

KriPoZ



Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeberin

Prof. Dr. Anja Schiemann

Aktuelle Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht Band 1 - Sammelband -

aus der Reihe:

KriPoZ | Junges Publizieren



INHALT

Das Eckpunktepapier zum Gesetz gegen digitale Gewalt <i>von Annika Schulte</i>	<i>Seite 3</i>
Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, § 265a StGB? <i>von Melina Bab Alfath</i>	<i>Seite 25</i>
Femizide: Die Erweiterung der Mordmerkmale um „geschlechtsspezifische Beweggründe“? <i>von Timotheus Winterstein</i>	<i>Seite 48</i>
Die Neuregelung der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des rechtskräftig Freigesprochenen gem. § 362 Nr. 5 StPO <i>von Vera Berger</i>	<i>Seite 69</i>
Die objektivste Behörde der Welt: Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft <i>von Ann-Kathrin Haffelder</i>	<i>Seite 91</i>

VORWORT

Bereits zum dritten Mal fand im Wintersemester 2023/24 an der Universität zu Köln ein Schwerpunktbereichsseminar zu aktuellen Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht statt. 14 kriminalpolitische Themen wurden beleuchtet, um den kritischen Blick auf die Gesetzgebung zu schulen, geplante sowie bereits umgesetzte Gesetzgebungsvorhaben auf ihre Sinnhaftigkeit hin zu untersuchen oder weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu identifizieren. Neben den Seminararbeiten wurden in einer Blockveranstaltung am 2. und 3. Februar 2024 in der Bibliothek des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht Vorträge zu den einzelnen Themen gehalten und lebhaft diskutiert. Auch in diesem Jahr überzeugten die Studierenden wieder durch ihre freien, selbstbewusst vorgebrachten Ausführungen, die visuell ansprechend durch Folien unterstützt wurden.

In diesem Sammelband werden die fünf besten Seminararbeiten vereint. *Annika Schulte* beschreibt und bewertet das Eckpunktepapier zum Gesetz gegen digitale Gewalt, äußert Zweifel an der tatsächlichen Umsetzbarkeit und identifiziert weiteren Handlungsbedarf. *Melina Baba Alfath* widmet sich der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens gem. § 265a StGB und positioniert sich unter Abwägung der momentan widerstrebenden Argumente klar für eine Abschaffung dieser Tatvariante im Gesetz. *Timotheus Winterstein* setzt sich mit der Frage auseinander, ob die Mordmerkmale um einen geschlechtsspezifischen Beweggrund ergänzt werden sollten, um den Femiziden ausreichend Rechnung tragen zu können. Allerdings könne schon jetzt der Femizid unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe subsumiert werden, so dass es weniger einer Ergänzung des § 211 StGB als vielmehr einer Sensibilisierung der Justiz bedürfe. Die vom *BVerfG* mittlerweile für verfassungswidrig erklärte Neuregelung der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des rechtskräftig Freigesprochenen gem. § 362 Nr. 5 StPO nimmt *Vera Berger* in den Blick. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass es dem Gesetzgeber zwar nicht grundsätzlich untersagt sei, die Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO zu erweitern. Allerdings sei die Ausgestaltung in ihrer Form verfassungswidrig. Abgeschlossen wird der Sammelband durch die Arbeit von *Ann-Kathrin Haffelder* mit dem Titel „Die objektivste Behörde der Welt: Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft?“ Sie fordert eine verfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Ministerialverantwortlichkeit und eine Übertragung des externen Weisungsrechts auf ein neutrales Aufsichtsorgan. Dazu formuliert sie einen eigenen *de lege ferenda* Vorschlag.

Den vorstehenden Seminarteilnehmer:innen gilt mein Dank für ihre klugen Ausführungen und die Bereitschaft, ihre Texte für die Publikation in der Kriminalpolitischen Zeitschrift – Junges Publizieren zur Verfügung zu stellen. Meiner Kollegin *Sabine Horn* und meinem Kollegen *Tim Stephan* danke ich für die redaktionelle Betreuung und Bearbeitung.

Anja Schiemann

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Annika Schulte

Das Eckpunktepapier zum Gesetz gegen digitale Gewalt

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 27.10.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	5
II. Digitale Gewalt	6
III. Ausgangslage	7
IV. Ziel des Gesetzes	8
V. Inhalt	8
1. <i>Stärkung privater Auskunftsverfahren</i>	9
a) <i>Erweiterung des Anwendungsbereichs des Auskunftsverfahren</i>	9
b) <i>Effektivere Ausgestaltung des Auskunftsverfahrens</i>	9
2. <i>Anspruch auf eine richterlich angeordnete Accountsperre</i>	9
3. <i>Erleichterung der Zustellung</i>	10
VI. Bewertung	10
1. <i>Begriff digitale Gewalt</i>	10
2. <i>Stärkung privater Auskunftsverfahren</i>	12
a) <i>Erweiterung des Anwendungsbereichs des Auskunftsverfahrens</i>	12
aa) <i>Herausgabe von Nutzungsdaten</i>	12
bb) <i>Erstreckung auf Anbieter von Messenger- & Internetzugangsdiensten</i>	12
(1) <i>Messengerdienste</i>	13
(2) <i>Internetzugangsdienste</i>	13
(3) <i>Grundrechtskonformität</i>	15
cc) <i>Erstreckung auf alle Fälle der Verletzung absoluter Rechte</i>	16
b) <i>Effektivere Ausgestaltung des Auskunftsverfahrens</i>	18
3. <i>Anspruch auf richterlich angeordnete Accountsperren</i>	18
a) <i>Gelegenheit zur Stellungnahme</i>	20
b) <i>Konflikt mit DSA</i>	21
4. <i>Erleichterung der Zustellung</i>	21
a) <i>Inländischer Zustellungsbevollmächtigte</i>	21
b) <i>Vereinbarkeit mit DSA</i>	22
5. <i>Fehlende Aspekte</i>	23
VII. Fazit	23

I. Einleitung

Hate Speech, Cyber-Grooming, Cyber-Stalking, Cyber-Mobbing, Diskriminierung, Beleidigung, Belästigung, Doxing, Revenge Porn, Deepfakes, etc. Den Möglichkeiten von Rechtsverletzungen oder sogar Straftaten im digitalen Raum scheinen keine Grenzen gesetzt zu sein. Deshalb überrascht es nicht, dass bei einem Blick in soziale Medien, Kommentarfelder, Webseiten, Blogs, Instant Messenger oder Chatforen rechtsverletzendes Verhalten in den verschiedenen Formen immer wieder zu finden ist. Die Vielzahl der Fälle legt die Vermutung nahe, dass Nutzer den Eindruck haben, dass beim sozialen Umgang im Internet im Vergleich zum analogen Raum wohl andere (oder sogar weniger) Regeln herrschen könnten, so oft wie es dort zu sichtbarem, rechtsverletzendem oder strafbarem Verhalten kommt. Ein immer wieder gern zitierter Satz dazu ist jedoch: „Das Internet ist kein rechtsfreier Raum“. Und das nicht zu Unrecht, denn im Internet finden die gleichen Normen Anwendung, wie auch im analogen Raum. Obwohl einige bestimmte delinquente Verhaltensweisen (wie beispielsweise Cybermobbing), die ausschließlich den digitalen Raum betreffen, (bisher) keine eigenständigen Straftatbestände sind, so können dennoch, je nach Fallgestaltung, andere Strafnormen wie beispielsweise Beleidigung (§ 185 StGB), Üble Nachrede (§ 186 StGB), Verleumdung (§ 187 StGB) oder Bedrohung (§ 241 StGB) verwirklicht sein. Dennoch kommt es häufig zu offensichtlichen und nicht verfolgten oder nicht verfolgbaren Rechtsverletzungen und Straftaten im Internet. Damit muss zwangsläufig die Frage gestellt werden: ist das Internet kein rechtsfreier, sondern vielmehr ein rechtsdurchsetzungsfreier Raum? Mit dieser Frage hat sich auch die Ampelregierung beschäftigt, die bereits in ihrem Koalitionsvertrag festhielt, ein „Gesetz gegen digitale Gewalt“ schaffen zu wollen.¹ Damit soll eine leichtere und effektivere Rechtsdurchsetzung für Privatpersonen im digitalen Raum geschaffen werden.

Die Aktualität und Relevanz dieses Vorhabens und dessen Umsetzung wird vor allem auch im Bereich der Verbreitung von Falschinformationen und Gewaltaufrufen deutlich. Während soziale Medienplattformen durch die Digitalisierung ein wichtiges Medium zur Verbreitung von Informationen und Nachrichten sowie des Meinungs-austauschs geworden sind, ist die Gefahr für eine ungehinderte Verbreitung von Fehlinformationen und die Auslösung digitaler Hasswellen (sog. Hate-Speech), die auf bestimmte Bevölkerungsgruppen gerichtet sind, groß. Besonders deutlich wird die Tragweite bei Konflikten und Kriegen wie der aktuellen Eskalation des Nahostkonflikts. Die Vermutung einer sich bedingenden Relation zwischen ansteigender digitaler sowie analoger Gewalt demonstriert die Signifikanz und Notwendigkeit digitaler durchsetzbarer Regelungen. Im April 2023 wurde vom Bundesministerium für Justiz das Eckpunktepapier zum Gesetz gegen digitale Gewalt veröffentlicht, um die Herausforderungen im digitalen Raum zu adressieren.

Gegenstand dieser Arbeit ist es, zu erörtern, ob und inwiefern die im Eckpunktepapier aufgeführten Vorhaben dem Ziel des Gesetzes gerecht werden und inwiefern dabei europäische Vorgaben sowie die (Grund-)Rechte der Beteiligten hinreichend gewürdigt werden.

Im Zuge dessen wird zunächst ein Überblick über das Phänomen digitaler Gewalt, sowie die historische und rechtliche Ausgangslage gegeben. Daraufhin folgt eine Erläuterung des Ziels des geplanten Gesetzes, sowie die Darlegung der einzelnen im Eckpunktepapier beschriebenen Vorhaben. Diese werden anschließend kritisch eingeordnet.

¹ Koalitionsvertrag 2021, S. 17 f., abrufbar unter: [https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1_\(zuletzt abgerufen am 27.10.2023\)](https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1_(zuletzt%20abgerufen%20am%2027.10.2023)).

II. Digitale Gewalt

Aufgrund der Komplexität von „digitaler Gewalt“ gibt es (bisher) keine einheitliche Definition des Phänomens und nur wenige konkrete empirische Daten zum Erscheinungsbild. 2021 verzeichnete das Bundeskriminalamt (BKA) mit 146.363 Delikten einen neuen Höchstwert bei Cyber-Straftaten.² Doch spezifische Zahlen zum Bereich digitaler Gewalt werden nicht ermittelt. Allerdings ist ersichtlich, dass sich Kriminalität zunehmend in den digitalen Raum verlagert – während die in der PKS erfassten Straftaten 2015-2022 rückläufig sind, sind Straftaten im digitalen Raum deutlich angestiegen.³ Hasspostings im Bereich „ausländischer Ideologie“ verzeichneten beispielsweise zwischen 2021 und 2021 einen Anstieg von ca. +128 %.⁴

Digitale Gewalt lässt sich schemenhaft beschreiben als verschiedene Formen der Herabsetzung, Belästigung, Diskriminierung und Nötigung anderer Menschen mit Hilfe elektronischer Kommunikationsmittel über soziale Netzwerke, in Chaträumen, beim Instant Messaging und/oder mittels mobiler Telefone. Dabei kann digitale Gewalt verschiedene Delikte wie Beleidigung (§ 185 StGB) oder Verleumdung (§ StGB) umfassen, aber auch Handlungen, welche die Strafbarkeitsschwelle gar nicht übertreten oder die (bisher) keine eigenen Straftatbestände sind. Dazu beispielhaft zu nennen ist Cybermobbing, welches ein „vorsätzliches, aus negativen Einzelhandlungen bestehendes Verhalten, das sich gegen eine – zumindest in Folge dieser Handlung – schwächere Person richtet und mit Hilfe von Informations- und Kommunikationsmedien erfolgt“ beschreibt.⁵ Ebenfalls beispielhaft zu nennen ist sog. Hate Speech, welche als „öffentlich, gegen bestimmte Personengruppen gerichtete Aussage mit dem Ziel, diese Gruppen abzuwerten, auszugrenzen oder zu demütigen“ beschrieben werden kann.⁶

Digitale Gewalt zeichnet sich zusätzlich dadurch aus, dass sie im Internet, also beispielsweise in sozialen Medien oder Chatforen, ausgeübt wird. Für den digitalen Raum ist kennzeichnend, dass darin sehr günstige Tatbegehungsstrukturen für Rechtsverletzungen (bis hin zu digitaler Gewalt) bestehen.⁷ Im Internet bietet sich ein unendlicher sozialer Raum, um potenzielle Opfer kontaktieren zu können.⁸ Die dabei leicht umsetzbare Anonymität im Internet unterstützt zudem den hohen Nutzen für Täter im Gegensatz zum niedrigen Entdeckungs- und Sanktionsrisiko (welches maßgeblicher Faktor bei der Begehung von Straftaten ist).

Der grundsätzlich geringe zeitliche und finanzielle Aufwand (beispielsweise eine Nachricht ist schnell geschrieben und veröffentlicht) steht im außerordentlich unausgeglichene Verhältnis zu den Auswirkungen, die (sogar nur einmal) veröffentlichte Bilder, Videos oder Nachrichten erwirken können. Denn die Speicherung digitaler Inhalte ist umfassend, ungefiltert und grundsätzlich dauerhaft,⁹ sodass vor allem von digitaler Gewalt regelmäßig erhebliche Belastungen für Betroffene ausgehen. Dabei verdeutlicht die sog. „Mediatisierung“ des Alltags, also der gesellschaftliche Wandel hin zu einer Verschmelzung von Alltag, Kultur, Gesellschaft und digitalen Medien,¹⁰ dass sich die Auswirkungen von digitaler Gewalt, obwohl diese im digitalen Raum begangen wird, keinesfalls nur auf diesen beschränken, sondern sich auf alle (auch analoge) Lebensbereiche ausbreiten. Meist ist digitale Gewalt

² BKA, Bundeslagebild Cybercrime, S. 3, abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2022/Presse2022/220509_PM_CybercrimeBLB.html (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

³ BKA, Cybercrime 2021, S. 4.

⁴ BKA, Politisch motivierte Kriminalität: Bundesweite Fallzahlen, S. 12, abrufbar unter: https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2021.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

⁵ Doerbeck, Cybermobbing: Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse, 2019, S. 114.

⁶ Wachs/Schubarth/Blitz, Hate Speech als Schulproblem? Erziehungswissenschaftliche Perspektiven auf ein aktuelles Phänomen, 2020, S. 224.

⁷ Neubacher, Kriminologie, 5. Aufl. (2023), S. 236.

⁸ Ebd.

⁹ Nolte, ZRP 2011, 236 (236).

¹⁰ Hartmann/Krotz, in: Schweiger/Beck, Handbuch Online-Kommunikation, 2. Aufl. (2019), S. 275.

darüber hinaus Ergänzung oder Verstärkung von „analoger Gewalt“.¹¹ Die Folgen für Betroffene sind unterschiedlich und komplex, sie reichen von Wut, Angst sozialem Rückzug und psychosomatischen Beschwerden über Traumatisierung und Depression bis hin zu Suizidgedanken, -versuchen oder sogar -vollendungen.¹² Die Komplexität des Themas der digitalen Gewalt und günstige Tatbegehungsstrukturen für Täter betonen, dass effiziente und durchsetzbare Regelungen auch im digitalen Raum von erheblicher Bedeutung sind.

III. Ausgangslage

Bemühungen des Gesetzgebers, die Verfolgung von Straftaten und Rechtsverletzungen im Internet effizienter zu gestalten sind daher keinesfalls eine neue Initiative. Nachdem bereits 2015 strafbare Hassbotschaften, die über soziale Netzwerke verbreitet wurden, besondere Aufmerksamkeit von Öffentlichkeit und Politik erhielten, trat schließlich am 1.10.2017 das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) in Kraft.¹³ Ziel war es, die Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken zu verbessern und gegen Hass und Hetze sowie gezielte Fake-News im Internet vorzugehen.¹⁴ Maßnahmen waren dabei zum Beispiel die Verpflichtung sozialer Netzwerke, offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb enger Fristen zu löschen oder zu sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG).¹⁵ Dabei adressiert das NetzDG lediglich Telemedienanbieter unter bestimmten Voraussetzungen wie einer Mindest-Nutzeranzahl¹⁶ und unterlag im Laufe der Zeit mehreren Novellierungen.¹⁷

Der Mord an Walter Lübcke im Juni 2019 und die vorausgegangenen, jahrelangen Anfeindungen und Morddrohungen im Netz, haben die Debatte um Hasskriminalität im Internet erneut in den Fokus der Öffentlichkeit und Politik gerückt und maßgeblich geprägt. Zudem wird digitale Gewalt im Zusammenhang mit Desinformationen häufig als Faktor für Radikalisierung angesehen.¹⁸ Das daraufhin 2021 beschlossene Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität¹⁹ sollte daher insbesondere Tatbegehungen im Internet effektiver bekämpfen. Dabei wurde unter anderem für Anbieter sozialer Netzwerke eine Meldepflicht an das Bundeskriminalamt (BKA) für bestimmte strafbare Inhalte geschaffen (§ 3a NetzDG).²⁰ Außerdem wurden 2021 einige Änderungen eingeführt, die auch Straftaten im oder durch den digitalen Raum betreffen.²¹ Dazu gehört bspw. die Einführung des § 192a StGB, welcher eine Schutzlücke zwischen Beleidigung (§ 185 StGB) und Volksverhetzung (§ 130) schließen sollte.²² Dies betrifft vor allem auch online verbreitete verhetzende Beleidigungen und sog. Hatespeech. Neu eingeführt wurde darüber hinaus der § 126a StGB, mit dem vor allem der strafrechtliche Schutz vor sogenannten „Feindeslisten“ verbessert werden sollte, bei denen unter anderem persönliche Daten insbesondere im Internet verbreitet werden.²³ Novelliert wurde zudem ebenfalls 2021 der Cyberstalking-Tatbestand des § 238 StGB.²⁴

¹¹ Clemm, in: Prasad, Geschlechtsspezifische Gewalt in Zeiten der Digitalisierung, 2021, S. 129.

¹² Bocian/Lütgens/Wagner, in: Prasad, S. 200.

¹³ BGBl. 2017 I, S. 3352, 3355.

¹⁴ Apostel, KriPoZ 2019, 287 (289).

¹⁵ Liesching, MMR 2023, 56 (56).

¹⁶ Hoven/Gersdorf, in: BeckOK-InfoMedienR, NetzDG, 41. Ed. (Stand 1.8.2023), § 1 Rn. 12 ff.; Redeker, IT-Recht, 8. Aufl. (2023), Rn. 1128.

¹⁷ Gerhold/Handel, in: NK-MedienStrafrecht, NetzDG, 2023, § 1 Rn. 3-5.

¹⁸ Paal/Hennemann, ZRP 2017, 215 (216).

¹⁹ BGBl. 2021 I, S. 441 ff.

²⁰ Liesching, MMR 2023, 56 (57).

²¹ BGBl. 2021 I, S. 4250.

²² Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. (2023), § 192a Rn. 3.

²³ BT-Drs. 19/28678, S. 1.

²⁴ BGBl. 2021 I, S. 3513 f.

Auch die Europäische Union beschäftigt sich kontinuierlich mit der Nutzung und Bereitstellung digitaler Dienste, wobei auch immer wieder digitale Gewalt eine entscheidende Rolle spielt. Besonders hervorzuheben ist dabei der Digital Services Act des Europäischen Parlaments, der am 19.10.2022 erlassen wurde.²⁵ Während einige Normen dessen bereits in Kraft sind, erlangt der DSA vollständige Geltung im Februar 2024. Geregelt wird damit primär die Haftung sowie besondere Sorgfaltspflichten digitaler Vermittlungsdienste, wie Regeln zur Moderation und Ansprechstellen für Betroffene großer Online-Plattformen wie Facebook, X (ehemals Twitter) und Co.²⁶ Ziel des DSA ist durch die Harmonisierung der Vorschriften digitaler Vermittlungsdienste die Stärkung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts sowie die Schaffung eines „sicheren, vorhersehbaren und vertrauenswürdigen Online-Umfelds“ (Art. 1 Abs. 1 DSA).²⁷ Inwieweit EU-Mitgliedstaaten über den DSA hinausgehende Handlungsspielräume für nationale Regelungen haben ist fraglich und einzelfallabhängig. Für die Möglichkeit für zusätzliche nationale Regelungen ist notwendig, dass diese außerhalb des Anwendungsbereichs des DSA liegen oder der DSA dies ausdrücklich vorsieht bzw. andere Unionsrechtsakte noch Spielraum für eigene Maßgaben einräumen.²⁸ Während durch die Einführung des DSA große Teile des NetzDG ohnehin obsolet werden, da sich die Regelungsgebiete stark überschneiden,²⁹ soll das NetzDG laut Eckpunktepapier damit sogar gänzlich aufgehoben werden.³⁰

IV. Ziel des Gesetzes

Während der Fokus der Bundesregierung der vorherigen Wahlperiode 2017-2021 auf der strafrechtlichen Verfolgung von „Hasskriminalität“ und „Plattformregulierung“ lag, soll nun im Sinne des Koalitionsvertrags 2021 die Durchsetzbarkeit der gesetzlichen Ansprüche durch die Betroffenen den Schwerpunkt des geplanten Gesetzes des Bundesjustizministeriums (BMJ) bilden. Konkretes Ziel ist der „Effektive Rechtsschutz im digitalen Raum“.³¹ Im Eckpunktepapier wird hervorgehoben, dass das gegenwärtige Recht keine hinreichenden Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung für Betroffene von Rechtsverletzungen im digitalen Raum bietet.³²

Daher soll für Betroffene erleichtert werden, gegen Rechtsverletzungen effektiv vorgehen zu können, indem zügig und mit vertretbarem Aufwand Auskunft über die Identität der Verfasser rechtswidriger Inhalte erlangt werden kann.³³ Daraus sollen keine Änderungen des Strafrechts ergehen und die grundsätzliche Freiheit zur anonymen Meinungsäußerung soll gewahrt bleiben.³⁴

V. Inhalt

Eine im Eckpunktepapier genannte zentrale Maßnahme des Gesetzes gegen digitale Gewalt soll ein ausgeweitetes Auskunftsverfahren (1.) für eine effizientere Möglichkeit der Identifizierung von Verfassern rechtsverletzender

²⁵ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste, Digital Services Act), ABl. 2022 L 277, S. 1.

²⁶ Raue/Heesen, NJW 2022, 3537.

²⁷ Hofmann, in: NK-DSA, 2023, Rn. 1.

²⁸ Kuhlmann, ZUM 2023, 170 (172).

²⁹ Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (3); Hoven/Gersdorf, in: BeckOK-InfoMedienR, § 1 Rn. 11c.

³⁰ BMJ, Eckpunkte für ein Gesetz gegen digitale Gewalt v. 10.4.2023, S. 6, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Digitale_Gewalt_Eckpunkte.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

³¹ BMJ, Kurzpapier zum Erläuterungspapier für ein Gesetz gegen digitale Gewalt v. 10.04.2023, S. 1, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Digitale_Gewalt.html Gesetzgebung - Eckpunkte für ein Gesetz gegen digitale Gewalt (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

³² BMJ, Eckpunktepapier, S. 1.

³³ BMJ, Eckpunktepapier, S. 1 f.

³⁴ BMJ, Eckpunktepapier, S. 2.

Äußerungen sein. Weitere Maßnahmen sind ein geplanter Anspruch auf richterlich angeordnete Accountsperrn (2.) sowie die Erleichterung der Zustellung gerichtlicher sowie außergerichtlicher Schreiben an inländische Zustellungsbevollmächtigte (3.).

1. Stärkung privater Auskunftsverfahren

a) Erweiterung des Anwendungsbereichs des Auskunftsverfahrens

Zunächst sollen Privatpersonen gestärkt werden, indem der Anwendungsbereich des Auskunftsverfahrens erweitert wird. Da die Herausgabe von Nutzungsdaten bisher auf Bestandsdaten wie Name und E-Mail-Adresse beschränkt waren, sollen zukünftig, insofern dies verhältnismäßig und für die Rechtsverfolgung notwendig ist, auch Nutzungsdaten wie z.B. die IP-Adresse von Nutzenden herausgegeben werden müssen.³⁵ Darüber hinaus soll die Herausgabe nicht wie bisher lediglich bei Fällen bestimmter strafbarer Inhalte möglich sein, sondern zusätzlich bei der Verletzung absoluter Rechte.³⁶ Zur Herausgabe der Daten sollen unter bestimmten Voraussetzungen auch Messenger- und Internetzugangsanbieter verpflichtet werden können, während bisher lediglich Anbieter von Telemedien umfasst waren.

b) Effektivere Ausgestaltung des Auskunftsverfahrens

Durch eine Beweissicherungsanordnung soll sichergestellt werden, dass verfahrensrelevante Daten nicht vor Ablauf des Verfahrens gelöscht (und ein Auskunftsanspruch damit verhindert) werden.³⁷ Um dies zu gewährleisten, sollen Diensteanbieter verpflichtet werden können, Bestands- und Nutzungsdaten des Verfassers, sowie die Äußerung selbst, bis zum Abschluss des Auskunftsverfahrens gezielt zu sichern. Dabei sollen Diensteanbieter bereits in einem frühen Verfahrensstadium zur Offenlegung der IP-Adresse eines Verfassers gegenüber dem Gericht (welches daraufhin ein Verbot der Datenlöschung ggü. Internetzugangsanbietern aussprechen kann) verpflichtet werden können.³⁸

Darüber hinaus sollen Diensteanbieter bei offensichtlichen Rechtsverstößen bereits durch einstweilige Anordnung von Gerichten zur Ausgabe von Bestands- und Nutzungsdaten eines Verfassers verpflichtet werden können.³⁹

Des Weiteren soll der gerichtliche Erörterungstermin auf Antrag der Parteien digital (durch Video-Verhandlung) stattfinden können und für das Auskunftsverfahren sollen keine Gerichtskosten erhoben werden.⁴⁰ Zudem soll die gerichtliche Zuständigkeit beim Landgericht liegen und das Verfahren nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) geführt werden.⁴¹ Dies führt unter anderem dazu, dass gem. § 10 FamFG kein Anwaltszwang besteht, sowie zu der Verpflichtung zur Amtsermittlung der Gerichte, § 26 FamFG.

2. Anspruch auf eine richterlich angeordnete Accountsperrre

Unter bestimmten Voraussetzungen sollen Betroffene schwerwiegender Persönlichkeitsverletzungen zudem einen

³⁵ Ebd.

³⁶ BMJ, Eckpunktepapier, S. 3.

³⁷ Ebd.

³⁸ BMJ, Eckpunktepapier, S. 4.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Ebd.

Anspruch auf richterliche angeordnete Accountsperren haben. Dabei soll das Gericht gegenüber dem Diensteanbieter (nicht gegenüber dem Accountinhaber) die Sperrung des Accounts anordnen können, über den die Persönlichkeitsverletzungen verbreitet wurden.⁴²

Damit die grundrechtlichen Positionen der Beteiligten hinreichend geschützt werden, soll die Accountsperre an folgende Bedingungen geknüpft sein: zum einen muss die Sperre verhältnismäßig sein, sodass lediglich eine Verletzung von Community-Standards nicht ausreicht. Zum anderen ist Voraussetzung, dass die Inhaltmoderation als milderes Mittel nicht ausreicht und die Gefahr besteht, dass sich schwerwiegende Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch von einem spezifischen Account veröffentlichte Inhalte wiederholen. Darüber hinaus soll die Sperre nur für einen angemessenen Zeitraum angeordnet werden können, der Accountinhaber zuvor über ein anhängiges Sperrersuchen informiert werden sowie die Möglichkeit zur Stellungnahme bekommen haben.

3. Erleichterung der Zustellung

Aufgrund der Aufhebung des NetzDG durch Inkrafttreten des Digital Service Act (DSA), soll für die bisher in § 5 NetzDG statuierte Pflicht zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten im Inland eine neue Rechtsgrundlage im Gesetz gegen digitale Gewalt geschaffen werden.⁴³ Zusätzlich soll diese insofern ausgeweitet werden, als dass die neue Regelung auch die Zustellung außergerichtlicher Schreiben, wie beispielsweise die Aufforderung zur Löschung rechtswidriger Inhalte, erfassen soll.

VI. Bewertung

1. Begriff digitale Gewalt

Fraglich ist bereits der Titel des Eckpunktepapiers und damit des geplanten Gesetzes. Während nicht nur im Titel, sondern auch im Eckpunktepapier selbst mehrfach von „digitaler Gewalt“ die Rede ist, so bleibt die Suche nach einer Definition oder zumindest einer genauen Konkretisierung derselben vergebens. Tatsächlich werden im Eckpunktepapier „Persönlichkeitsrechtsverletzungen im digitalen Raum“ unpräzise als digitale Gewalt genannt.⁴⁴ Im dazugehörigen Kurzpapier werden hierfür beispielhaft Beleidigungen, Bedrohungen und Verleumdungen aufgezählt.⁴⁵ Diffus erscheint dahingehend, dass eine Ausweitung auf alle Fälle rechtswidriger Verletzungen absoluter Rechte unter diesem Titel geplant ist, wobei beispielhaft auf wahrheitswidrige Restaurantkritiken verwiesen wird.⁴⁶ Wenngleich der (wirtschaftliche) Schaden, welcher beispielsweise durch solche rechtswidrigen Restaurantkritiken oder Ähnliches entstehen kann, nicht trivialisiert werden sollte, so ist dennoch eine Subsumtion dessen unter den Begriff der „digitalen Gewalt“ mindestens fragwürdig. Bedenkt man beispielsweise die Ausweitung sexualisierter Gewalt in den digitalen Raum in Form widerrechtlich (aufgenommener und) veröffentlichter sexualisierter Foto- oder Videoaufnahmen, bis hin zu Missbrauchsdarstellungen, wird die Diskrepanz zwischen den Rechtsverletzungen schnell deutlich. Durch die besondere Sensibilität der davon betroffenen Lebensbereiche sind

⁴² Ebd.

⁴³ BMJ, Eckpunktepapier, S. 6.

⁴⁴ BMJ, Eckpunktepapier, S. 1.

⁴⁵ BMJ, Kurzpapier, S. 1.

⁴⁶ BMJ, Eckpunktepapier, S. 3.

weitreichende und belastende Auswirkungen auf Betroffene die Folge.⁴⁷ Auch die Tragweite sog. Hasskriminalität und Hate-Speech, die vor allem marginalisierte Gruppen betrifft⁴⁸ und gesamtgesellschaftliche Auswirkungen haben kann, wird einer scheinbaren Gleichstellung mit wahrheitswidrigen Restaurantkritiken nicht gerecht.

