar ist, dass sie es nicht mit einer „freiwilligen Prostituierten“ zu tun haben. Die Schwierigkeit dürfte allerdings in vielen Fällen (aber nicht in allen!) darin liegen, die Klarnamen der Täter zu ermitteln und ihre „Geständnisse“ jeweils einer konkreten Straftat, die im Sinne des § 200 StPO „anklagefähig“ ist, zuzuordnen.

Gefordert wurde auch eine Aufnahme der Freierstrafbarkeit in den Straftatenkatalog der §§ 100a, 100g StPO, was die Möglichkeit einer Telefonüberwachung (TKÜ) bzw. einer Verkehrsdatenerhebung ermöglichen würde. Legt man den Strafraum des § 232a Abs. 6 Satz 1 StGB (drei Monate bis zu fünf Jahre) zugrunde, erscheint es zunächst abwegig, diesen Tatbestand als Katalogtat einzuordnen. Andererseits sieht § 177 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 6 Nr. 1 StGB, der oft (bei Vorsatz) deckungsgleich sein wird, einen Regelstrafrahmen nicht unter zwei Jahren vor, was schon auf eine erheblich schwerere Straftat hindeutet. Jedoch ist selbst dieser Tatbestand nicht in die Kataloge der §§ 100a, 100g StPO aufgenommen worden (lediglich § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB befindet sich dort). Letztlich ist dies aber eine Entscheidung des Gesetzgebers, die den Strafverfolgungsbehörden die Arbeit aber deutlich erleichtern könnte.<sup>49</sup> Als milderer Mittel wäre auch die Aufhebung der Verwendungsbeschränkung<sup>50</sup> von TKÜ-Inhalten, die etwa in gegen Menschenhändler gerichteten Verfahren gewonnen werden, denkbar.

#### IV. Abschließende Bewertung und Ausblick

Im Ergebnis und insbesondere wegen der möglichen „Abschreckungsfunktion“ des Tatbestandes sowie zur Reduzierung der Nachfrage wäre es wünschenswert gewesen, noch weitergehend (allgemein) Fahrlässigkeit zum besseren Schutz der Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution genügen zu lassen oder – noch extensiver – den Umstand der Zwangslage und der Opfersituation als objektive Bedingung der Strafbarkeit auszugestalten.<sup>51</sup> In letzterem Fall müsste dann nur (objektiv) das Vorliegen der Zwangslage des Opfers bewiesen werden, auf einen dementsprechenden Vorsatz oder eine Fahrlässigkeit des Täters käme es nicht mehr an. Es würde genügen, dass er hinsichtlich des Kaufes der sexuellen Dienstleistung vorsätzlich handelt. Das würde die Strafverfolgung, die im Bereich Menschenhandel ohnehin schon rudimentär genug ist, deutlich vereinfachen und möglicherweise den Freier davon abhalten, Menschenhandelsopfer bzw. Zwangsprostituierte weiter zu „benutzen“ und ihn dazu anhalten, sich im Zweifelsfalle lieber eine andere Dienstleisterin auszusuchen bzw. ihn gar dazu veranlassen positiv festzustellen, dass die Prostituierte eben nicht unter Zwang „arbeitet“. Auch auf Betreiber von Prostitutionsstätten könnte eine weitere Ausdehnung der Strafbarkeit im o.g. Sinne verhaltenssteuernd wirken; ihnen würde ein Anreiz gegeben, für ihre Arbeitnehmerinnen oder (Schein-)Selbständigen Dienstleisterinnen ein Arbeitsumfeld zu schaffen, das den Anschein einer Zwangslage erst gar nicht aufkommen lässt, da ansonsten Kunden ausbleiben. Auch insoweit (mittelbar) würde die Ausdehnung der Strafbarkeit auf allgemeine Fahrlässigkeit bzw. die Einführung einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit zum Schutz der Prostituierten beitragen.

Die Einführung eines noch darüber hinausgehenden generellen Sexkaufverbotes<sup>52</sup> (nach dem Nordischen Modell<sup>53</sup>) würde die Strafverfolgung und den Tatnachweis noch mehr erleichtern,<sup>54</sup> denn dann käme es nicht mehr darauf an, ob die Anbieterin der Dienstleistungen „freiwillig“, durch faktische Zwänge oder durch unmittelbaren Zwang ihre Dienstleistung „anbietet“. Es genüge dann der

<sup>47</sup> So auch die Empfehlung der Expert\*innengruppe GRETA aus 2019 (die die Umsetzung des Menschenhandelsabkommens des Europarats überwacht) an die Bundesrepublik, vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, Bekämpfung des Menschenhandels, Information, online abrufbar unter: [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Information\\_28\\_Bekämpfung\\_des\\_Menschenhandel\\_GRETA\\_bf.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Information_28_Bekämpfung_des_Menschenhandel_GRETA_bf.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.9.2021).

<sup>48</sup> Siehe hierzu die Ausführungen der Expertinnen Gayer und Dr. von Braun bei der Expertenanhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103 (Fn. 7), S. 26, 28; eine Zusammenstellung von Zitaten findet sich auf der Seite <https://dieunsichtbarenmaenner.wordpress.com/>.

<sup>49</sup> So die Forderung von Grimmeisen, Expertenanhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103, (Fn. 7), S. 24.

<sup>50</sup> Vgl. § 479 Abs. 2 StPO i.V.m. § 161 Abs. 3 StPO

<sup>51</sup> So auch – in Anlehnung an die Regelung in England: *Ofosu-Ayeh*, ZJS 2020, 109 (112).

<sup>52</sup> Einen (kurzen) Überblick bietet das Papier des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestag, Sachstand: Regelungen zur Freierstrafbarkeit in ausgewählten europäischen Ländern, WD 7 – 3000 – 165/19, online abrufbar unter: [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de); ablehnend gegenüber einem allgemeinen Sexkaufverbot: *Eisele*, KriPoZ 2017, 330 (387); s.a. *Bürger*, ZIS 2017, 169 (180).

<sup>53</sup> Das Nordische Modell, das in Schweden bereits seit 1999 gilt, basiert im Wesentlichen auf drei Säulen: Entkriminalisierung der Prostituierten, Kriminalisierung der Sexkäufer und Betreiber und Finanzierung von Ausstiegsprogrammen für Prostituierte, vgl. u.a. [www.frauenrechte.de/unsere-arbeit/themen/frauenhandel/nordisches-modell](http://www.frauenrechte.de/unsere-arbeit/themen/frauenhandel/nordisches-modell).

<sup>54</sup> Ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren s. *Gugel*, Das Spannungsverhältnis zwischen Prostitutionsgesetz und Art. 3 II Grundgesetz – eine rechtspolitische Untersuchung, Berlin 2010, S. 72 ff.

<sup>55</sup> Bei der Prostitution handelt es sich um ein sehr heterogenes Phänomen. Die (lautstarken) Lobbyverbände dürften wohl eher diejenigen Prostituierten vertreten, denen eine selbstbestimmte Entscheidung für diese Tätigkeit eher nicht abgesprochen werden kann. Umgekehrt gibt es naturgemäß keine organisierten Zwangsprostituierten, die ihre (konträre) Sicht der Dinge darstellen. Neben diesen beiden Extremen gibt es einen Zwischenbereich, bei dem die Frage der „Selbstbestimmtheit“ durchaus genauer geprüft werden müsste; zu diesen drei Kategorien s.a. *Sporer*, Kriminalistik 2010, 235.

bloße Nachweis, dass für eine sexuelle Handlung Geld gezahlt wurde. Angesichts der (strafrechtlich) noch weitgehend ungeklärten Frage, wann eine sexuelle Dienstleistung „freiwillig“ angeboten wird, würde dies zudem der Rechtsklarheit, nicht nur für den Rechtsanwender sondern auch für den primären Normadressaten, dienen. Die Abschiebung der „guten“ von der „bösen“ Prostitution (und dem damit verbundenen Grad der Strafwürdigkeit des Verhaltens) könnte man durch Abstufung des Freiertatbestandes, Regelung von minder schweren oder besonders schweren Fällen, einem Strafantragserfordernis und strafverfolgungspraktisch durch Handhabung von Opportunitätseinstellungen nach §§ 153 ff. StPO regeln; selbstredend sind die genauen Umstände der Tat – soweit sich nicht Tatbestandsmerkmale sind – auch im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Ein generelles Sexkaufverbot lässt sich jedoch mit dem in Deutschland herrschenden Regelungssystem<sup>56</sup> der Prostitution wohl kaum ein Einklang bringen: Die vor 2002 unregelte, faktisch vorhandene und nicht verbotene Prostitution wurde erst im Jahr 2002 durch das Prostitutionsgesetz<sup>57</sup> in Ansätzen geregelt. Das lediglich drei Paragraphen umfassende Gesetz sollte die soziale und rechtliche Lage der Prostituierten verbessern,<sup>58</sup> indem u.a. das Verdikt der Sittenwidrigkeit beseitigt wurde<sup>59</sup> und dadurch den in der Prostitution tätigen Menschen Zugang zu Sozial- und Krankenversicherung sowie der Altersvorsorge ermöglicht werden sollte.<sup>60</sup> Zudem wurde ihr Lohnanspruch durch Beseitigung der Sittenwidrigkeit (theoretisch) einklagbar. Mit dem ProstG verknüpft war zudem die Erwartung, dass „die kriminellen Begleiterscheinungen der Prostitution zurückgedrängt und die Ausstiegsmöglichkeiten für Prostituierte erleichtert werden“.<sup>61</sup> Tatsächlich soll das Gesetz aber die Situation von Prostituierten nicht verbessert,<sup>62</sup> sondern dazu geführt haben, dass die Machtstellung der Zuhälter gestärkt und die Handlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden durch das Gesetz verschlechtert wurden,<sup>63</sup> was u.a. deswegen plausibel erscheint, weil – infolge der Legalisierung von Prostitution und der Ermöglichung von Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution – das Gewinnstreben von Zuhältern und Bordellbetreibern nicht mehr beanstandet werden kann.<sup>64</sup> Ob dieser negative Effekt tatsächlich zutrifft, lässt sich – einem Bericht der Bundesregierung zufolge – weder bestätigen noch widerlegen. So gebe es für einen Kriminalitätsmindernden Effekt des ProstG „bislang

keine belastbaren Hinweise“. Auch habe das ProstG allenfalls in sehr begrenztem Umfang zu einer besseren Transparenz des „Rotlichtmilieus“ beigetragen. Eine „Erstschweris der Verfolgung von Menschenhandel, Zwangsprostitution und anderen gewaltförmigen Auswüchsen der Prostitution“ sei aber ebenfalls nicht (belegbar) eingetreten.<sup>65</sup> Ungeachtet seiner (Un-)Wirksamkeit führte das ProstG jedenfalls dazu, dass Prostitution „legalisiert“ wurde, was der Einführung eines generellen Sexkaufverbotes entgegenstehen dürfte.

Der Gesetzgeber hat an diesen Weg – trotz oder gerade wegen des Umstandes, dass die „Legalisierung“ nicht zu einer wesentlichen Verbesserung der Lage Prostituierten beigetragen hat<sup>66</sup> – grundsätzlich festgehalten und mit dem zum 1.7.2017 in Kraft getretenen Prostitutionschutzgesetz<sup>67</sup> erneut versucht, Verbesserungen der Situation der Prostituierten durch (ordnungsrechtliche) Regelungen zu erreichen. Denn es war erkannt worden, dass durch Prostitution „Grundrechte wie die sexuelle Selbstbestimmung, persönliche Freiheit, Gesundheit sowie Persönlichkeitsrechte der Beteiligten“ faktisch in besonderer Weise gefährdet seien, „es aber an verbindlichen Mindestvorgaben zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit“ der Prostituierten und an Rechtsgrundlagen, mit denen die Zuverlässigkeit der Betreiber kontrolliert werden könne, fehle. Das bisherige Fehlen behördlicher Aufsichtsinstrumente begünstige „kriminelle Strukturen, die sich dieses Defizit zunutze“ machten.<sup>68</sup> Zur Behebung dieser Defizite wurden u.a. eine (persönliche) Anmeldepflicht für Prostituierte, die mit einer Aufklärung über die geltende Rechtslage sowie diversen Beratungsangeboten einhergeht (§§ 3 ff. ProstSchG), eine Erlaubnispflicht für Betreiber von Prostitutionsbetrieben (§§ 12 ff. ProstSchG) sowie die Kondompflicht (§ 32 Abs. 1 ProstSchG) eingeführt. Mit dieser Regelungsdichte bezüglich der Tätigkeit dürfte es unvereinbar sein, strafrechtlich diejenigen allein deswegen zu belangen, weil sie die Dienstleistung in Anspruch nehmen.

Die Einführung eines allgemeinen Sexkaufverbots würde also voraussetzen, dass sich – entgegen dem bisherigen Trend – die Erkenntnis durchsetzt, dass man (jedenfalls die überwiegenden Teile der Prostitution) nicht durch ord-

<sup>56</sup> Zur (kurzen) Darstellung der zur Bewertung der Prostitution vertretenen Ansichten, denen verschiedenen Regulierungsmodelle, darunter das in Schweden (u.a.) geltende Nordische Modell und das in Deutschland geltende liberale Modell, siehe *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vorbem. § 174 StGB Rn. 42 f. m.w.N.

<sup>57</sup> Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12.2001, BGBl. I, S. 3983.

<sup>58</sup> Siehe Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG), BT-Drs. 16/4146, S. 4.

<sup>59</sup> Umstritten ist, ob generell „die Sittenwidrigkeit“ beseitigt sein soll oder ob dies – wie § 1 ProstG regelt – lediglich dem Lohnanspruch der Prostituierten die Sittenwidrigkeit genommen werden soll; zum Streitstand vertiefenden *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 1 ProstG Rn. 30 ff.; siehe auch vertiefend zu dieser Frage *Majer*, NJW 2018, 2294 f. und *Gugel*, (Fn. 54), S. 75 ff.

<sup>60</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten, BT-Drs. 14/5958, S. 2.

<sup>61</sup> Siehe Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG), BT-Drs. 16/4146, S. 4.

<sup>62</sup> Vgl. den Bericht im Spiegel vom 30.5.2013 über die Lebenswirklichkeit einer Armutsprostituierten, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/international/germany/human-trafficking-persists-despite-legality-of-prostitution-in-germany-a-902533.html> (zuletzt abgerufen am 15.9.2021).

<sup>63</sup> So die Kritik von *Schmidbauer*, NJW 2005, 871 (872).

<sup>64</sup> *Gugel*, (Fn. 54), S. 93

<sup>65</sup> Bericht der Bundesregierung, (Fn. 58), S. 44

<sup>66</sup> Zu einer Analyse der Lage nach Inkrafttreten des ProstG und vor Inkrafttreten des ProstSchG siehe auch *Mäurer*, ZRP 2010, 253.

<sup>67</sup> Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (Prostituiertenschutzgesetz – ProstSchG) vom 21.10.2016, BGBl. I, S. 2372.

<sup>68</sup> So die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 18/8556, S. 1.

nungsrechtliche Regelungen, Anmeldepflichten und Kontrollen in den Griff bekommt,<sup>69</sup> sondern nur durch das Nordische Modell,<sup>70</sup> also durch ein Verbot der organisierten Prostitution (in dem Sinne, dass jegliche Teilhabe an Prostitution, sei es als Zuhälter, als Anbieter von Räumlichkeiten etc., verboten wird) ohne die jeweilige Anbieterin ebenfalls zu kriminalisieren oder auch nur zu stigmatisieren.

Aber selbst wenn das Nordische Modell eingeführt würde, wäre fraglich, ob ein allgemeines Sexkaufverbot in das System des StGB, dem der Gedanke des Rechtsgüterschutzes zugrunde liegt, hineinpassen würde. Dagegen sprechen würde, dass dann auch Fälle unter Strafe gestellt würden, in denen Prostituierte tatsächlich freiwillig und selbstbestimmt ihre Dienste anbieten. Insoweit würde jedenfalls die sexuelle Selbstbestimmung als geschütztes Rechtsgut der Freierstrafbarkeit nicht in Betracht kommen.<sup>71</sup>

Soweit man als geschütztes Rechtsgut eines (generellen) Sexkaufverbots die Menschenwürde ansieht,<sup>72</sup> stünde einer solchen Strafbarkeit (unter dem Nordischen Modell) wohl nichts entgegen, jedoch ergäben sich dann schwierige Folgefragen wie z.B. diejenige, ob es der Menschenwürde widerspräche, wenn sich eine Frau (tatsächlich selbstbestimmt) „verkaufen“ will. Zum Teil wird angenommen, dass es auch Ausdruck der Menschenwürde ist, sich für selbstschädigendes Verhalten zu entscheiden und dass diese Entscheidung dann jedem einzelnen zuzubilligen ist, so dass die eigenverantwortlich ausgeübte Prostitution basierend auf einer freien Selbstbestimmung gerade Ausdruck der Menschenwürde sei.<sup>73</sup> Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen eine solche Entscheidung tatsächlich frei getroffen wird und nicht Folge von offensichtlichen oder eher weniger leicht zu erkennenden Zwängen oder gesellschaftlichen Strukturen ist. Diese bislang (strafrechtlich) wenig gestellte Frage ist noch längst nicht zu Ende diskutiert, zumal die Frage, wann ein Mensch wirklich „frei“ entscheiden kann, auch eine psychologische und eine philosophische Dimension aufweist.