Die dennoch im Eckpunktepapier vorgenommene gemeinsame Einordnung unter dem gleichen Oberbegriff erweckt den Anschein von Verharmlosung digitaler Gewalttaten.⁴⁹ Die Begründung im Erläuterungspapier, dass das Gesetz jenseits des Kernanwendungsbereichs von Rechtsverletzungen, die unter „digitale Gewalt“ fallen, auch andere Rechtsverletzungen aufgrund vergleichbarer Interessenlagen miteinschließen soll⁵⁰, vermag für eine Einordnung unter dem Begriff der digitalen Gewalt nicht zu überzeugen. Obwohl eine konsequente Verbesserung der Durchsetzung auch anderer Rechte von Betroffenen digitaler Rechtsverletzungen begrüßenswert ist, so erfordert doch insbesondere die Thematik um digitale Gewalt und der Umstand, dass diese oft in Form schriftlicher Äußerungen auftritt, ganz besondere sprachliche Sensibilität. Diese kann allerdings eine undifferenzierte Subsumierung von Rechtsverletzungen wie solche am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb unter den (unbestimmten) Oberbegriff „digitale Gewalt“ nicht erfüllen.

Eine fehlende sprachliche Sensibilität wird darüber hinaus auch im Kurzpapier zum Eckpunktepapier deutlich, in dem beschrieben wird, dass der geplante Rechtsschutz genauso effektiv sein müsse, „wie wenn die Rechtsverletzung in der realen Welt geschehen wäre“.⁵¹ Wenngleich mit der Verwendung des Begriffs „real“ in diesem Zusammenhang wohl der analoge Raum im Gegensatz zum digitalen Raum gemeint ist, erweist sich die gewählte Formulierung jedoch als äußerst inadäquat. Rechtsverletzungen im digitalen Raum bis hin zu digitaler Gewalt sind genauso „real“ wie solche im analogen Raum – insbesondere, weil diese sich nicht auf den digitalen Raum beschränken, sondern immer auch Auswirkungen auf „analoge“ Lebensbereiche haben.

Insofern ist es notwendig, dass im Gesetz gegen digitale Gewalt gravierende Rechtsverletzungen auch sprachlich differenziert gewürdigt werden und dabei keine inflationäre Verwendung des Begriffs der „digitalen Gewalt“ vorgenommen wird.⁵² Da keine einheitliche Definition dieser existiert, wäre bestenfalls eine konkrete Definition digitaler Gewalt im geplanten Gesetz begrüßenswert. Beispielsweise könnte digitale Gewalt als „Ehrverletzungen im digitalen Raum, die erheblich genug sind, um psychische Gewalt darzustellen, etwa auf Grund gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit oder Cybermobbings“⁵³ konkretisiert werden. Rechtsverletzungen, die dabei nicht dieser Definition entsprechen, gleichwohl aber auch Durchsetzungsansprüche im Sinne des geplanten Gesetzes begründen sollen, könnten dabei unter dem weiteren Begriff der „Persönlichkeitsrechtsverletzungen (im digitalen Raum)“ aufgegriffen werden. Eine genaue Definition digitaler Gewalt und eine auch sprachlich eindeutige Differenzierung der Rechtsverletzungen ist letztlich im Interesse aller Beteiligten. Dadurch würde Rechtssicherheit und -klarheit nicht nur für Diensteanbieter und Betroffene, sondern auch für Ermittlungsbehörden und alle (potenziell) an einem Verfahren Beteiligte geschaffen. Zudem würden Betroffene und die teilweise gravierenden Auswirkungen von digitaler Gewalt angemessen gewürdigt und einer möglichen Relativierung dessen entgegengewirkt werden.

⁴⁷ Überblick bei: *Vobbe/Kärgel*, Sexualisierte Gewalt und digitale Medien: Reflexive Handlungsempfehlungen für die Fachpraxis, 2022, S. 143 f.

⁴⁸ *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (865).

⁴⁹ *Panahi*, MMR 2023, 556 (557); *Valerius*, ZRP 2023, 142 (142 f.).

⁵⁰ BMJ, Kurzpapier, S. 1.

⁵¹ Ebd.

⁵² *Valerius*, ZRP 2023, 142 (143).

⁵³ *Panahi*, MMR 2023, 556 (557).

2. Stärkung privater Auskunftsverfahren

Fraglich ist, inwieweit eine effektive Stärkung privater Auskunftsverfahren, unter gleichzeitiger Würdigung grundrechtlicher und europarechtlicher Vorgaben, durch die im Eckpunktepapier aufgeführten Maßnahmen erreicht werden kann.

a) Erweiterung des Anwendungsbereichs des Auskunftsverfahrens

aa) Herausgabe von Nutzungsdaten

De lege lata richten sich Auskunftsverfahren nach § 21 Abs. 2 TTDSG. Danach können Betroffene bestimmter Rechtsverletzungen im Internet Auskunft über die Bestandsdaten von Anbietern von Telemedien verlangen.⁵⁴ Bestandsdaten sind personenbezogene Daten (wie Name oder E-Mail-Adresse), welche zur Vertragsbegründung, -gestaltung oder -änderung zwischen dem Telemedienanbieter und dem Nutzer notwendig sind, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG.

Im Gesetz gegen digitale Gewalt soll die Herausgabe zukünftig unter bestimmten Voraussetzungen auf Nutzungsdaten erweitert werden.⁵⁵ Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG sind Nutzungsdaten personenbezogene Daten, welche für die Nutzung und Abrechnung von Telemedien erforderlich sind. Dazu gehören insbesondere Merkmale zur Identifikation des Nutzers, Zeiten der Nutzung sowie in Anspruch genommene Telemedien. Bisher sind Auskunftersuche bezüglich solcher Nutzungsdaten gem. § 24 Abs. 3 TTDSG nur von wenigen Behörden als zulässige Stellen bei bestimmten Abrufzwecken zulässig.⁵⁶

Die zukünftige Erweiterung auf Nutzungsdaten (wie z.B. die IP-Adresse) ist geplant, weil Anbietern häufig keine oder falsche Bestandsdaten vorliegen.⁵⁷ Dadurch kann das bisherige Verfahren nicht den Ansprüchen an eine effektive Möglichkeit zur privaten Rechtsdurchsetzung genügen und hat in der Praxis eine sehr geringe Relevanz.⁵⁸ Der aktuell hohe Aufwand für die betroffene Person gegenüber der dadurch erwirkbaren Auskunft über Daten, die in vielen Fällen nicht zu einer Identifizierung des Rechtsverletzers führen, ist unverhältnismäßig groß.⁵⁹

Somit ist eine Änderung des Auskunftsverfahrens für eine effektive Durchsetzbarkeit von Ansprüchen bei rechtswidrigen digitalen Inhalten obligatorisch und wichtige Grundlage des gesamten Gesetzes gegen digitale Gewalt.

bb) Erstreckung auf Anbieter von Messenger- & Internetzugangsdiensten

Bisherige Auskunftsverfahren haben sich allerdings auf die Anbieter von Telemedien beschränkt, § 21 Abs. 2 TTDSG. Telemedienanbieter ist gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien erbringt, an der Erbringung mitwirkt oder Zugang zur Nutzung eigener oder fremder Telemedien vermittelt (z.B. soziale Medien).

⁵⁴ Geppert/Schütz/Schreiber, in: Beck-TGK, TTDSG, 5. Aufl. (2023), § 21 Rn. 36.

⁵⁵ BMJ, Eckpunktepapier, S. 2.

⁵⁶ Geppert/Schütz/Schreiber, in: Beck-TGK, § 24 Rn. 1.

⁵⁷ BMJ, Eckpunktepapier, S. 3.

⁵⁸ BMJ, Eckpunktepapier, S. 2.

⁵⁹ DJB, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt v. 26.5.2023, S. 5, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0526_Stellungnahme_djb_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

(1) Messengerdienste

Bisher waren Messengerdienste nicht vom Anwendungsbereich des Auskunftsanspruchs erfasst. Dazu gehören auch Dienste wie WhatsApp oder Messengerfunktionen von Telemediendiensten wie Facebook.⁶⁰

Durch die nun geplante Ausweitung sollen auch solche Dienste unter bestimmten Voraussetzungen zur Herausgabe von Daten durch ein Gericht verpflichtet werden können.⁶¹

Bereits im Rahmen des Anwendungsbereichs im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG wurde diskutiert, ob oder inwiefern auch Messengerdienste davon erfasst sein könnten. Während der Wortlaut „Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind“ dies ausschließt⁶², wird teilweise kritisiert, dass viele Telemedien von Individual- in Massenkommunikation umschlagen können und große WhatsApp-Gruppen kaum als „nicht-öffentlich“ bezeichnet werden könnten, während kleinste X-Gruppen (ehemals Twitter) den sozialen Netzwerken zuzuordnen seien.⁶³ Dieses Problem kann mit der für das digitale Gewaltschutzgesetz geplanten Erweiterung auf Messengerdienste zukünftig gelöst werden. Indem Messengerdienste über Telemedienanbieter hinaus zum Anwendungsbereich möglicher Herausgabepflichten zählen, würden zudem auch Dienste wie Telegram erfasst, welche aufgrund der Möglichkeiten sowohl zur privaten Kommunikation als auch zu einseitiger Kommunikation mit/in großen Gruppen, meist nicht klar einer bestimmten Kategorie zuzuordnen sind.⁶⁴ Dementsprechend wäre begrüßenswert, wenn darüber hinaus im Gesetz ein technisch neutraler Begriff wie „Dienst mit Messenger-Funktion“ verwendet werden würde, um sprachlichen Abgrenzungsproblemen von Anfang an vorzubeugen.⁶⁵

Die besondere Gebotenheit der Integration von Messengerdiensten im Auskunftsverfahren wird darüber hinaus vor allem beim aktuellen medien- und öffentlichkeitspräsenten Thema extremistischer Chatgruppen (im öffentlichen Dienst) deutlich. Diesbezüglich wurde am 20.10.2023 ein Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Änderung des StGB vorgestellt.⁶⁶ Dies unterstreicht, dass (gravierende) Rechtsverletzungen vermehrt nicht nur in sozialen Medien, sondern auch in Messengerdiensten stattfinden.

Zudem kann die Ausweitung auf Messengerdienste im Auskunftsanspruch dazu beitragen, dass rechtsverletzende Personen nicht einfach von bspw. sozialen Netzwerken auf Messengerdienste ausweichen, sodass Rechtsverletzungen nicht verhindert, sondern lediglich in einen anderen digitalen Raum verlagert würden.

(2) Internetzugangsdienste

Die nun geplante Ausweitung der Auskunftspflicht auch auf Internetzugangsdienste (Telekommunikations-/TK Unternehmen) ist für die Identifizierung rechtsverletzender Personen notwendig und somit grundsätzlich ebenfalls wünschenswert, da die Nutzungsdaten sowie IP-Adresse allein dafür häufig nicht ausreichend sind.

Doch wenngleich die IP-Adresse unter Zuhilfenahme der Auskunft von Internetzugangsanbietern zwar grundsätzlich die Identifizierung der rechtsverletzenden Person erwirken kann, ist fraglich, ob und wie lange Telekommunikationsunternehmen die Zuordnung der IP-Adresse überhaupt speichern und die Identifizierung praktisch also umsetzbar ist.

⁶⁰ OLG Frankfurt a.M., ZUM-RD 2019, 145.

⁶¹ BMJ, Eckpunktepapier, S. 3.

⁶² BT-Drs. 18/12012, S. 20; OLG Frankfurt a.M., ZUM-RD 2019, 145.

⁶³ Spindler, GRUR 2018, 365 (367).

⁶⁴ Gerhold/Handel, in: NK-MedienStrafR, § 1 Rn. 41.

⁶⁵ Panahi, MMR 2023, 556 (558).

⁶⁶ BT-Drs. 449/23.

Denn TK-Anbieter speichern derzeit Daten bzgl. IP-Adressen nur zu eigenen Geschäftszwecken sowie zeitlich begrenzt. Nach Auskunft fünf großer TK-Anbieter in Deutschland speichern diese Daten nur bis maximal 7 Tage.⁶⁷ Es ist somit durchaus fraglich, ob die Beweissicherungsanordnung ggü. den Internetzugangsanbietern überhaupt so schnell ergehen kann.⁶⁸ Dadurch entsteht die Gefahr, dass ein sog. „Quick-Freeze“ der Daten nicht durchgeführt werden kann, weil relevante Daten zum Zeitpunkt des Auskunftersuchens bzw. der Beweissicherungsanordnung nicht mehr oder unvollständig gespeichert sind und Auskunftersuchen deshalb ins Leere laufen.⁶⁹

Aufgrund dessen wird teilweise die Einführung einer zusätzlichen Speicherfrist für relevante (Nutzungs-)Daten bei Internetzugangsanbietern im digitalen Gewaltschutzgesetz gefordert.⁷⁰ Allerdings wird im Erläuterungspapier klargestellt, dass keine anlasslose Speicherung von Nutzungsdaten vorgesehen ist und von Anbietern nur Daten herausgegeben werden müssen, die diese selbst erhoben haben.⁷¹

Zudem stellte der *EuGH* bereits 2022 fest, dass eine anlasslose und nicht begrenzte Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten unionrechtswidrig sei,⁷² und ausschließlich bei erheblicher Gefahrenlage zulässig ist.⁷³ Die Einführung einer allgemeinen Speicherfrist für TK-Unternehmen wäre somit nicht angemessen.

Darüber hinaus wird teilweise bereits mit der geplanten Einführung des digitalen Gewaltschutzgesetzes eine „Vorratsdatenspeicherung durch die Hintertür“ befürchtet.⁷⁴ Dies erscheint jedoch nicht nachvollziehbar, da die anlasslose Speicherung wie bereits festgestellt ausdrücklich ausgeschlossen wird.⁷⁵ Allenfalls besteht eine Gefahr von massenhafter Datenspeicherung, wenn Diensteanbieter, die ohnehin ein wirtschaftliches Interesse an der Verarbeitung von Nutzerdaten haben, das Gesetz gegen digitale Gewalt als Rechtfertigung hierfür heranziehen könnten.⁷⁶ Dem könnte jedoch beispielsweise durch eine zeitliche Beschränkung der Datensicherung entgegengewirkt werden.⁷⁷

Nichtsdestotrotz besteht bei einer ausbleibenden zusätzlichen Speicherfrist das Problem, dass viele Auskunftersuche deswegen erfolglos bleiben könnten. Um somit die Wahrscheinlichkeit des Auskunftserfolgs zu erhöhen, könnte zudem die regelmäßig diskutierte Möglichkeit einer Klarnamen- oder Identifikationspflicht bei der Telemediennutzung in Betracht kommen. Danach wäre die Nutzung von Telemedien ausschließlich unter Verwendung des Klarnamens (auch gegenüber anderen Nutzern) möglich. Die Einführung einer solchen Pflicht ist insbesondere bei Straftaten und Rechtsverletzungen im digitalen Raum ein wiederkehrendes Thema kontroverser öffentlicher Debatten.⁷⁸ Allerdings ist in Deutschland bereits in § 19 Abs. 2 S. 1 TTDSG festgelegt, dass von Telemedienanbietern die anonyme Nutzung oder die Nutzung unter Pseudonym zu ermöglichen sei, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Diese Zumutbarkeit kann nur ggf. nach einer konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung des

⁶⁷ BKA, Positionspapier zu erforderlichen Speicherfristen von IP-Adressen, v.21.6.2023, online abrufbar unter: https://www.bka.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/Kurzmeldungen/230623_Mindestspeicherfristen_IP-Adressen.html (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

⁶⁸ DRB, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt, Mai 2023, S. 6, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0523_Stellungnahme_DRB_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

⁶⁹ DJB, Stellungnahme, S. 8.

⁷⁰ HateFree, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt v. 26.5.2023, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0526_Stellungnahme_hatefree_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

⁷¹ BMJ, Erläuterungspapier, S. 3.

⁷² HateFree, Stellungnahme, S. 2.

⁷³ *EuGH*, NJW 2021, 531 (531).

⁷⁴ Chaos Computer Club, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt, S. 4, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0526_Stellungnahme_CCC_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

⁷⁵ BMJ, Erläuterungspapier, S. 3.

⁷⁶ *Panahi*, MMR 2023, 556 (558).

⁷⁷ *Panahi*, MMR 2023, 556 (558).

⁷⁸ *Oswald*, Nach Facebook-Urteil: Was würde eine Klarnamenpflicht bringen?, BR24 v. 27.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/facebook-was-wuerde-eine-klarnamenpflicht-bringen,SviKT1a> (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

Einzelfalls nicht vorliegen.⁷⁹

Denn gemäß *BGH*-Rechtsprechung ist die anonyme Nutzung des Internets diesem immanent und dient darüber hinaus dem Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit.⁸⁰ Wenn die Nutzung von Telemedien nur unter Klarnamen möglich wäre, ist darüber hinaus zu befürchten, dass viele Nutzer beispielsweise bereits von der Veröffentlichung (berechtigter) Kritik aus Angst vor (auch nicht staatlicher Konsequenzen) absehen würden. Dies wäre eine erhebliche Einschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 11 GRCh) mit einem darüberhinausgehenden erheblichen Rückverfolgungs-, Überwachungs- und Missbrauchspotenzial. Dadurch würde die Strafverfolgung und Rechtsdurchsetzung zwar selbstverständlich substanziiell vereinfacht, dies würde aber außer Verhältnis zu den freiheits- und grundrechtlichen Einschränkungen stehen.

Somit stellt eine gesetzliche Klarnamenpflicht, die eine anonyme Internetnutzung vollkommen ausschließen und mithin auch das sog. Recht auf Vergessenwerden (Art. 17 DSGVO) sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG) enorm verletzen würde, keine mögliche Lösung dar. Die alternative Möglichkeit einer Identifikationspflicht (bei der Nutzer bei der Registrierung ihren richtigen Namen, Anschrift und Geburtsdatum bei der Nutzung digitaler Dienste angeben müssen) ist dabei zwar weniger eingriffsintensiv als die Klarnamenpflicht, allerdings aus den gleichen Beweggründen abzulehnen. Die Pflicht zur Offenbarung sensibler persönlicher Daten ggü. Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste schafft erhebliche Gefahren des Missbrauchs und des rechtswidrigen Zugangs.⁸¹

Somit ist festzuhalten, dass die Herausgabe der IP-Adresse zusammen mit der Auskunft von Internetzugangsanbietern, wem die IP-Adresse zum entsprechenden Zeitpunkt zugeteilt war, die eingriffsärmste und damit begründenswerteste Option darstellt, wenngleich die praktische und effiziente Umsetzbarkeit teilweise in Frage steht. Bei der Gefahr einer nicht möglichen Identifizierung ist jedoch zu beachten, dass das Gesetz gegen digitale Gewalt auch insbesondere für Fälle, bei denen die Identifizierung nicht erfolgreich war, die Option einer richterlich angeordneten Accountsperrung gegen notorische Rechtsverletzer vorsieht und Betroffene somit auch bei erfolglosem Auskunftersuchen nicht schutzlos sind.⁸²

Darüber hinaus lässt sich auch im DSA keine Regelung zu einer Identifikations- oder Klarnamenpflicht finden, sodass die Einführung einer solchen Pflicht ohnehin in grundlegendem Widerspruch zu den harmonisierten Regelungen auf europäischer Ebene stehen würde.

(3) Grundrechtskonformität

Fraglich ist allerdings, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GRCh bzw. Art. 8 GRCh) sowie die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG bzw. Art. 11 GRCh) auch bei der vorgesehenen Stärkung des Auskunftsverfahrens angemessen gewürdigt werden (können).

Durch die Herausgabe von Nutzungsdaten in Verbindung mit der Auskunft des Inhabernamens des Telekommunikationsanspruches (s. II. c)) wird in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des mutmaßlichen Rechtsverletzers gem. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 8 GRCh in erheblicher Weise eingegriffen. Die grundsätzliche Befugnis, selbst über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen⁸³ wird hierdurch verletzt. Insbesondere bei der Ausweitung auf Messengerdienste ist kritisch zu betrachten, inwiefern der Grundrechtseingriff besonders

⁷⁹ *OLG München*, MMR 2021, 245 (247); *OVG Hamburg*, NJW 2016, 3386 (3388).

⁸⁰ *BGH*, NJW 2009, 2888 (2892); *BGH*, NJW 2022, 1314 (1320 f.).

⁸¹ *EuGH*, NJW 2021, 531 (536).

⁸² *BMJ*, Eckpunktepapier, S. 4 f.

⁸³ *Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Bd. 1, 101. EL (2023), Art. 2 Abs. 1 Rn. 176.

bei privaten Chatverläufen oder kleinen Gruppen, der Eingriff in das Grundrecht auf Fernmeldegeheimnis bzw. auf private Kommunikation (Art. 10 Abs. 1 GG, Art. 7 GRCh)⁸⁴ angemessen ist. Denn die Kommunikation in beispielsweise privaten WhatsApp-Chats ist grundsätzlich Bestandteil einer vertraulichen Kommunikation zwischen den Teilnehmern und genießen als solche verfassungsrechtlichen Schutz.⁸⁵ Dahingehend stellte das *BVerfG* bereits 2020 fest, dass der Gesetzgeber bei der Einrichtung eines Auskunftsverfahrens auf Grundlage jeweils eigener Kompetenzen sowohl für die Übermittlung als auch für den Abruf der Daten verhältnismäßige Grundlagen schaffen muss.⁸⁶ Aufgrund dessen wird die hinreichende Rechtfertigung maßgeblich von der konkreten Ausgestaltung der Voraussetzungen im digitalen Gewaltschutzgesetz, die für das Auskunftsverfahren erfüllt sein müssen, abhängen.

Darüber hinaus bestehen insofern Bedenken gegenüber dem Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 11 GRCh, als dass das geplante Gesetz bereits durch die neue bzw. ausgeweitete Möglichkeit und somit potenzielle Gefahr der Identifizierung eine abschreckende Wirkung auf Nutzer haben kann. Dies könnte dazu führen, dass sich Nutzer aus Angst auch aus dem rechtskonformen und grundrechtlich geschützten digitalen offenen Meinungs Austausch und Diskurs zurückziehen könnten.⁸⁷ Das Phänomen der Nicht-Ausübung von Grund- und Freiheitsrechten aus Furcht vor staatlicher Sanktion oder bspw. der Aufhebung der Anonymität wird auch als „Chilling-Effect“ (Abschreckungseffekt) bezeichnet.⁸⁸

Im Rahmen der Meinungsfreiheitsdogmatik ist jedoch zu beachten, dass sich dabei nicht nur die beiden Individualfreiheiten, Meinungsfreiheit auf der Seite der von einem potenziellen Auskunftsverfahren betroffenen oder abgeschreckten Person, sowie beispielsweise der Ehrschutz bei Betroffenen digitaler Beleidigungen o.Ä. auf der anderen Seite, gegenüberstehen. Vielmehr ist auch zu beachten, dass durch beispielsweise Hate Speech auch ein sog. „Silencing-Effect“ (Verstummungseffekt) eintreten kann, bei dem sich Menschen wegen rechtsverletzender/strafbarer Inhalte anderer Nutzer weniger stark an politischen Diskursen beteiligen oder sich sogar ganz zurückziehen.⁸⁹ Das bestärkt die gesetzliche Handlungsgebotenheit bei rechtsverletzendem digitalem Verhalten, während die (Ausübung der) Meinungsfreiheit (auch in Anbetracht potenzieller „Chilling-Effects“) aller Beteiligten bestmöglich zu schützen ist.

Darüber hinaus ist bei dem Vorhaben der Stärkung der Rechte Betroffener bei Rechtsverletzungen wichtig, dass es einem Rechtsstaat inhärent ist, dass sich Betroffene von Rechtsverletzungen effektiv vor Gericht gegen diese wehren können - dieser Grundsatz besteht zweifelsfrei auch bei Rechtsverletzungen, die sich im digitalen Raum ereignen.⁹⁰

cc) Erstreckung auf alle Fälle der Verletzung absoluter Rechte

Wie bereits aufgeführt, vermag die sprachliche Einordnung von Verletzungen aller absoluten Rechte unter der Terminologie „digitale Gewalt“ nicht zu überzeugen. Fraglich ist allerdings zudem, inwiefern das grundsätzliche Vorhaben der Ausweitung des Anwendungsbereichs überzeugt.

⁸⁴ *Panahi*, MMR 2023 556 (558).

⁸⁵ *LAG Niedersachsen*, NZA-RR 2023, 246 (248).

⁸⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 2699.

⁸⁷ Amnesty International, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt v. 26.6.2023, S. 1, online abrufbar unter: https://www.hilfe-info.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2023/Downloads/0526_Stellungnahme_Amnesty_International_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt aufgerufen am 20.2.2024).

⁸⁸ *EuGH*, NJW 2021, 531 (548); *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (870); *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. (2023), § 8 Rn. 18; *Hallweger/Thümmler*, NStZ 2023 76 (80).

⁸⁹ *Hallweger/Thümmler*, NStZ 2023 76 (80); *Apostel*, KriPoZ 2019, 287 (291).

⁹⁰ BMJV, Erläuterungspapier, S. 1.

Aktuell besteht der Auskunftsanspruch gem. § 21 Abs. 2 S. 1 TTDSG zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von § 10a Abs. 1 TMG oder § 1 Abs. 3 NetzDG erfasst werden. Darin genannte Tatbestände erstrecken sich über verschiedene Deliktsbereiche des Strafrechts, beispielsweise zu nennen sind Volksverhetzung (§ 130 StGB), Beleidigung (§ 185 StGB), Verleumdung (§ 187 StGB) oder Bedrohung (§ 241 StGB). Die Auflistung in § 1 Abs. 3 NetzDG ist dabei abschließend und eine Erweiterung auf andere Delikte im Wege einer Analogie unzulässig.⁹¹ Diese Begrenzung auf die im NetzDG genannten Straftatbestände sollte (bei deren Einführung) verdeutlichen, dass explizit die Rechtsdurchsetzung bei der Bekämpfung von Hasskriminalität und strafbaren Falschnachrichten in sozialen Netzwerken geregelt werden solle und es nicht um „beliebige [geringfügige] Verletzungen des geltenden Rechts“ geht.⁹²

Laut Eckpunktepapier soll sich dies allerdings zukünftig ändern und das Auskunftsverfahren bei allen absoluten Rechten, beispielsweise auch Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder des sog. Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (z.B. wahrheitswidrige Restaurantkritik), eröffnet sein.⁹³ Begründet wird dies damit, dass verletzend Äußerungen Menschen in ihrer privaten und beruflichen Existenz treffen können.⁹⁴

Hervorzuheben ist diesbezüglich jedoch, dass auch bisherige Auskunftsverfahren bei Rechtsverletzungen wie dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zur Anwendung kommen können, wenn die Rechtsverletzung aufgrund einer der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführten Tatbestände, wie beispielsweise einer Beleidigung (§ 185 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB), erfolgte. So ist beispielsweise auch eine (wegen eines in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführten Tatbestands) rechtswidrige Arbeitgeberbewertung vom aktuellen Auskunftsanspruch erfasst.⁹⁵ Demnach wären auch bei Fortführung des aktuellen begrenzteren Anwendungsbereichs des Auskunftsrechts bereits viele rechtswidrige Restaurantkritiken erfasst.⁹⁶ Dies lässt das im Eckpunktepapier aufgeführte Beispiel (der wahrheitswidrigen Restaurantkritik)⁹⁷ irritierend wirken und könnte darüber hinaus den Anschein erwecken, dass eine Ausweitung des Anwendungsbereichs möglicherweise gar nicht notwendig ist.

Allerdings erscheint die Ausweitung dennoch sinnvoll. Denn die Ungleichbehandlung von grundrechtlich gleichermaßen geschützten Rechten, wie bei Inhabern immaterieller Schutzrechte, insbesondere Urheberrechte (§ 101 UrhG), im Vergleich zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen von vergleichbarem Ausmaß, ist nicht gerechtfertigt.⁹⁸

Darüber hinaus gab es bereits 2017 einen Vorschlag der Bundesregierung, den Katalog des § 1 Abs. 3 NetzDG um weitere Delikte zu erweitern.⁹⁹ Dabei wären zum Schutz der digitalen Kommunikationsstruktur und -kultur insbesondere die Aufnahme von Delikten wie § 80a StGB (Aufstacheln zum Verbrechen der Aggression) oder zum Schutz gegen „Fake-News“ die Aufnahme von § 145d StGB (Vortäuschen von Straftaten) und § 269 StGB (Fälschung beweiserheblicher Daten) sinnvoll gewesen.¹⁰⁰

Denkbar wäre somit auch lediglich eine Ergänzung der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgelisteten Delikte. Allerdings würden dadurch Rechtsverletzungen aus dem Anwendungsbereich des Auskunftsrechts hinausfallen, welche zwar

⁹¹ Liesching, ZUM 2017, 809 (811).

⁹² BT-Drs. 18/12356, S. 19 f.

⁹³ BMJ, Eckpunktepapier, S. 3.

⁹⁴ BMJ, Erläuterungspapier, S. 1.

⁹⁵ OLG Celle, MMR 2022, 690.

⁹⁶ DJB, Stellungnahme, S. 6.

⁹⁷ BMJ, Eckpunktepapier, S. 3.

⁹⁸ DAV, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt, Mai 2023, S. 6, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0526_Stellungnahme_DAV_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

⁹⁹ BT-Drs. 18/12727, S. 18 ff.

¹⁰⁰ Hoven/Gersdorf, in: BeckOK-InfoMedienR, § 1 Rn. 38.

persönlichkeitsrechtsverletzend sind, jedoch nicht die Schwelle zur Strafbarkeit übertreffen.¹⁰¹ Diese Strafbarkeitslücke kann die Erweiterung auf alle absoluten Rechte schließen.

Darüber hinaus erscheint eine abschließende Aufzählung betreffender Delikte ohnehin gerade in Anbetracht des schnell fortschreitenden Wandels digitaler Kommunikation nicht angemessen. Es kann nicht gewährleistet werden, dass mit der in § 1 Abs. 3 NetzDG vorgenommenen Auflistung alle (auch für die Zukunft) relevanten Delikte aufgefasst sein werden. Zudem muss beachtet werden, dass auch bei der Ausweitung auf alle absoluten Rechte, der Auskunftsanspruch ausschließlich unter den im Eckpunktepapier geplanten Voraussetzungen bestehen würde. Insbesondere erfolgt bei jedem Auskunftersuchen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im konkreten Einzelfall.

Die Kritik, dass das zukünftige Auskunftsverfahren die Gefahr des Missbrauchs durch Unternehmen o.Ä. (bei beispielsweise berechtigter, aber ungewollter Kritik) vergrößere¹⁰², ist darüber hinaus wenig überzeugend. Denn auch dabei gilt der Maßstab der hinreichenden Berücksichtigung und Abwägung der (Grund-)Rechte aller Beteiligten und die Einhaltung der Voraussetzungen des geplanten Gesetzes. Daran, was im Rahmen der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) kommuniziert und veröffentlicht werden darf, ändert das geplante Gewaltschutzgesetz nichts.¹⁰³ Ein mögliches Missbrauchsrisiko eines Gesetzes sollte zwar entsprechend (vor allem bei dessen Anwendung) berücksichtigt werden, allerdings keinesfalls der Einführung eines sinnvollen Gesetzes im Wege stehen. Aufgrund dessen ist die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Auskunftsanspruchs auf alle absoluten Rechte begrüßenswert.

b) Effektivere Ausgestaltung des Auskunftsverfahrens

Die Geltung des FamFG sowie die Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeit an Landgerichte (§ 21 Abs. 3 S. 3 TTDSG) ist zu begrüßen, da dies die Effizienz des Verfahrens fördert und gewährleistet wird, dass in dem Bereich erfahrene Personen am Verfahren beteiligt sind.