Die fehlende Diskussion über diese Fragen erstaunt, da – völlig zu Recht – bereits in der Unterrichtung des Bundestags durch die Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes der Regelung der Rechtsverhältnisse der Prosti-

tuieren vom 25.1.2007 ausgeführt wird, Freiwilligkeit bedeute im Zusammenhang mit dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht, „dass Individuen frei über das „Ob“, das „Wann“ und das „Wie“ einer sexuellen Begegnung<sup>74</sup> entscheiden können“ und gleichzeitig aber anerkannt wird, dass empirische Befunde vorliegen, „wonach die in diesem Bereich Tätigen empirisch belegbar erheblichen psychischen und physischen Gefährdungen ausgesetzt sind“<sup>75</sup> und „Prostitution überwiegend eine physisch und psychisch belastende, risikoreiche und auch gefährliche Tätigkeit ist, die nicht selten von besonders vulnerablen Gruppen ausgeübt wird“. Der Erfahrung von Gewalt als Belastungsfaktor für Frauen in der Prostitution müsse daher mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden. Es sei eine „soziale Realität, dass viele Prostituierte sich in einer sozialen und psychischen Situation befinden, in der es fraglich ist, ob sie sich wirklich frei und autonom für oder gegen diese Tätigkeit entscheiden können“<sup>76</sup> – worauf sich die Frage aufdrängt, wie frei(willig) hier getroffene Entscheidungen sind und sein können.<sup>77</sup> Diese Vulnerabilität und die Frage der Auswirkungen auf die Freiwilligkeit müssen gerade auch im Zusammenhang mit Menschenhandels- und Zwangsprostitutionsdelikten (und davon abgeleitet der Freierstrafbarkeit) genauer auf den Prüfstand. Derzeit scheint man eine strafrechtlich relevante Fremdbestimmung bzw. Unfreiwilligkeit im Zusammenhang mit diesen Delikten erst ab einem sehr hohen „Zwangsniveau“ anzunehmen. Sieht man alles unterhalb der Schwelle dieses „Zwangsniveaus“ noch als selbstbestimmt an – was wohl zu kurz greift –, müsste man konsequenterweise auch die Menschenwürde als Schutzgut eines generellen Sexkaufverbots ausschließen.

Als weiteres mögliches schützenswertes Rechtsgut einer generellen Freierstrafbarkeit käme die Gleichberechtigung der Geschlechter als Kollektivrechtsgut in Betracht. Die „aus gleichstellungspolitischer Sicht problematischen Implikationen von Prostitution“ wurden bereits im Zusammenhang mit der Einführung des Prostituiertenschutzgesetzes erkannt und als solche benannt,<sup>78</sup> die erforderliche Gegensteuerung ist aber noch nicht ersichtlich. Vielmehr führt der durch das ProstG eingeschlagene und das ProstSchG fortgeführte Weg dazu, geschlechtsspezifische strukturelle Diskriminierung zu „zementieren“.<sup>79</sup> Angesichts des Umstands, dass dieser Aspekt noch wenig diskutiert wurde, der Gesetzgeber ihn im o.g. Bericht zwar erkennt, aber nicht erkennen lässt, hiergegen bereits (niederschwellige) Maßnahmen ergriffen zu haben, erscheint

<sup>69</sup> Dies wird vermutlich das Ergebnis der zum 1.7.2025 vorzulegenden Evaluation des ProstSchG sein.

<sup>70</sup> Zur Erläuterung s. Fn. 53.

<sup>71</sup> In den Fällen, in denen sich ein Freier nicht an die vertraglichen Absprachen hielte, bliebe immer eine mögliche Strafbarkeit nach den §§ 177 ff., 240, 223 StGB möglich, wobei man sich die Beweisschwierigkeiten bei einer solchen Situation, in der Aussage gegen Aussage steht, gut vorstellen kann.

<sup>72</sup> Davon geht das Europäische Parlament in einer Entschließung aus, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zur sexuellen Ausbeutung und Prostitution und deren Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter (2013/2103(INI)), ABl. C 285 vom 29.8.2017: Erwägungsgrund B („in der Erwägung, dass Prostitution und Zwangsprostitution Formen der Sklaverei darstellen, die mit der Menschenwürde und den Grundrechten unvereinbar sind“).

<sup>73</sup> BT-Drs 16/4146, S. 5.

<sup>74</sup> Zu ergänzen wäre noch „mit wem“.

<sup>75</sup> BT-Drs 16/4146, S. 5 f.; zu den völlig inhomogen Lebenswirklichkeiten Prostituiertener siehe Fn. 55 sowie u.a. das Papier des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Prostitution und Sexkaufverbot, Aktuell 17.10.2019 unter dem Kapitel „Freiwilligkeit und Zwang in der Prostitution“, online abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/prostitution-und-sexkaufverbot>.

<sup>76</sup> BT-Drs. 16/4146, S. 6; so auch das Fazit von *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vorbem. § 174 Rn. 49.

<sup>77</sup> S. hierzu BT-Drs. 18/9095, S. 19 f., wobei darauf hingewiesen wird, dass nicht jede „ungünstige Bedingung, unter denen eine Person arbeitet, mit den Mitteln des Strafrechts bekämpft werden kann“.

<sup>78</sup> BT-Drs. 16/4146, S. 6.

<sup>79</sup> So die Schlussfolgerung von *Gugel*, (Fn. 54), S. 206 f. und ausführlich auf S. 60 ff., 66 f.

es verfrüht, den Schutz dieses Rechtsguts – sofern man es überhaupt als kollektives Rechtsgut anerkennen will – gleich mit der ultima ratio des Strafrechts durchsetzen zu wollen. Sollte das Nordische Modell kommen, so wäre es jedoch eine Überlegung wert.

Insgesamt wird sich im Bereich Menschenhandel/Zwangsprostitution/Freierstrafbarkeit in den nächsten Jahren sicherlich noch einiges tun. So steht auf europäischer Ebene eine Überarbeitung der Menschenhandels-RL 2011/36/EU an.<sup>80</sup> Das Überprüfungsverfahren steckt noch in der Anfangsphase, es erscheint aber durchaus möglich, dass am Ende des Prozesses eine Verschärfung der Richtlinie steht,<sup>81</sup> die Anpassungen in der nationalen Gesetzgebung – möglicherweise auf in Bezug auf die Nachfrage der „Dienstleistungen“ – erforderlich machen. Hierbei könnte auch eine Rolle spielen, dass sich das Europäische Parlament bereits in einer Entschließung von 26.2.2014<sup>82</sup> für das Nordische Modell<sup>83</sup> ausgesprochen hat.

Weitere Änderungen könnten von Nöten sein, wenn das Prostituiertenschutzgesetz von 2017, das – was bereits jetzt feststeht – seine Ziele<sup>84</sup> nicht erfüllen kann,<sup>85</sup> evaluiert wird und nach Vorliegen der Evaluation<sup>86</sup> mit Sicher-

heit geändert werden wird. Es bleibt abzuwarten, welcher Weg dann seitens des Gesetzgebers gewählt wird: ob weiterhin daran festgehalten wird, zu versuchen, die anerkannten Missstände in der Prostitution mithilfe von Regelungen, in erster Linie ordnungsrechtlicher Art zur Kontrolle von Prostitutionsbetrieben, Anmeldepflicht und Pflichtberatung für Prostituierte und Zugang zu Ausstiegsangeboten, zu beheben oder ob der Weg des Nordischen Modells eingeschlagen wird.<sup>87</sup>

Ungeachtet dessen besteht schon jetzt gesetzgeberischer Handlungsbedarf, denn zahlreiche Ungereimtheiten<sup>88</sup> bei der Interaktion zwischen Sexualstrafrecht und Menschenhandels/Prostitutionstatbeständen bestehen bereits. Ein erster Schritt könnte darin bestehen, die Freierstrafbarkeit (ggf. als eigenständiger Straftatbestand) im Abschnitt über Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung<sup>89</sup> zu verorten. Auch die Tatbestände der §§ 180, 180a StGB müssten genauer und „anwenderfreundlicher“ mit den Regelungen des Prostituiertenschutzgesetzes abgestimmt werden.<sup>90</sup> Aus Sicht des Rechtsanwenders bzw. der Strafverfolgungsbehörden erscheint eine umfassende redaktionelle Überarbeitung der Vorschriften (wieder einmal oder immer noch) überfällig.<sup>91</sup>

<sup>80</sup> Vgl. die Initiative der EU Kommission „Preventing and combating trafficking in human beings – review of EU rules, Ref.Arest(2021)4984017 – 05/08/2021, online abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info>.

<sup>81</sup> Die Europäische Kommission kommt in ihrer „EU Strategy on combatting trafficking in human beings 2021-2025“ v. 14.4.2021 (COM(2021) 171 (online abrufbar unter: <https://ec.europa.eu>) auf Grundlage mehrerer Evaluationsberichte zum Ergebnis, dass die Richtlinie nicht mehr ausreichend sei.

<sup>82</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 70), S. 78 ff.

<sup>83</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 70), Zif. 29 und 31.

<sup>84</sup> Als Ziel wird in den Gesetzgebungsmaterialien ausgeführt (BT-Drs. 18/8556, S. 1 f.): „Es geht um gesetzliche Maßnahmen, die effektiv und praxistauglich sind, um die in der Prostitution Tätigen besser zu schützen und ihr Selbstbestimmungsrecht zu stärken, um fachgesetzliche Grundlagen zur Gewährleistung vertraglicher Arbeitsbedingungen und zum Schutz der Gesundheit für die in der Prostitution Tätigen zu schaffen und um Kriminalität in der Prostitution wie Menschenhandel, Gewalt gegen Prostituierte und Ausbeutung von Prostituierten und Zuhälterei zu bekämpfen. Dies soll das Prostituiertenschutzgesetz leisten“.

<sup>85</sup> Zum ProstSchG kritisch *Mindach*, NordÖR 2019, 1 ff.

<sup>86</sup> Nach § 35 ProstSchG soll die erstmalige Evaluierung 2022 beginnen und bis zum 1.7.2025 vorliegen.

<sup>87</sup> Zur Diskussion nach Einführung des ProstG 2002, siehe BT-Drs. 16/4146, S. 4 f.

<sup>88</sup> Z.B. im Hinblick auf Strafraumen, die im Bereich des Menschenhandels für weiter entfernte Unterstützer höher ausfallen (§ 232 StGB) als für die eigentlichen Ausbeuter (§§ 233, 180a StGB), vgl. *Hörnle*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 673 (684).

<sup>89</sup> So schon BMFSFJ, Reglementierung von Prostitution: Ziele und Probleme, 24.1.2007, Rn 126; zur (fehlenden) Systematik der geltenden Regelungen im Bereich Menschenhandel/Prostitution und möglichen Lösungen siehe *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Expertenanhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103, (Fn. 7), S. 64 ff.; so auch *Grimmeisen* in seiner Stellungnahme, ebenda S. 88; a.A. *Merkle*, ZRP 2020, 162, der jedenfalls die Zwangsprostitution als solche in dem Abschnitt über die Straftaten gegen die persönliche Freiheit als richtig verortet sieht, denn dadurch würde der Anschein eines „sittenstrafrechtlichen Motivs“ vermieden; in diesem Sinne auch *Bürger*, ZIS 2017, 169 (171).

<sup>90</sup> *Eisele*, Expertenanhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8.6.2016, Protokoll-Nr. 18/103, (Fn. 7), S. 15 und S. 34.

<sup>91</sup> Zur Auflösung des „Verweisungsdschungels“, so *Renzikowski*, KriPoZ 2017, 358.

# Der Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland – Auf der Suche nach den Gründen für eine defizitäre Nutzung des rechtlichen Instrumentariums zur Wiedergutmachung

von Prof. Dr. Anja Schiemann,  
Kristopher Kunde und  
Annalena Krzysanowski\*

## Abstract

Obwohl der Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) sowohl im Strafgesetzbuch als auch in der Strafprozessordnung schon vor mehr als 20 Jahren gesetzlich verankert wurde, bleiben die Fallzahlen nach wie vor weit hinter den Erwartungen zurück. Die Aufmerksamkeit, die der TOA im kriminalpolitischen und wissenschaftlichen Diskurs nach einigen Modellprojekten und der gesetzlichen Etablierung erfahren hat, ist in letzter Zeit ein wenig verblasst. Dies liegt zum einen an den Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Erfassung der Fallzahlen. Zum anderen sind die – eher geringen – Fallzahlen einer unzulänglichen rechtlichen Umsetzung des TOA geschuldet. Der Beitrag möchte neben der Darstellung des Status Quo, Forschungsbedarfe sowie strafprozessuale und praktische Defizite aufzeigen.

Although victim-offender mediation (VOM) was anchored in both the German Criminal Code and the German Code of Criminal Procedure more than 20 years ago, the number of cases still falls far short of expectations. The attention that VOM received in criminal policy and academic discourse after a few model projects and its legal establishment has faded somewhat recently. This is in part due to the difficulties associated with recording the number of cases. Furthermore, the rather low number of cases are due to an inadequate legal implementation of TOA. In addition to presenting the status quo, this article aims to identify research needs as well as criminal procedural and practical deficits.

## I. Die „Verrechtlichung“ des TOA

Der TOA ist erst relativ spät, nämlich 1994, in § 46a StGB verankert worden.<sup>1</sup> Allerdings hatte der Gesetzgeber bereits 1986 durch das Erste Opferschutzgesetz darauf hingewiesen, dass nicht nur die Schadenswiedergutmachung, sondern auch das Bemühen des Täters um einen Ausgleich mit dem Verletzten bei der Strafzumessung zu berücksichtigen seien und hat dies explizit in die Strafzumessungsgründe des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB aufgenom-

men. Mit der ausdrücklichen Erwähnung der Ausgleichsbemühungen des Täters als Strafzumessungstatsache sollte deutlich gemacht werden, dass dem Ausgleichsgedanken und der Initiative des Täters, einen solchen Ausgleich herbeizuführen, im Rahmen des Verhaltens nach der Tat ein besonderer Stellenwert zukommen sollte.<sup>2</sup>

In Gestalt des § 46a StGB hat der Gesetzgeber dann die Idee des TOA in Rechtsbegriffe transformiert<sup>3</sup> und durch Verweis auf § 49 StGB eine feste Stufenfolge der Strafmilderung angeordnet, wenn von der fakultativen Strafmilderung Gebrauch gemacht wird. Diese fakultative Milderungsmöglichkeit wurde von der Praxis in der Folge aber nicht in ausreichendem Maß genutzt, so dass man durch das Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs vom 20.12.1999 dem TOA im Verfahrensrecht eine gesetzliche Grundlage schaffen wollte.<sup>4</sup> Die „neue Hoffnung“ für den TOA, die schon von Beginn an mangels schärferer gesetzlicher Konturen mit einem Fragezeichen versehen war, hat aber getrogen.<sup>5</sup> Die gesetzlichen Regelungen zum TOA werden als unzulänglich angesehen und „Unschärfen“ attestiert.<sup>6</sup>

## II. Die gesetzlichen Regelungen von TOA und Schadenswiedergutmachung

§ 46a StGB regelt nicht nur den TOA, sondern auch die Schadenswiedergutmachung. Die Anforderungsvoraussetzungen werden in der Vorschrift abschließend beschrieben. Allerdings überschneiden sich die Anwendungsbereiche von TOA und Schadenswiedergutmachung. Aufgrund der grundsätzlichen Skepsis der Gerichte gegen das Rechtsinstitut wird im Rahmen der Rechtsprechung versucht, die Anwendungsvoraussetzungen eher zu begrenzen.<sup>7</sup> Im Grundsatz differenziert die Rechtsprechung nach der Art des Schadens und wendet Nr. 1 – also den TOA – bei immateriellen und Nr. 2 – die Schadenswiedergutmachung – bei materiellen Schäden an.<sup>8</sup>

\* Die drei Verfasser sind am Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster tätig.

<sup>1</sup> BGBl. I 1994, S. 3186.

<sup>2</sup> S. BT-Drs. 10/6124, S. 17.

<sup>3</sup> So Maiwald, GA 2005, 339.

<sup>4</sup> S. Diemer, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 155a Rn. 1; Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, 2020 (63. Aufl.), § 155a Rn. 1; BGBl. I 1999, S. 2491.

<sup>5</sup> Vgl. Tolmein, ZRP 1999, 408.

<sup>6</sup> S. Bemmman, JR 2003, 226 (227); zu Unschärfen s. Maiwald, GA 2005, 339 (342).

<sup>7</sup> Vgl. Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 46a Rn. 9.

<sup>8</sup> Vgl. Streng, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46a Rn. 9; Fischer, StGB, § 46a Rn. 9.

### 1. Materiell-rechtliche Grundlagen des TOA

Der BGH setzt den Fokus seiner Rechtsprechung zu § 46a StGB auf den kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer, der auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichtet und Ausdruck der „Übernahme von Verantwortung“ sein muss.<sup>9</sup> Wie dieser kommunikative Prozess ausgestaltet wird, lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen, auch die Rechtsprechung legt diesen nicht eindeutig fest.<sup>10</sup> Fischer hält eine „übertriebene Formalisierung“ des Kommunikationsprozesses im Hinblick auf den Gesetzeszweck auch für nicht gerechtfertigt. Anhand formaler Kriterien könne nicht definiert werden, was ein hinreichender kommunikativer Prozess ist.<sup>11</sup> Dennoch wird aber vom Gericht verlangt, zu beurteilen, wann ein ausreichender Kommunikationsprozess bejaht werden kann. Die Wege sind hier vielfältig. Ein persönliches Gespräch zwischen Opfer und Täter ist beispielsweise nicht zwingend erforderlich, so dass die schriftliche Entschuldigung im Einzelfall als ausreichend angesehen wird.<sup>12</sup> Auch wird nicht zwangsläufig die Betreuung durch eine dritte Person vorausgesetzt.<sup>13</sup>

Dies macht es schwer, Standards für die Durchführung des gesetzlich verankerten TOA zu formulieren. Allerdings hat das TOA-Servicebüro bereits in der 7. Auflage TOA-Standards herausgegeben,<sup>14</sup> die jedoch nur für eine besondere Form des TOA, nämlich die Mediation gelten und die Anforderungen an die Mediatoren beschreiben.<sup>15</sup> Zudem wurde die verfahrensmäßige Ausgestaltung sowie Qualitätssicherung jeder Form von Konfliktvermittlung im Mediationsgesetz von 2012 geregelt und gilt für die gesamte Vermittlungspraxis.<sup>16</sup> Allerdings sind TOA und Mediation in strafrechtlichen Konflikten nicht deckungsgleich.<sup>17</sup> Unabhängig von der Mediation gibt es vielfältigste andere Wege, wie der geforderte kommunikative Prozess geführt werden kann. Dies macht eine Bewertung schwierig und führt vermutlich nicht nur zu divergierenden Methoden der Umsetzung, sondern auch zu unterschiedlichen Güte der Umsetzung. Insofern wäre es hilfreich, nicht nur für die Mediatoren, sondern insgesamt Qualitätsstandards in Form von Mindeststandards zu formulieren, um einen entsprechenden Maßstab zu haben.

§ 46a Nr. 1 StGB fordert neben dem kommunikativen Prozess, dass der Täter eine Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt. Diese Formulierung einer subjektiven Komponente

macht deutlich, dass ein Bemühen des Täters um Ausgleich ausreichend ist.<sup>18</sup> Dies hat bspw. dann Bedeutung, wenn das Opfer beim erstrebten TOA nicht mitwirkt.<sup>19</sup> Die Fallgruppe der fehlenden Mitwirkungsbereitschaft des Opfers steht allerdings mit der strafprozessualen Regelung des § 155a S. 3 StPO nicht in Einklang, da hiernach „gegen den ausdrücklichen Willen des Verletzten ... die Einigung nicht angenommen werden“ darf. Dieses Dilemma wird nach Literaturlauffassung dadurch aufgelöst, dass im Falle einer Mitwirkungsverweigerung eine Wiedergutmachungsleistung dann als ausgleichstauglich akzeptiert wird, wenn dem Tatopfer ein Ausgleich mit dem Täter bei verständiger Würdigung zugemutet werden kann.<sup>20</sup> Dennoch wird die Wortlautgrenze der strafprozessualen Regelung Einfluss auf die richterliche oder staatsanwaltliche Entscheidung zur Hinwirkung auf einen Ausgleich nehmen, da bei offensichtlicher Unwilligkeit des Verletzten der TOA vermutlich von vornherein nicht in Betracht gezogen wird.<sup>21</sup>

Neben dem ernsthaften Erstreben der Wiedergutmachung benennt § 46a Nr. 1 StGB noch die vollständige oder überwiegende Wiedergutmachung. Die Wiedergutmachung zum überwiegenden Teil wird so interpretiert, dass mehr als die Hälfte der vereinbarten Ausgleichsleistung auch erbracht worden ist.<sup>22</sup>

### 2. Materiell-rechtliche Grundlagen der Schadenswiedergutmachung

Nach § 46a Nr. 2 StGB muss der Täter das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt haben. Ebenso muss die Erbringung der Leistung mit einem persönlichen Verzicht oder einer erheblichen persönlichen Anstrengung einhergehen. Im Unterschied zum TOA zielt die Schadenswiedergutmachung als Anknüpfungspunkt auf den verursachten Schaden ab, während der TOA an die Wiedergutmachung der Tat gebunden ist.<sup>23</sup> Abgrenzend zu der (vorrangigen) immateriellen Wiedergutmachung beim TOA ist die Schadenswiedergutmachung nur durch die materielle Leistung des Täters gekennzeichnet.<sup>24</sup> Zwar fordert die Schadenswiedergutmachung insoweit im Gegensatz zum TOA keinen kommunikativen Prozess, jedoch müssen auch die im Rahmen des § 46a Nr. 2 StGB gezahlten Leistungen Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein.<sup>25</sup>

<sup>9</sup> S. bspw. BGH, Beschl. v. 24.1.2019 – 1 StR 591/18, Ls.; BGH, Urt. v. 24.8.2017 – 3 StR 233/17.

<sup>10</sup> So auch Noltenius, GA 2007, 518 (519).

<sup>11</sup> S. Fischer, StGB, § 46a Rn. 16.

<sup>12</sup> Vgl. bspw. BGH, NJW 2002, 3265 (3265); Schädler, NStZ 2005, 366 (367).

<sup>13</sup> Vgl. Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 12; Meier, JZ 2015, 488 (490); Schädler, NStZ 2005, 366 (367). Relativierend BGH, NJW 2002, 3264 (3265).

<sup>14</sup> Service-Büro für TOA und Konfliktschlichtung, Mediation in Strafsachen im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs, 2017, abrufbar unter: [https://www.toa-servicebuero.de/sites/default/files/bibliothek/toa-standards\\_7\\_aufgabe.pdf](https://www.toa-servicebuero.de/sites/default/files/bibliothek/toa-standards_7_aufgabe.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.8.2021).

<sup>15</sup> A.a.O., S. 12.

<sup>16</sup> S. Willms, Krim.Journal 2020, 231 (235).

<sup>17</sup> Hartmann/Trenczek, NJ 2016, 325 (327).

<sup>18</sup> S. Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 14.

<sup>19</sup> BGH, NJW 2013, 484 (484); Fischer, StGB, § 46a Rn. 18.

<sup>20</sup> Vgl. Schädler, NStZ 2005, 366 (368 f.); Rose, JR 2004, 275 (278); Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 14 m.w.N.

<sup>21</sup> Zum strafprozessualen Instrumentarium beim TOA s. später unter II. 3.

<sup>22</sup> Vgl. König, JR 2002, 252 (254); Seebode, in: HK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 46a Rn. 23; während Heger, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 46a Rn. 2 dies als zu pauschal beurteilt.

<sup>23</sup> Vgl. Bals/Hilgartner/Bannenber, Täter-Opfer-Ausgleich im Erwachsenenbereich: Eine repräsentative Untersuchung für Nordrhein-Westfalen, 2005, S. 8; Fischer, StGB, § 46a Rn. 9.

<sup>24</sup> Fischer, StGB, § 46a Rn. 9.

<sup>25</sup> St. Rspr.; vgl. bspw. BGH, NJW 2001, 2557; NStZ 2000, 592. Vgl. auch Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 17.

Maßstab der zu leistenden Entschädigung ist ein Schadensersatz nach zumindest zivilrechtlichen Standards.<sup>26</sup> Als materielle Leistungen können die Herausgabe der entwendeten Sachen als auch die Zahlungen von Schmerzensgeld oder Schadensersatz angeführt werden.<sup>27</sup> Die Schadenswiedergutmachung verfolgt somit nicht die Intention der persönlichen Konfliktlösung, wie dies beim TOA der Fall ist.<sup>28</sup> Allerdings ist allein die Erfüllung von wirtschaftlichen Schadensersatzansprüchen, also eine rein rechnerische Schadenskompensation nicht ausreichend.<sup>29</sup> Denn es werden dem Wortlaut des § 46a Nr. 2 StGB nach entweder eine erhebliche persönliche Leistung oder ein persönlicher Verzicht gefordert. Strittig ist, ob dies neben der unverzichtbaren materiellen Wiedergutmachung eine symbolische Wiedergutmachung jenseits des unmittelbaren Schadensausgleichs notwendig macht.<sup>30</sup> Fest steht aber, dass das Erfordernis der erheblichen persönlichen Leistung oder des persönlichen Verzichts<sup>31</sup> eine Schiefelage für den materiell gut Situierten bedeutet, der die Wiedergutmachung problemlos erbringen und demzufolge diese zusätzliche Voraussetzung nie erfüllen kann. Dies ist nicht nur kriminalpolitisch bedenklich,<sup>32</sup> sondern verstößt auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Es muss resümiert werden, dass der Vorwurf bestehender gesetzlicher Unschärfen<sup>33</sup> sich bereits im Rahmen des § 46a StGB bewahrheitet hat. Hinzu kommt die teilweise festgestellte Widersprüchlichkeit der materiell-rechtlichen zu den strafprozessualen Regelungen.

### 3. Strafprozessuales Instrumentarium

#### a) Geeignete Fälle

Damit Strafverfolgungsbehörden oder Gericht auf einen TOA hinweisen oder hinwirken, muss gem. §§ 155a, 136 Abs. 1 S. 6, 163a Abs. 4 S. 2 StPO ein „geeigneter Fall“ vorliegen, wobei es keine klare Definition des Eingangsmerkmals gibt. Auch wenn der TOA nicht auf bestimmte Fälle beschränkt ist, wird die Eignung und damit der primäre Anwendungsbereich bei Körperverletzungsdelikten, Betrug und Nötigung gesehen.<sup>34</sup> Allerdings gibt es durchaus auch gerichtliche Entscheidungen, die einen TOA selbst bei schweren Delikten wie schwerer räuberischer Erpressung,<sup>35</sup> schwerem Raub<sup>36</sup> und Vergewaltigung<sup>37</sup> für möglich erachtet haben. Durch diese Rechtsprechung im

Einzelfall wird deutlich, dass ein Hinweis oder gar eine Hinwirkung durchaus erfolversprechend sein kann.

Eine entsprechende Umfrage unter Staatsanwälten zeichnete aber ein anderes Bild. Die Mehrheit der Befragten hielt Verbrechen (69 %) und Sexualdelikte (53,4 %) für ungeeignet, um einen TOA durchzuführen.<sup>38</sup> Eine andere Studie kam zu dem Ergebnis, dass der TOA zu häufig bei Bagatelldelikten eingesetzt wird und es keine einheitlichen Kriterien für die Auswahl der Fälle gibt.<sup>39</sup> Nach Befragungen von Staatsanwälten im Rahmen einer für NRW durchgeführten Studie wurden Mindeststandards für die Einleitung eines TOA formuliert. Für erforderlich wurde folgendes gehalten: 1. Straftat im Bereich der unteren bis mittleren Kriminalität, 2. keine gravierenden Folgen für das Opfer, 3. keine (erheblichen) (einschlägigen) Vorstrafen, 4. Notwendigkeit einer strafrechtlichen Reaktion, 5. kein sogenanntes opferloses Delikt oder nicht ausschließlich materielle Schädigung einer Institution und 6. Bereitschaft des Beschuldigten zur Verantwortungsübernahme oder „gewisse Reue“.<sup>40</sup> Die Studie konnte auch drei positive Faktoren für die Einleitung des TOA-Verfahrens ermitteln: eine klare Rollenverteilung, die geständige Einlassung des Beschuldigten und das Signal der Bereitschaft der Beteiligten.<sup>41</sup> Diese Gründe helfen, bestimmte Phänomene zu erklären, z. B. warum Bagatell- oder Kleinstdelikte den Großteil der Straftaten ausmachen und warum die Mehrzahl der Fälle nach Abschluss eines TOA eingestellt wird.

Die drei am häufigsten vorkommenden Straftaten der Strafverfolgungsstatistik sind Andere Straftaten gegen die Person (außer im Straßenverkehr) (42,98 %), Andere Vermögensdelikte (19,56 %) und Diebstahl und Unterschlagung (13,79 %).<sup>42</sup> Allerdings ist diese Statistik nur repräsentativ für die Personen, die verurteilt wurden und an einem TOA teilgenommen oder versucht haben, daran teilzunehmen. Zudem werden hier mehrere Kategorien von Straftaten zusammengeführt, so dass es unmöglich ist, genau zu wissen, welche Art von Straftat sich hinter den Fallzahlen verbirgt und wie häufig gerade für diese der TOA durchgeführt wird.

Die TOA-Statistik liefert alternativ ein umfassenderes Bild der an TOAs beteiligten Deliktsarten. Die häufigsten Straftaten, die im Rahmen des TOA eine Rolle spielen, sind Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit

<sup>26</sup> S. Eschelbach, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2020), § 46a Rn. 34; Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 18.

<sup>27</sup> Vgl. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2009), S. 340.

<sup>28</sup> S. Kasper, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht: rechtliche Grundlagen und Ergebnisse eines Modellprojekts zur anwaltlichen Schlichtung, 2004, S. 307.

<sup>29</sup> St. Rspr.; vgl. nur BGH, NJW 2013, 383 (384); NStZ 2000, 205; weitere Nachw. bei Fischer, StGB, § 46a Rn. 22.

<sup>30</sup> Zum Streitstand m. Nachw. Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 19.

<sup>31</sup> Kritisch schon zu diesen wertenden und quantifizierbaren Begrifflichkeiten Maiwald, GA 2005, 339 (341).

<sup>32</sup> So Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 20.

<sup>33</sup> S. nochmals Maiwald, GA 2005, 339 (342).

<sup>34</sup> Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 155a Rn. 3; Diemer, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 155a Rn. 14.

<sup>35</sup> BGH, NJW 2001, 2557.

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 26.9.2002 – 4 StR 329/02.

<sup>37</sup> BGH, StV 2001, 457 – allerdings bei späterer Versöhnung.

<sup>38</sup> Vgl. Meier, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Tagungsdokumentation, Potsdam, 1998, S. 25 (36 f.).

<sup>39</sup> Vgl. Baden-Württemberg, Zweite Opfer- und Zeugenschutzkommission. Abschlussbericht, 2013, S. 9.

<sup>40</sup> Vgl. Bals/Hilgartner/Bannenber, S. 312.

<sup>41</sup> A.a.O., S. 312.

<sup>42</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2013 Fachserie 10 / Reihe 3, 2016, S. 508; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2014 Fachserie 10 / Reihe 3, 2016, S. 504; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2015 Fachserie 10 / Reihe 3, 2017, S. 510; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2016 Fachserie 10 / Reihe 3, 2017, S. 512; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2017 Fachserie 10 / Reihe 3, 2018, S. 524; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2018 Fachserie 10 / Reihe 3, 2020, S. 508; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2019 Fachserie 10 / Reihe 3, 2020, S. 476.

(43,45 %). Körperliche Schäden (45,79 %) sind die häufigsten Schäden, die durch die Straftat entstehen.<sup>43</sup> Psychische und materielle Schäden sind fast gleichauf: 25,12 % und 29,1 %.<sup>44</sup> Die überwiegende Mehrheit der erlittenen körperlichen Schäden wird als „leicht“ (71,2 %) beschrieben.<sup>45</sup> In der Studie aus NRW über erwachsene Straftäter waren Körperverletzung (54 %), Beleidigung (22,4 %) und Bedrohung (14,7 %) die drei wichtigsten Delikte.<sup>46</sup>

Gleichwohl wird deutlich, dass die „geeigneten Fälle“ doch eher im Bereich der leichteren Kriminalität verortet werden. Eine solche Limitierung ist aber dem Begriff nicht per se zu entnehmen und einige Beispiele aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung machen deutlich, dass den geeigneten Fällen kaum Grenzen gesetzt sind. Ein offeneres Umgehen der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte könnte hier die Limitierungen aufbrechen und für eine größere Deliktsbreite und häufigere Anwendung des TOA sorgen.

#### b) Die Prüfungspflicht

Übereinstimmung gibt es mit Blick auf die Voraussetzungen, unter denen der TOA oder die Schadenswiedergutmachung initiiert werden können. Die Initiative für beide Wege muss nicht vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft ausgehen, sondern kann auch vom Beschuldigten, dem Verletzten sowie den entsprechenden Verteidigern ange-regt werden.<sup>47</sup> Der TOA kann in jedem Stadium des Verfahrens an Bedeutung gewinnen, jedoch werden die meisten TOAs während des Ermittlungsverfahrens initiiert.<sup>48</sup>

Als weitere Voraussetzung für die Durchführung eines TOA gilt, dass der Sachverhalt umfassen geklärt ist. Zudem sind die Erfolgchancen höher, wenn der Täter die Täterrolle akzeptiert.<sup>49</sup> Im Wesentlichen sind diese Voraussetzungen auch für die Schadenswiedergutmachung relevant, es ist jedoch nicht erforderlich, dass die Tat gegen ein persönlich betroffenes Opfer gerichtet war. Die Schadenswiedergutmachung kann somit über opferbezogene Delikte hinausgehen und ist nicht auf diese beschränkt. Die Durchführung der Schadenswiedergutmachung liegt meist in der alleinigen Verantwortung des Täters, während bei TOA i.d.R. eine neutrale dritte Person die Vermittlung nimmt.<sup>50</sup>

Jenseits dieser theoretischen Voraussetzungen ist aber zu

konstatieren, dass die Prüfungs- und Hinwirkungspflicht aufgrund der Ausgestaltung als Sollvorschrift „tatsächlich nichts“ regelt.<sup>51</sup> Denn § 155a StPO ist so allgemein gehalten, dass Staatsanwaltschaft und Gericht nicht in Richtung eines aktiveren Einsatzes beeinflusst werden.<sup>52</sup> Die hinter der strafprozessualen Verankerung des TOA stehende Intention des Gesetzgebers, das vorhandene Anwendungspotenzial des TOA künftig stärker auszuschöpfen,<sup>53</sup> wird dadurch nicht erreicht.<sup>54</sup>

Die schon im Rahmen der Erörterungen zu § 46a StGB identifizierten Schwächen in der rechtlichen Umsetzung des TOA setzen sich also auch im strafprozessualen Teil fort. Jenseits der gesetzlichen Defizite sind die (weiteren) Ursachen für die zu seltene Nutzung dieses Instrumentariums weitgehend unerforscht.<sup>55</sup>

### III. Praktische Bedeutung des TOA

#### 1. Fallzahlen

Während die anfängliche Einführung des TOA in der Strafjustiz als Erfolg gewertet wurde, stagnieren die Fallzahlen in letzter Zeit oder sind rückläufig.<sup>56</sup> Es gibt vier verschiedene Statistiken, die die Anzahl der TOAs kontinuierlich verfolgen: die Staatsanwaltsstatistik, die Strafgerichtsstatistik, die Strafverfolgungsstatistik und die TOA-Statistik. Es ist jedoch problematisch, sich ausschließlich auf diese Informationen zu verlassen. Die Staatsanwaltsstatistik und die Strafgerichtsstatistik weisen die Zahl der eingestellten Verfahren nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 5 StPO aus. Frühere Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass ein Verfahren, das eingestellt wird, wenn ein TOA stattgefunden hat oder versucht wurde, nicht immer aus diesen Gründen eingestellt wird.<sup>57</sup> Zudem bestehen Defizite in Bezug auf Minderjährige. Der Bericht zeigt nur eine Statistik für § 45 Abs. 3 JGG. Danach werden nicht nur der TOA, sondern auch die vom Beschuldigten geleisteten Arbeitsdienste sowie die Teilnahme am Verkehrsunterricht erfasst. Daher ist es unmöglich zu wissen, wie viele Verfahren wegen eines TOA von der Staatsanwaltschaft oder vom Strafgericht eingestellt werden. Die Strafverfolgungsstatistik zeigt nur Informationen im Hinblick auf die Durchführung eines TOAs. Es ist daher unklar, ob dies sowohl § 46a Nr. 1 als auch Nr. 2 umfasst. Schließlich ist die TOA-Statistik insofern problematisch, als sie weder für Deutschland noch für die ein-

<sup>43</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2017 und 2018, 2020, S. 98; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2015 und 2016, 2018, S. 90; *Hartmann/Schmidt/Ede/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2013 und 2014, 2016, S. 71.