Ebenso überzeugt die Möglichkeit zu Video-Verhandlungen sowie der Grundsatz, keine Gerichtskosten für das Auskunftsverfahren zu erheben. Betroffene digitaler Rechtsverletzungen sollten unabhängig von ihren finanziellen Voraussetzungen die Möglichkeit haben, sich gegen solche Rechtsverletzungen schützen zu können.

Dass Diensteanbieter dazu verpflichtet werden können, Bestands- und Nutzungsdaten der Nutzer sowie die mutmaßliche Rechtsverletzung gezielt zu sichern, ist unverzichtbar für die Durchführbarkeit des Auskunftsverfahrens. Dass die Offenlegung zudem nur ggü. dem Gericht erfolgt und die Zusammenführung von IP-Adresse und Bestandsdaten sowie die Offenlegung ggü. dem Geschädigten ausschließlich nach Abschluss des Verfahrens erfolgt¹⁰⁴ ist im Sinne des Schutzes der mutmaßlichen rechtsverletzenden Person von essenzieller Bedeutung und sehr positiv zu beurteilen.

3. Anspruch auf richterlich angeordnete Accountsperrern

Eine weitere Maßnahme des Gesetzes gegen digitale Gewalt soll die Möglichkeit von richterlich angeordneten Accountsperrern sein.¹⁰⁵

¹⁰¹ HateAid, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt, Mai 2023, S. 4 f., abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0526_Stellungnahme_HateAid_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

¹⁰² Amnesty International, Stellungnahme, S. 2.

¹⁰³ BMJ, Erläuterungspapier, S. 2.

¹⁰⁴ BMJ, Eckpunktepapier, S. 4.

¹⁰⁵ Ebd.

Dadurch sollen Betroffene unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit erhalten, sich gegen wiederholte Rechtsverletzungen effektiv wehren zu können, die über den gleichen Account verbreitet werden. Die Anordnung zur Accountsperre soll gegenüber dem Diensteanbieter erfolgen, was einen besonderen Mehrwert darstellt, falls die Identität des Accountinhabers nicht bekannt ist.¹⁰⁶ Dies ist insbesondere wichtig und somit erfreulich, da die Möglichkeit zur anonymen Nutzung digitaler Dienste (ohne Klarnamenpflicht o.Ä.) weiterhin bestehen bleiben wird.

Wenngleich ein Vorteil von Accountsperren somit darin liegt, dass sie gravierende Rechtsverletzungen im ersten Schritt unterbinden können, während sie gleichzeitig nicht die anonyme Nutzung des Internets angreifen, so ist jedoch die tatsächliche Praktikabilität solcher Accountsperren fraglich.

Problematisch ist insbesondere die Wirksamkeit solcher Sperren gegen erneute Rechtsverletzungen, wenn die Identität der rechtsverletzenden Person nicht bekannt ist und diese somit nach einer Accountsperre leicht und schnell (unter Angabe falscher Daten) einen neuen Account erstellen kann, mit dem daraufhin weitere Rechtsverletzungen begangen werden können.¹⁰⁷

Dagegen wird allerdings teilweise argumentiert, dass große Accounts existieren, die gerade durch oder aufgrund des Verbreitens von rechtsverletzenden Inhalten eine hohe Reichweite (also viele Follower) generiert haben¹⁰⁸ und somit durch eine (temporäre) Accountsperre zumindest diese Reichweite temporär reduziert bzw. aufgehoben werden würde. Wenngleich solche Accounts durch eine Sperre in größerem Maße getroffen werden würden ist allerdings fraglich, wie viele der Accounts, über die rechtsverletzende Inhalte verbreitet werden, eine so große Reichweite haben, sodass es für sie aufgrund der daraufhin (temporär) fehlenden Reichweite nicht sinnvoll erscheint, einen neuen Account zu erstellen. Darüber hinaus haben vor allem viele Accounts mit einer gewissen Reichweite sog. Backup-Accounts, auf die sie zurückgreifen können, falls ihr Erstaccount beispielsweise gesperrt wurde. Dieser könnte ggf. auch erst erstellt werden, sobald der Accountinhaber mit einem Hinweis über ein anhängiges Sperrersuchen informiert wird. Wenn der Zweitaccount dann über einen anderen Account erstellt wurde/wird, könnte die Person trotz Accountsperre weiteren Rechtsverletzungen begehen. Dafür bietet das Eckpunktepapier keinen Lösungsansatz. Wünschenswert wäre beispielsweise eine Regelung, dass von Accountsperren auch Ersatzaccounts miteingeschlossen sind, die zur Umgehung von Accountsperren verwendet werden.¹⁰⁹

Darüber hinaus ist kritisch zu betrachten, dass vor allem große Accounts, wie solche von Personen, die beruflich Inhalte auf sozialen Plattformen teilen (sog. Content Creator) sehr stark von möglichen Accountsperren getroffen werden würden. Das kann zu sog. Deplatforming, also der Wegnahme der Reichweite und damit der Finanzierungsquelle der betroffenen Person, führen, was einen erheblichen Grundrechtseingriff darstellen würde.¹¹⁰

Dagegen ist jedoch zu beachten, dass laut Eckpunktepapier jede Accountsperre an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sein wird. Insbesondere unterliegen die Sperren einem Richtervorbehalt und müssen in jedem Einzelfall einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.¹¹¹ Darüber hinaus darf eine Inhaltmoderation als milderer Mittel nicht ausreichen und es muss die Gefahr der Wiederholung schwerwiegender Rechtsverletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestehen. Zudem ist die Accountsperre nur für einen angemessenen Zeitraum anzuordnen und der Accountinhaber über ein Sperrersuchen zu informieren und muss die Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten.¹¹² Durch diese Voraussetzungen ist es grundsätzlich möglich, die Rechtfertigung des Eingriffs in die

¹⁰⁶ BMJ, Eckpunktepapier, S. 5.

¹⁰⁷ Holznel, MMR 2023, 634 (634).

¹⁰⁸ DJB, Stellungnahme, S. 13 f.

¹⁰⁹ Panahi, MMR 2023, 556 (560).

¹¹⁰ Augsberg/Petras, JuS 2022, 97 (105).

¹¹¹ BMJV, Eckpunktepapier, S. 5.

¹¹² Ebd.

Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 11 GRCh), die durch Accountssperren vorgenommen wird, zu gewährleisten. Zudem wird dadurch die Gefahr von Over-Blocking (das teilweise durch Onlineplattformen betrieben wird)¹¹³ ebenfalls minimiert bzw. ausgeschlossen.

Nicht nachvollziehbar erscheint hingegen, warum sich die Möglichkeit richterlich angeordneter Accountssperren lediglich auf „schwerwiegende Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“¹¹⁴ beschränken soll. Ungeachtet dessen, dass nicht näher definiert ist, was konkret unter dem Begriff „schwerwiegend“ zu verstehen ist, ist vor allem in Anbetracht von beispielsweise Hate Speech, die sich regelmäßig nicht gegen Einzelpersonen, sondern gegen (Bevölkerungs-)Gruppen richtet, eine Erweiterung des Anwendungsbereichs für Accountssperren wünschenswert.¹¹⁵ Accounts, die zum Beispiel volksverletzende Inhalte (§ 130 StGB) oder die Verwendung verfassungsfeindlicher Symbole (§ 86a StGB) verbreiten, sollten bei Erfüllung der vorgesehenen Voraussetzungen ebenfalls gesperrt werden können. Denn diese, sowie die Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB) und gegen Personen des politischen Lebens gerichtete Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung (§ 188 StGB) machen den größten Anteil der beim BKA gemeldeten Straftatbestände bei Hasspostings aus¹¹⁶ und sind zweifellos auch eine Form digitaler Gewalt.

Um die Gefahr von wiederholten, missbräuchlich angeforderten, ungerechtfertigten Accountssperren zu umgehen, wäre darüber hinaus die Möglichkeit zur Sperrung von Accounts, die wiederholt missbräuchlich Inhalte melden, wünschenswert.

a) Gelegenheit zur Stellungnahme

Gem. Art. 103 Abs. 1 GG besteht die Verpflichtung des Staates, jedem, der an einem gerichtlichen Verfahren förmlich beteiligt oder von einer gerichtlichen Entscheidung unmittelbar rechtlich betroffen ist, rechtliches Gehör zu verschaffen.¹¹⁷ Dies soll durch die im Eckpunktepapier geplante Information und Möglichkeit zur Stellungnahme über die Kommunikationsplattform gewährleistet werden.¹¹⁸ Dabei wird teilweise kritisiert, dass die Möglichkeit, zum anhängigen Sperrersuchen Stellung zu nehmen, dem Gericht obliege und somit abzulehnen sei, dafür Kommunikationskanäle der Plattform zu verwenden.¹¹⁹ Zumal Nutzer nicht damit rechnen würden und die Seriosität der Nachricht über ein anhängiges Gerichtsverfahren in Frage stellen würden oder von Spam ausgehen würden.¹²⁰ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass vor allem anonyme Nutzer mit der Kommunikation über die Plattform erreicht werden sollen, die auf anderem Wege gar nicht erreicht werden könnten. Darüber hinaus ist am geplanten Vorhaben besonders vorteilhaft, dass die Nutzer durch den Hinweis über die Plattform innerhalb kürzester Zeit informiert werden können (was auch im Interesse der Nutzer selbst ist) und gerade auch die Unmittelbarkeit des Hinweises (direkt verknüpft mit der entsprechenden Plattform des betroffenen Accounts) besonders nutzerfreundlich ist. Problematisch könnte allenfalls sein, wenn Diensteanbieter bzgl. des Hinweises und der Möglichkeit zur Stellungnahme für den Nutzer nicht kooperativ mit staatlichen Behörden zusammenarbeiten. Um dies

¹¹³ Denga, in: Europäische Plattformregulierung, 2023, § 6 Rn. 12.

¹¹⁴ BMJ, Eckpunktepapier, S. 5.

¹¹⁵ GFF, Stellungnahme zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt v.26.5.2023, S. 5, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0526_Stellungnahme_GFF_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

¹¹⁶ BKA, Daten & Zahlen Meldestelle Hassposting, online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/KontaktAufnahmen/HinweisGeben/MeldestelleHetzelImInternet/DatenZahlen/datenzahlen_node.html (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

¹¹⁷ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 1.

¹¹⁸ BMJ, Eckpunktepapier, S. 5.

¹¹⁹ Facebook, Positionspapier zu den Eckpunkten des Bundesjustizministeriums zum Gesetz gegen digitale Gewalt, S. 3, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0614_Stellungnahme_Meta_Eckpunkte_Gesetz_digitale_Gewalt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.10.2023).

¹²⁰ Ebd.

zu verhindern wären Regelungen zu Sanktionsmöglichkeiten bei fehlender Kooperation von Diensteanbietern möglich¹²¹, wobei diese dann ebenfalls neben den Regelungen des DSA anwendbar sein müssten.

b) Konflikt mit DSA

Gem. Art. 23 Abs. 1 DSA müssen Online-Plattformen die Accounts von Nutzern, die häufig rechtswidrige Inhalte verbreiten, vorübergehend aussetzen.¹²² Fraglich ist somit, inwiefern zusätzliche nationale gesetzliche Regelungen zu Accountsperrern neben den bereits im DSA vorgesehenen Pflichten überhaupt möglich sind. Einer Ansicht nach besteht keine zusätzliche Regelungsmöglichkeit für nationale Accountsperrern, da im Art. 23 des DSA genau diese geregelt werden und eine zusätzliche nationale Regelung der mit dem DSA bezweckten Harmonisierung der europäischen Regelungen entgegenstehen würde.¹²³ Zudem fehle es für eine ergänzende nationale Norm schon an einem „anderen berechtigten öffentlichen Interesse“ (Erwägungsgrund 9 DSA).¹²⁴ Bei genauerer Betrachtung des Art. 23 DSA im Vergleich zu den im Gewaltschutzgesetz geplanten Accountsperrern vermag dies allerdings nicht zu überzeugen. Denn Art. 23 DSA sieht lediglich Vorgaben zu Accountsperrern durch Diensteanbieter vor.¹²⁵ Im Gegensatz dazu plant das Gewaltschutzgesetz jedoch richterlich angeordnete Accountsperrern, die somit eine staatliche Anordnung zur Verpflichtung von Diensteanbietern darstellen. Damit ist eine Regelungsüberschneidung der Anwendungsbereiche des Art. 23 DSA sowie des geplanten Gesetzes gegen digitale Gewalt nicht ersichtlich und sollte nationalen Regelungen zur richterlich angeordneten Accountsperrern nicht im Wege stehen.¹²⁶

4. Erleichterung der Zustellung

a) Inländischer Zustellungsbevollmächtigte

Die geplante Fortschreibung und Ausweitung der Pflicht zur Bereitstellung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten soll Betroffenen die Rechtsdurchsetzung ebenfalls erleichtern, indem die Zustellung für sie erleichtert wird, weil sie dadurch wissen, an wen sie sich bei Rechtsverletzungen in Deutschland wenden können.¹²⁷ Bisher ist die Pflicht zur Ernennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten in § 5 NetzDG geregelt. Aufgrund der Aufhebung des NetzDG durch Inkrafttreten des DSA soll diese Pflicht im Gesetz gegen digitale Gewalt weitergeführt werden.¹²⁸ Das ist insofern begrüßenswert, als dass damit eine erhebliche Erleichterung für Betroffene einhergeht, indem eine einfache und praktikable Zustellung von Schriftstücken etc. möglich sein wird. Besonders in Anbetracht der strengen Zustellungsregelungen beispielsweise im einstweiligen Rechtsschutz ist die Möglichkeit der einfachen Zustellung für Betroffene essenziell.¹²⁹ Allerdings gilt die in § 5 NetzDG statuierte Pflicht ausschließlich für Anbieter sozialer Netzwerke.¹³⁰ Dies scheint im digitalen Gewaltschutzgesetz so fortgeführt zu werden, denn im Eckpunktepapier wird sich ebenfalls nur auf sog. soziale Netzwerke bezogen.¹³¹ Während private

¹²¹ *Panahi*, MMR 2023, 556 (560).

¹²² *Raue*, in: NK-DSA, Art. 23 Rn. 18.

¹²³ *Härtling/Adamek*, CR 2023, 316 (320); *Holzsnigel*, MMR 2023, 643 (644).

¹²⁴ *Holzsnigel*, MMR 2023, 643 (644).

¹²⁵ *Maamar*, in: Das neue Recht der digitalen Dienste, 2023, § 4 Rn. 139.

¹²⁶ *Cole/Ukrow*, Der EU Digital Services Act und verbleibende nationale (Gesetzgebungs-)Spielräume, 2023, S. 36 ff., online abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Marie-Munk-Initiative/DSA_Gutachten_Cole_Ukrow.pdf. (zuletzt aufgerufen am 12.2.2024); *Panahi*, MMR 2023, 556 (559).

¹²⁷ BMJ, Eckpunktepapier, S. 6.

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ DJB, Stellungnahme, S. 18.

¹³⁰ *Gerhold/Handel*, in: NK-MedienStrafR, § 5 Rn. 5.

¹³¹ BMJ, Eckpunktepapier, S. 6.

Auskunftsverfahren unter anderem dadurch gestärkt werden sollen, indem diese auch auf Messenger- und Internetzugangsdienste ausgeweitet werden sollen, erschließt sich aus dem Eckpunktepapier nicht, wieso die Pflicht zu inländischen Zustellungsbevollmächtigten nur auf soziale Medien beschränkt bleiben soll, zumal es dabei zu Abgrenzungsschwierigkeiten bei hybriden Diensten wie Telegram kommen kann.¹³² Begrüßenswert wäre darüber hinaus, die Pflicht zu inländischen Zustellungsbevollmächtigten auch für den Schutz vor ungerechtfertigten Accountsperrern auszuweiten.¹³³

b) Vereinbarkeit mit DSA

Allerdings ist fraglich, inwiefern die geplante Regelung zur Pflicht eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten als zusätzliche nationale Regelung insbesondere mit dem Harmonierungsgrundsatz des DSA vereinbar ist. Denn gem. Art. 12 Abs. 1 DSA müssen Anbieter von Vermittlungsdiensten eine zentrale Kontaktstelle für die Behördenkommunikation einrichten und gem. Art. 13 Abs. 1 DSA einen gesetzlichen Vertreter innerhalb der EU ernennen, wenn sie dort keine Niederlassung haben. Somit unterscheiden sich die Regelungen enorm, weil nach dem DSA Anbieter lediglich eine Kontaktstelle (gem. Art. 13 DSA einen Vermittler) in einem EU-Mitgliedstaat einrichten müssen, nicht also (wie im digitalen Gewaltschutzgesetz geplant) eine Zustellungsvertretung in Deutschland. Teilweise wird argumentiert, dass die im digitalen Gewaltschutzgesetz geplante Pflicht der Harmonisierung europäischer Regelungen und der Rechtssicherheit durch den DSA widerspräche.¹³⁴ Andere sehen keine unionsrechtlichen Konflikte, weil die nationale Regelung über die des DSA hinausgeht und durch eine fehlende nationale Regelung eine erhebliche Schutzlücke entstehen würde.¹³⁵ Allerdings ist im Vergleich der Regelungen auch hier irritierend, wieso die Pflicht im Gesetz gegen digitale Gewalt nur für soziale Netzwerke gelten soll, während im DSA alle „Anbieter von Vermittlungsdiensten“ (Art. 12, 13 DSA) erfasst werden.¹³⁶ Es lässt sich kein sachlicher Grund erkennen, warum bestimmte Vermittlungsdienste durch nationale Gesetzgebung erheblicher in die Pflicht genommen werden sollen als andere.

Im Wesentlichen ist allerdings sehr zweifelhaft, ob zusätzliche nationale Pflichten bzgl. eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten tatsächlich neben den Regelungen des DSA möglich sein werden. Denn in Erwägungsgrund 9 des DSA wurde festgestellt, dass Mitgliedstaaten keine zusätzlichen nationalen Anforderungen, die in den Anwendungsbereich des DSA fallen, erlassen oder beibehalten sollten.¹³⁷ Wenngleich die geplanten Regelungen weit über Art. 12, 13 DSA hinausgehen, so betreffen sie dennoch grundsätzlich den gleichen Anwendungsbereich einer Kontaktstelle für Betroffene.¹³⁸

Zusammenfassend wären die geplanten Regelungen zu inländischen Zustellungsbevollmächtigten im Sinne der Betroffenen digitaler Rechtsverletzungen oder Gewalt zwar (sogar mit Erweiterung auf eine Beschwerdestelle für Accountsperrern) durchaus sinnvoll, jedoch bestehen erhebliche Zweifel für eine zusätzliche nationale Regelungsmöglichkeit neben dem DSA. Dabei ist entscheidend, dass das maßgebliche Ziel des DSA die Harmonisierung der Regelungen in den EU-Mitgliedstaaten ist.

¹³² Panahi, MMR 2023, 556 (560).

¹³³ Amnesty International, Stellungnahme, S. 3.

¹³⁴ Härting/Adamek, CR 2023, 316 (319); DAV, Stellungnahme, S. 8; Facebook, Stellungnahme, S. 3.

¹³⁵ Cole/Ukrow (Fn. 126), S. 26 f.

¹³⁶ Härting/Adamek, CR 2023, 316 (319).

¹³⁷ VO (EU) 2022/2065 (Digital Services Act).

¹³⁸ Panahi, MMR 2023, 556 (561); Härting/Adamek, CR 2023, 316 (319).

5. Fehlende Aspekte

Für eine tatsächliche Verbesserung für Betroffene digitaler Gewalt sind jedoch nicht lediglich die gesetzlichen Grundlagen essenziell, sondern vor allem, dass diese auch tatsächlich umgesetzt werden können. Daran bestehen durch den Mehraufwand, den ein ausgeweitetes Auskunftsverfahren sowie der Anspruch auf richterlich angeordnete Accountsperrern mit sich bringen würden, in Anbetracht der personellen Aufstellung der Justiz erhebliche Zweifel.¹³⁹ Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Verbesserungen aufgrund personeller Defizite nicht umgesetzt werden können. Des Weiteren belegt das Eckpunktepapier (sowie das Erläuterungspapier) selbst mit der verwendeten Terminologie und der zu vermissenden sprachlichen Sensibilität, dass die konsequente und nachhaltige Bekämpfung digitaler Gewalt bereits viel früher ansetzen muss. Denn auch dabei zeigt sich ein Grundsatzproblem dieses Phänomens: dass häufig die Realität digitaler Gewalt und ihrer Folgen nicht vollständig realisiert oder anerkannt werden. Dies sowie die Qualifikation aller am Verfahren Beteiligten ist allerdings grundlegende Prämisse für die effektive (rechtliche) Unterstützung Betroffener. Deswegen sind darüber hinaus Maßnahmen wie Bildung und Sensibilisierung über die Erscheinungsformen, Gefahren und Auswirkungen digitaler Gewalt bereits im frühen Alter sowie Fortbildungen für am formellen Verfahren Beteiligte wie Mitarbeiter bei Polizei und Justiz notwendig.

Darüber hinaus ist kritisch zu betrachten, dass mit dem Eckpunktepapier der Anschein erweckt wird, dass die Verfolgung von Rechtsverletzungen (zunehmend) auf Betroffene umgelagert werden könnte. Dabei ist insbesondere die Formulierung, dass „die Durchsetzung von Recht nie allein Sache von Staatsanwaltschaften [...]“¹⁴⁰ sein sollte, durchaus fragwürdig. Eine Verdeutlichung, dass trotz verbesserter Rechtsdurchsetzungsrechte für Betroffene weiterhin die Verpflichtung der Staatsanwaltschaften besteht, Straftaten grundsätzlich von Amts wegen nachgehen zu müssen, wäre erfreulich.¹⁴¹

VII. Fazit

In der Theorie lässt das Eckpunktepapier grundsätzlich gute Ansätze für die bessere Rechtsdurchsetzung und den besseren Schutz Betroffener digitaler Rechtsverletzungen erkennen. Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit von Accountsperrern, wenngleich auch diese in ihrer konkreten Ausgestaltung (wie ihrem Anwendungsbereich) teilweise noch verbesserungswürdig sind. Auch die Ausweitung des Auskunftsverfahrens auf Messenger- und Internetzugangsdienste sowie die effektivere Ausgestaltung dessen ist begrüßenswert. Jedoch bestehen teilweise erhebliche Zweifel an der tatsächlichen Umsetzbarkeit aufgrund des erheblichen personellen Mehraufwands und der (zeitlich) begrenzten Möglichkeiten der Identifizierung von rechtverletzenden Personen. Darüber hinaus ist die geplante Regelung (und Ausweitung) der Pflicht zur Bereitstellung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten im Sinne der Betroffenen zwar nachvollziehbar und wünschenswert, doch ist dessen Realisierbarkeit in Anbetracht des Harmonierungsgrundsatzes des DSA äußerst fragwürdig. Inwiefern die geplanten Maßnahmen grundsätzlich mit dem DSA vereinbar sein werden, bleibt abzuwarten.

Eine tatsächliche Verbesserung der Position Betroffener von digitalen Rechtsverletzungen und insbesondere digitaler Gewalt setzt Veränderung voraus, die weit über die im Eckpunktepapier geplanten Maßnahmen hinausgehen. Dazu gehören insbesondere der Ausbau des Opferschutzes und -beratungen, sowie Aus- und Fortbildungen für am

¹³⁹ DRB, Stellungnahme, S. 4.

¹⁴⁰ BMJ, Eckpunktepapier, S. 1 f.

¹⁴¹ Valerius, ZRP 2023, 142 (143).

Verfahren Beteiligte. Denn letztlich sind verbesserte Rechtsgrundlagen für Betroffene wenig hilfreich, wenn diese aufgrund fehlender Sensibilisierung nicht hinreichend angewendet werden. Die Notwendigkeit einer erhöhten Sensibilität für die mögliche Intensität und Auswirkungen digitaler Gewalt werden schließlich bereits mit der verwendeten Sprache im Eckpunkte- und Erläuterungspapier deutlich.

Darüber hinaus bleibt zu hoffen, dass durch die Einführung des digitalen Gewaltschutzgesetzes, dessen Fokus auf der Rechtsdurchsetzung für Betroffene liegt, die gesetzgeberischen Möglichkeiten für Strafänderungen oder -schärfungen nicht als ausgeschöpft betrachtet werden.

Der digitale Raum bietet unbegrenzte Möglichkeiten für die Vernetzung und den Meinungs austausch unzähliger Menschen in kurzer Zeit und auf unkomplizierte Art und Weise. Diesen Raum zu schützen, wird Aufgabe des Gesetzgebers bleiben, indem die (Grund-)Rechte, insbesondere die Meinungsfreiheit und die Möglichkeit zur Anonymität, aller Beteiligten bestmöglich gewahrt werden.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Melina Bab Alfath

Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, § 265a StGB?

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 27.10.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	27
II. Besonderheiten der Strafnorm § 265a StGB und ihre praktische Auswirkung	27
1. Anmerkung zur Begrifflichkeit	28
2. Umstrittene Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB	28
a) Auffassung des BGH	29
b) Auffassung in der Literatur	29
c) Streitentscheid	30
3. Bedeutung des § 265a StGB in der Praxis	31
III. Meinungsstreit bezüglich einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens	32
1. Gründe für eine Entkriminalisierung	33
a) Strafnorm trifft insbesondere sozial Schwache	33
b) Verfassungsrechtliche Bedenken	34
aa) Kriminalisierung des Schwarzfahrens im Widerspruch zur Funktion des Strafrechts als Ultima Ratio	35
bb) Unverhältnismäßigkeit der Entkriminalisierung	36
(1) Strafnorm zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche	36
(2) Tatbestandseinschränkende eigenverantwortliche Selbstgefährdung	37
(3) Doppelbelastung	37
(4) Unangemessene Ersatzfreiheitsstrafe	38
(5) Ungleichbehandlung	38
c) Unverhältnismäßiger Ressourceneinsatz	38
2. Gründe gegen eine Entkriminalisierung	39
a) Gemeinschaftsschädlichkeit des Schwarzfahrens	39
b) Generalpräventive Erwägungen	39
3. Streitentscheid	40
IV. Umsetzung der Entkriminalisierung	41
1. Durch Verschiebung in das Ordnungswidrigkeitenrecht	41
a) Anforderungen	41
aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung	41
bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse	42
cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung	42
b) Bewertung	43
2. Durch ersatzlose Streichung	43
a) Anforderungen	44
aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung	44
bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse	44
cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung	44
b) Bewertung	45
3. Stellungnahme	45
V. Fazit	46

I. Einleitung

Vor etwa 90 Jahren wurde der § 265a StGB zur Schließung von Strafbarkeitslücken eingeführt.¹ Zu jener Zeit war nicht absehbar, wozu dieser Tatbestand heute angewendet wird. Welche Bedeutung dieser Norm für die soziale Dimension zukommt, konnte damals nicht erahnt werden. Über Jahrzehnte hinweg wurde der § 265a StGB immer wieder Gegenstand umfassender kriminalpolitischer Diskurse als Exemplar dessen, was im Strafrecht noch verbesserungsfähig ist.

Wer heute „schwarzfährt“², oder genauer gesagt eine Beförderung erschleicht, wird nach § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB bestraft.

In der Praxis führt die Norm insbesondere bei Menschen mit niedrigem Einkommen zu weitreichenden Problemen. Infolge der Ahndung des Schwarzfahrens werden regelmäßig Geldstrafen ausgesprochen, die für die Betroffenen nicht bezahlbar und ebenso für die Staatsanwaltschaften nicht vollstreckbar sind. Aus diesem Grund kommt es häufiger zur Anwendung von Ersatzsanktionen wie der Ersatzfreiheitsstrafe.³ Aber wie kann es sein, dass die härteste Sanktion des deutschen Strafrechts, die Freiheitsstrafe, regelmäßig gegen das Bagatelldelikt „Fahren ohne Fahrschein“ eingesetzt wird? Diese Frage wurde im Laufe der Jahre wiederholt zur Diskussion gestellt, blieb jedoch von der Gesetzgebung unberücksichtigt. In der Vergangenheit erreichten den Deutschen Bundestag mehrere Gesetzesentwürfe über die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, allerdings wurden diese bislang immer abgelehnt.⁴ Zuletzt wurde am 19. Juni 2023 die Frage nach der Entkriminalisierung erneut in die Gegenwart gerufen. An diesem Tag debattierte der Bundestagsausschuss über den Gesetzesentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs zur Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein auf Antrag der Fraktion Die Linke.⁵

In diesem Zusammenhang drängt sich insbesondere die Frage auf, ob die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens notwendig ist und wie sie am besten umgesetzt werden sollte.

Die Beantwortung dieser Ausgangsfrage erfordert mehrere Schritte: Erstens ist es notwendig, aufzuzeigen, welche Dogmatik bei der Auslegung des Tatbestandes üblicherweise angewandt wird und welche praktischen Folgen sich daraus ergeben. Zweitens ist darzulegen, welche Argumente für und gegen eine Entkriminalisierung sprechen und welche Schlussfolgerungen sich daraus ergeben. Im dritten und letzten Schritt wird anhand lösungsorientierter Kriterien geprüft, welchem Umsetzungsvorschlag zuzustimmen ist.

II. Besonderheiten der Strafnorm § 265a StGB und ihre praktische Auswirkung

Zentral für die Entkriminalisierungsdebatte ist die dogmatisch umstrittene Auslegung des § 265a StGB und die sich daraus ergebenden Folgen.

¹ Vgl. RGBl. I 1935 Nr. 70, S. 839 (842); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. (2022), § 265a Rn. 5.

² Zur vorzugswürdigen Formulierung „Fahren ohne Fahrschein“ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 9 ff.

³ BT-Drs. 20/2081, S. 1, 4.

⁴ Entwurf aus 2019 (BR-Drs. 424/19, "Fahren ohne Fahrschein" als Ordnungswidrigkeit) abgelehnt; Entwurf aus 2018 (BT-Drs. 19/1115, „Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein“) abgelehnt; Entwurf aus 2018 (BT-Drs. 19/1690, „Schwarzfahren als Ordnungswidrigkeit“) abgelehnt; Antrag aus 2016 (BT-Drs. 18/7374, „Entkriminalisierung des Fahrens ohne Fahrschein – Polizei und Justiz entlasten“) abgelehnt; Entwurf aus 1993 (BT-Drs. 12/6484, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten“) abgelehnt; Entwurf aus 1995 (BT-Drs. 13/374, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten“) abgelehnt; Antrag aus 1995 (BT-Drs. 13/2005, „Entkriminalisierung des Ladendiebstahls, Schwarzfahrens und der Fahrerflucht bei Sachbeschädigung“) abgelehnt.

⁵ BT-Drs. 20/2081.

1. Anmerkung zur Begrifflichkeit

Vor der eingehenden Betrachtung der zentralen Aspekte der Entkriminalisierungsdebatte, ist eine kurze Betrachtung der Begrifflichkeit des „Schwarzfahrens“ voranzustellen.