<sup>44</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 98; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 90; *Hartmann/Schmidt/Ede/Kerner*, 2016, S. 71.

<sup>45</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 99; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 90; *Hartmann/Schmidt/Ede/Kerner*, 2016, S. 71.

<sup>46</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenber*, S. 64 f.

<sup>47</sup> *Meier*, S. 343. Allerdings wird diese theoretische Möglichkeit in der Praxis eher selten genutzt, s. unten unter III.1.

<sup>48</sup> *Meier-Göfner/Schmidt*, StPO, § 155a Rn. 1; *Monka*, in: BeckOK-StPO, 38. Ed. (Stand: 1.10.2020), § 155a Rn. 1.

<sup>49</sup> *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 345 ff. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in § 155a StPO bewusst die Bezeichnung als Täter vermieden und den Begriff des Beschuldigten gewählt, s. *Diemer*, in: KK-StPO, § 155a Rn. 12.

<sup>50</sup> Vgl. *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 349 ff.

<sup>51</sup> So bereits *Tolmein*, ZRP 1999, 408 (409).

<sup>52</sup> S. *Diemer*, in: KK-StPO, § 155a Rn. 15.

<sup>53</sup> So BT-Drs. 14/1928, S. 6; zu den Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren vgl. auch *Weimer*, NStZ 2002, 349 (350).

<sup>54</sup> *Tolmein*, ZRP 1999, 408 (409).

<sup>55</sup> *Streng*, in: FS Kerner, 2013, S. 499 (502); *Kerner/Belakouza*, ZJJ 2020, 232 (235).

<sup>56</sup> Vgl. *Kilchling*, Restorative justice developments in Germany, 2012, S. 193; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 8.

<sup>57</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenber*, S. 89 f.

zelen beteiligten Bundesländer oder die TOA-Einrichtungen selbst repräsentativ ist.

Die TOA-Statistik erfasste von 2014 bis 2018 im Durchschnitt 9.154 Straftäter aus durchschnittlich 71 teilnehmenden TOA-Einrichtungen. Diese geschätzte Zahl ist jedoch vermutlich zu niedrig. Die Daten sind nicht repräsentativ für Deutschland, die einzelnen Bundesländer und auch nicht für die TOA-Einrichtungen. Denn nicht alle Bundesländer sind in den Daten vertreten, es ist nicht bekannt, wie viele TOA-Einrichtungen es pro Bundesland gibt und im Vergleich zu den Ergebnissen von *Kerner/Weitekamp* haben die teilnehmenden Einrichtungen eine deutlich größere Klientenbasis pro Jahr als der Durchschnitt für alle TOA-Einrichtungen.<sup>58</sup> Eine Hochrechnung, wie viele TOA-Fälle es pro Jahr in Deutschland gibt, ist daher mit dieser Statistik nicht möglich.

Im Zeitraum zwischen 2004 bis 2019 betrug die durchschnittliche Anzahl der Beschuldigten, deren Verfahren von der Staatsanwaltschaft aufgrund von § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StPO eingestellt wurden, 12.207; für § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO waren es 10.402.<sup>59</sup> Hier scheint es eine negative Korrelation zwischen TOA und Schadenswiedergutmachung (SWG) zu geben. Während die Anzahl der aufgrund von TOA eingestellten Verfahren anstieg, sank die Anzahl der aufgrund von SWG eingestellten Verfahren. In den letzten Jahren ist jedoch auch die Anzahl der TOAs gesunken.

Auch in Auswertung der Daten der Strafgerichte kann man für den Zeitraum 2004 bis 2019 eine durchschnittliche Anzahl von Personen, deren Verfahren dementsprechend eingestellt wurde, feststellen. Nach § 153a S. 2 Nr. 5 StPO eingestellt wurden 1.672 Verfahren, für § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO waren es 6.044.<sup>60</sup> Es ist ein ähnlicher Trend wie bei der Staatsanwaltsstatistik festzustellen. Im gleichen Zeitraum ist die Anzahl der eingestellten Verfahren aufgrund von SWG gesunken. Dagegen ist die Anzahl der Einstellungen wegen TOA relativ stabil geblieben.

Die durchschnittliche Anzahl der verurteilten Personen sowie der Personen mit Auflagen und Weisungen in den Jahren 2013 bis 2019, gegen die ein TOA verhängt wurde, betrug 2.412.<sup>61</sup> Durch Summation der Mittelwerte aller drei Statistiken kann davon ausgegangen werden, dass in Deutschland im Durchschnitt mindestens 16.291 TOA-Fälle pro Jahr auftreten. Es kann angenommen werden, dass es sich hierbei um die Mindestmenge handelt, da es einige Probleme bei der Erfassung dieser Statistiken gibt (z.B. erfassen nicht alle Statistiken den TOA bei Minderjährigen). Außerdem haben frühere Untersuchungen gezeigt, dass, wenn Staatsanwälte oder Richter ein Verfahren wegen TOA einstellen, dies selten auf der Grundlage von § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StPO geschieht. Staatsanwälte wenden in 14,4 % der Fälle diese Vorschrift an, während Richter in weniger als 5 % der Fälle danach vorgehen.<sup>62</sup> Daher gehen die Schätzungen von bis zu 30.000

<sup>58</sup> Vgl. *Kerner/Weitekamp*, Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in Deutschland: Ergebnisse einer Erhebung zu Einrichtungen sowie zu Vermittlerinnen und Vermittlern, 2013, S. 16 f.; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2017 und 2018, 2020, S. 2.

<sup>59</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2004 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2006, S. 46; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2005 Korrigierte Ergebnisse Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2010, S. 46; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2006 Korrigierte Ergebnisse Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2010, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2007 Korrigierte Ergebnisse Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2011, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2008 Korrigierte Ergebnisse Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2011, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2009 Korrigierte Ergebnisse Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2011, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2010 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2011, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2011 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2012, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2012 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2013, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2013 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2014, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2014 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2015, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2015 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2016, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2016 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2017, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2017 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2018, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2018 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2019, S. 48; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Staatsanwaltschaften 2019 Fachserie 10 / Reihe 2.6, 2020, S. 48.

<sup>60</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2004 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2006, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2005 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2007, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2006 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2007, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2007 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2008, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2008 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2009, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2009 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2010, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2010 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2011, S. 32 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2011 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2012, S. 32 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2012 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2013, S. 32 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2013 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2014, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2014 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2015, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2015 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2016, S. 30 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2016 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2017, S. 32 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2017 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2018, S. 32 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2018 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2019, S. 31 ff; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafgerichte 2019 Fachserie 10 / Reihe 2.3, 2020, S. 32 ff.

<sup>61</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2013 Fachserie 10 / Reihe 3, 2016, S. 508; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2014 Fachserie 10 / Reihe 3, 2016, S. 504; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2015 Fachserie 10 / Reihe 3, 2017, S. 510; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2016 Fachserie 10 / Reihe 3, 2017, S. 512; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2017 Fachserie 10 / Reihe 3, 2018, S. 524; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2018 Fachserie 10 / Reihe 3, 2020, S. 508; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2019 Fachserie 10 / Reihe 3, 2020, S. 476.

<sup>62</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 89 f.

TOA-Fällen pro Jahr aus.<sup>63</sup>

Es ist dringend geboten, eine genaue Darstellung zu erhalten, wie viele TOA-Fälle es pro Jahr gibt, um seine Umsetzung zu verstehen und Verbesserungspotenziale in der Anwendung zu identifizieren. Auch ist eine Differenzierung zwischen TOA und SWG in der praktischen Fallbearbeitung so gut wie unmöglich.

Die überwiegende Mehrheit der TOAs (86,54 %) findet während des Vorverfahrens statt.<sup>64</sup> Dies zeigt, dass in der Praxis die außergerichtliche Konfliktlösung so schnell wie möglich erfolgen sollte. Es lässt sich ableiten, dass dies auch die Überzeugung der Staatsanwälte ist, da sie den TOA überwiegend entweder anregt (74,08 %) oder anordnet (79,65 %).<sup>65</sup> Interessant ist, dass das Opfer und der Täter bei der Anregung (0,66 %, 2,09 %) oder Anordnung (0,69 %, 3,14 %) von TOA eine sehr geringe Rolle spielen.<sup>66</sup> Darüber hinaus gibt es keine Informationen darüber, wie oft sich Opfer an die Polizei oder Staatsanwaltschaft wenden und wie oft nach Kontaktaufnahme mit den beiden Akteuren die Entscheidung getroffen wurde, keinen TOA anzuregen oder anzuordnen. Wenn man hier Daten generieren könnte, könnte man besser eruieren, wie bekannt der TOA in der Öffentlichkeit ist und wie man ggf. durch eine Verbesserung der Informationen zu TOA und SWG im Strafverfahren die Fallzahlen erhöhen kann.

## 2. Täter-Opfer-Beziehung

Die Beziehung zwischen den Beteiligten ist eine Schlüsselvariable für den TOA, da es in der Regel zu einer engen persönlichen Konversation zwischen den beiden Parteien kommt, die oft mit vielen Emotionen verbunden ist.<sup>67</sup> Die TOA-Statistik sowie eine weitere Studie haben diese Thematik sowie die Art der Konflikte eingehend untersucht.

Laut TOA-Statistik gab der größte Anteil (42,64 %) an, sich gut zu kennen, während etwa ein Drittel der Teilnehmer sich vor der Straftat nicht kannte und der Rest angab, nur flüchtige Bekannte zu sein.<sup>68</sup> In der NRW-Studie wurde die Art der Beziehung noch weiter aufgeschlüsselt. Dort wurde herausgefunden, dass der größte Anteil mit etwas mehr als einem Drittel der Fälle, sich vor der Straftat nicht gekannt hat.<sup>69</sup> Die Beziehungen, die als gut eingestuft wurden, nahmen nun prozentual den kleinsten Anteil ein. Wenn man jedoch die guten, verwandtschaftlichen,

partnerschaftlichen und ex-partnerschaftlichen Beziehungen zusammenfasst, bildete diese Gruppe insgesamt knapp die zweitgrößte Kategorie. Die Art der Bekanntheit, die die Teilnehmer untereinander haben, beeinflusst ihre Teilnahmebereitschaft. In der NRW-Studie wurde dagegen festgestellt, dass die Bereitschaft zur Teilnahme an einem TOA umso geringer ist, je enger die soziale Beziehung zwischen den Beteiligten ist.<sup>70</sup>

Die häufigste Art der bekannten Konflikte zwischen den Beteiligten aus der TOA-Statistik waren Nachbarschaftskonflikte, dicht gefolgt von häuslicher Gewalt. Die überwiegende Mehrheit der Konflikttypen wird jedoch als „Sonstiger Beziehungskonflikt“ klassifiziert.<sup>71</sup> Leider liefert die TOA-Statistik keine weiteren Analysen zur Art des Konflikts. Die NRW-Studie hat sich jedoch sehr detailliert mit den Fällen häuslicher Gewalt beschäftigt. Sie stellte wenig überraschend fest, dass die Mehrzahl der Opfer weiblich und die Täter männlich waren.<sup>72</sup> Allerdings waren ein Viertel aller Opfer häuslicher Gewalt männlich und etwa 15 % der Täter weiblich.<sup>73</sup> Die Opfer häuslicher Gewalt lehnten ein Angebot zum TOA häufiger ab als andere Opfer, während die Ablehnungsrate der Täter gleich blieb.<sup>74</sup> Daher kann die Art des Konflikts zwischen Täter und Opfer einen Einfluss darauf haben, ob die Teilnehmer bereit wären, an einem TOA teilzunehmen oder nicht.

Regelmäßig untersucht wird auch, ob ein TOA erfolgreich abgeschlossen werden konnte. So stellte man im Rahmen der TOA-Statistik fest, dass die Beteiligten durchschnittlich in ca. 85 % der Fälle zu einer einvernehmlichen Lösung kamen und nur in ca. 11 % der Fälle keine Einigung erzielt werden konnte.<sup>75</sup> Ähnliche Ergebnisse erbrachte die NRW-Studie, bei der in 87 % der Fälle eine Einigung zustande kam und in ca. 10 % nicht.<sup>76</sup> Des Weiteren erfüllte der Täter die vereinbarten Leistungen in der TOA-Statistik in etwa 88 % und in der NRW-Studie in knapp 84 % der Fälle vollständig.<sup>77</sup> Nach der TOA-Statistik erfüllte der Täter in etwa 1 % der abgeschlossenen TOAs die vereinbarten Leistungen nicht ausreichend, laut NRW-Studie waren es 3,5 %.<sup>78</sup> Die überwiegende Mehrheit der TOAs endet also einvernehmlich und die vereinbarte Regelung wird erfolgreich umgesetzt. In einer Untersuchung aus Sachsen wurde jedoch festgestellt, dass ca. 15,5 % der Opfer unter Druck gesetzt wurden, bestimmten Bedingungen der Vereinbarung zuzustimmen und weitere 12,7 %

<sup>63</sup> Vgl. *Trenczek*, Restorative Justice, TOA und Mediation. Grundlagen, Praxisprobleme und Perspektiven, 2014, S. 621; *Kilchling*, Restorative justice developments in Germany, 2012, S. 181.

<sup>64</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2017 und 2018, 2020, S. 96; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2015 und 2016, 2018, S. 88; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2013 und 2014, 2016, S. 68.

<sup>65</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 96 f.; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 88 f.; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2016, S. 69.

<sup>66</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 96 f.; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 88 f.; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2016, S. 69.

<sup>67</sup> Vgl. *Netzig*, „Brauchbare“ Gerechtigkeit, Täter-Opfer-Ausgleich aus der Perspektive der Betroffenen, 2000, S. 96.

<sup>68</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 103; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 95; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2016, S. 74.

<sup>69</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 61.

<sup>70</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 111.

<sup>71</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 102; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 94; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2016, S. 74.

<sup>72</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 253 f.

<sup>73</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 253 f.

<sup>74</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 267 f.

<sup>75</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 105; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 98; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2016, S. 77.

<sup>76</sup> Vgl. *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 84.

<sup>77</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 107; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 100; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 79; *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 87.

<sup>78</sup> Vgl. *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2020, S. 107; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2018, S. 100; *Hartmann/Schmidt/Kerner*, 2016, S. 79; *Bals/Hilgartner/Bannenberg*, S. 87.

blieben in dieser Frage neutral.<sup>79</sup> Die weitere Analyse dieses Ergebnisses ergab, dass die Personen, die sich unter Druck gesetzt fühlten, bestimmten Bedingungen zuzustimmen, weniger zufrieden mit den vereinbarten Bedingungen sowie dem gesamten TOA-Prozess waren.<sup>80</sup> Dies hat ggf. damit zu tun, dass der TOA nicht unbedingt von einem neutralen Dritten, also einem Mediator, begleitet werden muss.<sup>81</sup> Im Fall eines fehlenden neutralen Vermittlers könnte ein Ungleichgewicht durch die Persönlichkeit der am Ausgleich Beteiligten oder auch der anwaltlichen Vertreter eine Rolle spielen – ein Zeichen dafür, wie wichtig jenseits der gesetzlichen Verpflichtung die Begleitung des kommunikativen Prozesses durch einen neutralen Dritten ist.

Aus der TOA-Statistik geht hervor, dass die am häufigsten vereinbarte Leistung eine Entschuldigung war (66,5 %). Es folgen eine Verhaltensvereinbarung (28,32%), Schadensersatz (25,24 %) und Schmerzensgeld (10,8 %).<sup>82</sup> Zu ähnlichen Ergebnissen kam die NRW-Studie. Auch hier war die Entschuldigung die am häufigsten vereinbarte Leistung (48,1 %), gefolgt von Schadensersatz (31,6 %) und Schmerzensgeld (18,8 %).<sup>83</sup> Eine Verhaltensvereinbarung wurde nicht als eine der Wahlmöglichkeiten aufgeführt. Die Befragung aus NRW ergab, dass 58,2 % der Opfer angaben, dass ihnen eine Entschuldigung wichtig sei.<sup>84</sup> Außerdem glaubten 64,8 % der Opfer, die eine Entschuldigung erhalten haben, dass der Täter die Entschuldigung ernst gemeint hat.<sup>85</sup> Darüber hinaus gaben 80,8 % der Täter, die sich entschuldigten, an, dass es ihnen leicht fiel, dies zu tun.<sup>86</sup> Eine Entschuldigung ist die häufigste und am häufigsten gewünschte Leistung in einem TOA.