Die Beförderungerschleichung wird nicht nur im alltäglichen Sprachgebrauch, sondern auch in Gesetzesmaterialien⁶ und wissenschaftlichen Abhandlung⁷ regelmäßig als „Schwarzfahren“ bezeichnet.⁸ Die umgangssprachliche Verwendung des Begriffs „Schwarzfahrens“ mag wegen einer möglichen Assoziation zur Hautfarbe die Frage aufwerfen, ob er einen rassistischen Hintergrund aufweist.⁹ Tatsächlich scheint das Wort auf den Jiddischen Ausdruck („shvarts“) zurückzugehen, der auch „arm“ bedeuten kann.¹⁰ Selbst wenn der rassistische Ursprung abgelehnt werden kann, ist nicht zu erwarten, dass dieses Hintergrundwissen auch in der Gesellschaft weit verbreitet ist.¹¹ Die rassistische Assoziation unberücksichtigt zu lassen, würde der Macht der Sprache nicht gerecht werden.¹² Darüber hinaus bleibt auch die mögliche Bedeutung „arm“ problematisch.¹³

Der Begriff des Schwarzfahrens kann in aller Regel mit einem Fahren ohne Fahrschein gleichgesetzt werden.¹⁴ Aufgrund einer möglichen Fehldeutung¹⁵ erscheint die Umschreibung des Begriffs vorzugswürdiger.¹⁶ Aus diesem Grund sollte die Verwendung des Begriffs des Schwarzfahrens tunlichst in dem Bewusstsein einer möglichen Fehldeutung gegenüber unaufgeklärten Personen verwendet werden.

2. Umstrittene Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB

Einen Straftatbestand des „Schwarzfahrens“ gibt es nicht, dafür aber die sog. Beförderungerschleichung in § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB.

Die sog. Beförderungerschleichung wurde 1935 eingeführt und stellt einen Auffangtatbestand zum Betrug dar.¹⁷ Der konkrete Anlass für die Einführung dieses Tatbestandes war nicht ein drängendes Problem im Zusammenhang mit der Beförderungerschleichung, sondern vielmehr der damals weit verbreitete Automatenmissbrauch an Telefonzellen.¹⁸

⁶ BT-Drs. 20/2081, S. 1 ff.; BT-Drs. 13/2005, S. 1 ff.; BT-Drs. 19/1690, S. 1 ff.; in BT-Drs. 18/7374, S. 1 ff. sowie BT-Drs. 19/1115, S. 1 ff. wird das Wort in Anführungszeichen gesetzt.

⁷ Siehe hierzu z.B. die 36-malige Verwendung des Begriffs im Schrifttumsverzeichnis *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a.

⁸ Zur Verwendung des Begriffs „schwarz“ im Kontext von § 265a auch *Oğlakcioğlu*, JA 2011, 588 (588 f.).

⁹ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 9.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.

¹² *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 10.

¹³ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 9 ff.

¹⁴ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 11.

¹⁵ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 9.

¹⁶ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 11.

¹⁷ Zur Funktion als Auffangtatbestand siehe *BVerfG*, NJW 1998, 1135 (1136); *OLG Düsseldorf*, NJW 1983, 2341; *OLG Stuttgart*, NJW 1990, 924; *OLG Hamburg*, NStZ 1991, 587 (588); *OLG Frankfurt a. M.*, NStZ-RR 2001, 269; *AG Lübeck*, NJW 1989, 467; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 2; *Duttge*, in: HK-GS, StGB, 5. Aufl. (2022), § 265a Rn. 1; *Joecks/Jäger*, StGB, 13. Aufl. (2021), § 265a Rn. 3; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 265a Rn. 1; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 265a Rn. 1; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 265a Rn. 1; *Mitsch*, NZV 2019, 70 (71); *Hohmann/Sander*, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. (2021), § 45 Rn. 1; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 46. Aufl. (2023), Rn. 670; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* Strafrecht Besonderer Teil 1, 11. Aufl. (2019), § 41 Rn. 214.

¹⁸ Vgl. *Bögelein/Wilde*, KriPoZ 2023, 360 (361); *Schientle*, Die Leistungerschleichung (§ 265a StGB), 1938, S. 5.

§ 265a StGB schützt das Individualvermögen des Leistungserbringers.¹⁹ Die Voraussetzungen der sog. Beförderungerschleichung gemäß § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB sind erfüllt, wenn der Täter die „Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten“.

Umstritten²⁰ ist, was genau unter „Erschleichen“ zu verstehen ist und ob diese spezifische Handlungsbeschreibung²¹ bereits dann vorliegt, wenn eine Person unberechtigt ein Verkehrsmittel nutzt, ohne Sicherungsvorkehrungen umgangen zu haben. Diese Frage stellt sich, weil der gegenwärtige Hauptanwendungsfall dieser Norm derjenige ist, dass eine Person ein öffentliches Verkehrsmittel nutzt, ohne einen Fahrschein zu kaufen, ohne Sicherungsvorkehrungen zu überwinden und ohne eine andere Person zu täuschen.²²

a) Auffassung des BGH

Von den Instanz- und den Obergerichten wird dieser Fall des einfachen Schwarzfahrens als das Erschleichen einer Beförderung in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten, ausgelegt.²³ Nach Ansicht des BGH²⁴ genügt es für die Erfüllung des Tatbestandes bereits, wenn der Täter nicht zur Nutzung des Verkehrsmittels berechtigt ist, sich jedoch so verhält und damit den Anschein vermittelt, er würde sich ordnungsgemäß verhalten.²⁵ Dabei sei die Umgehung oder Überwindung von Sicherungsvorkehrungen nicht nötig.²⁶ Für die Annahme der Täuschungsähnlichkeit reiche das unauffällige Vorgehen des Täters aus.²⁷ Die Rechtsprechung nimmt ein Erschleichen selbst dann an, wenn der Fahrgast eine gut sichtbare Aufschrift mit den Worten „ich fahre schwarz“ angebracht hat.²⁸

b) Auffassung in der Literatur

Die überwiegende Auffassung in der Literatur lehnt die Ansicht der Rechtsprechung ab.²⁹ Nach dem Wortsinn erfordere das „Erschleichen“ ein Täuschungs- oder Manipulationselement, das sich in einem heimlichen bzw.

¹⁹ Zum Schutzgut siehe *BVerfG*, NJW 1998, 1135 (1136); *BayObLG*, NJW 1986, 1504; *OLG Stuttgart*, NJW 1990, 924; *OLG Koblenz*, NJW 2000, 86 (87); *VG Augsburg*, BeckRS 2020, 5111; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 1; *Fischer*, NStZ 1991, 41; *Duttge*, in: HK-GS, StGB, § 265a Rn. 1; *Joecks/Jäger*, StGB § 265a Rn. 3; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 265a Rn. 1; *Hellmann*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 265a Rn. 7; *Hoyer*, in: SK-StGB, Band 5, 9. Aufl. (2019), § 265a Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 2; *Bock*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 2018, S. 494; *Hohmann/Sander* Strafr BT, § 45 Rn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* Strafr BT/1, § 41 Rn. 214; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 3. Aufl. (2015), S. 434; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* Strafr BT/2, Rn. 670; *Bock*, JA 2017, 357; *Alwart*, ZIS 2016, 534 (536); *Mosbacher*, NJW 2018, 1069 (1070).

²⁰ *BGH*, NJW 2009, 1091; a.A. *Albrecht*, NStZ 1988, 222 ff.; *Fischer*, NJW 1988, 1828 f.; *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (933 ff.); *Oğlakcioğlu*, JA 2011, 588 (589); *Roggan*, Jura 2012, 299 (303).

²¹ *OLG Stuttgart*, NJW 1990, 924; *OLG Düsseldorf*, NStZ 1992, 84; *OLG Karlsruhe*, NStZ 2009, 390; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 3; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 265a Rn. 8; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 265a Rn. 6; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 265a Rn. 8 f.; *Tiedemann*, in: LK-StGB, Bd. 9, Teil 1, 12. Aufl. (2012), § 265a Rn. 36; *Mitsch* NZW 2019, 70 (72).

²² *Hefendehl*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 2, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/953596/81d31a2e8f081772d2156d3b40a46bc8/Stellungnahme-Hefendehl-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

²³ *BGH*, NStZ 2009, 211 ff. zustimmend *Zscheschack/Rau*, JR 2009, 242 (244) und kritisch *Alwart*, JZ 2009, 478; *Exner*, JuS 2009, 990 ff.; *Gaede*, HRRS 2009, 69.

²⁴ *BGH*, NJW 2009, 1091; zustimmend *Zscheschack/Rau*, JR 2009, 242 (244) und kritisch *Alwart*, JZ 2009, 478; *Roggan*, Jura 2012, 299; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 21.

²⁵ *BGH*, NJW 2009, 1091; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 21; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 168.

²⁶ *OLG Hamburg*, NJW 1990, 924; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 121, 168.

²⁷ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 168.

²⁸ *OLG Köln*, NZV 2016, 192.

²⁹ *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 16 f., 35 ff.; *Albrecht*, NStZ 1988, 222 ff.; *Fischer*, NJW 1988, 1828 f.; *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (933 ff.); *Oğlakcioğlu*, JA 2011, 588 (589); *Roggan*, Jura 2012, 299 (303); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 169.

listigen Vorgehen ausdrücke.³⁰ Ein solches Vorgehen könne gerade dann nicht vorliegen, wenn keinerlei Sicherungsvorkehrungen vorhanden sind und der Zutritt und somit die Inanspruchnahme der Leistung unbeschränkt möglich ist.³¹

c) Streitentscheid

Mit Blick auf die Funktion des § 265a StGB als Auffangtatbestand zum Betrug,³² erhält das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens seine eigständige Bedeutung erst durch seine Interpretation als Täuschungssurrogat.³³ Die Leistungerschleichung wird also erst mit dem Merkmal des Erschleichens zu einem betrugsähnlichen Delikt.³⁴ Der *BGH* aber lässt zur Erfüllung des Täuschungselements bereits den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ genügen.³⁵ Diese Herangehensweise berücksichtigt jedoch nicht den Umstand, dass sowohl Personen mit als auch ohne Fahrschein sich in gleicher Weise äußerlich unauffällig verhalten.³⁶ Die bloße Inanspruchnahme eines Verkehrsmittels hat keinen Erklärungswert,³⁷ es vermittelt nicht den Anschein der Ordnungsmäßigkeit, es ist schlicht ordnungsgemäß.³⁸ Sollte dieses äußerlich unauffällige Verhalten bereits für den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ genügen, dann würde dies bedeuten, dass es dem Merkmal des „Erschleichens“ an einer trennscharfen Abgrenzungsfunktion fehlt, um tatbestandsmäßiges von legalem Verhalten zu unterscheiden.³⁹ Aus diesem Grund ist die „Anscheinsformel“ des *BGH* als bloße Fiktion anzusehen.⁴⁰

Gegen die Ansicht des *BGH*⁴¹ spricht auch die innere Systematik des § 265a StGB, denn in den anderen Varianten⁴² dieser Norm wird ein Erschleichen nur angenommen, wenn eine Sicherungsvorkehrung besteht und überwunden wird.⁴³

An dieser Stelle sei auch auf den zeitlichen Entstehungskontext des § 265a StGB hingewiesen, da dieser ein tiefgehendes Verständnis der Norm fördert und die besondere Bedeutung ihrer Auslegung verdeutlicht.⁴⁴

³⁰ Zum Täuschungs- und Manipulationselement siehe *BGH*, NJW 2009, 1091; *Fischer*, StGB § 265a Rn. 4; zum Wortsinn siehe <https://www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen> (zuletzt abgerufen am: 26.10.2023); zur Kritik am *BGH* auf den Duden verweisend durch *Duttge*, in: HK-GS, StGB, § 265a Rn. 21; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 169.

³¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 265a Rn. 6a; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 265a Rn. 11; *Tiedemann*, in: LK-StGB, § 265a Rn. 47; *Alwart*, JZ 1986, 563 (569); *Ellbogen*, JuS 2005, 20 (21); *Exner*, JuS 2009, 990 (992 f.); *Lorenz/Sebastian*, KriPoZ 2017, 352 (353 f.); *Putzke/Putzke*, Jus 2012, 500 (504); *Schall*, JR 1992, 1 (7); *Bock*, JA 2017, 357 (360); *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 34.

³² Siehe Fn. 17.

³³ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 118.

³⁴ Ebd.

³⁵ *BGH*, NSTZ 2009, 211 ff.; *BGH*, NJW 2009, 1091.

³⁶ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 172; siehe hierzu auch *Alwart*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115 und BT-Drs. 19/1690, S. 2 f., online abrufbar unter <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/stellungnahme-alwart.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

³⁷ Vgl. *Alwart*, NSTZ 1991, 588 (589); *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 36; *Gaede*, HRRS 2009, 69 (70).

³⁸ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 172.

³⁹ Vgl. auch *Alwart*, JZ 2009, 478 ff.; *Exner*, JuS 2009, 990 (992 f.); *Krell*, JuS 2012, 537 (538 f.); *Gaede* HRRS 2009, 69 f.; *Oğlacioğlu*, JA 2011, 588 (589 f.); *Saliger*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 265a Rn. 12; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 265a Rn. 12 ff.

⁴⁰ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 172.

⁴¹ So auch *Gaede*, HRRS 2009, 69 (72); *Krell*, JuS 2012, 537 (538); *Fischer*, StGB § 265a Rn. 5c; *Bock*, StrafR BT/2, S. 505; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 179.

⁴² Vgl. *OLG Karlsruhe*, NJW 2009, 1287 (1288), *Fischer*, StGB § 265a Rn. 5a, 5c; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 179.

⁴³ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 179.

⁴⁴ Zur Bedeutung historischer Argumente für den kriminalpolitischen Diskurs siehe *Vogel*, ZStW 2003, 638 (664 ff.).

Die Norm des § 265a StGB wurde 1935⁴⁵ durch die nationalsozialistische Gesetzgebung eingeführt.⁴⁶ Zu dieser Zeit fand eine Ausweitung des Strafrechts sowie die damit einhergehende Kriminalisierung niederschwelliger Alltagsübertretungen statt, zu der auch § 265a StGB gehört.⁴⁷ In diesem Kontext ist auch von einem „Alltagsstrafrecht“ die Rede.⁴⁸ Die Norm des § 265a StGB repräsentiert die Nachwirkungen der radikalisierten Entwicklungstendenz des Strafrechts.⁴⁹

Wie die gegenwärtige Rechtspraxis verdeutlicht, war die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher nicht bereit, den Tatbestand durch eine restriktive Auslegung des Merkmals „erschleichen“ einzudämmen.⁵⁰ Der Tatbestand des § 265a StGB als fortwirkender Einfluss aus nationalsozialistischer Zeit und die gegenwärtige Auslegungspraxis, welche diesen Einfluss nicht einzudämmen versucht,⁵¹ führen zu kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Konsequenzen.⁵²

3. Bedeutung des § 265a StGB in der Praxis

Es handelt sich bei dem Fahren ohne Fahrschein um ein Massendelikt mit weit über 100.000 Fällen jährlich⁵³ und einem schätzungsweise großen Dunkelfeld.⁵⁴

Dieses Massendelikt wird in der aktuellen Rechtspraxis als Straftat gewertet und entsprechend geahndet, was zur Folge hat, dass im äußersten Fall eine Person aufgrund des Fahrens ohne Fahrschein inhaftiert wird.⁵⁵ Dieses Schicksal teilten zum Stichtag 31.3.2016 bundesweit immerhin 1.646 Personen.⁵⁶

Doch wie kommt es dazu, dass die schwerwiegendste Sanktion des deutschen Strafrechts, nämlich die Freiheitsstrafe, regelmäßig im Zusammenhang mit dem Fahren ohne Fahrschein angewendet wird? Für gewöhnlich nutzt eine Person ein Verkehrsmittel ohne Fahrschein und wird daraufhin von einem Kontrolleur angetroffen. Als Konsequenz bekommt diese Person vom Verkehrsbetrieb ein erhöhtes Beförderungsgeld in Höhe von 60 Euro auferlegt.⁵⁷ Die Verkehrsbetriebe zeigen ein solches Verhalten aber in der Regel nur dann bei der Polizei an, wenn die Vertragsstrafe nicht bezahlt wird, oder die Tat wiederholt begangen wird.⁵⁸ Im Jahre 2022 wurden bundesweit etwa 130.000 Fälle von Beförderungerschleichung angezeigt bzw. von der Polizeilichen Kriminalstatistik erfasst.⁵⁹ Anschließend erfolgt eine Weiterleitung des Falles an die Staatsanwaltschaft. Die Staatsanwaltschaft entscheidet, ob sie den Fall einstellt, einen Antrag auf Strafbefehl stellt oder Anklage erhebt.⁶⁰ Im Jahr 2021 wurden

⁴⁵ Siehe Fn. 1.

⁴⁶ Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Zur Bezeichnung „mildes Alltagsstrafrecht“ siehe Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁴⁹ Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁵⁰ Vgl. Vogel, ZStW 2003, 638 (646, 650, 666); siehe hierzu auch Norouzi, Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zu BT-Drs. 20/208, Protokoll-Nr. 20/60, S. 14.

⁵¹ Ebd.

⁵² Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁵³ Zu den Zahlen der PKS: Bundeskriminalamt, PKS 2022, Falltabelle T01, Grundtabelle-Fallentwicklung, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=211742> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁵⁴ Hefendehl, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 7.

⁵⁵ BT-Drs. 20/2081.

⁵⁶ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 4.1, Strafvollzug, 2016, S. 25, online abrufbar unter: https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DEHeft_mods_00066707 (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁵⁷ Rechtsgrundlage sind die Beförderungsbedingungen der Verkehrsunternehmen oder im Eisenbahnverkehr § 12 Abs. 2 S. 1 EVO bzw. im Straßenbahn- und Busverkehr § 9 Abs. 2 BefBedV.

⁵⁸ Wolff, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme-hilpert-janssen-vdv.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁵⁹ Zu den Zahlen: Bundeskriminalamt, PKS 2022, Falltabelle T01.

⁶⁰ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

insgesamt 36.909 Personen in einem Gerichtsverfahren nach § 265a StGB verurteilt.⁶¹ In den allermeisten Fällen wurde eine Geldstrafe verhängt.⁶² Die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe droht erst, wenn die verurteilte Person der Zahlungsaufforderung trotz Mahnung nicht nachkommt und auch alle weiteren Versuche der Geldeintreibung erfolglos bleiben.⁶³

Es ist anzunehmen, dass jede vierte Ersatzfreiheitsstrafe auf § 265a StGB zurückzuführen ist.⁶⁴ Zum Stichtag 31.3.16 waren bundesweit insgesamt 4.843 Personen aufgrund einer Ersatzfreiheitsstrafe inhaftiert, davon 1.464 Personen wegen § 265a StGB.⁶⁵

Es liegt nahe, dass diejenigen, die Schwierigkeiten haben sich einen Fahrschein zu leisten oder eine Bezahlung aus armutsbedingten Gründen ablehnen,⁶⁶ auch Schwierigkeiten bei der Bezahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von mindestens 60 Euro⁶⁷ oder einer Geldstrafe durch das Gericht haben.⁶⁸

Die heute zur Verfügung stehenden empirisch-sozialen Forschungsergebnisse verdeutlichen, dass durch die Anwendung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB besonders sozial schwache Menschen betroffen sind.⁶⁹

Da die Rechtsprechung trotz der starken gegensätzlichen Meinung in der Literatur an ihrer Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB festhält und in der Praxis und Justiz keinerlei Änderungen zur Handhabung der Strafverfolgung zu erwarten ist, kann nur eine Entkriminalisierung sicherstellen, dass Menschen nicht mehr aufgrund des Fahrens ohne Fahrschein eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen müssen.

III. Meinungsstreit bezüglich einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens

Der fragliche Umgang mit der Beförderungerschleichung sorgt bereits seit einiger Zeit für Aufsehen. Die Debatte über die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens reicht weit zurück.

Nach den umfassenden Strafrechtsreformen der 1960er und 1970er Jahre schien die Diskussion über die Entkriminalisierung endgültig zum Erliegen gekommen zu sein.⁷⁰ Allerdings ist die Entkriminalisierungsdebatte spätestens seit dem 19. Juni 2023 wieder im politischen Diskurs.⁷¹ An diesem Tag debattierte der Rechtsausschuss des Bundestages über den Gesetzesentwurf der Fraktion Die Linke zum Thema Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein.⁷²

⁶¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 3, Strafverfolgung, 2021, S. 110, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁶² Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, S. 232.

⁶³ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

⁶⁴ Siehe Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth, MschrKrim 2019, 282 (290); zu einem sehr ähnlichen Ergebnis gelangt die Untersuchung von Lobitz/Wirth, Forum Strafvollzug, 2018, 57 ff.

⁶⁵ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 4.1, Strafvollzug, 2016, S. 25.

⁶⁶ Motivtyps „Mobilitätsarme und sozial Exkludierte“, die bewusst und teilweise routiniert ohne Fahrschein Fahren, siehe dazu Herausarbeitung von Schwerdtfeger, Fahren ohne (gültigen) Fahrschein, 2019, S. 115.

⁶⁷ Der Betrag von 60 Euro kann bereits nach vier Wochen aufgrund von Inkassogebühren auf 90 Euro steigen, siehe hierzu Untersuchungsergebnisse von Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (364).

⁶⁸ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (362).

⁶⁹ BT-Drs. 20/2081; Mosbacher, Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drs. 20/2081, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/953378/1b17993e5e86b39122085677be36c250/Stellungnahme-Mos-bacher-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁷⁰ Die meisten Stellungnahmen dazu erfolgten in den 1970er und 1980er Jahren, siehe hier nur Dreher, in: FS Welzel, 1974, S. 917 ff.; Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; Naucke, Gutachten D zum 51. Deutschen Juristentag, 1976; Vogler, ZStW 1978, 132 ff.

⁷¹ BT-Drs. 20/2081; vgl. auch Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360.

⁷² BT-Drs. 20/2081.

Dieser Gesetzesentwurf ist nicht der erste seiner Art,⁷³ jedoch hatten bisher alle anderen Versuche zur Entkriminalisierung keinen Erfolg.⁷⁴ Aus diesem Grund gilt es darzustellen, welche Gründe für und gegen die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens sprechen.

1. Gründe für eine Entkriminalisierung

Im Kern der Entkriminalisierungsdebatte geht es um die Frage, ob das einfache Schwarzfahren überhaupt als Straftat zu werten ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist die Funktion des Strafrechts entscheidend. Für den Meinungsstreit sind auch die Folgen der aktuellen Rechtspraxis von Bedeutung.

a) Strafnorm trifft insbesondere sozial Schwache

Die Strafnorm des § 265a StGB trifft vor allem sozioökonomisch benachteiligte Personen. Wie bereits erörtert, tragen hauptsächlich sozial benachteiligte das Risiko, anstelle einer Geldstrafe inhaftiert zu werden.⁷⁵

Die Menschen, die von der Ersatzfreiheitsstrafe betroffen sind, haben oft mit psychischen Problemen oder Drogen- und Alkoholsucht zu kämpfen.⁷⁶ Sie befinden sich häufig in prekären Arbeits- und Wohnsituationen. So sind 77 % arbeitslos und jeder fünfte Betroffene gibt an, ohne festen Wohnsitz zu sein.⁷⁷ Die Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe führt nicht selten zu einer Verschlimmerung ihrer Lage und damit verbundenen erheblichen gesellschaftlichen Kosten.⁷⁸ Die Folgen der Ersatzfreiheitsstrafe stehen im Widerspruch zu der eigentlich angestrebten Resozialisierung.⁷⁹

In der Praxis wurde bereits von staatlicher Seite erkannt, dass die Bestrafung von Menschen, die ohne Fahrschein fahren, hauptsächlich sozial benachteiligte Personen betrifft und zu einer Verschlechterung ihrer Situation führt.⁸⁰

Dies zeigt sich insbesondere durch die Tätigkeit der Freiheitsfonds, deren Hauptaufgabe darin besteht, Menschen zu befreien, die aufgrund von Schwarzfahren inhaftiert wurden.⁸¹ Die Mehrheit der Anträge wird nicht von den Betroffenen selbst, sondern von staatlichen Institutionen eingereicht.⁸² Es sollte jedoch nicht die Aufgabe von ehrenamtlichen Initiativen, wie dem Freiheitsfonds sein, zu verhindern, dass Menschen wegen Schwarzfahrens inhaftiert werden.⁸³ Vielmehr obliegt es dem Staat, sicherzustellen, dass ein solcher Ausgang erst gar nicht möglich ist.⁸⁴

Der staatliche Handlungsbedarf wird besonders deutlich, wenn auf kriminologischer Grundlage die folgende Frage gestellt wird: Warum sind gerade sozioökonomisch schwache Gesellschaftsmitglieder vom Straftatbestand des

⁷³ Zum Vergleich siehe wortgleicher Entwurf aus 2018 (BT-Drs. 19/1115).

⁷⁴ Siehe Fn. 4.

⁷⁵ Janssen, Die Praxis der Geldstrafenvollstreckung, 1994, S. 131 ff.; dazu auch: Neubacher/Bögelein, MschrKrim 2021, 107 (119).

⁷⁶ Lobitz/Wirth, KrimD NRW 2018, S. 9.

⁷⁷ Lobitz/Wirth, KrimD NRW 2018, S. 8 f.

⁷⁸ Vgl. Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352 (356); Meier, ZStW 2017, 433 (444).

⁷⁹ BT-Drs. 20/2081; zur vermeidbaren „Entsozialisierung“ infolge einer Ersatzfreiheitsstrafe siehe Albrecht, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 40 Rn. 10.

⁸⁰ Semsrott, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 2, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/953382/90100a5a8bd5a9736d31600bfe53652e/Stellungnahme-Semsrott_Ffonds-data.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁸¹ Ebd.

⁸² Ebd.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd.

§ 265a StGB und dessen Anwendung betroffen? An dieser Stelle könnte darüber nachgedacht werden, inwiefern Armut Kriminalität verursacht.⁸⁵ Es könnte aber auch danach gefragt werden, wie Arme kriminalisiert werden.⁸⁶

Nach dem etikettierungstheoretischen Paradigma stellt das Strafgesetz gerade die Handlungsstrategien und Mittel unter Strafe, auf die sozial benachteiligte Menschen zurückgreifen.⁸⁷ Menschen mit niedrigem Einkommen sind stärker auf den öffentlichen Nahverkehr angewiesen und messen diesem eine größere Bedeutung bei.⁸⁸ Arme Menschen sind nicht krimineller, eher wird Armut kriminalisiert – genauer gesagt, werden verstärkt die Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, die mit Armut einhergehen.⁸⁹ Zudem besitzen einkommensschwache Menschen eine geringere Beschwerdemacht.⁹⁰ Aufgrund ihrer finanziellen Beschränkungen können sie sich viel weniger durch anwaltlichen Beistand gegen Vorwürfe zu Wehr setzen oder eine Verfahrenserledigung durch Geldzahlung anstreben.⁹¹ Der sozioökonomische Status eines Menschen ist selbst in den Strafverfahren der Alltagskriminalität ein maßgebender Faktor.⁹² Bildungsferne Menschen verzichten häufiger auf Rechtsbeistand, obwohl Verfahren mit anwaltlicher Vertretung häufiger gegen Auflage nach § 153a Abs. 1 StPO eingestellt werden.⁹³ Aus einer Aktenanalyse aus dem Jahr 2013 geht hervor, dass Personen mit niedrigem sozioökonomischen Status häufiger im Strafverfahren benachteiligt sind.⁹⁴ Bei Beschuldigten mit höherem sozioökonomischem Status⁹⁵ wurde das Verfahren häufiger gegen Auflagen nach § 153a Abs. 1 StPO eingestellt.⁹⁶ Im Gegensatz dazu kam es bei Personen mit niedrigem sozioökonomischem Status häufiger zu einer Anklageerhebung.⁹⁷ Daher ist besonders hervorzuheben, dass in diesem Fall durch das Gesetz Armut zumindest mit kriminalisiert wird.⁹⁸

Die Norm des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB nimmt genau diese Verhaltensweisen ins Visier, auf die in erster Linie finanziell schlechter gestellte Personen zurückgreifen. Auch auf jeder weiteren Stufe der Verfolgung des Schwarzfahrens haben die sozioökonomisch schwächeren Gesellschaftsmitglieder die schlechteren Karten. Eine Aufhebung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB würde den Folgen der aktuellen Rechtspraxis Rechnung tragen.

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

Bei der Frage nach der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens kommt dem Verfassungsrecht eine zentrale Bedeutung zu. Deswegen ist den verfassungsrechtlichen Bedenken besondere Beachtung zu schenken.

⁸⁵ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Cremer-Schäfer, NK 1998, 33 (34).

⁸⁸ Schwerdtfeger, Fahren ohne (gültigen) Fahrschein, 2019, S. 110, der Mobilitätsreport 05 vom 16.8.2021 bestätigt dieses Ergebnis, abrufbar unter: <https://www.infas.de/publikationen/mobilitaetsreport-05-ergebnisse-aus-beobachtungen-per-repraesentativer-befragung-und-ergaenzendem-mobilitaetstracking-bis-ende-juli/> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁸⁹ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (116).

⁹⁰ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (115).

⁹¹ Ebd.

⁹² Siehe Kolsch, Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, 2020, S.13.

⁹³ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (117).

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ Unter dem „sozioökonomischem Status“ werden die klassischen Merkmale sozialer Ungleichheit nämlich Bildungsabschluss, Einkommen und Beruf verstanden, siehe hierzu Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (117) in Bezugnahme auf Kolsch (Fn. 92).

⁹⁶ Kolsch (Fn. 92), S. 15 ff.

⁹⁷ Ebd.

⁹⁸ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (116).

aa) *Kriminalisierung des Schwarzfahrens im Widerspruch zur Funktion des Strafrechts als Ultima Ratio*

Das Strafrecht kommt als *ultima ratio*, also als das letzte Mittel des Rechtsgüterschutzes, zur Anwendung.⁹⁹ Der Funktion des Strafrechts ist bereits bei der Frage Rechnung zu tragen, ob eine bestimmte Verhaltensweise überhaupt einer unrechts- und schuldausgleichenden Sanktion bedarf.¹⁰⁰ Das Strafrecht ist durch seinen fragmentarischen Charakter¹⁰¹ gezeichnet – es soll ausschließlich bei elementaren Rechtsgutsverletzungen greifen. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* soll das Strafrecht nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das menschliche Zusammenleben so unerträglich ist, dass seine Verhinderung besonders dringlich ist.¹⁰²

Fraglich ist, ob diese Erläuterung des *BVerfG* auf das Schwarzfahren zutrifft. An dieser Stelle ist anzumerken, dass in 70% der Tatverdachtsfälle einer Beförderungerschleichung der Schaden unter 15 Euro liegt und somit als gering einzustufen ist.¹⁰³ Das Schwarzfahren verursacht weder Personen- noch Sachschäden.¹⁰⁴ Für die Begehung der Beförderungerschleichung und somit der Erfüllung des Merkmals „Erschleichen“ reicht bereits eine „äußerst geringe kriminelle Energie“ aus.¹⁰⁵ Das Fahren ohne Fahrschein zählt somit zu den Bagatelldelikten, deren Handlungs- und Erfolgsunrecht insgesamt als gering zu bewerten ist.¹⁰⁶ Das Strafrecht als *ultima ratio* hat nur besonders sozialschädliches Verhalten als Unrechtstatbestand zu sanktionieren, wozu das Schwarzfahren nicht gehört.¹⁰⁷

Des Weiteren sollte eines vor Augen geführt werden: Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist die Voraussetzung der Strafe sozialschädliches Verhalten - was ist aber, wenn die Strafe selbst Sozialschädlichkeit bewirkt? Diskreditiert sie sich damit nicht selbst?¹⁰⁸

Die Kriminalisierung des einfachen Schwarzfahrens verdeutlicht die gesetzgeberische Unfähigkeit,¹⁰⁹ sich auf die Kernaufgaben des Strafrechts zu beschränken.¹¹⁰ Dieses Unvermögen mag für den Gesetzgeber zunächst folgenlos sein.¹¹¹ Bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass die Gefahr besteht, dass das Strafrecht als „Bekämpfungsfraßrecht“ wahrgenommen werden könnte.¹¹² Das wäre ein symbolisches Signal, was deutlich gegen seinen notwendigerweise fragmentarischen Charakter spricht und diesen konterkarieren würde.¹¹³ Diese Gefahr wird auch von den Fachkundigen erkannt, die in diesem Zusammenhang Begriffe wie „Inflation der Strafgesetze“¹¹⁴, „Überumpelung“¹¹⁵, „Overcriminalization“¹¹⁶, und „Entbehrliche Straftatbestände“¹¹⁷ verwenden. Sie haben erkannt,

⁹⁹ Brodowski, ZStW 2017, 363 (366).