### 3. Abschluss des Verfahrens

Der Abschluss des Verfahrens gegen den Täter endete in der überwiegenden Zahl der Fälle mit einer Einstellungsentscheidung. Nach der NRW-Studie endeten 78,2 % aller Fälle mit einer Einstellung, wobei 92,2 % der Fälle auf die Staatsanwaltschaft entfielen.<sup>87</sup> Die TOA-Statistik schlüsselt die Fälle danach auf, ob der TOA erfolgreich war oder nicht. War der TOA erfolgreich, wurden 93,78 % der Verfahren eingestellt, während nur 72,7 % eingestellt wurden, wenn der TOA nicht erfolgreich war.<sup>88</sup> Daraus ergibt sich ein Unterschied von über 16 Prozentpunkten im Anteil der Fälle, die bei erfolglosen TOAs im Vergleich zu erfolgreichen TOAs mit einer Verurteilung endeten. Darüber hinaus zeigen diese Informationen auch, dass die Verfahren, die für den TOA infrage kamen, mit hoher Wahrscheinlichkeit ohnehin eingestellt wurden, da ein erfolgloser Abschluss des TOA immer noch zu einer Einstellungsquote von über 70 % führte. Dieser Hinweis wird zumindest teilweise in Baden-Württemberg bestätigt, wo festgestellt

wurde, dass Fälle ausgewählt wurden, die auch ohne TOA eingestellt worden wären.<sup>89</sup> Es ist also nicht bekannt, inwieweit der TOA einen Einfluss auf die Einstellung des Verfahrens hat.

Wenig überraschend ist, dass ein erfolgreicher TOA einen positiven Effekt auf das Strafmaß des Täters hat.<sup>90</sup> Dies ist nur folgerichtig, da § 46a StGB einen vertypen Mildegrundsatz mit der Möglichkeit des Absehens von Strafe darstellt.<sup>91</sup>

### IV. Fazit

Die wahre Anzahl der jährlich durchgeführten TOAs ist unbekannt. Es gibt keine verlässlichen offiziellen Statistiken. Bekannt ist allerdings, dass auf die große Mehrheit der TOA-Fälle entweder vom Staatsanwalt hingewiesen oder zu diesem angeregt wurde. Ungeklärt sind die Gründe, warum nicht Beschuldigte oder Opfer eine größere Rolle bei der Anregung des TOA spielen, zumal die Mehrheit der beiden Parteien bereit ist, sich zu beteiligen, wenn sie erfolgreich kontaktiert werden. Zudem neigen Staatsanwaltschaften und Gerichte aus bestimmten Bundesländern dazu, TOA und SWG mehr zu nutzen als andere. Hier gilt es zu untersuchen, woran dieses Ungleichgewicht liegt und wie man durch Standardisierung und Qualitätssicherung den kommunikativen Prozess des TOA verbessern und dadurch die Fallzahlen steigern kann.

Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit sind die häufigste Deliktart, die im Rahmen des TOA und der SWG eine Rolle spielt, gefolgt von Beleidigung und Straftaten gegen die persönliche Freiheit. Dagegen eignen sich Verbrechen und Sexualdelikte nach Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht. In den Augen der Justiz ist der TOA in erster Linie für Bagatelldelikte gedacht. Hier wäre zu eruieren, ob die Anwendbarkeit nicht über diesen Bagatellbereich hinaus sinnvoll ist, da auch das Gesetz diesbezüglich keine Einschränkungen macht. Denn der gesetzliche Terminus der „geeigneten Fälle“ lässt Spielräume zu, die es zu nutzen gilt, sofern dies mit Täter- und Opferinteressen vereinbar ist.

Aus den obigen Ausführungen zur praktischen Bedeutung des TOA kann man ableiten, dass es an aktuellen und verallgemeinerbaren Erkenntnissen zum TOA in Deutschland mangelt. Insbesondere sind die statistischen Zahlen weder eindeutig noch umfassend. Die tatsächliche Bedeutung des TOAs und der SWG ist daher „nach wie vor schon dem Grunde nach nicht geklärt“.<sup>92</sup> Hinzu kommen defizitäre gesetzliche Regelungen, die dringend reformbe-

<sup>79</sup> Vgl. Kunz, Im Osten was Neues: Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Ergebnisse einer Erhebung zu Einrichtungen sowie zu Vermittlerinnen und Vermittlern, 2007, S. 472.

<sup>80</sup> Vgl. A.a.O., S. 472.

<sup>81</sup> S. nochmals Streng, in: NK-StGB, § 46a Rn. 12.

<sup>82</sup> Vgl. Hartmann/Schmidt/Kerner, 2020, S. 66; Hartmann/Schmidt/Kerner, 2018, S. 66; Hartmann/Schmidt/Kerner, 2016, S. 54.

<sup>83</sup> Vgl. Bals/Hilgartner/Bannenberg, S. 86.

<sup>84</sup> Vgl. A.a.O., S. 415.

<sup>85</sup> Vgl. A.a.O., S. 416.

<sup>86</sup> Vgl. A.a.O., S. 417.

<sup>87</sup> Vgl. A.a.O., S. 88.

<sup>88</sup> Vgl. Hartmann/Schmidt/Kerner, 2020, S. 88; Hartmann/Schmidt/Kerner, 2018, S. 74; Hartmann/Schmidt/Kerner, 2016, S. 61.

<sup>89</sup> Vgl. Baden-Württemberg, Zweite Opfer- und Zeugenschutzkommission. Abschlussbericht, 2013, S. 9.

<sup>90</sup> Vgl. Hartmann/Schmidt/Kerner, 2020, S. 88; Hartmann/Schmidt/Kerner, 2018, S. 74; Hartmann/Schmidt/Kerner, 2016, S. 61.

<sup>91</sup> S. Fischer, StGB, § 46a Rn. 4.

<sup>92</sup> Kerner/Belakouzova, ZJJ 2020, 232 (235).

dürftig sind, um zum einen mehr Gleichklang bei der Umsetzung von TOA und SWG zu erreichen und zum anderen die Fallzahlen zu erhöhen. Um die Wirksamkeit des TOAs in Bezug auf die Hilfe für die Opfer oder die Verhinderung weiterer Straftaten zu verstehen und eine effek-

tive Kriminalpolitik zu betreiben, bedarf es einer umfassenden empirischen Forschung aber auch praxistauglicheren, harmonisierenden gesetzlichen Normierungen von TOA und SWG im materiell-rechtlichen und strafprozessualen Rechtsrahmen.

## Wissenschaft oder Heuchelei? – eine Antwort auf Hoven, KriPoZ 3/2021, 182 –

von Prof. Dr. Gunnar Duttge\*

### Abstract

*Die Kritik an Rezensionen ist so alt, wie es Rezensionen gibt – und sie ist aus Autorensicht leicht nachzufühlen: Denn wer hat sich als Verfasser<sup>1</sup> eines Werkes nicht selbst schon einmal falsch gedeutet gesehen und sich nicht über manche Zuschreibung und Bewertung geärgert? Manchen mag dabei im Augenblick „heiligen Zorns“ vielleicht sogar Goethes Rezensenten-Spruch<sup>2</sup> übermannt (oder überfraut?)<sup>3</sup> haben. Meist haben sich die Gemüter jedoch schnell wieder beruhigt – nicht selten durch das Erscheinen weiterer, aber „gefälligerer“ Rezensionen. Neuerdings wird die Literaturgattung jedoch als solche, aus Anlass zweier Rezensionen<sup>4</sup>, innerhalb der Strafrechtswissenschaft<sup>5</sup> des organisierten Machtmissbrauchs verdächtigt und deshalb wenigstens ihre Zensur, wenn nicht gar Abschaffung empfohlen. Dieses Ansinnen kann nicht unwidersprochen bleiben.*

*The criticism of reviews is as old as reviews themselves. It is easy to understand it from the author's point of view: Who, as an author, has not seen himself misinterpreted and has not been upset by some attribution and evaluation? Some, in a moment of "holy anger", may even have been overwhelmed like the persona in Goethe's poem "Rezensent". In most cases, tempers have calmed down quickly, often because of further, but more "pleasing" reviews. On the occasion of two recent reviews, however, the literary genre as such is suspected of organized abuse of power within the criminal law science community. Thereof arise recommendations of censorship, if not abolition, of the genre. This request cannot go unchallenged.*

### I. Was ist das Problem?

Gewiss: Die Anforderungen an eine „gute“ Rezension sind hoch, und nicht alle, die geschrieben worden sind oder noch geschrieben werden, sind in gleicher Weise lesenswert. Schon der im rezensionsverliebten ausgehenden 18. Jahrhundert wirkende Enzyklopädist J.G. Krünitz wusste, dass für eine wirklich lesenswerte Rezension „viel

Scharfsinn, viel Übung des Verstandes, viel Erfahrung und viel Unparteilichkeit“ erforderlich ist, und dass es manchem Rezensenten womöglich „bald an dem einen oder dem anderen ..., bald gar an allem zu fehlen pflegt“<sup>6</sup>. Vom Soziologen Frank Bardelle stammt mit Blick auf die „subjektiven Gestaltungs- und Verunstaltungsmöglichkeiten“ eine Typologie zum jeweiligen „rezensiven Habitus“ des Rezensenten, die vom Typus „Hase und Igel“ (der Rezensent weiß es immer besser), „Knock-out“, der „Verbeugung vor dem Mandarin“ bis zur „Verlegenheitsrezension“ reicht.<sup>7</sup> Hier bleibt dem Leser auch nach der zweiten oder dritten Lektüre schlechterdings unklar, ob das besprochene Werk nun „als genial oder als ausgemachter Unsinn“ angesehen werden sollte; der Rezensent wusste also offenbar nicht, was er von dem Buch halten soll – und dem Leser geht es mit der Rezension ebenso.<sup>8</sup> Was bei dieser Typologie allerdings fehlt und heute, drei Jahrzehnte später, unbedingt hinzuzufügen wäre, ist der Typus „piep piep, wir haben uns alle lieb“: Dem Autor wird mit überbordender (oberflächlicher) Freundlichkeit „großer Fleiß“ und „große Belesenheit“ (und manches mehr, was ohnehin selbstverständlich wäre) bescheinigt, hinter der die eigentlich notwendige Kritik an der Sache zwecks Schonung des Autors gut versteckt, wenn nicht gar nahezu unsichtbar wird.

Man könnte meinen, dass solche Rezensionen, die nach hiesiger Beobachtung (jedenfalls im Bereich des Strafrechts)<sup>9</sup> inzwischen keineswegs selten vorkommen, immerhin keinen Schaden anrichten: Denn der Autor kann sich über Lob und an der Illusion erfreuen, dass ihm doch – da unwidersprochen – offenbar ein wahrlich „großer Wurf“ gelungen sei, und der Rezensent muss nicht darüber grübeln, ob er einem Kollegen – mit u.U. unerfreulichen Folgen für die eigene Person – auf die Füße getreten sein oder einem hoffnungsfrohen Talent die anvisierte akademische Karriere erschwert haben könnte. Doch bei Weitem gefehlt: So wenig, wie es Aufgabe eines Arztes

\* Prof. Dr. Gunnar Duttge ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht am Kriminalwissenschaftlichen Institut der Georg-August-Universität Göttingen. Dieser Text gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder, d.h. nicht als Mitherausgeber der KriPoZ.

<sup>1</sup> Selbstredend sind hier wie im Folgenden nicht allein männliche Autoren gemeint. Geradezu befreiend hierzu: Puppe, ZIS 2021, 348 Fn.\*.

<sup>2</sup> J.W. v. Goethe, in: Claudius' Wandesbecker Bothen vom 9. März 1774 – nach Marcel Reich-Ranicki freilich das „dümmste“ aller Goethe'schen Gedichte: FAZ v. 20.1.1990 („Frankfurter Anthologie“).

<sup>3</sup> <https://uepo.de/2012/03/31/political-correctness-soll-das-deutschem-der-burde-der-textverdoppelungen-befreit-werden/> (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

<sup>4</sup> Die beiden konkreten Anlässe sind hinlänglich bekannt: Kühlen, ZIS 2010, 327 ff.; Stuckenberg, ZIS 2021, 279 ff.; in der allgemeinen Aufregung bislang allenthalben übersehen: Haas, ZfL 2020, 355 ff.

<sup>5</sup> Wie Weigend zutreffend berichtet (KriPoZ 2021, 185 ff.), sind die Auffassungen hierzu unter den Mitgliedern des Kriminalpolitischen Kreises durchaus geteilt.

<sup>6</sup> Krünitz, Artikel „Kritik“, in: Oeconomische Encyclopädie, Bd. 53, 1791, online abrufbar unter: [www.kruenitz1.uni-trier.de/xxx/k/kk07098.htm](http://www.kruenitz1.uni-trier.de/xxx/k/kk07098.htm) (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

<sup>7</sup> Bardelle, Zeitschrift für Soziologie 18 (1989), 54 (56 ff., 63).

<sup>8</sup> Wulff/Kaczmarek, MEDIENwissenschaft 2014, 173 (176): „zurück bleibt besten[fall]s ein Druckfehlerverzeichnis als Nachweis geleisteter Arbeit“.

<sup>9</sup> Der Autor kann andere Teilbereiche des Rechts – das Medizinrecht und die Rechtsphilosophie ausgenommen – oder gar andere Fachdisziplinen natürlich nicht überblicken.

ist, die „Selbstbestimmung“ oder gar „Selbstverwirklichung“ seiner Patienten zu befördern,<sup>10</sup> ist es Aufgabe des Rezensenten, die Schwächen vor seinem lesenden Auge als wahrer Gentleman „höflich“<sup>11</sup> mit dem Mantel des Schweigens zu bedecken. Rezensionen sind vielmehr – neben anderen Publikationsformen – essentieller Teil des „institutionalisierten Skeptizismus“<sup>12</sup> jedweder Form von wissenschaftlicher Wissenserzeugung, ein Instrument der „kritischen“ Prüfung im „Geist der Aufklärung“<sup>13</sup>. Das zuvor methodisch Erarbeitete, schriftlich Verfasste und durch öffentliche Publizität mit einem wissenschaftlichen Geltungsanspruch versehenes Werk verlangt geradezu nach kritischer Prüfung innerhalb der Science Community, sofern nicht allgemeiner Stillstand Einkehr halten soll, und die Rezension ist die unmittelbarste literarische Form, um ein neues Werk eben dieser Gemeinschaft zur Kenntnis zu bringen, nach Maßgabe des bisherigen Standes der Erkenntnisse einzuordnen und – natürlich – hinsichtlich ihrer Ergebnisse, ihrer Argumentation und ihrer sonstigen Qualitätsmerkmale zu bewerten.

Insofern ist der Rezensent zweifelsohne ein „Zensor“ (lat. *recensio*) und nicht etwa ein Repetitor oder gar Produktverkäufer – aber einer, der in hohem Maße begründungspflichtig und sich dessen aufgrund seines eigenen namentlichen Auftretens auch sehr bewusst ist. „Verrisse“ *coram publico* sind daher – so auch die Ergebnisse einer empirischen Untersuchung von *Helmut F. Spinner* – weit seltener zu erwarten als in anonymen Fachgutachten.<sup>14</sup> Eine mögliche Interpretation dieses Befundes – und gewiss nicht die unschlüssigste – ist die Annahme, dass die unverstellte Aufrichtigkeit in Rezensionen, die sich eben auf das Werk eines ganz konkreten, namentlich benannten Autors bezieht, aus mitmenschlicher „Milde“ mitunter leidet. Sich jedoch in dieser Weise vom eigentlichen Auftrag ablenken und in seinem ungetrübten Urteil beeinflussen zu lassen, ist ganz gleichgültig, ob dies zu Gunsten oder durch sachfremde Erwägungen auch zu Lasten des Autors geschieht, eine spezifische Form der Selbstkorrumpierung aus falscher Loyalität.

## II. Drei (schwere) Irrtümer

Der erste von drei Irrtümern *Hovens* liegt also darin, die Verantwortungsbeziehung eines Rezensenten *in Richtung der Autoren* rezensierter Werke zu verorten: Gewiss gewinnt auch der Autor des Werkes aus einer kritischen Rezension konkrete Aufschlüsse, um – soweit willig – hinzuzulernen. Eine „Verantwortung gegenüber Nachwuchswissenschaftlern“<sup>15</sup> hat der Rezensent jedoch nicht (und ebenso wenig gegenüber anderen Werkautoren), sondern

einzig und allein eine Verpflichtung als Mitglied der Science Community: Ihr gegenüber steht er in der Verantwortung, eine in jeder Hinsicht seriöse, fachkundige, differenzierte, verlässliche Buchbesprechung zu präsentieren, die insbesondere darüber aufklärt, inwieweit bisher für „richtig“ Gehaltenes durch das neue Werk womöglich zu hinterfragen, zu bezweifeln und ggf. neu zu denken ist. Es geht also um nicht weniger als um die fundamentale Basis wissenschaftlicher Kommunikation und ggf. wissenschaftlichen Fortschritts durch Falsifikation oder – einstweilen fortbestehende – „Bewährung“<sup>16</sup> der bisherigen Annahmen. Daher ist der Rezensent als „Stimme seiner Wissenschaft“ einzig „dem Ethos dieses Amtes“ verpflichtet.<sup>17</sup> Und nur soweit ihm dies auch tatsächlich gelingt, hat sein Votum Gewicht. Die Sorge, dass unrichtige, das Werk entstellende oder gar diffamierende Zuschreibungen zum bleibenden Stigma innerhalb der gesamten Wissenschaftsgemeinde mutieren könnten, lässt sich aus der Warte aufstrebender Nachwuchswissenschaftler oder junger Kollegen bestens mitfühlen; in der Sache ist dieser Sorge jedoch eine maßlose Überschätzung des Einflusses eines Rezensenten inhärent, vor allem aber eine nicht geringere Unterschätzung des wissenschaftlichen Ethos aller Fachkollegen – sofern diesen nicht gar ein ausgeprägter Hang zur Bequemlichkeit beim Gebrauch des eigenen Verstandes unterstellt wird.<sup>18</sup>

Mit dem ersten hängt der zweite Irrtum unmittelbar zusammen: Wissenschaft ist ein *perpetuum mobile* fortlaufend miteinander kommunizierender Röhren. Jede wissenschaftliche Publikation enthält die Verheißung auf evtl. neue Ideen und Impulse zum kritischen Weiter- oder Überdenken (sonst wären sie gänzlich uninteressant); bei Qualifikationsschriften, die bekanntermaßen (auch Rezensenten bekannt) mit hohem, mitunter die Grenzen der Zumutbarkeit überschreitendem Aufwand verfasst wurden, spricht gerade deshalb *prima vista* in besonderer Weise eine Vermutung für Innovation und geistige Erhellung. Die Forderung, sich hiermit nicht „kritisch-negativ“ (Subtext: gerne aber wohlwollend-zustimmend) auseinanderzusetzen, wäre daher ein kapitaler Selbstwiderspruch, weil mit eben diesem Anspruch auf Teilhabe am wissenschaftlichen Diskurs jeder wissenschaftliche Text zuvor publiziert wurde. Kein wissenschaftlicher Text hat daher Anspruch auf einen unangefochtenen Geltungsanspruch und ausbleibenden Widerspruch – und dies selbstredend ganz unabhängig davon, ob die Buchbesprechung in herkömmlich gedrucktem oder einem online-Format veröffentlicht wurde.<sup>19</sup> Nun bestreitet *Hoven* aber auch nicht die Notwendigkeit einer kritischen Auseinandersetzung überhaupt, sondern sieht eben nur Rezensionen nicht als

<sup>10</sup> Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts ist vielmehr (nur) ein zu beachtender „Behandlungsgrundsatz“ auf dem Weg zur Zielerfolgung: das Leben zu erhalten, Gesundheit wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten, siehe einerseits § 1 Abs. 2, andererseits § 7 Abs. 1 MBO-Ä.

<sup>11</sup> *Hoven*, KriPoZ 2021, 182 (183).

<sup>12</sup> *Merton*, Entwicklung und Wandel von Forschungsinteressen, 1985, S. 99: „organisierter Skeptizismus“.

<sup>13</sup> *Dimbath/Böschen*, Journal für Wissenschaft und Bildung 24 (2015), 158 (160).

<sup>14</sup> *Spinner*, Soziologie. Forum der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, Vol. 1 (1984), 49 ff.

<sup>15</sup> *Hoven*, KriPoZ 2021, 182 (183).

<sup>16</sup> Zur „begründeten Bevorzugung“ kraft einstweiliger „Bewährung“ grdl. *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 7. Aufl. (1992), Bd. 2, S. 460 ff.; ebenso *ders.*, Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf, 4. Aufl. (1984), S. 83 ff.; treffend *Gardenne*, in: *ders./Wendel* (Hrsg.), Rationalität und Kritik, 1996, S. 57, 77: „Vorziehen ... sollten wir die bestgeprüfte Theorie..., die am strengsten geprüfte, nicht falsifizierte, bestbewährte“; prägnante Erhellung von *Hilgendorf*, in: FS R.-Merkel, Teilbd. I, 2020, S. 213 ff. *Dimbath/Böschen*, Journal für Wissenschaft und Bildung 24 (2015), 158 (161).

<sup>17</sup> In diesem Sinne aber offenbar *Hoven*, KriPoZ 2021, 182: „Deutungshoheit“.

<sup>18</sup> Zutreffend bereits *Gärditz*, ZIS 2021, 413 (416).

sonderlich geeignetes Format hierfür: Diese Annahme erstaunt schon mit Blick auf die bekannten Fachjournale des Strafrechts (man denke etwa an die tiefschürfenden Buchbesprechungen der ZStW oder den umfangreichen, nicht weniger anspruchsvollen Rezensionsteil der GA), mehr noch mit Rücksicht auf andere Fachdisziplinen.<sup>20</sup> Von *Gerd Roellecke* stammt sogar eine „Wissenschaftsgeschichte in Rezensionen“<sup>21</sup>. Aus *Hovens* Geringschätzung<sup>22</sup> mögen daher berechtigte Zweifel an der jüngeren Entwicklung hin zu verknäpften, inhaltlich ausgedünnten, möglichst auch für Werbezwecke geeignete Rezensionen sprechen, sie trifft aber mitnichten die Literaturgattung als solche (und im Übrigen schon gar nicht die bemakelten beiden Rezensionen,<sup>23</sup> die sich ausnehmend detailliert, ja geradezu akribisch mit den besprochenen Werken auseinandersetzen).

Daraus folgt zugleich: Die Qualität von Rezensionen lässt sich nicht beurteilen, ohne zugleich ihren Bezugsgegenstand in den Blick zu nehmen. Denn sie antworten auf eine „Provokation“ (in Buchform), an der sie sich „messen, aber auch messen lassen müssen“<sup>24</sup>. Zeichnet sich das besprochene Werk durch eine massierte Zahl von schwerwiegenden Mängeln aus, oder kann es den selbst erklärten hohen (mitunter überhöhten) Anspruch eindeutig nicht einlösen, so ist es die hehre „Amtspflicht“ eines Rezensenten, diesen Befund nicht für sich zu behalten, sondern unmissverständlich auszusprechen und – je negativer der Befund, um so detaillierter – zu begründen. Dass der Autor des besprochenen Werkes dem wehrlos ausgeliefert sei, weil dem Rezensenten eine der objektiven Vernunft nahekommende Machtposition zukomme,<sup>25</sup> ist der dritte Irrtum: Kein Mitglied der Science Community verkennt, dass auch der Rezensent – wie sollte es denn anders sein? – kraft eigener Vorverständnisse urteilt, und dies um so parteiischer, je mehr er zu dem betreffenden Thema bereits selbst einen wissenschaftlichen Standpunkt begründet hat: „Rezensent zu sein heißt einzutreten in den Kreis der wissenschaftlichen Öffentlichkeit“<sup>26</sup>. Eben in diesem Sinne wird er in eigener Urheberschaft, was durchaus mitunter geschieht, auch in nachfolgenden Publikationen zitiert (deren Verf. sonst eine Verletzung der Grundsätze „guter wissenschaftlicher Praxis“ wegen Zitation eines „unwissenschaftlichen“ Textes vorzuwerfen wäre). Jedem kritisierten Autor ist es unbenommen, die Herausforderung einer kritischen Rezension anzunehmen und auf die Einwände zu replizieren. Anders als *Hoven* (mit anderen) meint, ist niemand auf eine Fürsprache anderer Kollegen angewiesen. Wenn Redaktionen dennoch zurückhaltend agieren, ist dies durch die Sorge einer eskalierenden unsachlichen Auseinandersetzung motiviert; dem lässt sich

am ehesten begegnen, indem die Replik von vornherein der Sache und nicht der Rezension gilt – mit der Aussicht, dass Rezension und Replik dann auch von der Science Community als eine im Kern (trotz der „persönlichen Note“) wissenschaftliche Auseinandersetzung um der Sache willen aufgenommen werden.<sup>27</sup>

Nur mehr ergänzt sei, dass Rezensionen um so wichtiger und notwendiger werden, wenn die betreffende Fachdisziplin – wie die Rechtswissenschaften – kein Peer-Review-Verfahren kennt. Denn es ist dann das einzige Verfahren, in welchem das (verlagsmäßig angepriesene) Werk einer gezielten „Feuerprobe“ durch einen Repräsentanten der Fachgemeinschaft zugeführt wird; alle anderen wissenschaftlichen Publikationsformen gewährleisten dies nicht, weil immer der Ausweg des Verschweigens besteht. Je mehr daher Zweifel an einer effektiven Qualitätssicherung in juristischen Promotions-, vielleicht aber auch Habilitationsverfahren bestehen, bedarf es um so eher eines ausgebauten – natürlich selbst qualitätsgesicherten – Rezensionswesens. Es darf an dieser Stelle in Erinnerung gerufen werden, dass der Plagiats-Vorwurf um die Dissertation des früheren Verteidigungsministers *Karl-Theodor Frhr. zu Guttenburg* erst durch eine Rezension ausgelöst worden ist.<sup>28</sup> Rezensionen kommt daher eine im Zeitalter der Massenproduktion von Promotionen und allgemein von Fachliteratur nicht zu unterschätzende reinigende Wirkung zu. Im Gegensatz zu Peer-Reviews ist das Verfahren jedoch vollständig transparent, in seinen Inhalten jederzeit nachprüfbar und insofern gegenüber den Autoren weit fairer als die Methode der (mitunter willkürlich anmutenden) Vorzensur nach der Devise: „müssen wir mit Bedauern mitteilen...“<sup>29</sup>.

### III. Das eigentlich Neue...

Neu ist zweifelsohne nicht, dass Rezensionen mitunter auch – jedenfalls in der Summe ihrer Aussagen – eine (sehr) unfreundliche „Botschaft“ adressieren, über die der betroffene Autor verständlicherweise „not amused“ ist. Blickt man allerdings in die weitere Vergangenheit zurück, so finden sich unschwer Texte, die nach heutigen Maßstäben noch weit brüskierender erscheinen dürften. Aber das ist selbstredend auch nicht der relevante Bezugspunkt, ebenso wenig wie sich aus der aktuellen Skandalisierung etwa ein allgemeiner „Sittenverfall“ im Rezensionswesen deduzieren ließe.<sup>30</sup> Was sich vielmehr in der Zwischenzeit verändert hat, ist zweierlei: ein um sich grei-

<sup>20</sup> Für die Bereiche von Medizinrecht und Medizinethik, die der Verf. einigermaßen überblickt, sei etwa statt anderer nur die „Zeitschrift für medizinische Ethik“ erwähnt, für Grundlagenthemen des Rechts beispielhaft die „Rechtswissenschaft“ oder die „Rechtsphilosophie“.

<sup>21</sup> Erschienen unter dem gleichnamigen Titel im Jahr 2013 (hrsg. von *Patrick Bahners*).

<sup>22</sup> Offenbar hauptsächlich resultierend aus Beobachtungen und einer einzigen – allerdings umfangreichen – Sammelbesprechung aus dem Jahr 2013.

<sup>23</sup> Oben Fn 4.

<sup>24</sup> *Bardelle*, Zeitschrift für Soziologie 18 (1989), 54 (55).

<sup>25</sup> Vgl. *Hoven*, KriPoZ 2021, 182: „objektiver Betrachter der Arbeit“.

<sup>26</sup> *Wulff/Kaczmarek*, MEDIENwissenschaft 2014, 173 (175).

<sup>27</sup> So beispw. in *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. (2021), § 24 Rn 47 f. m. Fn. 88.

<sup>28</sup> Vgl. *Fischer-Lescano*, Kritische Justiz 2011, 112 ff.

<sup>29</sup> Dazu parodistisch *Umberto Eco*, Platon im Striptease-Lokal, 1990, S. 130 ff.

<sup>30</sup> Eine parallele Debatte wie aktuell im Strafrecht kennt bspw. auch die Soziologie: Dort wurde die Forderung nach einer „institutionellen Korrektur in Form von Ombudsstellen“, nach „durchgesetzten ethischen Standards“ oder gar nach „vollständigem Verzicht auf Rezensionen“ aber weithin zurückgewiesen, vgl. dazu (m.w.N.) *Dimbath/Böschen*, Journal für Wissenschaft und Bildung 24 (2015), 158 (161 f. m. Fn 7).

fender Eindruck, dass die Qualität der sog. Qualitätsschriften in der Grundtendenz nicht mehr gesichert ist,<sup>31</sup> und eine neue Verletzlichkeit der Werkautoren – samt der Bereitschaft, das Urteil eines Anderen nicht mehr einfach hinnehmen oder gar selbstkritisch akzeptieren zu wollen. Zu Letzterem findet sich in der Gegenwarts-Soziologie ganz in diesem Sinne eine spezifisch moderne „Dialektik der Sensibilität“ diagnostiziert, in der die eigentlich positive Kraft der Achtsamkeit und Empathie zerstörerisches Potential für den sozialen Raum zu entfalten droht – indem sie nur noch die für das eigene Selbstverständnis „passenden“ Ereignisse für „zumutbar“ hält und „versucht, Negativität und Ambivalenz auszuschließen“<sup>32</sup>.

Das effektivste Mittel hierfür ist die Emotionalisierung und „Hypermoralisierung“, die sich mit dem Zeigefinger anschießt, im Namen eines „wir“ Regeln für alle („man“) zu dekretieren. Der Philosoph *Alexander Grau* spricht von einer „Leitideologie unserer Zeit“, die ihren Ausgang in der „individualistischen Emanzipation“ nimmt, aber Gefahr läuft, am Ende ins „Autoritäre“ abzugleiten.<sup>33</sup> Denn wenn dem jeweiligen Autor keine negativ beurteilende Rezension mehr zumutbar ist (und bei Online-Besprechungen künftig vermehrt mit Klagedrohungen zu rech-

nen ist), dann stirbt der kritische wissenschaftliche Dialog, der im Kontext der Rechtswissenschaften nicht ohne Wertungen vorstellbar ist. Dabei sollte bei nüchterner Betrachtung eigentlich auf der Hand liegen, dass unsachliche, persönlich-diffamierende Teile einer Rezension von der Science Community justament als solche wahrgenommen werden. Dass nicht mehr hierauf vertraut werden könne, dafür ist keinerlei Grund ersichtlich. Das Rezensionswesen ist de facto ein autopoietisches System, das seine Standards fortlaufend selbst (implizit) setzt, ggf. erneuert und keiner pädagogischen Intervention bedarf. Im Gegenteil: Jede „erzieherische Maßnahme“ ließe sich gar nicht anders denn als Versuch einer „dirigistischen Einflussnahme“ verstehen und würde somit – in den Worten des Soziologen *Bardelle* – als „asozialer Störfaktor“ wirken, „der mehr Unordnung anrichtet, als er zu beheben verspricht“<sup>34</sup>. Am Ende werden mehr denn je erfahrene Rezensenten mit dem nötigen Mut zu klaren Aussagen gebraucht; das schließt selbstredend neue Formate, etwa literarische Themenschwerpunkte mit mehreren Besprechungen zu denselben Thesen und einer Antwort des Autors (etwa nach dem Vorbild der Zeitschrift „EWE – Erwägen – Wissen – Ethik“), keineswegs aus.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Mitsch*, ZIS 2020, 522 f. unter Verweis auf *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 ff.

<sup>32</sup> *Reckwitz*, Philosophie-Magazin 6/2919, S. 56; von der Philosophin *Fleißpöhler* ist für Oktober das Buch angekündigt: *Sensibel: Über moderne Empfindlichkeit und die Grenze des Zumutbaren*.

<sup>33</sup> *Grau*, *Hypermoral. Die neue Lust an der Empörung*, 5. Aufl. (2020).

<sup>34</sup> *Bardelle*, *Zeitschrift für Soziologie* 18 (1989), 54 (64).

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Jörg Kinzig: Noch im Namen des Volkes? Über Verbrechen und Strafe**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Orell Füssli Verlag, ISBN: 978-3-280-05698-1, S. 121, Euro 10,00.

Der schmale Band von *Kinzig* zeigt, dass Bücher nicht viele Seiten haben müssen, um viele Inhalte zu vermitteln. Der Autor macht schon von Beginn an deutlich, worum es ihm geht: eine Stimme zu erheben gegen die stetigen Rufe nach immer härtere Strafen, die Unzufrieden mit der Justiz und immer neue kriminalpolitische Forderungen nach mehr Reglementierungen im Sinne eines Bekämpfungsstrafrechts.

Nach dem einführenden Kapitel „Das allgemeine Unbehagen mit der Strafjustiz“ schließen sich 11 weitere Kapitel an, die sich bspw. um die „Messbarkeit“ von Kriminalität, Sexualstrafrecht, Kriminalitätsfurcht, Strafzumessung, Strafvollzug und Sicherungsverwahrung drehen. Jedes Kapitel kann unabhängig vom anderen gelesen werden, so dass sich auch die kurze Lektüre eines Teilbereichs anbietet.

So räumt *Kinzig* mit dem Vorurteil auf, es würde zu einem eklatanten Anstieg von Sexualstraftaten kommen. In den Blick zu nehmen sei hierzu die vielfache Verschärfung des Sexualstrafrechts in den letzten Jahren. So sei nicht nur die Ausweitung des § 177 Abs. 1 StGB angesichts der Ereignisse der Kölner Silvesternacht 2015/2016, sondern auch die Einführung des sog. „Grapschparagrafen“ § 184i StGB für den Anstieg der PKS-Zahlen verantwortlich. Ansonsten sei die Anzahl der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung weitgehend stabil. Allerdings sei von einem erheblichen Dunkelfeld auszugehen. Im Hellfeld seien es dagegen gerade die – wenigen – Sexualmorde, die medial große Aufmerksamkeit erhielten und somit zu einer verzerrten Wahrnehmung der Realität führten. Auch die landläufig herrschende Auffassung, dass Sexualstraftäter häufig einschlägig rückfällig werden, sei in dieser Pauschalität unzutreffend.