¹⁰⁰ Weber, ZStW 1980, 313 ff.

¹⁰¹ Dazu näher Hefendehl, JA 2011, 401 ff.

¹⁰² *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1138).

¹⁰³ Bundeskriminalamt, PKS 2022 Falltabelle T07, Aufgliederung der Straftaten nach Schadenshöhe, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁰⁴ BT Drs. 20/2081.

¹⁰⁵ Zapf, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT Drs. 20/2081, S. 4, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/06/Stellungnahme-Zapf_DRB-FoF.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁰⁶ Vgl. Dreher, in: FS Welzel, 1974, S. 917 (917); Hoven/Strobl/Kinzig, KriPoZ 2019, 206; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 38 ff.; Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 124 ff.

¹⁰⁷ BT Drs. 20/2081, S. 6.

¹⁰⁸ Hefendehl, Stellungnahme, S. 6.

¹⁰⁹ Scheerer, KJ 2019, 131 (134).

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ Schiemann, ZRP 2022, 61.

¹¹² Ebd.

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ Scheerer, KJ 2019, 131 (132).

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ Auf Deutsch: „Überkriminalisierung“; dazu Scheerer, KJ 2019, 131 (132).

¹¹⁷ Vgl. Hoven, ZStW 2017, 334.

dass gute Kriminalpolitik auch bedeuten kann, den *ultima-ratio*-Gedanken ernst zu nehmen und den Abbau von Straftatbeständen anzustreben.¹¹⁸

bb) Unverhältnismäßigkeit der Entkriminalisierung

Es erscheint fraglich, ob die Kriminalisierung des Fahrens ohne Fahrschein auch den weiteren Legitimationsvoraussetzungen eines Straftatbestandes gerecht wird.

(1) Strafnorm zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche

Das Strafrecht darf nur dann zur Anwendung kommen, wenn die bestehenden zivilrechtlichen Schutzmechanismen nicht mehr ausreichen.¹¹⁹ Im Umkehrschluss wird überall dort, wo zivilrechtlicher Schutz ausreicht, der Zugang zum Strafrecht versperrt.¹²⁰ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung würde die Pönalisierung des Schwarzfahrens an der Erforderlichkeit scheitern.¹²¹ Das Zivilrecht ist das primäre Instrument, um Personen durch rechtskräftige Strafandrohung zur Einhaltung ihrer Vertragspflichten zu bewegen.¹²² In keinem anderen Bereich wird eine zivilrechtliche Vertragspflichtverletzung ohne weiteres strafrechtlich verfolgt.¹²³ Nicht die staatlichen Strafverfolgungsbehörden, sondern die Verkehrsunternehmen selbst sind dafür verantwortlich, durch bestimmte Maßnahmen dafür zu sorgen, dass sich ihre Verluste in Grenzen halten.¹²⁴ Derzeit verwenden die Verkehrsbetriebe das Strafrecht dazu, ihre zivilrechtlichen Ansprüche¹²⁵ durch Strafandrohung durchzusetzen.¹²⁶ Ein Indiz hierfür ist das Anzeigeverhalten der Verkehrsbetriebe,¹²⁷ da sie in der Regel Strafanzeige erstatten, wenn die Vertragsstrafe nicht bezahlt wurde oder im Wiederholungsfall,¹²⁸ also lediglich aus ökonomischen Beweggründen.¹²⁹ Dadurch wird der Straftatbestand des § 265a StGB zu einem bloßen Druckmittel zur Eintreibung zivilrechtlicher Schulden.¹³⁰

¹¹⁸ Schiemann, ZRP 2022, 61.

¹¹⁹ Kaufmann, in: FS Henkel, 1974, S. 89 (103 f.); Kaufmann, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976, S. 33 ff.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Hefendehl, JA 2011, 401 (406); zur fehlenden Erforderlichkeit auch Harrendorf, NK 2018, 250 (261 ff.); Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 24.

¹²² Schwenke (Fn. 122), S. 115; Brusten/Hoppe, KrimJ 1986, 45.

¹²³ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

¹²⁴ Alwart, ZIS 2016, 534 (536); Mosbacher, NJW 2018, 1069 (1071).

¹²⁵ Zur Rechtsnatur des Beförderungsvertrages vgl. Busche, in: MüKo-BGB Bd. 6, 9. Aufl. (2021), § 631 Rn. 137.

¹²⁶ Albrecht, NStZ 1988, 222.

¹²⁷ Schwenke (Fn. 122), S. 114.

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ Brusten/Hoppe, KrimJ 1986, 45 (59); Mey, Kriminalstatistik 1966, 570 ff.; Schwenke (Fn. 122), S. 115.

¹³⁰ Naucke, Gutachten DJT, 1976, S. 99 ff.; Hirsch, ZStW 1980, 218 (239); Brusten/Hoppe, KrimJ 1986, 45 ff.

(2) Tatbestandseinschränkende eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Es unterliegt der Verantwortung der Verkehrsunternehmen, ihr Vermögen durch bestimmte Maßnahmen zu schützen.¹³¹ Die Verkehrsbetriebe definieren ihre Vertragsbedingungen selbst und könnten durch technische und situative Prävention¹³² dafür sorgen, dass die Fahrgäste in Vorkasse gehen. So wäre die Anbringung von Zugangskontrollen, Absperrungen und anderen Sicherungsvorkehrungen, wie sie bereits in anderen europäischen Staaten herkömmlich ist, denkbar.¹³³ Stattdessen ist seit geraumer Zeit ein stetiger Abbau solcher Zugangskontrollen zu beobachten.¹³⁴ Diese werden durch weniger schützende und sporadische Kontrollmaßnahmen ersetzt.¹³⁵

Die Bedenklichkeit dieser Herangehensweise wird deutlich, wenn kriminologische Untersuchungsergebnisse herangezogen werden, die den kontinuierlichen Abbau von Sicherungsvorkehrungen als wichtigsten tatalauslösenden Faktor identifizieren.¹³⁶ Zudem erfolgt der Verzicht auf Schutz nicht etwa auf Grundlage moralischer¹³⁷ oder kriminologischer Bedenken,¹³⁸ sondern vielmehr aus ökonomischem Kalkül.¹³⁹

Der bewusste Verzicht auf Selbstschutz aus Gründen der Kosteneinsparung könnte aus sog. viktimodogmatischer Sicht tatbestandseinschränkend wirken.¹⁴⁰ Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, die aus Gründen der Gewinnmaximierung entstandenen Schutzlücken¹⁴¹ mit dem Strafrecht zu schließen.¹⁴²

An dieser Stelle könnte sogar davon ausgegangen werden, dass ein bewusster Verzicht den Bereich der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung öffnet, die den Zugang zum Strafrecht verschließt.¹⁴³

(3) Doppelbelastung

Mit dem Einwand der Doppelbestrafung wird nicht auf das Doppelbestrafungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG angespielt.¹⁴⁴ Vielmehr bezieht sich dieser Einwand auf die Doppelbelastung durch die Auferlegung eines erhöhten Beförderungsentgelts und einer strafrechtlichen Sanktion.¹⁴⁵ Die zivilrechtliche Vertragspflicht wird weit über das eigentliche Beförderungsentgelt hinaus erhöht und erhält damit bestrafenden Charakter.¹⁴⁶

¹³¹ Alwart, ZIS 2016, 534 (536); Mosbacher, NJW 2018, 1069 (1071); Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 24.

¹³² Vgl. Harrendorf, NK 2018, 250 (256 f.); Alwart, JZ 1986, 563 (568 f.); Fischer, NJW 1988, 1828 (1829); Hellmann, in: NK-StGB, § 265a Rn. 7, 36; Albrecht/Hassemer/Voß, Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992, S. 59 f.; Albrecht/Beckmann/Frommel/Goy/Grünwald/Hannover/Holtfort/Ostendorf, Strafrecht – ultima ratio, 1992, S. 33 f.

¹³³ Vgl. Sasse, NJ 2019, 59 (61); BT-Drs. 20/2081, S. 5.

¹³⁴ Alwart, JZ 1986, 563 (569); Schall, JR 1992, 1 (3); vgl. Eyers 1999, S. 221 ff.; Falkenbach, ArchKrim 1984, 83 (87).

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Falkenbach, die Leistungserschleichung (§ 265a StGB), 1983, S. 187 f.

¹³⁷ Hierzu auch Alwart, ZIS 2016, 534 (536).

¹³⁸ VDV-Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115.

¹³⁹ Vgl. Harrendorf, NK 2018, 250 (256 f.); Alwart, JZ 1986, 563 (568 f.); Fischer, NJW 1988, 1828 (1829); Hellmann, in: NK-StGB, § 265a Rn. 7; Albrecht/Hassemer/Voß, Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992, S. 59 f.; Albrecht/Beckmann/Frommel/Goy/Grünwald/Hannover/Holtfort/Ostendorf, Strafrecht – ultima ratio, 1992, S. 33 f.; Mitsch, NZV 2014, 545.

¹⁴⁰ Schünemann/Tiedemann, Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51, 61 ff.; Arzi, MschrKrim 1984, 105 ff.; siehe auch Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 88, 101 ff.; zur Entwicklung des sog. viktimodogmatischen Prinzips durch Schünemann siehe auch Manuel, in: FS Schünemann, 2014, S. 313 ff.

¹⁴¹ Hillenkamp, ZStW 2017, 596 (622); Kühl, in: FS Tiedemann, 2008, S. 31 (36 f.).

¹⁴² Hillenkamp, ZStW 2017, 596 (622).

¹⁴³ Hefendehl, Stellungnahme, S. 6.

¹⁴⁴ BVerfGE 134, 33 (55 f.).

¹⁴⁵ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

¹⁴⁶ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8; Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

Die Bezeichnung des erhöhten Beförderungsentgelts als „die Strafe vor der Strafe“¹⁴⁷ ist zutreffend, da die Vertragsstrafe unabhängig von einer strafrechtlichen Verfolgung erfolgt.¹⁴⁸

(4) Unangemessene Ersatzfreiheitsstrafe

Außerdem erscheint die strafrechtliche Verfolgung der Beförderungerschleichung vor dem Hintergrund der häufigen Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe wegen Uneintreibbarkeit von Geldstrafen auch unangemessen und somit unverhältnismäßig.¹⁴⁹ Aus diesem Grund wurde lange Zeit über die Reformierung und Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe diskutiert.¹⁵⁰ Der Bundestag hat am 22. Juni 2023 den Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁵¹ angenommen und beschlossen, dass der Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe in § 43b StGB geändert und die Ersatzfreiheitsstrafe damit halbiert wird.¹⁵² Das Gesetz soll zum 1.4.2024 in Kraft treten.¹⁵³ Doch auch eine Halbierung der Ersatzfreiheitsstrafe würde nichts daran ändern, dass ihre Verhängung wegen Fahrens ohne Fahrschein unangemessen wäre.

(5) Ungleichbehandlung

Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG liegt vor, wenn wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird.¹⁵⁴ Laut Gesetzesentwurf liegt kein Unterschied zwischen Schwarzfahren und Falschparken vor.¹⁵⁵ Sowohl bei frei zugänglichen Parkflächen als auch bei Verkehrsmitteln wird eine Infrastruktur entgeltpflichtig zur Verfügung gestellt.¹⁵⁶

Obleich diese Parallelen existieren, ist bislang kein Fall bekannt, in dem jemand aufgrund von Falschparken inhaftiert wurde,¹⁵⁷ zeitgleich gehört es im Falle des Schwarzfahrens zur gängigen Praxis.¹⁵⁸

c) Unverhältnismäßiger Ressourceneinsatz

Der Staat wendet jedes Jahr 114 Millionen Euro auf, um das Schwarzfahren zu verfolgen, zu verurteilen und die Urteile zu vollstrecken.¹⁵⁹ Diese Zahl verdeutlicht, welche Belastung die Ahndung der Beförderungerschleichung darstellt.¹⁶⁰ Dennoch dürfte ein Gesetzesentwurf nicht allein auf Grundlage von Kostenerwägungen legitimiert werden.¹⁶¹ Allein die Funktion des Strafrechts sollte der Ausgangspunkt eines Entkriminalisierungsvorschlages

¹⁴⁷ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

¹⁴⁸ Ebd.

¹⁴⁹ BT-Drs. 20/2081, S. 4.

¹⁵⁰ Zuletzt Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 20/5913 vom 6.3.2023.

¹⁵¹ BT-Drs. 20/5913.

¹⁵² Zur Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses siehe BT-Drs. 20/7026.

¹⁵³ Siehe hierzu Meldung der beck-aktuell-Redaktion vom 28.8.2023, becklink 2028177, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2028177.htm&pos=1&hlwords=on&lasthit=True> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁵⁴ BVerfG, NJW 2012, 2719 (2720); BVerfG, NJW 2010, 2783 (2784).

¹⁵⁵ BT-Drs. 20/2081.

¹⁵⁶ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

¹⁵⁷ Alwart, ZIS 2016, 534 (537).

¹⁵⁸ Zu den Zahlen siehe Fn. 56, 62.

¹⁵⁹ Berechnet wurden auch die Kosten für die Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte und Justizvollzugsanstalten, zur Rechnungsaufstellung siehe Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

¹⁶⁰ BT Drs. 20/208; Hauf, MschrKrim 1995, 366.

¹⁶¹ Siehe hierzu insb. Hauf, MschrKrim 1995, 366 f.; Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352.

sein.¹⁶² Es ist jedoch nicht zu leugnen, dass Staatsausgaben in Höhe von 114 Millionen Euro zur Ahndung eines Bagatelldelikts von einer falschen Schwerpunktsetzung zeugen.¹⁶³ Problematisch ist, dass die Ressourcen, die zur Verfolgung dieses Massendelikts eingesetzt werden, dann bei anderen Delikten fehlen, die einen größeren gesellschaftlichen oder persönlichen Schaden anrichten.¹⁶⁴ Von solchen Bagatelldelikten befreit, könnte sich die Justiz auf die Verfolgung schwerer Kriminalität konzentrieren und sich wichtigen Aufgaben wie Resozialisierungsprogrammen¹⁶⁵ zuwenden.

2. Gründe gegen eine Entkriminalisierung

Der nächste Teilabschnitt wird von den Ansichten derjenigen bestimmt, die gegen die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens sind.

a) Gemeinschaftsschädlichkeit des Schwarzfahrens

Für die Kriminalisierung des Schwarzfahrens wird argumentiert, dass es sich hierbei um ein gemeinschaftsschädliches Verhalten handelt.¹⁶⁶ Der Verband der Verkehrsunternehmen schätzt den durch das Schwarzfahren verursachten Schaden auf 250 bis 300 Millionen Euro jährlich ein.¹⁶⁷ Laut dem Verband muss der entstandene Schaden durch erhöhte Fahrpreise oder Steuergelder kompensiert werden.¹⁶⁸ Dadurch erweise sich das Schwarzfahren zu einem gemeinschaftsschädlichen und sozialschädlichen Verhalten,¹⁶⁹ welches insbesondere im Wiederholungsfall strafrechtlich verfolgt werden müsste.¹⁷⁰

b) Generalpräventive Erwägungen

Argumentiert wird auch, dass die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens von der Bevölkerung als „Freibrief“ und Einladung zu Rechtsbrüchen interpretiert werden könnte.¹⁷¹ Sollte das Schwarzfahren nicht mehr strafrechtlich geahndet werden, käme dies einem Dammbuch gleich, der das Strafrecht in seiner Gesamtheit in seinen Strudel reiße.¹⁷² Darüber hinaus sei eine „Erosion des Rechtsbewusstseins“¹⁷³ und ein schwindendes Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erwarten.¹⁷⁴ Insgesamt sei mit einem deutlichen Anstieg von Fällen des Fahrens ohne Fahrschein zu rechnen, deren Konsequenzen weiterhin rechtstreue Fahrgäste oder die öffentliche Hand tragen müssten.¹⁷⁵

¹⁶² Hauf, MschrKrim 1995, 366.

¹⁶³ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (370).

¹⁶⁴ Ebd.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Wolff, Stellungnahme, S. 1.

¹⁶⁷ Ebd.

¹⁶⁸ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361); VDV-Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115), S. 1..

¹⁶⁹ So auch OLG Stuttgart, NJW 1990, 925; Hauf, MschrKrim 1995, 366 (371); Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361).

¹⁷⁰ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361).

¹⁷¹ Vgl. den Antrag der Fraktionen CDU/CSU und FDP aus dem Jahr 1996, BT-Drs. 13/4064; Hauf, DRiZ 1995, 15 (17, 22); Sasse, NJ 2019, 59 (60); Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 37 ff.

¹⁷² Zur regelmäßig unzulässigen Argumentation über einen sog. Dammbuch siehe Hefendehl, Stellungnahme, S. 5.

¹⁷³ AG Aachen, NJW-RR 1993, 317; OLG Hamburg, JZ 1987, 732; Hauf, DRiZ 1995, 15 (22).

¹⁷⁴ OLG Hamburg, JZ 1987, 732; OLG Koblenz, VRS 1985, 364.

¹⁷⁵ Wolff, Stellungnahme, S. 2 (unter Verwendung des Begriffs „Sozialschädlichkeit“).

3. Streitentscheid

Die gegen eine Entkriminalisierung hervorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Der Verband der Verkehrsbetriebe begründet die Sozialschädlichkeit des Schwarzfahrens auf Grundlage ihrer Schadenseinschätzung. Jedoch versäumt er es, darzulegen, auf Grundlage welcher Kriterien er zu der Summe von 250-300 Millionen Euro gelangt ist.¹⁷⁶ Vor diesem Hintergrund sollten sämtliche auf dieser Schätzung basierenden Schlussfolgerungen hinterfragt werden.¹⁷⁷

Die Dammbuch-Behauptung,¹⁷⁸ eine Entkriminalisierung würde einen Anstieg an Missbrauchsfällen hervorrufen, ist als folgenorientierte Argumentation zu bewerten, die nicht auf empirischer Grundlage beruht.¹⁷⁹ Derartige Argumentationen, auch als sog. „Slippery-Slope-Argumente“¹⁸⁰ bekannt, sind irrational und tendieren dazu, emotional aufgeladen zu sein.¹⁸¹

Eine Enttäuschung des Rechtsbewusstseins ist nicht zu erwarten.¹⁸² Dieser Rückschluss gebietet sich nach der Würdigung von Umfrageergebnissen, denen zufolge die Mehrheit der Bundesbürger einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens zugeneigt ist.¹⁸³

Angesichts der erdrückenden verfassungsrechtlichen und kriminologischen „Beweislage“, erscheint eine Umstrukturierung der Argumentationskultur angebracht. Insbesondere haltlose generalpräventive Erwägungen erweisen sich vor diesem Hintergrund als verfehlt.

Der gegenwärtige Umgang mit dem Fahren ohne Fahrschein ist nicht nur dogmatisch fraglich, sondern auch aus kriminologischer Sicht bedenklich. Die Auswirkungen der Kriminalisierung des Schwarzfahrens treffen vor allem Menschen in sozioökonomisch benachteiligten Verhältnissen. Die vom Gesetzgeber herbeigeführte Ausgangslage ist nicht akzeptabel.

An den Folgen der gegenwärtigen Praxis wird deutlich, welche zentrale Bedeutung dem Verfassungsrecht im Zusammenhang mit dem Fahren ohne Fahrschein zukommt. Diese Bedenken sollten ernsthaft berücksichtigt werden. Die Kriminalisierung des Schwarzfahrens steht im Widerspruch zur Funktion des Strafrechts. Der Einsatz des Strafrechts ist nicht erforderlich und darüber hinaus auch aufgrund der häufigen Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe unangemessen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens als verfassungsrechtliches Gebot. Nicht unbeachtlich ist auch der im Falle einer Entkriminalisierung ermöglichte sinnvollere Einsatz von Ressourcen. Es wird evident, dass der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens keine stichhaltigen Argumente entgegenstehen. Die aus diesem Meinungsstreit hervorgehenden Überbelegungen sprechen für eine Entkriminalisierung. Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht nur sinnvoll, sondern längst überfällig.

¹⁷⁶ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361).

¹⁷⁷ Siehe Berechnung über Schadenssumme der Verkehrsbetriebe durch das Schwarzfahren im Vergleich zu ihren Einnahmen durch das erhöhte Beförderungsentgelt Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363 ff.).

¹⁷⁸ Siehe Fn. 172.

¹⁷⁹ Schwenke (Fn. 122), S. 128.

¹⁸⁰ Sog. Schiefe-Ebene- Argumentation (engl: slippery slope), zur Geschichte des „Dammbuch“- Arguments siehe Groebel, Wertewandel oder schiefe Ebene?, DGHS 2021, Ausgabe 4, S. 10 ff., online abrufbar unter: https://www.dghs.de/fileadmin/content/06_aktuelles/03_magazin/00_pdfs/Wertewandel_oder_schiefe_Ebene_Norbert_Groeben_.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁸¹ Vgl. Groebel, Wertewandel oder schiefe Ebene?, DGHS 2021, Ausgabe 4, S. 10 (13).

¹⁸² Schwenke (Fn. 122), S. 118.

¹⁸³ Zu den Umfrageergebnissen von Infratest dimap im Auftrag der Plattform "Frag den Staat" siehe Tabelle auf S. 3, online abrufbar unter: https://fragdenstaat.de/dokumente/237104-20230316_fragdenstaat_tabs/ (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

IV. Umsetzung der Entkriminalisierung

Die Frage nach der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht allein durch ihre Befürwortung beantwortet. Vielmehr beinhaltet sie auch die Frage nach ihrer Umsetzung.

Im politischen Diskurs sind insbesondere zwei Entkriminalisierungsvorschläge verstärkt in Erscheinung getreten. Der erste Vorschlag sieht die Entkriminalisierung durch die Verschiebung der Tatbestandsalternative der Beförderungerschleichung aus § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB in das Ordnungswidrigkeitenrecht vor.¹⁸⁴ Der zweite Vorschlag befürwortet die Entkriminalisierung durch die ersatzlose Streichung der entsprechenden Tatbestandsalternative.¹⁸⁵

In Übereinstimmung mit den während der vorherigen Streitdarlegung identifizierten Schlüsselthemen und wiederkehrenden Streitpunkten, haben sich im Wesentlichen drei zentrale Anforderungen an eine mögliche Gesetzesänderung herauskristallisiert.

Die Umsetzung der Entkriminalisierung sollte wie folgt ausgerichtet sein: Erstens müsste sie im Einklang mit dem Verfassungsrecht stehen. Sie sollte den *ultima-ratio*-Gedanken des Strafrechts ernstnehmen und nicht unverhältnismäßig sein. Zweitens sollte die Reform auf die aktuellen Entwicklungen und Erkenntnisse aus den verschiedenen Teilbereichen der Kriminologie reagieren und entsprechend Abhilfe schaffen. Dies beinhaltet insbesondere, dass die Regelung nicht hauptsächlich auf sozioökonomisch schwache Menschen ausgerichtet sein darf. Besonderes Augenmerk sollte darauf liegen, sicherzustellen, dass niemand wegen Fahrens ohne Fahrschein in Haft gelangt. Drittens müsste die Reform auch umsetzbar sein, ohne unangemessene Folgen herbeizuführen.

1. Durch Verschiebung in das Ordnungswidrigkeitenrecht

Zum einen wird die Entkriminalisierung durch die Verschiebung der Tatbestandsalternative der Beförderungerschleichung in das Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehen.¹⁸⁶

a) Anforderungen

aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung

Der Ausweg über das Ordnungswidrigkeitenrecht stellt nur nach außen hin den „goldenen Mittelweg“ dar.¹⁸⁷ Ihre Umsetzung ist im Eigentlichen systemwidrig.¹⁸⁸ Entscheidend hierfür ist die Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten,¹⁸⁹ wobei unter anderem auf die Art der geschützten Rechtsgüter abgestellt werden sollte.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Siehe hierzu Alternativvorschlag des aktuellen Gesetzesentwurfes BT-Drs. 20/2081, S. 2.

¹⁸⁵ Siehe hierzu den aktuellen Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081.

¹⁸⁶ Als Alternative zur ersatzlosen Streichung BT-Drs. 20/2081.

¹⁸⁷ Hefendehl Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 9, online abrufbar unter Fn. 22.

¹⁸⁸ Ebd.

¹⁸⁹ Ebd.

¹⁹⁰ Ebd.

Unmittelbare Rechtsgutsverletzungen werden bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen vom Strafrecht erfasst, während abstrakte Gefährdungen von Individualrechtsgütern über das Ordnungswidrigkeitenrecht geahndet werden.¹⁹¹ Im Falle des Schwarzfahrens wird das Individualvermögen der Verkehrsbetriebe unmittelbar durch die Leistungerschleichung verletzt. Bei Zugrundelegung dieser Abgrenzungskriterien ist die Ahndung der Beförderungerschleichung grundsätzlich Aufgabe des Strafrechts.¹⁹² Jedoch ist das einfache Schwarzfahren aus obengenannten Gründen nicht als Straftat zu werten.¹⁹³ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Tatbestand der Beförderungerschleichung in das Ordnungswidrigkeitenrecht gehört.¹⁹⁴ Eine solche Einstufung wäre systemwidrig.¹⁹⁵

bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse

Trotz der Entkriminalisierung durch die Verschiebung der Tatbestandalternative in das Ordnungswidrigkeitenrecht, wären weiterhin hauptsächlich sozioökonomisch benachteiligte Personen betroffen. Ein Ordnungswidrigkeitentatbestand gleicher Ausrichtung würde nach wie vor insbesondere Personen in prekären sozioökonomischen Verhältnissen treffen. Diese sähen sich weiterhin der Herausforderung gegenüber, Geldbußen zu begleichen und sich gegen die verhängten Maßnahmen zu wehren. Bedenklich ist auch, dass die Gefahr einer Haftstrafe bestehen bliebe.

Die im Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehene Erzwingungshaft gemäß §§ 96 ff. OWiG droht insbesondere mittellosen Menschen, also jenen, die besondere Schwierigkeiten bei der Begleichung von Geldbußen haben.¹⁹⁶ Im Gegensatz zur Ersatzfreiheitsstrafe führt die Verbüßung einer Erzwingungshaft nicht zum Wegfall der Geldbuße.¹⁹⁷ Zwar darf die Erzwingungshaft nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 und 4 OWiG nicht bei Zahlungsunfähigkeit verhängt werden, tatsächlich ergeht der Beschluss in der Praxis jedoch regelmäßig ohne mündliche Verhandlung.¹⁹⁸ Zudem sind die Anforderungen dafür, wann eine Person als zahlungsunfähig anzusehen ist, besonders streng.¹⁹⁹

Anders als im Strafrecht besteht im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht die Möglichkeit, einer Inhaftierung durch die Ableistung gemeinnütziger Arbeit zu entgehen.²⁰⁰

cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung

Die Befürworter dieses Vorschlags begründen ihren Standpunkt mit generalpräventiven Erwägungen.²⁰¹ Sie behaupten, eine Entkriminalisierung mache den redlichen Bürger zum „Dummen“.²⁰²

¹⁹¹ Hefendehl, Stellungnahme, S. 9; näheres zur Abgrenzung zum Strafrecht in diesen Fällen Hefendehl, ZIS 2016, 636 (642); zur Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten siehe etwa Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Aufl. (2020), § 1 Rn. 37 f.

¹⁹² Hefendehl, Stellungnahme, S. 9.

¹⁹³ Ebd.

¹⁹⁴ Ebd.

¹⁹⁵ Zur Systemwidrigkeit auch Semsrott, Stellungnahme, S. 5.

¹⁹⁶ Semsrott, Stellungnahme, S. 5.; Zapf, Stellungnahme, S. 5.

¹⁹⁷ Krenberger/Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 7. Aufl. (2022), § 96 Rn. 27.

¹⁹⁸ Zur Systemwidrigkeit Semsrott, Stellungnahme, S. 4.

¹⁹⁹ Ebd.

²⁰⁰ Vgl. Meier, ZStW 2017, 433 (447); Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352; Kühn, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/06/Stellungnahme-Kuehn_SKM_FoF.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

²⁰¹ Siehe hierzu insb. Harrendorf, NK 2018, 250 (252 ff.).

²⁰² Misch, NZV 2022, 54 (58).

Damit das Gerechtigkeitsgefühl und das Vertrauen in die Rechtspflege durch die Entkriminalisierung nicht verloren gehen, soll der unberechtigte Vorteil, den Schwarzfahrer durch ihre Tat erhalten, durch Bußgeld genommen werden.²⁰³ Außerdem sehen sie den Vorteil gegenüber einer Verurteilung zur Geldstrafe darin, dass Geldbußen eine Warnung und Abschreckung darstellen, weniger stigmatisierend²⁰⁴ wirken und auch nicht die Nachteile einer Haft mit sich bringen.²⁰⁵

Wie bereits dargestellt, ist nicht zu erwarten, dass die Entkriminalisierung das Gerechtigkeitsgefühl der Bürger enttäuschen wird.²⁰⁶ Es ist fraglich, ob überhaupt oder in welchem Maße von einer Abschreckungswirkung auszugehen ist, insbesondere angesichts der Tatsache, dass § 265a StGB als sog. Massendelikt eingestuft wird.

Im Falle der Umsetzung würde die Verhängung des erhöhten Beförderungsentgelts in Kombination mit einem Bußgeldbescheid zu einer Doppelbelastung führen, die in vergleichbaren Fällen wie dem Falschparken nicht vorhanden ist.²⁰⁷ Es ist außerdem zweifelhaft, ob die Ahndung des Schwarzfahrens durch das Ordnungswidrigkeitenrecht tatsächlich zu einer Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und Justiz führen würde.²⁰⁸ Wahrscheinlicher erscheint, dass eine zusätzliche Behörde eingerichtet oder eine bestehende Behörde mit zusätzlichen Aufgaben belastet werden müsste.²⁰⁹

b) Bewertung

Die Umsetzung der Entkriminalisierung über das Ordnungswidrigkeitenrecht wäre systemwidrig und steht nicht im Einklang mit dem Verfassungsrecht. Der denkbare Ordnungswidrigkeitentatbestand würde insbesondere sozial benachteiligte Personen treffen und auch die Gefahr einer Inhaftierung bliebe weiterhin durch die im Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehene Erzwingungshaft bestehen. Die Umsetzung dieses Ansatzes würde nicht zu einer zufriedenstellenden Entlastung der Justiz und einem effizienteren Ressourceneinsatz führen.