*Kinzig* möchte zudem durch Präsentation zentraler Fakten zu einer rationalen Betrachtung der Thematik „Ausländer und Kriminalität“ besteuern, räumt aber gleichwohl ein, dass er dadurch nicht diejenigen wird erreichen können, die sich in den sozialen Medien ihr eigenes Kriminalitäts- und Menschenbild zusammenbasteln. Dies ist sicher richtig und hätte dazu führen können, der mehrfach gerügten verzerrten Darstellung durch die Medien ein eigenes Kapitel zu widmen. Neben diesen Verzerrungen durch die „vierte Gewalt“ kommt es zu einer Kumulierung von Fake News in sozialen Medien, zu Filterblasen und rechten Parallelwelten, deren Einfluss auf die Meinungsbildern gar nicht stark genug eingeschätzt werden kann und sicher

Anlass wäre, die Wechselwirkung von (sozialen) Medien und der immer höheren Punitivität der Bevölkerung zu untersuchen.

Auch wenn der Anteil ausländischer Tatverdächtiger hoch sei, werde diese Quote doch durch die Tatsache verzerrt, dass in der PKS auch sog. ausländerrechtliche Verstöße erfasst werden. Hinzu käme aus kriminologischer Sicht, dass Straftaten von Ausländern eher angezeigt und diese auch verstärkt ins Visier der Polizei geraten würden. Zudem weise die Gruppe der in Deutschland lebenden Migranten tendenziell mehr Risikofaktoren auf, straffällig zu werden, da es sich im Gegensatz zu der deutschen Wohnbevölkerung um durchschnittlich wesentlich jüngere Menschen handelt und der Männeranteil ebenfalls höher sei. *Kinzig* benennt – zurückhaltend – auch schon erste Erklärungsansätze für die relativ hohe kriminelle Belastung der Zuwanderer aus den Maghreb-Staaten, betont aber, dass hier dringend Ursachenforschung betrieben werden müsse. Denn nur eine genauere Kenntnis über die Kriminalitätsursachen könne zu einer gelingenden Prävention beitragen.

Im nächsten Kapitel widmet sich der Autor der Kriminalitätsfurcht und setzt diese ins Verhältnis zur objektiven Kriminalitätslage. Der Frage, warum eine Lücke zwischen individuellem Empfinden und objektiver Betroffenheit klappt, wird dann anhand verschiedener Thesen nachgegangen. Am plausibelsten scheint *Kinzig* die Generalisierungsthese, nach der Kriminalitätsfurcht mit einem allgemeinen sozialen Unsicherheitsgefühl in Zusammenhang steht. Ganz geklärt seien die Gründe für die Kriminalitätsfurcht aber noch nicht.

Danach werden die Geld- und Freiheitsstrafe beleuchtet und auch ein kurzer kritischer Blick auf die Ersatzfreiheitsstrafe geworfen, d.h. eine Gefängnisstrafe, die auf die Uneinbringlichkeit der Geldstrafe folgt. Das Dilemma, das hinter dieser „unbarmherzige(n) Vorgehensweise“ (S. 57) steht, wird leider nur angerissen, allerdings ist es auch nicht Ziel dieses Buches, für jedes Problem Lösungen zu präsentieren, als vielmehr auf Missstände und Missverständnisse hinzuweisen.

Der lebenslangen Freiheitsstrafe wird dann ein eigenes Kapitel gewidmet und kritisch auf die tatsächlichen Verweildauern im Gefängnis geblickt. Nachdem das *BVerfG* bereits im Jahr 1977 festgestellt hatte, dass auch dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleiben müsse, wieder in Freiheit zu kommen, hat sich eine 15jährige minimale Strafdauer etabliert. Im Durchschnitt verbringen „Lebenslange“ 19 Jahre

im Gefängnis, es gibt aber auch bei der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld oder Gefährlichkeit deutlich längere Verweildauern.

Wer, wenn nicht *Kinzig*, wäre geeigneter, über die Sicherheitsverwahrung zu sprechen, ein Thema, das den Autor schon 30 Jahre beschäftigt und seit seiner Promotion nicht mehr loslässt. Kritisch und pointiert bezieht er Stellung von den Anfängen bis ins Heute, ohne das konsequente Scheitern der nachträglichen Sicherungsverwahrung und die praktischen Konsequenzen zu beschönigen. Auch die Entscheidung des *BVerfG* zur notwendigen Reform des Vollzugs der Sicherungsverwahrung findet Erwähnung mit dem Resümee, dass dadurch der „Etikettenschwindel“ beseitigt und die Unterbringungs- und Betreuungsbedingungen der Verwahrten spürbar verbessert wurde (S. 75).

Nicht beschönigt werden sodann die Probleme im Zusammenhang mit der Kriminalprognose. Die Gefährlichkeitsprognose schlage im Zweifel für die Sicherheit aus und führe zu einem „Sonderopfer“ des Sicherungsverwahrten (S. 76).

Mit „Strafzumessung und der Vorwurf der ‚Kuscheljustiz‘“ ist das 9. Kapitel überschrieben (S.78). Aspekte einer angemessenen Strafsanktion werden beschrieben und das Schuldprinzip betont. Es folgt eine kurze Einführung in die Strafzumessungserwägungen, die gleichwohl in die Feststellung münden, dass es Strafzumessungsunterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern, aber auch zwischen einzelnen Landgerichtsbezirken gibt. Diese Ungleichheiten leiten über zu der aktuellen Debatte um die Notwendigkeit sog. Strafzumessungsrichtlinien nach dem Vorbild US-amerikanischer Sentencing Guidelines. Diese wurden auf dem 72. Deutschen Juristentag 2018 abgelehnt. *Kinzig* konstatiert, dass für die richterliche Freiheit zur Festsetzung des Strafmaßes Ungleichheiten in Kauf genommen werden (S. 84).

Das Jugendstrafrecht, so *Kinzig*, habe sich nach Auffassung der überwiegenden Zahl der Fachleute im Wesentlichen bewährt. Der Sanktionskatalog sei deutlich vielfältiger als bei Erwachsenen, da das Jugendstrafrecht vom Prinzip der Erziehung getragen werde. Aber auch im Jugendstrafrecht habe es in den letzten Jahren eine Reihe an Verschärfungen gegeben, bspw. bei der Erhöhung der

Höchstdauer der Jugendstrafe auf 15 Jahre. Außerdem wurde der sogenannte „Warnschussarrest“ eingeführt.

Das nächste Kapitel „Im Schatten: Der Strafvollzug“ widmet sich den Gefängnissen. Der Strafvollzug, so der Autor, hat keine Lobby (S. 92), doch muss man sagen, dass Bücher von *Maelicke* (Das Knast-Dilemma) oder *Galli* (Weggesperrt) doch für eine breitere Leserschaft diesen Schatten aufhellen und dafür sorgen, sich grundsätzlichere Gedanken über die Sinnhaftigkeit von Gefängnissen zu machen. Auch *Kinzig* räumt auf mit dem Vorurteil des Wellness-Knasts (S. 91) und führt plastisch die Limitierungen und Nachteile vor Augen.

Dem Opfer ist ein weiteres Kapitel gewidmet. Neben Eckdaten zu den Opfern wird auch die Viktimologie beschrieben und die Verbesserung der Rechte der Opfer durch diverse Opferrechtsreformgesetze nachgezeichnet. Auch wird nicht verheimlicht, dass die – zu begrüßende – Ausweitung des Opferschutzes auf der anderen Seite nicht zu einem Ungleichgewicht zu Lasten des Angeklagten im Strafverfahren führen darf.

Die Bilanz im letzten Kapitel wirkt versöhnlich, wird doch in Umfragen das Rechtssystem in Deutschland von Richtern und Staatsanwälten für gut oder gar sehr gut befunden (S. 109). Nicht verheimlicht wird aber die Überlastung der Strafjustiz, da fehlende Ressourcen zu immer schlechteren Rahmenbedingungen führen (S. 111). Außerdem fiele es der Strafjustiz immer schwerer, die von ihr gefällten Entscheidungen einer breiten Bevölkerung verständlich zu machen. Die sozialen Medien tun dabei ihr übriges, diese Missverständnisse und Verstimmungen zu vertiefen, anstatt klärend zu einer Akzeptanz beizutragen.

Geeignet ist das Buch nicht nur für Studierende der Rechtswissenschaft, sondern für alle an Kriminalpolitik und Strafrecht Interessierte, da in leicht verständlicher Art und Weise komplexe Themen aufbereitet werden. So wird mit vielen Vorurteilen aufgeräumt und zu einer Versachlichung durchaus streitiger Komplexe innerhalb der Strafrechtswissenschaft beigetragen. Auch manchem zur Punitivität neigendem Politiker sei der Band empfohlen in der Hoffnung, dass die Expansion des derzeitigen Bekämpfungsstrafrechts wieder deutlich zurückgefahren wird.

## **Caprice Doerbeck: Cybermobbing. Phänomenologische Betrachtungen und strafrechtliche Analyse**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Duncker & Humblot GmbH, ISBN: 978-3-428-15842-3, S. 405, Euro 99,90.

Kriminalpolitische Themen haben teilweise eine kurze Halbwertszeit und Monographien sind daher der Gefahr ausgesetzt, dass sich Inhalte durch neue Gesetze überholen. Schnell werden aus de lege ferenda Vorschlägen Paragraphen de lege lata, die inhaltlich modifiziert sind oder ganz von kriminalpolitischen Forderungen abweichen. Die Dissertation von *Doerbeck* berücksichtigt laut Vorwort Literatur und Rechtsprechung bis zum Juni 2019. Am 3.4.2021 ist das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität in überwiegenden Teilen in Kraft getreten (BGBl. I 2021, 448 [474] und BGBl. I 2021, 441 ff.). Hierdurch wurden unter anderem die Beleidigungsdelikte angepasst, um so den besonderen Belastungen der Betroffenen durch die Verbreitungsmacht des Netzes Rechnung zu tragen. So wurde der Straftatbestand des § 185 StGB durch die Einfügung „öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) oder“ um weitere Qualifikationen neben der Beleidigung mittels einer Tätlichkeit erweitert. Die Strafdrohung wird hierfür auf bis zu zwei Jahre erhöht, so dass eine der kriminalpolitischen Forderungen von *Doerbeck* (S. 372) somit quasi umgesetzt wurde. Wer meint, die Dissertation jetzt guten Gewissens aus der Hand legen zu können, täuscht. Die Arbeit erschöpft sich nämlich nicht in dieser kriminalpolitischen Forderung, sondern analysiert das Phänomen des Cybermobbings, seine Ausprägungen sowie die unterschiedlichen Facetten in Betracht kommender Deliktsverwirklichungen. Daher lohnt sich ein intensiverer Blick in die Arbeit.

Nach einer Einführung beginnt die Dissertation mit phänomenologischen Betrachtungen, wobei sich zunächst sehr knapp sprachwissenschaftlichen Überlegungen gewidmet wird. Interessant ist, dass der Mobbingbegriff seine heutige Bedeutung erst seit ungefähr 50 Jahren erhalten hat und von dem Verhaltensforscher *Konrad Lorenz* geprägt wurde. Cybermobbing, so die Verfasserin, müsse sprachwissenschaftlich als Mobbing in einer virtuellen Welt verstanden werden (S. 36).

Ausführlich wird sich dann empirischen Erkenntnissen gewidmet, die zeigen, dass Cybermobbing in Deutschland weder auf Täter noch auf Opferseite ein seltenes Phänomen ist. So waren zwischen 8 und 33 % der Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen bereits einmal als Täter an einem Cybermobbingverlauf beteiligt, gleichzeitig wurden 5 – 35 % dieser Personen selbst Opfer von Cybermobbing (S. 81). Zudem zeigen die empirischen Erkenntnisse, dass Cybermobbing in vielen Fällen von Personen bemerkt wird, die nicht aktiv am Geschehen mitwirken und nicht darauf reagieren (Sog. Bystander).

Im dritten Kapitel wird das Phänomen Cybermobbing inhaltlich konkretisiert und eine Definition erarbeitet. Die Verfasserin versteht unter Cybermobbing „ein vorsätzliches, aus negativen Einzelhandlungen bestehendes Verhalten, das sich gegen eine – zumindest in Folge dieser Handlungen – schwächere Person richtet und mittels moderner Informations- und Kommunikationstechnologie erfolgt. Es muss sich über einen längeren Zeitraum wiederholen, wenn nicht eine öffentliche Handlung vorliegt, die dazu führt, dass andere Personen den Cybermobbingprozess – wie vom ursprünglichen Täter vorhergesehen und gebilligt – über einen längeren Zeitraum fortsetzen“ (S. 114).

Facettenreich und interessant ist dann auch die Aufarbeitung und Abgrenzung der Untergruppen Cybermobbing by proxy, Denigration, Exclusion, Impersonation, Online Harassment, Outing and Trickery (S. 123 ff.).

Im vierten Kapitel widmet sich die Verfasserin der Frage, welche Straftatbestände durch Cybermobbing – Rechtslage Juni 2019 – erfüllt sein können. Größte Bedeutung käme den Beleidigungsdelikten und den Tatbeständen zum Schutz des Rechts am eigenen Wort und Bild zu. So greifen auch bei ehrherabsetzenden Foto- und Videomanipulationen nicht nur §§ 185 ff. StGB, sondern auch § 33 KUG. Werde zudem der höchstpersönliche Lebensbereich durch Bildaufnahmen verletzt, seien veränderte Fotos auch taugliche Tatobjekte i.S.d. § 201a StGB. Dagegen sei eine Körperverletzung bei den in Cybermobbingfällen geradezu typischen psychischen Beeinträchtigung regelmäßig nicht gegeben, außer sie habe körperliche Auswirkungen. Auch ein Suizid infolge des Cybermobbings könne nur dann dem Täter zugerechnet werden, wenn das Opfer nicht freiverantwortlich gehandelt habe. Dies käme primär bei minderjährigen Opfern oder psychisch Kranken in Betracht. Insgesamt werden diese und weitere Delikte in der Dissertation sehr differenziert und unter Würdigung zahlreicher Literatur und Rechtsprechung geprüft. Leider sind nicht alle der unterschiedlichsten Konstellationen gerichtlich entschieden, so dass es – so die Verfasserin – eine offene Frage sei, wie die Rechtsprechung damit im Einzelnen umgeht (S. 307).

Bezüglich der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts werden in Cybermobbingkonstellationen keine Besonderheiten identifiziert. Hinsichtlich des Setzens eines Links und des Teilens eines Beitrags geht die Verfasserin mit der herrschenden Meinung in der Literatur von einer täterschaftlichen Begehungsweise aus, sofern es sich um Delikte handelt, die tatbestandlich eine bloße Inhaltsweitergabe ohne Identifikation mit dem Inhalt erfordern. Auch bei Delikten, die über eine Inhaltsweitergabe hinausgehen, müsse das Setzen eines Links und das Teilen

des Betrags meistens als täterschaftliches Handeln angesehen werden, da der Link bzw. der geteilte Beitrag in das Profil des Handelnden eingebunden werden. Dagegen stelle das bloße „Liken“ eine Beihilfehandlung dar, weil hierdurch nur eine fremde Aussage für gut befunden werde.

Nach dieser umfassenden Prüfung de lege lata folgt eine Bewertung der gegenwärtigen (Juni 2019) Rechtslage. Auch wenn in anderen Ländern explizite Cybermobbingtatbestände eingeführt wurden, so spricht sich die Verfasserin für Deutschland dagegen aus. Denn bereits durch andere Straftatbestände bestehe ein umfangreicher Rechtsgüterschutz, so dass es an einem entsprechenden Strafbefürfnis fehle. Zudem müsste ein Straftatbestand Cybermobbing sowohl im Hinblick auf das Dauerhaftigkeitselement als auch hinsichtlich seiner Tathandlungen und Tatfolgen sehr vage bleiben, so dass ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG im Raum stünde. Da Cybermobbing aber die Psyche des Opfers massiv beeinträchtigen könne, sollte § 223 Abs. 1 StGB neu gefasst werden, um auch solche Schädigungen der psychischen Gesundheit zu erfassen. Konkret wird folgende Formulierung vorgeschlagen: „Wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der physischen oder psychischen Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“ (S. 363).

Die Einführung eines Qualifikationstatbestands, der an die bloße Begehung der §§ 185 ff. StGB über das Internet anknüpft, wird von der Verfasserin abgelehnt. Stattdessen wird vorgeschlagen, auf das Vorliegen der unrechtserhöhenden Umstände abzustellen, die mit der Verwendung der Internetnutzung einhergehen. Hier wird auf die „Öffentlichkeit“ als Qualifikation abgestellt und eine Höchststrafandrohung von zwei Jahren Freiheitsstrafe vorgeschlagen. Diese Forderung wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität bereits umgesetzt und ist geltendes Recht.

Nicht umgesetzt wurde ein weiterer Vorschlag von *Doerbeck*. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nach § 201a StGB sollte ihrer Meinung nach um eine Qualifikation des öffentlichen Zugänglichmachens der Aufnahme mit einer Höchststrafandrohung von fünf Jahren Freiheitsstrafe erweitert werden, um den erhöhten Unrechtsgehalt abzubilden.

Fraglich ist natürlich, ob durch die sehr hohe Strafdrohung nicht ein Ungleichgewicht zur „nur“ mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Qualifikation der Beleidigung entsteht.

Auch hinsichtlich der Ausgestaltung als Antragsdelikt spricht sich die Verfasserin für eine Einschränkung des absoluten Antragsersfordernisses bei öffentlicher Begehungswiese aus. Auch der Gesetzgeber hat durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität § 194 StGB modifiziert, allerdings anders, als in der vorliegenden Dissertation gefordert. So wird von dem Antragsersfordernis bei Beleidigungen im Rahmen einer Versammlung oder bei Zugänglichmachen der Öffentlichkeit nur dann abgesehen, „wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt“ (§ 194 Abs. 1 S. 2 StGB).