2. Durch ersatzlose Streichung

Ein weiterer Vorschlag zur Entkriminalisierung besteht darin, die Beförderungerschleichung als Strafbarkeitsoption in § 265a Abs. 1 StGB zu streichen und das Fahren ohne Fahrschein nicht mehr mit dem Strafrecht zu sanktionieren.²¹⁰

²⁰³ Ebd.

²⁰⁴ Harrendorf, NK 2018, 250 (261).

²⁰⁵ Albrecht, NK-StGB, § 40 Rn. 10 f.; Hartmann, in: HK-GS, StGB, § 40 Rn. 1; Lorenz/Sebastian KriPoZ, 2017, 352 (355).

²⁰⁶ Schwenke (Fn. 122), S. 128; siehe Umfrageergebnisse zu Fn. 13, denen zufolge die Mehrheit der Bundesbürger einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens zustimmt.

²⁰⁷ BT-Drs. 20/2081, S. 2.

²⁰⁸ Schiemann, KriPoZ 2019, 47; zur Verhängung der Erzwingungshaft vgl. Stollenwerk, NZV 2010, 125 ff.; kritisch gegenüber einer Herabstufung des § 265a StGB zur Ordnungswidrigkeit in Bezug auf die Erzwingungshaft auch Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352 (357).

²⁰⁹ Zapf, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 5.

²¹⁰ BT-Drs. 20/2081.

a) Anforderungen

aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung

Für eine ersatzlose Streichung der Tatbestandsalternative spricht zum einen die Argumentation, dass das Schwarzfahren nicht als Straftat zu werten ist.²¹¹ Zum anderen erscheint auch das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht als passender Ort für die Tatbestandsalternative der Beförderungerschleichung. An dieser Stelle ist in Gedanken zu rufen, dass die Verkehrsbetriebe ihre zivilrechtlichen Ansprüche auch durch zivilrechtliche Regelungsmechanismen durchsetzen können.²¹² Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint die ersatzlose Streichung der entsprechenden Tatbestandsalternative geboten.

bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse

Die ersatzlose Streichung stellt die vorzugswürdigste Lösung dar, um langfristig sicherzustellen, dass niemand mehr aufgrund des Fahrens ohne Fahrschein inhaftiert wird.²¹³ Ohne einen Straftatbestand oder einen Ordnungswidrigkeitentatbestand besteht auch die Gefahr einer Ersatzfreiheitsstrafe oder die einer Erzwingungshaft nicht. Die Umsetzung dieses Ansatzes ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass weiterhin besonders sozial benachteiligte Personen von den Vertragsstrafen der Verkehrsbetriebe betroffen wären. Immerhin wäre die Benachteiligung dann dem Prinzip der Vertragsfreiheit und nicht dem Tun des Gesetzgebers geschuldet.

cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung

Fraglich ist, ob der Wegfall strafrechtlichen Schutzes zu unerträglichen Folgen für die Verkehrsbetriebe führen würde und ob der zivilrechtliche Schutz ausreichend wäre.²¹⁴ Die Befürchtung besteht darin, dass die Verkehrsbetriebe infolge einer ersatzlosen Streichung plötzlich ohne Schutz dastehen würden.²¹⁵ Dass das so nicht stimmt, wird an der aktuell beklagten Doppelbelastung²¹⁶ deutlich, aus der hervorgeht, dass die Vertragsstrafe bestrafenden Charakter hat.²¹⁷

Des Weiteren könnte das Kontrollpersonal Fahrgäste nach § 229 BGB auch dann zur Identitätskontrolle festhalten, wenn die Beförderungerschleichung keine Straftat mehr darstellt.²¹⁸ Gegen Wiederholungstäter kann auch ein Hausverbot ausgesprochen werden,²¹⁹ welches im Falle der Zuwiderhandlung nach § 123 StGB strafrechtlich abgesichert wäre.²²⁰

²¹¹ Siehe Fn. 191.

²¹² Siehe Fn. 119, 122.

²¹³ Kühn, Stellungnahme, Seite 4.

²¹⁴ Kubiciel, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 4, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/06/Stellungnahme-Kubiciel-FoF.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

²¹⁵ Ebd.

²¹⁶ BT-Drs. 20/2081.

²¹⁷ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

²¹⁸ Mosbacher, NJW 2018, 1069 (1071); Dennhardt, in: BeckOK-BGB, 67. Ed. (Stand. 1.8.2023), § 229 Rn. 9; Schauer/Wittig, JuS 2004, 107.

²¹⁹ Vgl. Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 123 Rn. 23.

²²⁰ Vgl. zu Hausverboten für Verkehrsbetriebe näher OLG Hamburg, NStZ 2005, 276; OLG Frankfurt a. M., NJW 2006, 1746; BayObLG, NJW 1977, 261; zum Problem auch Preuß, ZJS 2013, 355 (358 ff.).

Zudem bestätigen Untersuchungen, dass nicht nur strafrechtliche Sanktionen, sondern auch administrative Sanktionen abschreckend wirken.²²¹ Abgesehen davon, kommt es für die Abschreckungsfunktion weniger auf die Sanktionshöhe und mehr auf die vom potenziellen Täter subjektiv angenommene Entdeckungs- und Sanktionenwahrscheinlichkeit an.²²²

Diese Untersuchungsergebnisse könnten womöglich auch erklären, warum das Schwarzfahren trotz des Straftatbestands des § 265a StGB ein Massendelikt ist.²²³ Entscheidend hierfür scheint nicht die Strafhöhe, sondern vielmehr die sporadischen Kontrollmaßnahmen durch die Verkehrsbetriebe zu sein.²²⁴

b) Bewertung

Die ersatzlose Streichung der entsprechenden Tatbestandsalternative erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten. Aus kriminologischer Sicht ist die ersatzlose Streichung vorzugswürdig. Mit der ersatzlosen Streichung wäre sichergestellt, dass im Zusammenhang mit dem Schwarzfahren keine Gefahr der Inhaftierung mehr bestünde. Ihre Umsetzung würde zudem keine unangemessenen Folgen für die Verkehrsbetriebe nach sich ziehen.

3. Stellungnahme

Es ist festzuhalten, dass die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens zwingend nötig ist. Die Entkriminalisierung durch die Verschiebung des Tatbestandes in das Ordnungswidrigkeitenrecht ist systemwidrig und somit aus verfassungsrechtlicher Sicht abzulehnen. Die Lösung über das Ordnungswidrigkeitenrecht bietet aus kriminologischer Sicht keine zufriedenstellende Veränderung. Ihre Umsetzung kommt eher einer Beschwichtigung gleich, die bestenfalls einige Stimmen zur Ruhe bringt. Viel mehr als das wird sie womöglich nicht bezwecken. Für den Schein eines Kompromisses würde sogar darüber hinweggesehen werden, dass eine Umsetzung systemwidrig und damit verfassungswidrig wäre. Die Kriminalisierung sozial benachteiligter Menschen durch das Gesetz würde fortlaufen, diesmal über das Ordnungswidrigkeitenrecht. Auch das Risiko der Haft bliebe weiterhin bestehen. Ihre Umsetzung würde auch nicht zu einem effizienteren Ressourceneinsatz führen. Die Entkriminalisierung im Wege des Ordnungswidrigkeitenrechts würde den zentralen Anforderungen nicht gerecht werden. Freilich stellt sich die Frage, ob eine derartige Reform nicht ein bloßes Kurieren an Symptomen ist. Der Vorschlag ist im Allgemeinen nicht lösungsorientiert und könnte möglicherweise dazu führen, dass die Debatte über eine erneute Reform früher oder später wieder aufgenommen wird.

Die Entkriminalisierung im Wege der ersatzlosen Streichung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB erscheint weitaus überzeugender. Dieser Ansatz scheint der einzige Weg zu sein, um sicherzustellen, dass die sozial benachteiligten Gesellschaftsmitglieder nicht mehr durch das Gesetz kriminalisiert werden und niemand mehr wegen Fahrens ohne Fahrschein eine Haftstrafe verbüßen muss. Sie ist nicht nur aus kriminalpolitischer Sicht sinnvoll, sondern auch verfassungsrechtlich geboten. Im Falle der ersatzlosen Streichung der entsprechenden Tatbestandsvariante,

²²¹ Dölling/Entdorf/Herrmann, in: Kury/Shea, Punitivity: International Developments, Vol. 3, 2011, S. 315 (340, 349, 358); Harrendorf, NK 2018, 250 (264).

²²² Siehe z.B. Dölling/Entdorf/Herrmann, in: Kury/Shea, Punitivity, 2011, S. 315 (316 ff.); vgl. Dölling/Entdorf/Herrmann, Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle 2006, 193 ff.; Harrendorf, NK 2018, 250 (263).

²²³ Zu den kriminologischen Untersuchungen die diese Annahme unterstützen siehe Fn. 134.

²²⁴ Ebd.

würde das erhöhte Beförderungsentgelt den Verkehrsunternehmen auch ausreichenden Schutz bieten, sodass ihre Umsetzung nicht zu unangemessenen Folgen führen würde. Angesichts der ausgeführten Aspekte und unter Berücksichtigung der zu erfüllenden Anforderungen, erscheint die Entkriminalisierung durch die ersatzlose Streichung der Beförderungerschleichungsvariante des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB als die sachgerechteste Lösung.

V. Fazit

Bei der Einführung vor etwa 90 Jahren war nicht vorhersehbar, welche Bedeutung dem Straftatbestand des § 265a StGB zukommen würde. Heute sollte diese Tatsache bekannt sein.

Die Kriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht nur dogmatisch fragwürdig, sondern führt auch zu weitreichenden praktischen Problemen. Die Kriminalisierung des Schwarzfahrens trifft insbesondere die sozioökonomisch schlechter gestellten Gesellschaftsmitglieder, die eher Unterstützung als Strafe benötigen.

Bei der Frage nach der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens handelt es sich nicht um eine haltlose kriminalpolitische Forderung. Sie ist aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten. Ihre Notwendigkeit kann nicht durch etwaige entgegenstehende Argumente konterkariert werden. Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht nur notwendig, sondern längst überfällig, und ihre sachgerechte Umsetzung ist der Schlüssel zur Lösung.

Die Entkriminalisierung über das Ordnungswidrigkeitenrecht ist keine zielführende Lösung und abzulehnen. Einzig die ersatzlose Streichung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB ist zu befürworten. Völlig zufriedenstellend ist diese Lösung dennoch nicht. Das erhöhte Beförderungsentgelts würde weiterhin überwiegend zu einer Bestrafung sozioökonomisch schwacher Personen führen. In der heutigen Zeit hat die Teilhabe am öffentlichen Personennahverkehr eine grundlegende Bedeutung für die soziale Dimension,²²⁵ und insbesondere für diejenigen, denen weniger Alternativen zur Verfügung stehen. Um die Mobilität für alle sicherzustellen, wäre die Einrichtung eines kostenlosen Sozialtickets für ALG-II-Empfänger und Menschen mit geringem Einkommen das Mindeste. Vorzugswürdiger wäre es, den öffentlichen Nahverkehr als Teil der Daseinsvorsorge kostenfrei zur Verfügung zu stellen.²²⁶ Dies würde nicht nur zu einer Ausweitung des öffentlichen Nahverkehrs führen, was aus Umweltschutzgründen zu befürworten wäre,²²⁷ sondern auch die hier drängenden Probleme wirklich am Ansatz lösen.

In diesem Zusammenhang erscheint passend, zum Schluss noch einer grundlegenden Frage Beachtung zu schenken: An welcher Stelle des Spektrums zwischen dem, was an sich möglich wäre und dem, was eigentlich wünschenswert ist, befinden wir uns? Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist an sich möglich. Eigentlich wünschenswert ist jedoch die ernsthafte Erwägung außerstrafrechtlicher Regelungsmechanismen. Vorläufig sollten wir uns damit begnügen, dass die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens durch die ersatzlose Streichung ein guter Schritt in Richtung dessen ist, was wirklich wünschenswert erscheint.

²²⁵ Mosbacher, Stellungnahme, S.4.

²²⁶ BT-Drs. 20/2081.

²²⁷ BT-Drs. 20/2081.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Timotheus Winterstein

Femizide: Die Erweiterung der Mordmerkmale um „geschlechtsspezifische Beweggründe“?

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 27.11.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	50
II. Begriffe	50
<i>a) Mord</i>	51
<i>b) Geschlechtsspezifische Beweggründe</i>	51
<i>c) Femizid</i>	51
<i>d) Zwischenfazit</i>	53
III. Recht- und Zweckmäßigkeit einer Erweiterung der Mordmerkmale	53
<i>a) Verfassungsrechtliche Beurteilung</i>	54
<i>aa) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit</i>	54
<i>bb) Verfassungsrechtliche Gebotenheit</i>	54
<i>cc) Zwischenfazit</i>	55
<i>b) Zweckmäßigkeit</i>	55
<i>aa) Aktuelle Rechtslage</i>	55
<i>(1) Ansicht der Rechtsprechung</i>	56
<i>(2) Ansichten in der Literatur</i>	58
<i>(3) Stellungnahme</i>	62
<i>bb) Weiterführende Erwägungen</i>	63
<i>(1) Generalprävention</i>	64
<i>(2) Symbolwirkung</i>	64
<i>(3) Istanbul-Konvention</i>	65
<i>(4) Allgemeine Problematik des § 211 StGB</i>	66
<i>(5) Sensibilität der Justiz</i>	66
<i>(6) Prävention</i>	67
<i>(7) Zwischenfazit</i>	67
IV. Fazit	67

I. Einleitung

Am 17. Februar 2019 tötet in Frankfurt am Main ein Mann seine ehemalige Freundin auf offener Straße mit 18 Messerstichen. Zuvor hatte er ihr vor ihrer Wohnung aufgelauert.¹ Hierbei handelt es sich keineswegs um einen Einzelfall. Erst Mitte November 2023 fanden Passanten in Hannover eine Frau mit tödlichen Stichverletzungen vor ihrer Wohnung liegend. Tatverdächtiger ist ihr Ex-Freund, von dem sie sich kurz vor der Tat getrennt hatte.² In Deutschland ist durchschnittlich jeden Tag eine Frau von einem versuchten oder vollendeten Tötungsdelikt durch den eigenen Ehemann, Partner oder Ex-Partner betroffen.³ Etwa ein Drittel aller Tötungsdelikte wird zum Nachteil von Frauen begangen, wohingegen Frauen nur etwa ein Sechstel der Tatverdächtigen darstellen.⁴ Von allen in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) erfassten Opfer sind 18,3 % Opfer von Gewalt in Partnerschaften und von diesen wiederum 80,3 % weiblich.⁵ Der Deutsche Juristinnenbund (djB) fordert daher Femizide effektiv zu verfolgen und angemessen zu bestrafen. Zudem sollen weitreichende Maßnahmen eingeleitet werden, um den strafrechtlichen Umgang mit Trennungs- und Partnerschaftsgewalt zu verbessern.⁶ Manche lateinamerikanischen Länder wie Costa Rica, Chile und Argentinien haben mit der Schaffung eines eigenen Femizid-Straftatbestandes auf ebendieses Phänomen reagiert.⁷ Anstatt einen eigenen Femizid-Tatbestand in das Strafgesetzbuch (StGB) aufzunehmen, ließen sich auch andere rechtlichen Maßnahmen in Betracht ziehen, um Femizide zu bekämpfen und zu verhindern. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher mit der Frage, ob Femiziden mit einer Erweiterung der Mordmerkmale um „geschlechtsspezifische Beweggründe“, begegnet werden soll. Zunächst werden die hierfür relevanten Begriffe erläutert. Im Anschluss wird die Recht- und Zweckmäßigkeit einer derartigen Maßnahme untersucht. Dabei wird insbesondere die rechtliche Bewertung von Femiziden nach der gegenwärtigen Rechtslage herausgearbeitet und vor diesem Hintergrund die Zweckmäßigkeit einer Erweiterung der Mordmerkmale diskutiert.

II. Begriffe

Die in Rede stehende Frage setzt das Verständnis von den Begriffen Mord, geschlechtsspezifische Beweggründe und Femizid voraus. Diese Begriffe werden daher im Folgenden erläutert, wobei auch aufgezeigt werden soll, welche Auswirkung die Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe auf Femizide hätte.

¹ *Schindler*, Getötet, weil sie Frauen sind, Frankfurter Rundschau v. 31.3.2021, abrufbar unter: <https://www.fr.de/frankfurt/getoetet-weil-sie-frauen-sind-90263699.html> (zuletzt abgerufen am 27.11.23).

² Dpa Niedersachsen, Demo gegen Femizid nach Tod einer 21-Jährigen in Hannover, Die Zeit v. 16.11.2023, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/news/2023-11/16/demo-gegen-femizid-nach-tod-einer-21-jaehrigen-in-hannover> (zuletzt abgerufen am 27.11.23).

³ *Wersig/Lembke/Steinl*, djB Themenpapier v. 25.11.2019, abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st19-24> (zuletzt abgerufen am 27.11.23).

⁴ *Leuschner/Rausch*, KrimOJ 2022, 20 (24).

⁵ BKA, Partnerschaftsgewalt – Kriminalstatistische Auswertung – Berichtsjahr 2021, 2021, S. 3, abrufbar unter: https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Partnerschaftsgewalt/Partnerschaftsgewalt_2021.html?nn=63476 (zuletzt abgerufen am 27.11.23).

⁶ *Wersig/Steinl*, djB Policy Paper v. 4.11.2020, abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/st20-28> (zuletzt aufgerufen am 27.11.23).

⁷ *Sauer*, APuZ 2023, Ausgabe 14, 16 ff.; *Steinl/Streuer*, Femizide: Rechtlicher Rahmen und Strafverfolgung, bpb.de, 2.2.23, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/gender-diversitaet/femizide-und-gewalt-gegen-frauen/517633/femizide-rechtlicher-rahmen-und-strafverfolgung/> (zuletzt aufgerufen am 27.11.23).

a) Mord

Das StGB unterscheidet zwischen Mord in § 211 StGB, Totschlag in § 212 StGB und fahrlässiger Tötung in § 222 StGB. Während § 212 StGB eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren und nur in einem besonders schweren Fall nach § 212 Abs. 2 StGB eine lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht, ist diese bei § 211 StGB zwingend zu verhängen.⁸ Das Verhältnis zwischen § 211 StGB und § 212 StGB bzw. die Frage, ob Mord und Totschlag in einem Spezialitätsverhältnis zueinanderstehen oder vielmehr zwei unabhängige Tatbestände sind, ist sehr umstritten.⁹ Ein Mord liegt jedenfalls dann vor, wenn die Tötung eines anderen Menschen zusätzliche, im Gesetz abschließend aufgezählte, Mordmerkmale erfüllt, welche entweder die Tatausführung, die Tatmotivation oder den Tatzweck betreffen.¹⁰

b) Geschlechtsspezifische Beweggründe

Im Folgenden wird erläutert, was unter geschlechtsspezifischen Beweggründen zu verstehen ist und welche Taten hierunter subsumiert werden können. Die Bundesregierung beschloss im Juni 2023 durch das Gesetz zur Überarbeitung des strafrechtlichen Sanktionenrechts (welches in Teilen am 1. Oktober 2013 in Kraft trat) unter anderem die Erweiterung des § 46 Abs. 2 StGB um geschlechtsspezifische Beweggründe, welche seither bei der Strafzumessung ausdrücklich zu berücksichtigen sind.¹¹ Nach der Gesetzesbegründung soll der Begriff „geschlechtsspezifisch“ nicht nur die Beweggründe erfassen, welche unmittelbar auf gruppenbezogenen Hass gegen Menschen eines bestimmten Geschlechts beruhen, sondern auch die Fälle einbeziehen, in denen die Tat handlungsleitend von Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit geprägt ist. Eine solche Motivlage soll gerade dann anzunehmen sein, wenn die Beweggründe des Täters¹² dadurch geprägt sind, dass er Frauen nicht dasselbe Selbstbestimmungsrecht zugesteht wie Männern und die ausgeübte Gewalt Ausdruck eines patriarchalen Herrschafts- und Besitzanspruches gegenüber dem Opfer ist. Der Begriff umfasst also Fälle gruppenbezogener Hassmotive, bei denen sich die Tat als Akt gegen die Andersartigkeit des Opfers richtet (bspw. bei einem „Hass auf alle Frauen“) sowie Fälle, in denen der Täter aus einer – meist patriarchal geprägten – Einstellung heraus eine dominante Haltung gegenüber dem Opfer entwickelt und dieses nicht mehr als gleichwertige, in seiner Würde zu respektierende Partnerin ansieht.¹³ Geschlechtsspezifische Beweggründe liegen also insbesondere dann vor, wenn sich die Tat gegen eine Frau richtet, weil sie eine Frau ist oder von Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit geprägt ist.¹⁴

c) Femizid

Im Folgenden wird der Begriff Femizid, als eine mögliche Form der Tötung aus geschlechtsspezifischen Beweggründen, erläutert.

Der englische Begriff „femicide“ wurde maßgeblich von der Soziologin *Diana E.H. Russell* geprägt, welche ihn

⁸ Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 24. Aufl. (2023), § 4 Rn. 5.

⁹ Fischer, *StGB*, 70. Aufl. (2023), Vorb. §§ 211-217 Rn. 2; Momsen, in: *SSW-StGB*, 5. Aufl. (2020), § 211 Rn. 2; Eser/ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 30. Aufl. (2019), Vorb. §§ 211 ff. Rn. 5.

¹⁰ Kindhäuser/Schramm, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 10. Aufl. (2021), § 2 Rn. 1 ff.; Hettinger/Engländer, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 46. Aufl. (2022), § 2 Rn. 37.

¹¹ Online-Dienste des Bundestages, *Überarbeitung des Sanktionenrechts im Strafgesetzbuch*, 15.03.2023, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw11-de-sanktionsrecht-936510> (zuletzt aufgerufen am 27.11.23).

¹² Sofern die männliche Form gewählt wurde, soll sich auf einen männlichen Akteur bezogen werden. Im Übrigen liegen dieser Arbeit genderneutrale Formulierungen zugrunde.

¹³ BT-Drs. 20/5913, S. 64.

¹⁴ Wersig/Steinl, *Stellungnahme*, BT-Drs.19/23999, Protokoll-Nr. 19/84, S. 90.

1976 erstmals in ihrer Rede vor dem International Tribunal on Crimes Against Women verwendete.¹⁵ Dabei wollte sie herausstellen, dass ein Großteil der Frauentötungen im Kontext der Machtdynamiken von Sexismus und Misogynie patriarchal strukturierter Gesellschaften stattfindet.¹⁶ In Abgrenzung zum englischen Begriff „homicide“ sollte der Begriff „femicide“ die geschlechtsbezogene und damit strukturelle Dimension der Tat verdeutlichen.¹⁷ Die Definition des Begriffes durchlief mit der Zeit eine Entwicklung und wird bis heute nicht einheitlich aufgefasst.¹⁸ Russell definiert den Femizid als „*the killing of females by man, because they are female*“.¹⁹ Sie meint damit Tötungen von Frauen und Mädchen, die auf misogynen Einstellungen oder sexistische Erwartungen der Täter zurückgehen, also Tötungen, bei denen das Geschlecht der Opfer nicht zufällig weiblich ist.²⁰ Abseits von Russell finden sich Definitionen unter anderem in der von der UN verfassten Vienna Declaration on Femicide („*the killing of women and girls because of their gender*“) und bei der WHO („*intentional murder of women because they are women*“).²¹ Der djb definiert Femizide als „Tötungen von Frauen aufgrund ihres Geschlechts“, d.h. Tötungen, in denen Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit zum Ausdruck kommen und damit als die äußerste Eskalationsstufe geschlechtsspezifischer Gewalt.²² Für die Definitionen ist es entscheidend, dass nicht kontextlos auf das Geschlecht der Opfer abgestellt wird, sondern tödliche Gewalt gegen Frauen und Mädchen als Erscheinungsform von geschlechtsbezogener Gewalt benannt wird, welche wiederum Ausdruck hierarchischer Geschlechterverhältnissen und toxischer Männlichkeit, von Heteronormativität und Geschlechterrollenstereotypen ist.²³ Femizide sind eng mit traditionellen patriarchalen Gesellschaftsstrukturen und entsprechendem Denken verknüpft. Hierbei wird Frauen, in unterschiedlicher Ausprägung und gegebenenfalls nur unterschwellig, eine vollständige Autonomie abgesprochen und sie werden stattdessen allein in Zuordnung zu einem Mann wahrgenommen.²⁴ Femizide dürfen daher nicht als „Einzelschicksale“ oder „Eifersuchtsdramen“ verstanden werden, sondern als Tötung von Frauen, eingebettet in die ungleichen gesellschaftlichen Machtverhältnisse zwischen den Geschlechtern.²⁵ Dieser Arbeit wird daher folgendes Verständnis von Femiziden zugrunde gelegt: Die Tötung einer Frau durch einen Mann, aufgrund ihres Geschlechts, unter Berücksichtigung patriarchaler Gesellschaftsstrukturen und entsprechendem Denken.

Um sich der Frage, was genau unter der Tötung „aufgrund des Geschlechts“ zu verstehen ist, anzunähern, könnte man die häufig benannten Erscheinungsformen von Femiziden näher betrachten.²⁶ Das Spektrum an Motivlagen bezüglich Femiziden ist weit und nicht immer eindeutig bestimmbar. Am offensichtlichsten sind jedoch Tötungen als Femizide einzuordnen, wenn die Täter ihren Frauenhass deutlich zum Ausdruck bringen, indem sie ihre Opfer allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Kollektiv „Frauen“ auswählen.²⁷ Neben diesen Tötungen aus „Frauenhass“ werden auch Tötungen von weiblichen Neugeborenen, Mitgifttötungen, sogenannte Ehrenmorde, Tötungen von Sexarbeiterinnen oder von transsexuellen und lesbischen Frauen aufgrund ihrer Geschlechteridentität bzw. sexuellen

¹⁵ Russell, The Origin and Importance of the Term Femicide, Dezember 2011, abrufbar unter: https://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html, (zuletzt abgerufen am 27.11.23); Streuer, in: Bartsch/Krieg/Schuchmann/u.a., Gender & Crime – Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft, 2022, S. 146.

¹⁶ Maier/Lutz/Greven/Rebmann, APuZ 2023, Ausgabe 14, 9 ff.

¹⁷ Russell, Defining Femicide, 26.11.2012, abrufbar unter: http://www.dianarussell.com/f/Defining_Femicide_United_NationsSpeech_by_Diana_E._H._Russell_Ph.D.pdf (zuletzt abgerufen am 27.11.23).

¹⁸ Habermann, Partnerinnentötung und deren gerichtliche Sanktionierung, 2022, S. 2.

¹⁹ Russell (Fn. 15).

²⁰ Maier/Lutz/Greven/Rebmann, APuZ 2023, Ausgabe 14, 9 ff.

²¹ Habermann (Fn. 18), S. 18.

²² Celebi/Streuer, djbZ 2022, 61 (62).

²³ Lembke, in: von Auer/Micus-Loos/Schäfer/Schrader, Intersektionalität und Gewalt – Verwundbarkeit von marginalisierten Personen und Gruppen sichtbar machen, 2023, S. 132.

²⁴ Bock/Steinl, NK 2021, 308 (312).

²⁵ Herold, Anhörung, BT-Drs.19/23999, Protokoll-Nr. 19/84, S. 13.

²⁶ Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 (313).

²⁷ Maier/Lutz/Greven/Rebmann, APuZ 2023, Ausgabe 14, 9 ff.

Orientierung als Femizide eingeordnet.²⁸ Eine der in Deutschland mit Abstand am häufigsten vorkommende Form des Femizids ist, neben Ehrenmorden und tödlicher Hasskriminalität gegen Frauen, der sogenannte „Intimpartnerinnen-Femizid“, also die Tötung einer Frau im Rahmen von Partnerschaftsgewalt.²⁹ Im Jahr 2021 fanden von insgesamt 2.578 Tötungsdelikten 369 in Partnerschaften statt.³⁰ Der Anteil der Opfer partnerschaftlicher Gewalt, gemessen an der Opfergesamtzahl der Polizeilichen Kriminalstatistik, lag bei Mord und Totschlag (versucht oder vollendet) bei den Frauen höher als im Vorjahr (Anteil an allen weiblichen Opfern in diesem Deliktsbereich 37,0 %, bei den männlichen Opfern 3,9 %) und bewegt sich damit auf einem beachtlichen Niveau.³¹ Im Jahr 2021 wurden insgesamt 301 Frauen Opfer einer versuchten oder vollendeten Tötung durch ihren (Ex-)Ehemann/Partner. Die Zahl der männlichen Opfer in diesem Zusammenhang beläuft sich auf 68.³²

Auslöser für die Tat ist dabei meist die Trennung oder der Trennungswunsch der Partnerin.³³ Die Männer sind in vielen Fallkonstellationen nicht bereit die Entscheidung der Frau zu akzeptieren und suchen oftmals eine „letzte Aussprache“, zu der sie eine Waffe oder ein vergleichbar gefährliches Werkzeug mitnehmen. Sofern sich die Frau weigert, dem Wunsch nach Fortsetzung der Beziehung nachzukommen, wird sie sogleich getötet.³⁴ Die Täter geben als Tatmotiv häufig „Eifersucht“ oder „Verlustangst“ an. Zudem sind Erklärungen wie: „Wenn ich sie nicht mehr haben kann, soll sie niemand sonst haben können“ verbreitet.³⁵ Bei Trennungstötungen möchte der Täter die Kontrolle über die (Ex-)Partnerin wiederlangen und verwehrt dem Opfer, als Reaktion auf eine angekündigte oder vollzogene Trennung, durch die Tötung das Selbstbestimmungsrecht. Auf die Frau werden damit gesteigerte Macht- und Besitzansprüche ausgeübt.³⁶ Wenn der männliche Partner die Beziehung beendet, sieht er sich dagegen kaum Angriffen auf sein Leben ausgesetzt. In den ohnehin deutlich selteneren Fällen, in denen eine Frau ihren Partner tötet, geschieht dies meist um eine Misshandlung zu beenden.³⁷ Dennoch enden Misshandlungen in Beziehungen deutlich häufiger mit dem Tod der misshandelten Partnerin, als dass sie eine Tötungshandlung vornimmt.³⁸ Indem der Täter die Trennung der Frau nicht akzeptieren will und dieser mit der Tötung ihr Selbstbestimmungsrecht abspricht, liegt der Tat eine Vorstellung von geschlechtsspezifischer Ungleichwertigkeit zugrunde, sodass geschlechtsspezifische Beweggründe hier einschlägig wären.³⁹

d) Zwischenfazit

Würde man die Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe erweitern, so würden Femizide unter eben dieses Mordmerkmal fallen und wären, bei Vorliegen aller weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen, als Mord einzustufen.

III. Recht- und Zweckmäßigkeit einer Erweiterung der Mordmerkmale

Im Folgenden wird sich der Frage zugewandt, ob eine Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische

²⁸ Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 (314).

²⁹ Maier/Lutz/Greven/Rebmann, APuZ 2023, Ausgabe 14, 9 ff.

³⁰ Leuschner/Rausch, KrimOJ 2022, 20; Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 (314).