In einem Exkurs werden zudem – leider nur recht kurz – Präventionsüberlegungen angestellt (S. 361 ff.). Die Vermittlung von Medienkompetenz ist hier sicherlich von entscheidender Bedeutung. Wie dies umgesetzt werden soll, geht über pauschale und bereits gängige Empfehlungen nicht hinaus, ist aber auch nicht Gegenstand der Dissertation. Verhaltensempfehlungen an die Opfer, rechtliche Hintergrundinformationen und Links zu Beratungsstellen werden als weiterer Baustein der Präventionsangebote genannt.

Insgesamt bietet die vorliegende Dissertation einen guten Gesamtüberblick über die Phänomenologie des Cybermobbings, seine Unterarten aber auch Abgrenzungen zu anderen – ähnlichen – Phänomenen. Hier bekommt man, trotz der Gesetzesnovellierung im Bereich der Beleidigungsdelikte, wertvolle Grundlagen – auch durch einen umfangreichen Fußnotenapparat – vermittelt, die nach wie vor Gültigkeit haben.

Die von der Verfasserin formulierten de lege ferenda Vorschläge haben sich zwar teilweise überholt, teilweise geben sie aber Anlass, noch einmal über – noch – bestehende Strafbarkeitslücken beim Cybermobbing nachzudenken und gegebenenfalls weitere Anpassungen vorzunehmen. Eines eigenen Cybermobbingtatbestands bedarf es, hier ist *Doerbeck* absolut recht zu geben, nicht.

## TAGUNGSBERICHT

## „Kongress Netzwerk demokratische Polizei. Forschung, Bildung, Praxis im gesellschaftlichen Diskurs.“

von Michael Rubener, M.A.\*

Am 9. und 10. September 2021 fand erstmalig der bundesweite Kongress Netzwerk demokratische Polizei (NetDemPol) im Hannover Congress Centrum (HCC) statt. Der Kongress wurde von der Polizeiakademie Niedersachsen gemeinsam mit der Konferenz der polizeilichen Hochschulen, Fachbereiche und Akademien des Bundes und der Länder (HPK) durchgeführt.<sup>1</sup>

Besondere Umstände durch die Corona-Pandemie erforderten eine hybride Veranstaltung. Auch bedurfte es mehrerer organisatorischer Anpassungen im Vorfeld. Dennoch nahmen mehr als 200 Teilnehmende vor Ort im HCC sowie mehrere Hundert Gäste digital via Livestream teil. Die Online-Teilnahme beinhaltete die Möglichkeit, Fragen über einen Chat zu stellen. Der Kongress beabsichtigte eine möglichst gleichwertige Aufteilung der Gäste, Referentinnen und Referenten auf Akteure aus Polizei, Politik, Bildung und Wissenschaft.

Die Veranstaltung hatte einen konstruktiv-kritischen Austausch zwischen Wissenschaft und Polizeipraxis und die Stärkung der demokratischen Widerstandskraft<sup>2</sup> zum Ziel. „Die Polizeiakademie Niedersachsen und die HPK sehen den Kongress als weiteren Baustein zur Demokratiestärkung der Polizei, die nicht mit dem Ende der Tagung schließt, sondern weiterer Impulse, Anregungen, Diskussionen etc. bedarf, um den Diskurs stetig fortzusetzen“, so Dr. Martin Mauri (Leiter Studienggebiet 4 – Sozialwissenschaften und Führung, inhaltlicher Verantwortlicher des Kongresses) im Nachgang der Veranstaltung.

Im Kontext vermehrter medialer Berichterstattung zu rechtsradikalen Tendenzen in der Polizei bundesweit<sup>3</sup> bot der Kongress ein den Zeitgeist treffendes Programm mit inhaltlicher Orientierung an den Themenfeldern Demokratie, Radikalisierung, Interkulturalität, Diskriminierung

und der Zusammenarbeit von Wissenschaft und Polizei- sowie Polizei und Zivilgesellschaft. Der inhaltlichen Gestaltung des Kongresses gelang darin das Wiedererkennen der demokratische Resilienzoffensive der Polizei Niedersachsens.<sup>4</sup>

Dem Kongress voran stand ein Online-Planungstreffen mit interessierten Akteuren zur Identifikation lang- und mittelfristig polizeirelevanter Themen für den Kongress.

### I. Begrüßung, Key Note, Impulse

Am ersten Tag folgte der Begrüßung durch u.a. den Direktor der Polizeiakademie Niedersachsen, Carsten Rose, ein Grußwort des Niedersächsischen Ministers für Inneres und Sport, Boris Pistorius. Daran schloss die erste Key Note „Demokratie schützen – Zur Rolle der Institutionen und ihrer Mitwirkenden“ von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Andreas Voßkuhle an. Dieser ist Vorsitzender des Vereins Gegen Vergessen – Für Demokratie e.V., welcher gemeinsam mit der Polizeiakademie Niedersachsen ein Bildungsangebot zu den im Verlauf des Kongresses oft erwähnten Strategiepaten/Strategiepatinnen für Demokratietarbeit in der Polizei Niedersachsen<sup>5</sup> entwickelte. Voßkuhle stellte heraus, dass eine große Gefahr im Eintreten von Verfassungsfeinden in den Polizeidienst liege. Selbige müssten identifiziert und entfernt werden, im Sinne einer wehrhaften Demokratie. Ebenso betonte er, die Gefahr gehe hier eher vom Rechtsextremismus als vom Linksextremismus oder dem Islamismus aus, da zuletzt Genannte nicht oder nur selten versuchten, Polizistinnen oder Polizisten zu werden. Die Strategiepaten, bald 80 innerhalb der Polizei Niedersachsen, seien ein Instrument, um in allen Inspektionen, als Teil ihres Dienstes, als Teil ihres Amtes, das Demokratiebewusstsein in der Polizei zu stärken.

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Projekt MEGAVO am Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik bei Prof. Dr. Anja Schiemann an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

<sup>1</sup> Die Ergebnisse werden in einem Tagungsband beim Verlag für Polizeiwissenschaft publiziert. Den Kongress begleitete ein Künstler, welcher die verbalisierten Inhalte durch Skizzen in Echtzeit visualisierte. Ebenfalls angekündigt wurde ein Impressionsfilm bestehend aus Eindrücken, Beiträgen und Wortmeldungen.

<sup>2</sup> Carsten Rose, Direktor der Polizeiakademie Niedersachsen, während der Veranstaltungseröffnung (9.9.2021).

<sup>3</sup> Beispielhaft aufgeführt: rechtsextreme Chats von Polizeiangehörigen in u.a. Hessen und Nordrhein-Westfalen, die Neustrukturierung des Spezialeinsatzkommandos (SEK) der Polizei Hessen in diesem Kontext, der Verdacht rechter Vergangenheit eines Professors der Bundespolizeiakademie, weiter wurde der Bundestag befragt u.a. in BT-Drs.19/7245 zu Erkenntnissen über Rechtsextremismus in Polizeibehörden sowie in BT-Drs. 19/26734 zur Umsetzung des Maßnahmenpakets des Kabinettsausschusses zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus.

<sup>4</sup> Hierzu Nds. LT-Drs. 18/7926; Antwort auf die Anfrage der Abgeordneten Julia Willie Hamburg und Susanne Menge (GRÜNE); Nds. LT-Drs. 18/7641.

<sup>5</sup> Hierzu Jahresbericht 2020 Gegen Vergessen – Für Demokratie e.V., sowie Nds. LT-Drs.18/7926, im Nachgang einer Anfrage der Abgeordneten Julia Willie Hamburg und Susanne Menge (GRÜNE); Nds. LT-Drs. 18/7641.

Darauf folgte ein Beitrag zum „Wesen einer demokratischen Polizei“ durch Herrn *Dr. Dirk Götting*, dem Leiter der Forschungsstelle für Polizei- und Demokratiegeschichte der Polizeiakademie Niedersachsen.

## II. Forschung und Polizei. Projekte, Studien, Thesen

Ab der zweiten Tageshälfte bestand die Möglichkeit, an mehreren parallelen Veranstaltungen teilzunehmen. Diese umfassten Vorträge der Themenfelder Diskriminierungstendenzen (darunter *Prof. Dr. Tobias Singelstein*) und Organisationskultur (darunter *Prof. Dr. Rafael Behr*). In letzterem genannten Vortrag wurde, initiiert aus dem Publikum, die Frage diskutiert, ob Cop Culture grundsätzlich negativ zu beurteilen sei. *Behr* verneinte dies und führte dazu den Vergleich zu Leitbildern auf: diese seien ~~auch~~ gut, aber nicht praktikabel. Die Handlungen innerhalb Cop Culture hingegen seien praktikabel, aber nicht menschenrechtskonform. Als Lösung bewarb er unterschiedliche Kulturen durch Leitungen ‚von außen‘ zu etablieren und diese nicht aus ihrer Mitte zu rekrutieren.

Darauf folgten parallel durchgeführte Panels zu den Themen Rassismus, Antisemitismus, Sexismus, sowie Gender/LSBTIQ. Die Referentin zum Themenfeld Antisemitismus, *Dr. Sarah Jadwiga Jahn*, stellte ein Defizit im Verständnis von Antisemitismus fest. Selbiges müsse über ‚nur‘ eine Deliktorientierung hinaus betrachtet werden. Eine Unterscheidung zwischen klassischem und israelfeindlichen Antisemitismus reiche nicht. Dazu beschrieb sie anhand des Beispiels #Pizzagate<sup>6</sup> wie Stereotype oder politische Hintergründe, aus der Mitte der Gesellschaft, durch soziale Medien, ‚real‘ werden und letztlich zu strafrechtlicher Handlung führen können. Mit Blick auf das zeithistorische Bewusstsein stellt sie dazu die offene Frage, ob Polizistinnen und Polizisten nun jedes Pizzastück (Teil von Verschwörungstheorien) kennen müssten, um Antisemitismus zu identifizieren.

Als vorletzten offiziellen Programmpunkt boten die Referentinnen *Prof. a.d.PA Dr. Daniela Klimke*, *Prof. a.d.PA Dr. Astrid Jacobsen*, *Dr. Michaela Wendekamm*, und *Sabine Jacobi, M.A.*, einen Ausblick auf das derzeitige und zukünftige Zusammenspiel von Forschung und polizeilichem Handeln an. Ein Thema, dass sich in mehreren Key Notes, Wortbeiträgen und Workshops wie ein roter Faden durch die gesamte Veranstaltung zog.

## III. Messe

Der letzte Programmpunkt des Tages stellte eine Besonderheit dar. Hier wurden in einem Erlebnisgang aktuelle Projekte und Initiativen der Polizeien sowie der Forschung ausgestellt. Teils fanden sich an den Ständen die Referentinnen und Referenten des Tages ein. Zu besuchen

waren Infostände zu ca. 30 Themen, an denen man sich im Austausch mit den Verantwortlichen über aktuelle Projektstände, der derzeitigen Situation bestimmter Thematiken/Problemfelder und zukünftiger Vorhaben informieren konnte.

Jeweils mit mehreren Themen vertreten waren u.a. die Polizeien Hamburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, die Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin sowie die Deutsche Hochschule der Polizei Münster, darunter auch ein Messestand des Projektes „Motivation, Einstellung & Gewalt im Alltag von Polizeivollzugsbeamten (ME-GAVO)“<sup>7</sup>. Selbiger bot Informationsmöglichkeiten zum Projektablauf, den unterschiedlichen Ansätzen der quantitativen und qualitativen Datenerhebung sowie zur Auswahl der Forschungsorte. Ebenfalls vertreten war das neu gegründete Forschungsinstitut Sächsisches Institut für Polizei- und Sicherheitsforschung (SIPS) mit einer Vorstellung gegenwärtig laufender Forschungsinitiativen.

## IV. Polizeiliche Bildung, demokratische Werte, gesellschaftliche Herausforderungen

Eingeleitet durch die Key Note „Freiheit: wozu? Von Sicherheit und Freiheit in einer digitalisierten, demokratischen Gesellschaft, von *Marina Weisband*<sup>8</sup>, begann der zweite Tag des Kongresses. Daran schloss der Vortrag „Zusammenarbeit von Polizei und Zivilgesellschaft“ von *Dr. Michael Parak*, Geschäftsführer des Vereins Gegen Vergessen – Für Demokratie e.V., an. Dieser bewarb die Zusammenarbeit der Polizei mit zivilgesellschaftlichen Akteuren, im Sinne davon externes Knowhow, welches partiell nicht in Organisationen abzurufen ist, aktiv durch Externe einzubinden. Darin hob er den politischen Willen<sup>9</sup>, wie auch die schon vorhandene abrufbare Expertise hervor.

Darauffolgend luden sechs parallele Workshops zur Teilnahme ein. Die Inhalte waren: 1) Der aktuelle gesellschaftliche Diskurs zum Thema Rassismus und Vorurteile, 2) Polizei, Demokratie und Menschenrechte, 3) Erleben eines interkulturellen Trainings (aktive Teilnahme), 4) Polizeiliche Kulturen, 5) Offener Diskussionsraum, 6) Demokratische Resilienz in der Personalauswahl. Die Ergebnisse wurden im Anschluss für alle zugänglich in der Niedersachsenhalle vorgestellt.<sup>10</sup>

## V. Demokratiestärkung, Polizeiliche Führungs- und Organisationsaufgabe

Den Themen Führung, Demokratie und Radikalisierung widmeten sich in diesem Programmpunkt die in der Niedersachsenhalle gehaltenen Vorträge „Ist die offene Gesellschaft in Gefahr? Zur Rolle von Führungskräften im Wettbewerb der Narrative“, „Demokratiestärkung als

<sup>6</sup> Siehe u.a. <https://taz.de/Verschwoerungstheorie-ueber-Clinton/!5364337/> (zuletzt abgerufen am 23.9.2021).

<sup>7</sup> Hierzu [www.polizeistudie.de](http://www.polizeistudie.de).

<sup>8</sup> Politikerin und Publizistin, ehemalige politische Geschäftsführerin des Bundesvorstands der Piratenpartei.

<sup>9</sup> Hierzu Austausch mit zivilgesellschaftlichen Bildungsinitiativen Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung/Antwort (hib 969/2021, vom 20.8.2021), online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/presse/hib/855468-855468> (zuletzt abgerufen am: 23.9.2021).

<sup>10</sup> Ebenso wurden im Nachgang der Veranstaltung erste gesammelte Erkenntnisse sowie die graphischen Visualisierungen (s. Fn. 1) an die Teilnehmer digital übersandt.

Führungsaufgabe“, „Die Verhinderung von Radikalisierungsgefahren als besondere Herausforderung für moderne polizeiliche Führung“, welche in eine offene Diskussion zu Demokratiestärkung als polizeiliche Führungs- und Organisationsaufgabe übergangen.

## VI. Praxistransfer und Ausblick

Der letzte inhaltliche Tagespunkt des Kongresses, „Round Table Transferstrategien und praxisorientierte Nutzbarmachung“, diente der genaueren Betrachtung der Zusammenarbeit Wissenschaft und Polizeipraxis. In einem Gruppengespräch<sup>11</sup> wurde konstruktiv diskutiert in wie weit wissenschaftliche Erkenntnisse ihren Weg in das alltägliche polizeiliche Handeln finden können, oder was diese Transferleistung erschwert. In diesem Kontext wurden die Themenfelder Führung (Wie lebt man demokratische Haltung vor?), Fortbildung (insbesondere interkulturelle Sensibilisierung und externe Partner), Ausbildung (Demokratiebewusstsein vermitteln, nicht nur ‚auswendig lernen‘) und Zusammenarbeit von Polizei und Zivilgesellschaft (bestehende Bildungsangebote nutzen und aktiv suchen) berührt.

Den Abschluss des Kongresses bildete die Verabschiedung durch den Direktor der Polizeiakademie Niedersachsen, *Carsten Rose* mit der Sprecherin und dem Sprecher der HPK, *Prof. Dr. Sabrina Schönrock* (Berlin) und *Friedel Durben* (Rheinland-Pfalz).

## VII. Fazit

Eingangs der Veranstaltung eröffnete *Carsten Rose* damit, dass die Polizei die Institution ist, die Gewalt ausübt und es deshalb wichtig sei, dies beforschen zu lassen. Auch zukünftig werden die Polizeien als Organisationsform, wie auch Polizistinnen und Polizisten, nicht aus dem Fokus des gesellschaftlichen und medialen Interesses rücken. Die Forderung nach Transparenz, sowie nach Zusammenarbeit zwischen Wissenschaft und Polizei, wurde im Laufe des Kongresses gleichermaßen von Akteuren aus Theorie und Praxis, Forschung und polizeilichen Handelns, wiederholt.

Trotz dessen, dass durchaus kritische Konfrontationen im Diskurs ausgetragen wurden (u.a. der Vorwurf des strukturellen Rassismus), wurde dennoch immer eine konstruktive Ebene bewahrt oder zu dieser zurückgefunden.

Der Kongress zeigte im Spannungsfeld zwischen Transparenz und institutionellem Vertrauen, u.a. am Beispiel der Strategiepatinnen und -paten der Polizei Niedersachsen, wie gute Kooperation funktionieren kann und bewarb diese aktiv zu suchen und fortzusetzen. Deutlich dazu beigetragen hat, so ist anzunehmen, dass die Teilnehmerinnen und Teilnehmer sich in gemischten Arbeitsgruppen von Akademikerinnen und Akademikern, Polizistinnen und Polizisten sowie zivilgesellschaftlichen Akteuren fanden und austauschten. Dies ist als die Stärke eines solchen Kongressformates herauszustellen.

<sup>11</sup> Teilnehmerinnen und Teilnehmer: *Prof. Sandra Schmidt* (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin), *Dr. Michael Parak* (Geschäftsführer Gegen Vergessen – Für Demokratie e.V.), *Johann Kühme*, (Präsident der Polizeidirektion Oldenburg), *Kathrin Hartmann* (Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung), *Michael Rubener* (Moderation).