³¹ BKA, Partnerschaftsgewalt, S. 5.

³² Ebd.

³³ Grünwald, NSTZ 2019, 519; Lembke, in: von Auer/Micus-Loos/Schäfer/Schrader, S.135; Fischer, StGB, § 211, Rn. 28a; Schneider, ZPR 2021, 183 (183).

³⁴ Grünwald, NSTZ 2019, 518 (519); vgl. auch Habermann, APuZ 2023, Ausgabe 14, 23 ff.

³⁵ Celebi/Streuer, djBZ 2022, 61 (63).

³⁶ Celebi, NK 2023, 136 (142).

³⁷ Lembke, Stellungnahme, BT-Drs.19/23999, Protokoll-Nr. 19/84, S. 55.

³⁸ Lembke, in: von Auer/Micus-Loos/Schäfer/Schrader, S. 135.

³⁹ Celebi, NK 2023, 136 (142).

Beweggründe vor dem Hintergrund der Erscheinungsformen und des Ausmaßes von Femiziden recht- und zweckmäßig erscheint. Hierfür soll sich kurz der Frage zugewandt werden, ob eine Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe verfassungsrechtlich zulässig oder gar geboten ist. Im Rahmen der Zweckmäßigkeit wird die aktuelle Rechtslage zu Femiziden betrachtet, bevor erörtert wird, ob eine Erweiterung der Mordmerkmale vor diesem Hintergrund vorzunehmen ist.

a) Verfassungsrechtliche Beurteilung

aa) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG, welcher insbesondere bei geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlungen gegeben ist,⁴⁰ bestünde bei einer Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe nicht. Auch wenn sich bisherige Ausführungen auf Straftaten zu Lasten von Frauen beziehen, werden von diesem Merkmal auch Fälle erfasst, bei denen sich der gruppenbezogene Hass oder die vom Täter oder der Täterin unterstellte Ungleichwertigkeit auf ein anderes Geschlecht, etwa auf einen Mann oder eine andere Geschlechtsidentität, beziehen.⁴¹

Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit bestehen folglich nicht.

bb) Verfassungsrechtliche Gebotenheit

Eine Erweiterung der Mordmerkmale könnte sogar verfassungsrechtlich geboten sein, um das Leben von Frauen besser zu schützen. Gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Das *BVerfG* hat die Schutzwirkung dieser Norm zunächst explizit auf ein negatives Abwehrrecht gegenüber staatlichen Maßnahmen beschränkt.⁴² Seit der Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung steht jedoch fest, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG über seinen abwehrrechtlichen Gehalt hinaus eine staatliche Schutzpflicht zugunsten des Lebens seiner Bürger:innen begründet.⁴³ Um den gebotenen Schutz zu gewährleisten, kommt dem Gesetzgeber jedoch ein großer Gestaltungsspielraum sowie eine Einschätzungsprärogative für die Wahl der geeigneten Mittel zu.⁴⁴ Eine Grenze bildet hierbei das sogenannte Untermaßverbot, welches Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Schutzes formuliert, abhängig von der Schutzbedürftigkeit, dem Rang des betroffenen Rechtsgutes und gegebenenfalls dem Gewicht der damit kollidierenden Rechtsgüter.⁴⁵

Ein Verstoß gegen das Untermaßverbot käme allenfalls in Betracht, wenn der Staat die Tötung von Frauen überhaupt nicht pönalisieren würden. Da das StGB die vorsätzliche, rechtswidrige Tötung von anderen Menschen und damit auch von Frauen jedenfalls nach § 212 Abs. 1 StGB und unter gewissen Umständen auch nach § 211 StGB bestraft,⁴⁶ kommt der Staat seiner Schutzpflicht hinreichend nach und ein Verstoß gegen das Untermaßverbot ist damit nicht gegeben.

⁴⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 3 Rn. 107; Nußberger, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 3 Rn. 254.

⁴¹ BT-Drs. 20/5913, S. 66.

⁴² Vgl. BVerfGE 1, 97.

⁴³ BVerfGE 39, 1; vgl. auch BVerfGE 77, 170; Hoffmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. (2022), Art. 2 Rn. 20.

⁴⁴ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 102. EL (August 2023), Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 41.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Auflage (2023), § 211 Rn. 1 ff; Saliger, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. (2023), § 211 Rn. 1 ff.

cc) Zwischenfazit

Eine entsprechende Erweiterung wäre verfassungsrechtlich zulässig, jedoch nicht zwingend geboten.

b) Zweckmäßigkeit

Für die Frage, ob die Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe zweckmäßig erscheint, um Femizide effektiv einzudämmen, ist insbesondere die aktuelle Rechtslage zu berücksichtigen. Erfüllen Femizide bereits nach der gegenwärtigen Ausgestaltung des § 211 StGB ein Mordmerkmal, würde dies zunächst gegen eine Erweiterung der Mordmerkmale sprechen. Wäre dies hingegen nicht der Fall und erfüllen Femizide lediglich den Tatbestand des § 212 StGB, läge ein Argument für eine Erweiterung vor. Daher werden im Folgenden die Rechtsprechungslinie des *BGH* sowie Ansichten in der Literatur dargelegt. Hierauf aufbauend, können weitere Argumente für oder gegen eine Erweiterung in Betracht gezogen werden.

aa) Aktuelle Rechtslage

Da in Deutschland sogenannte Trennungstötungen den Großteil der Femizide ausmachen und hierbei die besonders hohe Gefahr von Geschlechterstereotypen, Relativierung der Tat, Entlastung des Täters und Opferbeschuldigungen besteht, wird im Folgenden ein Schwerpunkt auf diese Form der Femizide gelegt.⁴⁷

Bei Femiziden kommt insbesondere das subjektive Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“ in Betracht.⁴⁸ Die Rechtsprechung prüft regelmäßig auch das Mordmerkmal der Heimtücke.⁴⁹ Bei diesem Mordmerkmal handelt es sich, anders als bei den niederen Beweggründen, um ein objektives Mordmerkmal.⁵⁰ Ob das Merkmal der Heimtücke angenommen werden kann, hängt daher von der Art der Tatbegehung ab, welche wiederum stark vom individuellen Einzelfall abhängt.⁵¹ Bei der rechtlichen Bewertung von Femiziden kommt es jedoch meist auf die innere Einstellung und Tatmotivation des Täters an. Für die Frage, ob Femizide nach gegenwärtiger Rechtslage als Mord einzustufen sind, hat dieses stark vom individuellen Einzelfall abhängige Mordmerkmal nur untergeordnete Relevanz.⁵²

Beweggründe im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB sind nach ständiger Rechtsprechung als niedrig einzustufen, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind.⁵³ Bei der Beurteilung der Frage, ob Beweggründe „niedrig“ sind und in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag als verachtenswert erscheinen, ist eine Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren, für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren vorzunehmen.⁵⁴ Darin sollen insbesondere die Umstände der Tat, ihre Vorgeschichte, die Lebensverhältnisse des Täters sowie dessen Persönlichkeit mit einfließen.⁵⁵ Mit Blick auf das

⁴⁷ *Lembke*, Stellungnahme, S. 57.

⁴⁸ *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (316); *Habermann*, NK 2021, 189 (192); *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 28a.

⁴⁹ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.5.2019 - 1 StR 150/19; *BGH*, Beschl. v. 6.12.2022 - 5 StR 479/22; *LG Köln*, Urte. v. 6.9.2022 - Az.: 111 Ks 5/22.

⁵⁰ *Kindhäuser/Schramm*, § 2 Rn. 23 ff; *Rengier*, § 4 Rn. 48 ff.

⁵¹ *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 58. Ed. (2023), § 211 Rn. 36; *Saliger*, in: NK-StGB, § 211 Rn. 46.

⁵² Vgl. auch *Schneider*, ZPR, 2021, 183 (183).

⁵³ St.Rspr.: *BGH*, NStZ, 2020, 617; NStZ 2021, 227; NStZ 2021, 288; NStZ 2022, 542; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 29 m.w.N.; *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, StGB, 5. Aufl. (2022), § 211 Rn. 34; *Saliger*, in: NK-StGB, § 211 Rn. 26.

⁵⁴ St.Rspr.: *BGH*, Beschl. v. 15.3.2003 - 3StR 149/03, Rn. 3; *BGH*, NStZ 2004, 34 Rn. 3; *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 15; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 211 Rn. 18a; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 211 Rn. 5.

⁵⁵ *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 211 Rn. 70; *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. (2023), § 211 Rn. 60.

individuelle Schuldprinzip ist dabei schwerpunktmäßig die individuelle Vorwerfbarkeit in der konkreten Tatsituation zu berücksichtigen.⁵⁶ Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes sind die Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland.⁵⁷ Vor dem Hintergrund der zwingend angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe darf das Mordmerkmal der niederen Beweggründe nur besonders verwerfliche Fälle erfassen und nicht zu weit ausgelegt werden.⁵⁸ In subjektiver Hinsicht muss der Täter die Umstände, welche die besondere Verwerflichkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewusstsein aufgenommen haben.⁵⁹ Liegen mehrere Tatmotive („Motivbündel“) vor, so beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das die Tat prägende Hauptmotiv nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb verwerflich ist.⁶⁰ Das Gericht hat in solch einem Fall die Aufgabe genau festzustellen, aus welchen Gründen der Täter im konkreten Fall gehandelt hat und ob der beherrschende Beweggrund ein niedriger war.⁶¹ Ein niedriger Beweggrund ist daher häufig durch eine hemmungslose Eigensucht oder rücksichtslosen Egoismus gekennzeichnet, was dazu führt, dass die Motivation des Täters nicht mehr ansatzweise „nachvollziehbar“ oder „menschlich begreifbar“ erscheint.⁶²

(1) Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung erkennt an, dass insbesondere bei Trennungstötungen Macht- und Besitzansprüche eine Rolle spielen, die zur Annahme von niederen Beweggründen führen können.⁶³ So wurden niedere Beweggründe angenommen, wenn der Täter „vermeintliche „Besitzrechte“ an der Frau nicht aufgeben will“,⁶⁴ „ihr Abwenden von ihm verhindern will“,⁶⁵ „sie daran hindern will, ein Leben nach ihren Wünschen zu führen“⁶⁶ oder wenn der Täter die Frau aus „Wut über ihre (vermeintliche) Untreue bestrafen will“.⁶⁷

Doch gerade bei Tötungen, die geschehen, weil sich die Intimpartnerin vom Täter abwendet, können sogenannte „normalpsychologische Motivlagen“, d.h. Gefühlszustände, die jedermann bekannt und menschlich grundsätzlich nachvollziehbar sind, wie Zorn, Wut, Eifersucht, Enttäuschung oder Verärgerung, tatbeherrschend sein.⁶⁸ Diese stellen nicht *per se* niedrige Beweggründe dar, sondern nur dann, wenn sie Ausdruck einer besonders verwerflichen Tatmotivation des Täters sind, also ihrerseits wiederum auf niedrigen Beweggründen beruhen.⁶⁹ Der *1. Strafsenat* des *BGH* betont in diesem Zusammenhang, dass gerade der Umstand, dass die Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, als gegen die Niedrigkeit des Beweggrundes sprechender Umstand beurteilt werden darf.⁷⁰ Es finden sich regelmäßig Formulierungen wie:

„Nicht jede Tötung, die geschieht, weil sich der Ehepartner vom Täter abwenden will oder abgewandt

⁵⁶ *Lembke*, Stellungnahme, S. 60.

⁵⁷ *BGH*, NStZ 2021, 226; NStZ 2019, 207.

⁵⁸ *Rengier*, § 4 Rn. 30.

⁵⁹ *BGH*, NStZ, 2018, 527; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Aufl. (2021), Rn. 90.

⁶⁰ *BGH*, Urteil v. 25.1.2023 - 1 StR 284/22, Rn. 11; *BGH*, Beschl. v. 12.11.2019 - 1 StR 370/19, Rn. 3; *BGH*, Ur. v. 1.3.2012 - 3 StR 425/11, Rn. 14.

⁶¹ *Foljanty/Lembke*, KJ 2014, 298 (300).

⁶² *Rengier*, § 4 Rn. 31.

⁶³ *Habermann*, NK 2021, 189 (193).

⁶⁴ *BGH*, Ur. v. 27.6.2012 - 2 StR 103 /12.

⁶⁵ *BGH*, NStZ-RR 2012, 339; *BGH*, NStZ 2013, 524.

⁶⁶ *LG Bielefeld*, Ur. v. 23.4.2010 - 10 Ks 46 Js 370/09 1/10.

⁶⁷ *BGH*, Ur. v. 16.2.2012 - 3 StR 346/11; vgl. auch *Schneider*, NStZ 2015, 64 (65).

⁶⁸ *Schneider*, NStZ, 2015, 64 (65); vgl. auch *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 14c.

⁶⁹ *BGH*, NStZ 2019, 204 Rn. 20, *BGH*, Ur. v. 13.11.2019 - 5 StR 466/ 19.

⁷⁰ *BGH*, Ur. v. 21.2.2018 - 1 StR 351/17, Rn. 10, *BGH*, NStZ 2019, 204 Rn. 20; *BGH*, NStZ 2019, 519 Rn. 8.

hat, beruht zwangsläufig auf niedrigen Beweggründen. Vielmehr können in einem solchen Fall tatauslösend und tatbestimmend auch Gefühle der Verzweiflung und der inneren Ausweglosigkeit sein, die eine Bewertung als „niedrig“ i.S. der Mordqualifikation namentlich dann fraglich erscheinen lassen können, wenn die Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist und der Täter durch die Tat sich dessen beraubt, was er eigentlich nicht verlieren will.“⁷¹

Gefühle der Verzweiflung und Ausweglosigkeit können insbesondere bei der subjektiv als demütigend empfundenen Enttäuschung über das Verlassenwerden gegeben sein, sodass in diesem Fall niedere Beweggründe verneint werden.⁷² Eine Begründung hierfür liefert der *BGH* allerdings nicht.

Dem ist jüngst der 5. *Strafsenat* des *BGH* entgegengetreten und hat in einem *obiter dictum* festgestellt, dass der Umstand, dass die Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, für sich gesehen kein gegen die Annahme niedriger Beweggründe sprechendes Indiz darstellt.⁷³ Aus der Sicht des Senates ist es mit dem Menschenbild des Grundgesetzes und den Werten des deutschen Rechts, welche durchweg auf Selbstbestimmung, Gleichberechtigung und gegenseitige personelle Achtung angelegt sind, unvereinbar, wenn der Inanspruchnahme des Rechts auf ein selbstbestimmtes Leben eine derartige Relevanz für die sozialetische Bewertung des Tötungsmotivs zugesprochen wird.⁷⁴ Zudem betont der 5. *Strafsenat*, dass es eine Rolle für die Motivbewertung im Rahmen des § 211 StGB spielen könnte, wenn der Täter die Trennung selbst maßgeblich zu verantworten hat.⁷⁵

(a) Kritik

An der Rechtsprechungslinie des 1. *Strafsenates* lässt sich vor allem kritisieren, dass sie den Umstand der Trennung als Grund für die Ablehnung niedriger Beweggründe genügen lässt.⁷⁶ Dadurch wird die Ansicht vermittelt, die Trennung hätte den Täter derart überrascht, dass er in einen Zustand der Verzweiflung, Enttäuschung und Ausweglosigkeit verfällt und seine Situation daher emotional nachvollziehbar sei.⁷⁷ Der bloße Umstand einer Trennung sagt jedoch weder etwas über das Vorhandensein einer normalpsychologischen Motivlage noch über die dahinterstehenden Beweggründe des Täters aus.⁷⁸ Bei näherer Betrachtung der Frage, warum der Täter in solch eine Verzweiflung geraten ist, offenbart sich vielmehr meist ein patriarchales Macht- und Besitzdenken. Der Täter stellt nämlich seinen Wunsch, die Beziehung zum Tatopfer fortzusetzen oder dessen neue Beziehung zu verhindern, über die selbstbestimmte Lebensgestaltung des Opfers.⁷⁹ Es kann daraus nur der Schluss gezogen werden, dass der Täter dem Opfer nicht zugesteht, ein eigenes, selbstbestimmtes Leben getrennt von ihm zu führen.⁸⁰ Durch den Tötungsakt nimmt sich der Täter die Macht über die Frau, welche sich von ihm trennt oder trennen möchte, zurück.⁸¹ Diese patriarchale Besitzkonstruktion hinter einer Trennungstötung wird vielfach nicht erkannt, sondern die emotionale Situation des Täters wird im Endeffekt vielmehr strafmildernd berücksichtigt.⁸² Die Ablehnung

⁷¹ *BGH*, Urt. v. 29.10.2018 – 2 StR, 349/08, Rn. 9; *BGH*, NStZ 2004, 34; *BGH*, NStZ-RR 2006, 340; vgl. *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 28a m.w.N.

⁷² *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 28a; vgl. auch *Saliger*, in: NK-StGB, § 211 Rn. 35.

⁷³ *BGH*, Beschl. v. 6.12.2022 – 5 StR 479/22, Rn. 4.

⁷⁴ Ebd.

⁷⁵ *BGH*, Beschl. v. 6.12.2022 – 5 StR 479/22, Rn. 3.

⁷⁶ *Celebi*, Ein Plädoyer für die Änderung der Strafzumessungsgründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB, Verfassungsblog v. 22.7.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/ein-pladoyer-fur-die-anderung-der-strafzumessungsgrunde/> (zuletzt aufgerufen am 27.11.23).

⁷⁷ Ebd.

⁷⁸ *Stein/Streuer* (Fn. 7).

⁷⁹ *Habermann*, NK 2021, 189 (199).

⁸⁰ *Wersig/Steinl*, Stellungnahme, S. 84.

⁸¹ *Habermann*, NK 2021, 189 (199).

⁸² *Celebi* (Fn. 76).

niedriger Beweggründe widerspricht zudem grundsätzlichen Wertungen in Art. 46 lit. a IK, wonach Straftaten gegen eine frühere oder derzeitige Ehefrau oder Partnerin strafscharfend zu berücksichtigen sind (weitere Ausführungen unter C. II. 2. c).⁸³

Bei Femiziden könnten daher durchaus Tatmotive vorliegen, welche in der Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden. Diese könnten als sozial inakzeptabel bewertet werden und eine Bewertung, der hinter den normalpsychologischen Motivlage stehenden Motivation als niedrig zulassen.⁸⁴

(2) Ansichten in der Literatur

In der Literatur werden Femizide rechtlich unterschiedlich bewertet, wie im Folgenden dargestellt wird.

(a) Missverhältnis zwischen Anlass und Tat

Um einen Beweggrund als „niedrig“ einzustufen wird regelmäßig ein eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat vorausgesetzt.⁸⁵ Auf Trennungstötungen bezogen könnte das heißen, dass die Entscheidung, sich von seinem Partner zu trennen, in einem krassen Missverhältnis zu der dadurch motivierten Tötung der (ehemaligen) Partnerin steht.⁸⁶ Dabei ist jedoch zu beachten, dass der vorsätzlichen, rechtswidrigen Tötung nach § 212 StGB schon an sich ein unerträgliches Missverhältnis innewohnt und es im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG und der absoluten Rechtsfolge des § 211 StGB verfehlt wäre, jede vorsätzliche Tötung, für die sich kein „nachvollziehbarer“ Grund finden lässt, als Mord aus niederen Beweggründen anzusehen.⁸⁷ Der *BGH* machte in einer Entscheidung im Jahr 2019 deutlich, dass auch grundlegende normative Wertentscheidungen bei der Bewertung des Tatanlasses zu berücksichtigen sind. In diesem Fall war jedoch nicht ein Trennungswunsch des Opfers Anlass zur Tötung, sondern das – hier männliche Opfer - hatte die Freundin des Täters im Supermarkt angesprochen und ihr ein Kompliment gemacht, woraufhin dieser mit Tötungsvorsatz auf das Opfer einstach.⁸⁸ Dem *BGH* zufolge ist es mit den Werten des deutschen Rechts, welche durchweg auf Gleichberechtigung und gegenseitige personelle Achtung angelegt sind, und dem Menschenbild des Grundgesetzes unvereinbar, das Ansprechen einer Frau durch einen anderen Mann auf der Grundlage von einer Art „Besitzanspruch“ als schwere Provokation auszulegen. Nach dem Maßstab der deutschen Rechtsgemeinschaft stellt dies vielmehr ein harmloses Tun dar, weshalb durch den hierauf hervorgerufenen Entschluss einen anderen Menschen zu töten, ein eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat und damit auch ein niedriger Beweggrund gegeben ist.⁸⁹ Dieser Tötung lagen wohl auch patriarchale Besitzansprüche des Täters und Vorstellungen von der Ungleichwertigkeit der Geschlechter zugrunde. Doch damit sich diese Erwägungen auf Trennungstötungen übertragen lassen, müsste die Trennung der Intimpartnerin ein ebenso harmloses Tun wie das Ansprechen einer Frau durch einen fremden Mann in der Öffentlichkeit darstellen.⁹⁰ Im Gegensatz zu dem Ansprechen einer Frau durch einen anderen Mann können Trennungen von einer geliebten Partnerin durchaus schmerzhaftes Emotionen wie Wut oder Ausweglosigkeit hervorrufen und denjenigen, von dem sich getrennt wird, nachvollziehbarerweise in tiefe Trauer stürzen.⁹¹ Damit soll

⁸³ *Clemm*, Stellungnahme, BT-Drs.19/23999, Protokoll-Nr. 19/84, S. 37.

⁸⁴ *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (318).

⁸⁵ *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: LK-StGB, § 211 Rn. 71; *Momsen*, in: SSW-StGB, § 211 Rn. 22; *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 18.

⁸⁶ *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (326).

⁸⁷ *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 18.

⁸⁸ *BGH*, Ur. v. 13.11.2019 - 5 StR 466/19, Rn. 3.

⁸⁹ *BGH*, Ur. v. 13.11.2019 - 5 StR 466/19, Rn. 29.

⁹⁰ So *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (326).

⁹¹ *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 28a.

freilich nicht gesagt sein, dass diese normalpsychologischen Beweggründe ihrerseits nicht auf einer niederen Gesinnung beruhen können. Jedoch zeigen diese Feststellungen, dass eine Trennung kein allzu harmloses Ereignis ist, wie das Ansprechen einer Frau in der Öffentlichkeit, und damit jedenfalls kein eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat besteht.

(b) Hinwegsetzen über konstitutive gesellschaftliche Wertentscheidungen

Zum Teil wird dafür plädiert, bei Trennungstötungen niedrige Beweggründe anzunehmen, weil sich der Täter bei der Tötung über konstitutive gesellschaftliche Wertentscheidungen hinwegsetzt, deren Beachtung in einem demokratischen Rechtsstaat zwingend erforderlich sind.⁹² Im westlichen Kulturkreis ist das Recht eines jeden Menschen, selbst darüber zu entscheiden, mit wem er eine partnerschaftliche Beziehung eingeht oder aufrechterhält, konstitutiv für ein friedliches und zivilisiertes Zusammenleben.⁹³ Den besonderen Rang dieses Rechts hat der Gesetzgeber durch die Einführung des § 237 StGB (Zwangsheirat) betont.⁹⁴ Zudem zeigt das Rechtsinstitut der Scheidung in § 1565 BGB, dass eine bürgerliche Ehe, und damit wohl auch jede Form von intimer Beziehung, eine freie Beziehung ist, mit der die Möglichkeit einer Auflösung zwingend verbunden ist.⁹⁵ Wenn der Täter die Trennung seiner Partnerin zum Anlass nimmt, diese zu töten, setzt er sich über dieses konstitutive Recht hinweg, womit er ein hohes Maß an sozialer Rücksichtslosigkeit und Gemeenschädlichkeit zum Ausdruck bringt, was wiederum Anlass zu verschärfter strafrechtlicher Intervention gibt.⁹⁶ An dieser Ansicht wird kritisiert, dass derartige Schematisierungen unerwünschte Rückkopplungseffekte auf atypische Fallkonstellationen haben könnten.⁹⁷ So könne es vorkommen, dass die Frau den Täter im Rahmen eines Streits über Trennungsabsichten durch schwerwiegende Beleidigungen und Herabsetzungen provoziert oder der Täter sogar jahrelang Demütigungen hingenommen hat, um die Beziehung aufrechtzuerhalten, bevor er die Frau in einer Mischung von Wut und Verzweiflung tötet, ohne dass bereits die Voraussetzungen eines die erheblich verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begründenden Affekts vorliegen. Der Verweis auf die Verletzung grundlegender Freiheitsrechte des Opfers würde dem individuellen Maß der Schuld des Täters unter Umständen nicht gerecht werden und reiche daher nicht aus, um niedrige Beweggründe anzunehmen.⁹⁸ Dem lässt sich wiederum entgegen, dass derartige Fallkonstellationen Ausnahmen darstellen, die im jeweiligen Einzelfall berücksichtigt werden können. Auch wenn Trennungstötungen der Fallgruppe der niederen Beweggründe zugeordnet werden, bei denen sich der Täter über konstitutive gesellschaftliche Wertentscheidungen hinwegsetzt, müssen selbstverständlich konkrete Tatumstände und Motivationen geprüft und berücksichtigt werden.⁹⁹ Dies kann im Einzelfall ausnahmsweise zu einer Verneinung der niedrigen Beweggründe führen. Im Grundsatz ändert sich jedoch nichts daran, dass das Recht eines jeden Individuums, selbstbestimmt und ohne Darlegung von Gründen über das Eingehen und Beenden partnerschaftlicher Beziehungen zu entscheiden, zu den konstitutiven gesellschaftlichen Wertentscheidungen gehört, über die sich der Täter hinwegsetzt, wenn er das Opfer infolge der Trennung tötet.¹⁰⁰

⁹² Drees, NStZ 2020, 215 (217); Wersig/Steinl, Stellungnahme, S. 88.

⁹³ Ebd.

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 248.

⁹⁶ Vgl. Schneider, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 90.

⁹⁷ Rebmann, ius gender & gewalt 2023, S. 11.

⁹⁸ Schneider, in: Bartsch/Krieg/Schuchmann/u.a., Gender & Crime, S. 20.

⁹⁹ Lembke, Stellungnahme, S. 61.

¹⁰⁰ Steinl/Streuer (Fn. 7).

(c) *Missachtung des personalen Eigenwertes des Opfers*

Es ist zudem anerkannt, dass Fälle der Negation des personalen Eigenwertes des Opfers unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe fallen.¹⁰¹ Auch diese Fallgruppe könnte bei Trennungstötungen bzw. Femiziden einschlägig sein. Die besondere Verwerflichkeit wird dabei mit dem Menschenbild des Grundgesetzes begründet, welches von Würde und Toleranz geprägt ist.¹⁰² Hieraus leitet sich ein Anspruch auf Achtung des personellen Eigenwertes eines jeden Menschen sowie auf persönliche Selbstentfaltung ab. Tötungsmotivationen, welche diesen Anspruch schlechthin negieren, stellen einen absoluten rechtlichen Unwert dar und stehen daher auf tiefster Stufe.¹⁰³ Unter diese Fallgruppe lässt sich zweifellos die Tötung einer Person einzig aufgrund ihres Geschlechts oder aufgrund einer Abweichung von geschlechtsbezogenen Rollenerwartungen fassen, wie dies beispielsweise bei der Tötung von Frauen aufgrund von Frauenhass oder von transsexuellen oder lesbischen Frauen aufgrund ihrer Geschlechteridentität bzw. sexuellen Orientierung der Fall ist, wenn zwischen Täter und Opfer keinerlei Beziehung bestand. Der Täter bringt durch die Tötung seine Missachtung gegenüber dem weiblichen Geschlecht zum Ausdruck und negiert damit den personellen Eigenwert seines Opfers. Komplizierter wird die Beurteilung, wenn – wie es bei Trennungstötungen der Fall ist – eine Beziehung zwischen dem Täter und dem Opfer bestand.¹⁰⁴ Im privaten Bereich kann sich die Missachtung des personellen Eigenwertes des Opfers in der gewaltsamen Durchsetzung absoluter Macht- und Besitzansprüche des Täters äußern.¹⁰⁵ Wenn der Täter seine ihn verlassende Beziehungspartnerin tötet, damit kein anderer Mann sie haben kann, entspringt diese Tat einem Besitzdenken, womit der Täter der Frau ihr Recht auf Selbstentfaltung gänzlich abspricht.¹⁰⁶ Der getöteten Partnerin wird nicht zugestanden, ein selbstbestimmtes Leben ohne den Täter zu führen, die Berechtigung zur Lebensgestaltung wird vielmehr vollständig von einem Leben mit dem Täter abhängig gemacht.¹⁰⁷ In der Rechtsprechung wird der dahinterstehende Gedanke zum Teil bei sogenannten „Ehrenmord“-Konstellationen erkannt.¹⁰⁸ Gerade in diesen Konstellationen zeigen sich bedenkliche Widersprüche zur Rechtsprechung bei Trennungstötungen.¹⁰⁹ So liegen „Ehrenmorden“ vergleichbare Vorstellungen von geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit zugrunde wie Trennungstötungen.¹¹⁰ Bei „Ehrenmorden“ wird das Motivbündel des Täters jedoch nicht mehr als vulnerabler emotionaler Zustand verstanden, sondern als verachtenswertes Besitzdenken und illegitimer privater Herrschaftsanspruch, wodurch niedrigere Beweggründe regelmäßig bejaht werden.¹¹¹ Diese Unterschiede erklären sich womöglich dadurch, dass es sich in der Regel um Täter aus fremden Kulturkreisen handelt und die Tat daher als „fremde Tat“ erscheint. Bei den Gerichten könnte dies den notwendigen inneren Abstand schaffen, um bei der Analyse auch sonst ausgeblendete Strukturen miteinzubeziehen.¹¹² Wenn Männer Frauen töten, weil diese nicht mit ihnen zusammen nach ihren Vorstellungen leben wollen, ist dies, unabhängig von der Herkunft des Täters, mit einer freiheitlichen und gleichberechtigten Gesellschaft schlicht unvereinbar und muss zu einer konsistenten Anwendung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe führen.¹¹³

¹⁰¹ Saliger, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 211 Rn. 42.

¹⁰² Vgl. Schneider, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 75.

¹⁰³ Vgl. Schneider, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 75.

¹⁰⁴ Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 (318).

¹⁰⁵ Rissing-van Saan/ Zimmermann, LK-StGB, 13. Aufl. (2023), § 211 Rn. 69.

¹⁰⁶ Schneider, ZPR 2021, 183 (185).

¹⁰⁷ Bock/Steinl, NK 2021, 308 (312).

¹⁰⁸ Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 (325); vgl. auch BGH, NSTZ, 2020, 617.

¹⁰⁹ Lembke, Stellungnahme, S. 64; ausführlich Foljanty/Lembke, KJ 2014, 298 (298 ff.).

¹¹⁰ Steinl/Streuer (Fn. 7).

¹¹¹ Lembke, Stellungnahme, S. 64; vgl. auch BGH, Urt. v. 27.6.2012- 2 StR 103/12.

¹¹² Lembke, Stellungnahme, S. 65.

¹¹³ Lembke, Stellungnahme, S. 65.

(d) Berücksichtigung des Vorverhaltens

Zudem könnte das Verschulden des Täters an der Trennung und damit der tausalösenden Situation mit in die Bewertung, ob ein niedriger Beweggrund vorliegt, einfließen.¹¹⁴ Dies hat auch der 5. Strafsenat des BGH in seinem Beschluss vom 6.12.2022 angedeutet.¹¹⁵ Demnach soll bei der Betrachtung des Tatmotives relevant sein, ob der Täter realistisch auf den Fortbestand der Beziehung zum Opfer vertrauen durfte. Maßstab hierfür soll der Zustand der Beziehung sein.¹¹⁶ Ist diese zerrüttet und haben beide Seiten dazu beigetragen, so stelle die Trennung einen völlig normalen Prozess dar, den der Täter hinnehmen müsse. Wenn er das Opfer nun gleichwohl aus Wut oder Enttäuschung über das Ende der Beziehung tötet, sei sein Tatentschluss sozialetisch inakzeptabel und nicht mehr begreiflich. Dies träfe erst recht zu, wenn er selbst das Scheitern der Beziehung maßgeblich mitbewirkt hat, etwa weil er seine Partnerin fortwährend körperlich misshandelt oder psychisch drangsaliert hat. Erscheint das Scheitern der Beziehung für den Täter jedoch überraschend, weil er die Beziehung in nachvollziehbarer Weise als intakt begriffen hat, und fußt seine Tötung eben auf der daraus resultierenden Wut oder Verzweiflung, so soll kein niedriger Beweggrund gegeben sein.¹¹⁷ In diesem Fall stelle die Tötung eine menschlich begreifliche Spontanreaktion auf erwartungswidrig enttäuschtes Vertrauen in den Fortbestand der Beziehung dar. Begründet wird dies damit, dass der Gedanke des Vorverschuldens auch an anderer Stelle des Gesetzes eine Rolle spiele, nämlich bei der Zumutbarkeit der Gefahrenhinnahme im Falle der eigenen Verursachung in § 35 Abs. 1 S. 2 StGB und bei der Strafzumessungsregel des § 213 Alt. 1 StGB, wonach strafmildernde Umstände in besonderen Affekthandlungen nur anerkannt sind, wenn der Täter schuldlos in diese Lage geraten ist.¹¹⁸

Der Zustand der Beziehung ist jedoch kein sinnvolles Kriterium, anhand dessen die Verantwortlichkeit im Falle der Trennung beurteilt werden soll.¹¹⁹ Zum einen kann im Falle der vollendeten Tötung die Perspektive der trennungswilligen Person nicht mehr mit einfließen. Zum anderen stellt die Trennung ein sozialadäquates Verhalten dar und ist als höchstpersönliche und autonome Entscheidung von der Rechtsordnung, den Beteiligten und der Gesellschaft grundsätzlich hinzunehmen.¹²⁰ Grundbedingung für eine freie Ehe und Beziehung ist die Möglichkeit ihrer Auflösung.¹²¹ Auch eine, dem Gesetz nach, auf Lebenszeit geschlossene Ehe (§ 1353 Abs. 1 S. 1 BGB) kann nach § 1565 Abs. 1 BGB geschieden werden, ohne dass es auf die Frage, wer das Scheitern der Ehe zu verantworten hat, ankommt.¹²² Selbst mit der Annahme, dass die Beziehung oder Ehe auf Lebenszeit fortbesteht, ist damit keine Pflicht zu ihrer Fortsetzung verbunden. Daher lässt sich dem Umstand der Trennung weder ein objektiv pflichtwidriges Verhalten noch die Verletzung einer Obliegenheitspflicht entnehmen. Eine Trennung ist damit in jedem Fall ein „völlig normaler Prozess“ und nicht nur, wenn die Beziehung für beide Seiten erkennbar zerrüttet ist. Das Vorliegen niedriger Beweggründe von einer Verantwortlichkeit für die Trennung abhängig zu machen, birgt vielmehr das Risiko opferbeschuldigender und rollenstereotyper Argumentationsmuster. Daher stellt der Umstand der Trennung keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für die Zuschreibung von Verantwortlichkeit dar.¹²³ Es spielt für die Annahme der niedrigen Beweggründe folglich keine Rolle, ob der Täter den Umstand der Trennung selbst verursacht hat oder nicht.

¹¹⁴ *Rebmann*, ius gender & gewalt 2023, S. 11; ähnlich auch *U. Schneider*, in: Bartsch/Krieg/Schuchmann/u.a., Gender & Crime, S. 21; *BGH*, Beschl. v. 6.12.2022 - 5 StR 479/22, Rn. 3.

¹¹⁵ *BGH*, Beschl. v. 6.12.2022 - 5 StR 479/22, Rn. 3.

¹¹⁶ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 105.

¹¹⁷ Ebd.

¹¹⁸ Ebd.

¹¹⁹ *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (322).

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ *Grünwald* (Fn. 95), S. 248.

¹²² *Grünwald* (Fn. 95), S. 248 f.; vgl. auch *Neumann*, in: BeckOK-BGB, 67. Ed. (Stand: 1.8.2023), § 1565 Rn. 1.

¹²³ *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (319).

(e) Ausstrahlungswirkung von § 46 Abs. 2 StGB

Für die strafrechtliche Bewertung von Femiziden könnte auch der vor kurzem neu gefasste § 46 Abs. 2 StGB herangezogen werden. Insofern stellt sich die Frage, ob die Erweiterung der Strafzumessungsnorm Auswirkungen auf die Auslegung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe hat. § 211 StGB sieht als absolute Strafandrohung die lebenslange Freiheitsstrafe vor, weshalb § 46 StGB grundsätzlich nicht unmittelbar angewandt werden kann.¹²⁴ Zudem dürfen aufgrund des Doppelverwertungsverbots nach § 46 Abs. 3 StGB Umstände, welche die Mordqualifikation begründen, nicht noch schuldsteigernd bewertet werden oder die Annahme von besonderer Schuld schwere rechtfertigen.¹²⁵ Der Änderung des § 46 Abs. 2 StGB könnte jedoch eine die gesamte Strafrechtsordnung umspannende Signalwirkung zukommen.¹²⁶ Feststellungen, dass die Tötung einer Frau von geschlechtsspezifischen Beweggründen im Sinne des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB geleitet war, ließen sich demnach für die Auslegung und Anwendung der niedrigen Beweggründe bei § 211 Abs. 2 StGB und damit für die Einordnung als Totschlag oder Mord heranziehen.¹²⁷ Andererseits könnte die Norm lediglich erlauben geschlechtsspezifisch motivierte Delikte härter zu bestrafen und damit keine Auslegungsregel für andere Straftatbestände darstellen.¹²⁸ Dafür würde sprechen, dass Mordmerkmale als Unrechtsmerkmale gelten, die Strafzumessungsregeln in § 46 Abs. 2 StGB jedoch nicht das Unrecht der Straftat, sondern nur die Strafzumessung betreffen.¹²⁹ Es lässt sich jedoch auch gegenteilig vertreten, dass § 46 Abs. 2 StGB eine allgemeine Werteordnung verkörpert. Dieser scheint daher trotz der im Verhältnis zu § 211 StGB unterschiedlichen dogmatischen Einordnung durchaus geeignet als Ausstrahlungsfaktor zu fungieren und bei der Auslegung der Mordmerkmale berücksichtigt zu werden.¹³⁰ Für diese Ansicht spricht insbesondere, dass in der Gesetzesbegründung zu § 46 Abs. 2 StGB ausdrücklich erwähnt wird, dass die Hervorhebung des Merkmals der geschlechtsspezifischen Beweggründe als Hinweis an die Rechtspraxis zu verstehen ist, eine entsprechende Motivationslage, namentlich bei Straftaten zu Lasten von Frauen und bei Beziehungstaten, stärker zu berücksichtigen.¹³¹ Ferner soll die Rechtspraxis Trennungstötungen, in denen die Tat durch ein patriarchales Herrschafts- und Besitzdenken des Mannes gegenüber seiner trennungswilligen Frau oder Partnerin bestimmt wird, zum Anlass nehmen, das Vorliegen eines niedrigeren Beweggrundes noch ernsthafter als bisher in Erwägung zu ziehen.¹³² Insofern scheint es überzeugend dem § 46 Abs. 2 StGB eine Ausstrahlungswirkung zuzusprechen und die Norm auch bei der Auslegung der Mordmerkmale zu berücksichtigen. Der erweiterte § 46 Abs. 2 StGB stützt damit die Ansicht, bei einer Trennungstötung – bei Vorliegen patriarchalischen Macht- und Besitzdenkens des Täters – niedrige Beweggründe anzunehmen.

(3) Stellungnahme

Femizide, bei denen die Tötungen aus purer Frauenfeindlichkeit oder Ablehnung gegenüber dem weiblichen Geschlecht erfolgen, basieren zweifellos auf einem niedrigen Beweggrund und sind daher ohne Weiteres als Mord

¹²⁴ Fischer, StGB, § 211 StGB Rn. 99 ff.; Celebi, NK 2023, 136 (143).

¹²⁵ Celebi, NK 2023, 136 (143).

¹²⁶ So auch Schneider, ZRP 2021, 183 (186).

¹²⁷ Celebi, NK 2023, 136 (143).

¹²⁸ So auch Frommel, NK 2023, 124 (132).

¹²⁹ Frommel, NK 2023, 124 (132).

¹³⁰ Celebi, NK 2023, 136 (143).

¹³¹ BT-Drs. 20/5913, S. 65.

¹³² BT-Drs. 20/5913, S. 66.

einzuordnen.¹³³ Bei Femiziden in Form von Trennungstötungen verkennt die Rechtsprechung die dahinter liegende patriarchale Besitzkonstruktion und neigt zu täterentlastenden bzw. opferbeschuldigenden Argumentationsmustern.¹³⁴ Hinter den normalpsychologischen Motivlagen des Täters verbirgt sich regelmäßig ein niedriger Beweggrund, denn die Tötung der sich trennenden (Ex-)Partnerin steht im Widerspruch zu konstitutiven gesellschaftlichen Wertentscheidungen und bedeutet eine Negation des persönlichen Eigenwertes der getöteten (Ex-)Partnerin.¹³⁵ Die Tötung infolge einer Trennung stellt damit eine besonders drastische Ausprägung der Vorstellung von einer geschlechtsspezifischen Ungleichwertigkeit dar und steht damit auf sittlich tiefster Stufe.¹³⁶ In subjektiver Hinsicht wird grundsätzlich, wie bei „Ehrenmorden“ auch, davon auszugehen sein, dass der Täter sich der Verwerflichkeit seiner Tat bewusst war.¹³⁷ Diese Wertungen werden durch die Gesetzesänderung zu § 46 Abs. 2 StGB, das Urteil des *BGH* vom 6.12.2022, sowie Art. 46 lit. a IK gestärkt.¹³⁸ Die Feststellung niedriger Beweggründe bedarf dabei jedoch natürlich immer einer dem individuellen Schuldprinzip entspringenden, einzelfallorientierten Gesamtabwägung.¹³⁹ Doch anstatt niedrige Beweggründe abzulehnen, weil das Handeln des Täters Ausdruck von Verzweiflung und Ausweglosigkeit sei, sollte es vielmehr als Ausdruck von Macht- und Besitzansprüchen angesehen und das Vorliegen niedriger Beweggründe bejaht werden.¹⁴⁰

bb) Weiterführende Erwägungen

Wie soeben dargelegt, fallen Femizide nach überzeugender Rechtsauffassung unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Jedoch wird dies von der Rechtsprechung regelmäßig nicht erkannt.¹⁴¹ Das Urteil des *BGH* vom 6.12.2022 gibt zwar Anlass zur Hoffnung auf eine Kehrtwende, allerdings darf die Verbindlichkeit der Entscheidung des 5. *Strafsenates* nicht überschätzt werden.¹⁴² Der 1. *Strafsenat* hat die Entscheidung zwar aufgegriffen, jedoch ohne dabei auf den Trennungsaspekt einzugehen.¹⁴³ Ob eine Änderung der Rechtsprechungspraxis zu Trennungstötungen einsetzt, bleibt abzuwarten.¹⁴⁴ Nach gegenwärtiger Rechtsprechungspraxis werden Femizide jedenfalls nicht konsequent als Mord eingestuft.¹⁴⁵ Eine Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe würde derweil insbesondere Motivlagen erfassen, die dadurch geprägt sind, dass der Täter Frauen nicht dasselbe Selbstbestimmungsrecht zugesteht wie Männern und die ausgeübte Gewalt Ausdruck eines patriarchalen Herrschafts- und Besitzanspruchs gegenüber dem Opfer ist.¹⁴⁶ Um eine konsequentere Bestrafung von Femiziden mit der lebenslangen Freiheitsstrafe und den damit womöglich verbundenen besseren Schutz von Frauen sowie weitergehender Rechtssicherheit zu schaffen, könnte es daher zusätzlich in Betracht zu ziehen sein, die Mordmerkmale des § 211 StGB um geschlechtsspezifische Beweggründe zu erweitern. Dafür könnten insbesondere Aspekte der Generalprävention, eine kriminalpolitische Symbolwirkung sowie die Istanbul-Konvention sprechen.

¹³³ *Schneider*, ZPR, 2021, 183 (183); *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (317).

¹³⁴ *Bock/Steinl*, NK 2021, 308 (311); *Celebi* (Fn. 76).

¹³⁵ *Steinl/Streuer* (Fn. 7); *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (327).

¹³⁶ *Bock/Steinl*, NK 2021, 308 (312).

¹³⁷ *Foljanty/Lembke*, KJ 2014, 298 (300).

¹³⁸ *Bock/Steinl*, NK 2021, 308 (312).

¹³⁹ *Saliger*, in: NK-StGB, § 211 Rn. 32.

¹⁴⁰ *Clemm*, Stellungnahme, BT-Drs.19/23999, Protokoll-Nr. 19/84, S. 37.

¹⁴¹ *Steinl/Streuer* (Fn. 7).

¹⁴² *Rebmann*, ius gender & gewalt 2023, S. 3.

¹⁴³ *BGH*, Urt. v. 25.10.2023 - 1 StR 284/22, Rn. 12.

¹⁴⁴ *Rebmann*, ius gender & gewalt 2023, S. 3.

¹⁴⁵ *Lembke*, Stellungnahme, S.66; *Steinl/Streuer* (Fn. 7).

¹⁴⁶ BT-Drs. 20/5913, S. 64.

(1) Generalprävention

Wie bereits dargelegt, haben Femizide, als Ausdruck struktureller Gewalt gegen Frauen, durchaus eine gesellschaftliche Bedeutung.¹⁴⁷ Hierbei kommt insbesondere ein auf patriarchalen Normen basierendes Besitzdenken von Männern und eine Ungleichwertigkeitsvorstellung der Geschlechter zum Ausdruck. Analog zu der Erweiterung von § 46 Abs. 2 StGB, könnte auch von der Erweiterung der Mordmerkmale eine verstärkte generalpräventive Wirkung ausgehen.¹⁴⁸ Neben der Kernaufgabe des Rechtsgüterschutzes kann es als weiterführende Aufgabe des Strafrechts gesehen werden, für das Gemeinwesen grundlegende Wertungen zu dokumentieren und zu bekräftigen.¹⁴⁹ Hinsichtlich der positiven Generalprävention, also der Stärkung des Vertrauens der Gesellschaft in den Bestand und die Geltungskraft der Rechtsordnung, könnte eine Erweiterung der Mordmerkmale daher die Delegitimierung und Missbilligung von Gewalt gegen Frauen verdeutlichen.¹⁵⁰ Täter, die die Tötung ihrer Partnerin zuvor länger planen, könnten zudem durch eine absolut angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe, welche durch eine Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe eher zu verhängen wäre, abgeschreckt werden.¹⁵¹ Diese abschreckende Wirkung im Sinne einer negativen Generalprävention erscheint jedoch sehr fraglich.¹⁵² Aus kriminologischer Sicht bestehen insbesondere bei der Schwere der abstrakten Strafandrohung Zweifel an der generalpräventiven Wirkung.¹⁵³ Selbst in Ländern, die über einen eigenen Femizid-Straftatbestand verfügen, lässt sich aus der Entwicklung der Fallzahlen zumindest keine abschreckende Wirkung feststellen.¹⁵⁴ Es erschließt sich daher nicht, weshalb eine Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe gegenüber der lebenslangen Strafandrohung bei Annahme von niedrigen Beweggründe einen stärkeren präventiven Abschreckungseffekt zeigen sollte.¹⁵⁵

(2) Symbolwirkung

Dass Femizide bereits nach gegenwärtiger Rechtslage unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe subsumiert und daher als Mord aufgefasst werden können, steht einer Erweiterung der Mordmerkmale nicht zwangsläufig entgegen. Auch vor der Änderung des § 46 Abs. 2 StGB wurde Hass gegen Frauen unter die Formulierung der „sonst menschenverachtenden“ Beweggründe subsumiert und somit bei der Strafzumessung strafscharfend berücksichtigt. Die Ergänzung um geschlechtsspezifische Beweggründe hatte damit lediglich eine klarstellende Wirkung und diente der Verdeutlichung und Bekräftigung der geltenden Rechtslage.¹⁵⁶ Dadurch sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Rechtspraxis diese Fälle defizitär oder jedenfalls uneinheitlich berücksichtigt hat und geschlechtsspezifische Beweggründe selten unter die „menschenverachtenden“ Beweggründe gefasst wurden.¹⁵⁷ Auch die Rechtsprechung zu Trennungstötungen folgt keineswegs einer einheitlichen Linie und subsumiert Femizide nicht eindeutig unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe.¹⁵⁸ Die Argumentation hinter der Erweiterung der Strafzumessungsgründe könnte auf die Erweiterung der Mordmerkmale übertragen

¹⁴⁷ Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 (316).

¹⁴⁸ Celebi, NK 2023, 136 (141).

¹⁴⁹ Celebi, NK 2023, 136 (141); vgl. auch Radtke, MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), Vorb. zu § 38 Rn. 1.

¹⁵⁰ Habermann, NK 2021, 189 (202).

¹⁵¹ Schneider, NStZ 2014, 64 (68).

¹⁵² Habermann, NK 2021, 189 (202).

¹⁵³ Kunz/Singelstein, Kriminologie, 8. Aufl. (2021), § 20 Rn. 12; vgl. auch Dölling, Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts: Befunde einer Metaanalyse, 2006; Thomas, Zur abschreckenden Wirkung von Strafe, 2014.

¹⁵⁴ Carrigan/Dawson, IJ 2020, 1 ff.; Habermann, NK 2021, 189 (202).

¹⁵⁵ Habermann, NK 2021, 189 (202).

¹⁵⁶ BT-Drs. 20/5913, S. 64.

¹⁵⁷ Celebi, NK 2023, 136 (137).

¹⁵⁸ Lembke, Stellungnahme, S. 66.

werden. Durch eine klare Benennung eines geschlechtsspezifischen Mordmerkmals könnte die Einordnungsmöglichkeit eines Femizides als Mord deutlich sichtbarer werden.¹⁵⁹ Dies könnte auch zu einer Sensibilisierung der Polizei und der Staatsanwaltschaften führen, sodass bei den Ermittlungen bereits frühzeitig derartige Motive aufgeklärt und berücksichtigt werden.¹⁶⁰ Darüber hinaus könnte eine Erweiterung der Mordmerkmale die öffentliche und fachliche Diskussion zum Thema Femizide befördern.¹⁶¹

Diesen Ausführungen lässt sich entgegenhalten, dass all ihr argumentatives Potential bereits in der Gesetzesänderung zu § 46 Abs. 2 StGB aufgegriffen und damit im StGB bereits hinreichend berücksichtigt wird.¹⁶² Durch die Erweiterung des § 46 Abs. 2 StGB werden geschlechtsspezifische Beweggründe bei der Strafzumessung von jeglichen Delikten strafscharfend berücksichtigt. Da keine Strafbarkeitslücke besteht, wäre mit einer Erweiterung der Mordmerkmale nur eine symbolische Wirkung verbunden.¹⁶³ Das Strafrecht stellt jedoch das schärfste Steuerungsinstrument des Staates dar.¹⁶⁴ Es darf, als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, nur als letztes Mittel, als *ultima ratio* eingesetzt werden, um besonders sozialschädliches Verhalten zu bestrafen und nicht um kriminalpolitische Symbole zu setzen.¹⁶⁵ Femizide stellen zweifellos ein derart sozialschädliches Verhalten dar, welchem mit dem Strafrecht begegnet werden muss.¹⁶⁶ Allerdings bietet die gegenwärtige Strafrechtsdogmatik ausreichende Möglichkeiten, um den Unrechtsgehalt von Femiziden entsprechend zu bestrafen, indem diese unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe subsumiert und als Mord eingestuft werden können.¹⁶⁷ Eine lediglich klarstellende und symbolische Erweiterung der Mordmerkmale um geschlechtsspezifische Beweggründe ist daher abzulehnen.

(3) Istanbul-Konvention

Ferner könnte auch die Istanbul-Konvention bei der Bewertung eine Rolle spielen. Seit dem 1.2.2018 gilt in Deutschland das „Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“, gemeinhin bekannt als Istanbul-Konvention (IK).¹⁶⁸ Diese Konvention verfolgt das Ziel, Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt zu bekämpfen.¹⁶⁹ In der Präambel wird explizit die strukturelle Dimension dieser Form von Gewalt verdeutlicht, indem betont wird, dass „Gewalt gegen Frauen als geschlechtsspezifische Gewalt strukturellen Charakter hat und einer der entscheidenden sozialen Mechanismen ist, durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen werden“.¹⁷⁰

Vor allem sind in Art. 33 ff. IK Vorgaben für das materielle Strafrecht enthalten, wie beispielsweise die bereits erwähnten Strafschärfungsgründe in Art. 46 IK, aber auch die Verpflichtung einschlägige Straftatbestände mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen zu versehen, die die Schwere der Tat abbilden (Art. 45 IK).¹⁷¹ Deutschland ist damit verpflichtet geschlechtsspezifischer Gewalt stärker entgegen zu wirken.¹⁷² Doch

¹⁵⁹ vgl. Celebi, NK 2023, 136 (138).

¹⁶⁰ Ebd.

¹⁶¹ Kräuer-Stockton, djbZ 2012, 164 (165).

¹⁶² Vgl. BT-Drs. 20/5913, S. 15 ff.; Celebi, NK 2023, 136 (138).

¹⁶³ Habermann, NK 2021, 189 (200).

¹⁶⁴ Ostendorf, izpb 2018, 32 ff.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Leuschner/Rausch, KrimOJ 2022, 20 (26).

¹⁶⁷ Schneider, ZPR, 2021, 183 (184); Steinl/Streuer (Fn. 7).

¹⁶⁸ Gesetz zu dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, BGBl. II, Nr. 17, 2017, S. 1026 ff.

¹⁶⁹ Steinl, ZStW 2021, 819 (820).

¹⁷⁰ Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 (315).

¹⁷¹ Steinl, ZStW 2021, 819 (820).

¹⁷² Schröter, Stellungnahme, BT-Drs.19/23999, Protokoll-Nr. 19/84, S. 14.

selbst die IK enthält keine normativen Vorgaben für die Erweiterung von Mordmerkmalen um geschlechtsspezifische Beweggründe. Den Anforderungen des Art. 46 IK trägt das deutsche Strafrecht hinreichend Rechnung, indem es die Möglichkeit eröffnet, abhängig von den Umständen des Einzelfalles Femizide und insbesondere Trennungstötungen unter das Mordmerkmal der niederen Beweggründe zu subsumieren und somit mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu ahnden.¹⁷³ Es besteht diesbezüglich folglich kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

(4) Allgemeine Problematik des § 211 StGB

Der § 211 StGB ist seit Jahren unter anderem wegen seiner nationalsozialistischen Herkunft, der selektiven Erfassung besonderer Unrechtsgehalte, der Unvereinbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit dem individuellen Schuldprinzip und der ausgeprägten Wertungsoffenheit der Mordmerkmale grundsätzlicher Kritik ausgesetzt.¹⁷⁴ Abseits von grundlegenden Reformforderungen¹⁷⁵ ist es fraglich, ob ein derart umstrittener Tatbestand um singuläre Beweggründe erweitert werden soll, ohne dabei eine ganzheitliche Reform zu verfolgen. Den bestehenden § 211 StGB lediglich um geschlechtsspezifische Beweggründe zu erweitern, würde jedenfalls zu weitergehenden Diskussionen führen, ob nicht auch homophobe, rassistische oder religionsfeindliche Tatmotive als zusätzliche Beispiele für niedrige Beweggründe in das Gesetz aufgenommen werden müssen.¹⁷⁶ Dies würde die ohnehin schwierige dogmatische Lage nur noch verkomplizieren und dem Ziel, eine transparente Strafzumessung bei allen Tötungsdelikten zu schaffen, entgegenlaufen.¹⁷⁷

(5) Sensibilität der Justiz

Das entscheidende Problem besteht nicht darin, dass Femizide nach dem bestehenden § 211 StGB nicht als Mord eingestuft werden können, sondern, dass Gerichte die Vorstellung geschlechterbezogener Ungleichwertigkeit und damit die verwerfliche Gesinnung des Täters nicht erkennen.¹⁷⁸ Ein Grund hierfür könnte sein, dass bei den Ermittlungsbehörden und in der Justiz profundes Wissen über sexualisierte und geschlechtsspezifische Gewalt regelmäßig nicht vorhanden ist.¹⁷⁹ Den Tatrichter:innen wird bei der Bemessung der Strafe ein weiter Spielraum eingeräumt, wobei trotz größter gegenläufiger Bemühungen, die Persönlichkeit und das subjektive Empfinden der Richter:innen, d.h. die eigenen Wertvorstellungen und Überzeugungen, Einfluss auf die Ermittlung des Strafmaßes haben.¹⁸⁰ Damit geschlechtsspezifische Beweggründe besonders berücksichtigt werden können, müssen entsprechende Motive jedoch in erster Linie erkannt und in Betracht gezogen werden.¹⁸¹ Unerlässlich bleibt daher, wie auch in Art. 15 Abs. 1 IK vorgesehen, ein breiteres Fortbildungsangebot und eine verpflichtende Teilnahme von den Angehörigen der Berufsgruppen, die mit den von geschlechtsspezifischer Gewalt Betroffenen in Berührung

¹⁷³ *Schneider*, ZPR, 2021, 183 (184).

¹⁷⁴ *Lembke*, Stellungnahme, S. 58.

¹⁷⁵ Vgl. *Mitsch*, JR 2015, 122 (122 ff.); *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 2a ff; *Frommel*, NK 2023, 124 (124).

¹⁷⁶ *Schneider*, ZPR, 2021, 183 (186).

¹⁷⁷ *Frommel*, NK 2023, 124 (134).

¹⁷⁸ *Steinl/Streuer* (Fn. 7).

¹⁷⁹ *Clemm*, in: von Auer/Micus-Loos/Schäfer/Schrader, S. 158.

¹⁸⁰ *Celebi*, NK 2023, 136 (138); *Habermann*, APuZ 2023, Ausgabe 14, 23 ff.

¹⁸¹ *Clemm*, in: von Auer/Micus-Loos/Schäfer/Schrader, S. 158.

kommen.¹⁸² Inhalte dieser Fortbildungen müssen die Erscheinungsformen, Ursachen und Auswirkungen von geschlechtsspezifischer Gewalt und eine Auseinandersetzung mit Geschlechterstereotypen und Sexualitätsmythen sein.¹⁸³ Ein Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit gemäß Art. 97 Abs. 1 GG ist dadurch wohl nicht zu befürchten, da eine allgemeine Fortbildungspflicht weder in die sachliche noch organisatorische Unabhängigkeit der Richter:innen eingreifen dürfte, sondern ein fundiertes fachliches Wissen die sachliche Unabhängigkeit vielmehr stärken kann.¹⁸⁴

(6) Prävention

Ferner ist zu bedenken, dass die Tötung einer Frau in der Regel einen Endpunkt von Gewalthandlungen darstellt.¹⁸⁵ Eine etwaige Gesetzesänderung könnte daher ohnehin nicht alleiniger Akt von strafrechtlicher Aufarbeitung gegen Femizide sein.¹⁸⁶ Viel wichtiger als die Bestrafung begangener Taten ist ihre Prävention.¹⁸⁷ Neben wirksamen staatlichen Präventionsmaßnahmen braucht es daher dringend eine Bewusstseinsbildung für die Wirkungsmechanismen geschlechtsbezogener Gewalt und eine Bekämpfung sexistischer Diskriminierung und geschlechtsbezogener Rollenbilder und Stereotype in allen gesellschaftlichen Bereichen.¹⁸⁸

(7) Zwischenfazit

Die Argumente für eine Erweiterung der Mordmerkmale lassen sich allesamt entkräften.¹⁸⁹ Eine Erweiterung ist folglich nicht nötig.

Da die Möglichkeit besteht das Unrecht von Femiziden durch § 211 StGB zu erfassen, sollte der Blick auf die bereits gegebenen Bestrafungsmöglichkeiten gerichtet werden und die Justiz für geschlechtsspezifische Beweggründe sensibilisiert werden, anstatt den § 211 StGB um solche zu ergänzen. Darüber hinaus sind wirkungsvolle Präventionsmaßnahmen dringend erforderlich.

IV. Fazit

Abschließend lässt sich sagen, dass Femizide Ausdruck eines patriarchalen Macht- und Besitzdenken von Männern sind, welche glauben, Frauen ihr Recht auf ein selbstbestimmtes Leben abprechen zu können. Diese Taten sind von extremer Sozialschädlichkeit geprägt und stehen nach umfassender Würdigung auf sittlich tiefster Stufe. Femizide können und müssen daher, mit der nötigen Rücksicht auf den individuellen Einzelfall, mit der lebenslangen Freiheitsstrafe und damit der härtesten in unserem Rechtsstaat vorgesehenen Strafe bestraft werden. Die Möglichkeit hierzu bietet § 211 StGB in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung, da sich Femizide unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe subsumieren lassen. Das entscheidende Problem besteht damit nicht in der gegenwärtigen Ausgestaltung des § 211 StGB, sondern darin, dass Gerichte die geschlechtsspezifische Dimension derartiger Taten nicht sehen und hinreichend berücksichtigen. Um diesen defizitären Zustand zu beenden, sollte

¹⁸² *Habermann*, APuZ 2023, Ausgabe 14, 23 ff.; *Celebi*, NK 2023, 136 (138); DJB, Pressemitteilung v. 14.2.2, online abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/pm22-04>

¹⁸³ *Celebi*, NK 2023, 136 (138).

¹⁸⁴ Ebd.

¹⁸⁵ *Schröter*, Stellungnahme, S. 15.

¹⁸⁶ *Celebi*, NK 2023, 136 (136).

¹⁸⁷ *Wersig/Steinl* (Fn. 6).

¹⁸⁸ *Steinl/Streuer* (Fn. 7); Übersicht möglicher Präventionsmaßnahmen siehe Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 19/23999.

¹⁸⁹ Vgl. auch *Habermann*, NK 2021, 189 (200 ff.).

§ 211 StGB jedoch nicht um geschlechtsspezifische Beweggründe erweitert, sondern die Justiz vielmehr für ebendiese Beweggründe sensibilisiert werden. Eine Sensibilisierung der Justiz könnte auch gerade durch die Erweiterung der Mordmerkmale herbeigeführt werden. Mit Blick auf den *ultima-ratio*-Grundsatz sind jedoch mildere Maßnahmen, wie die verpflichtende Teilnahme an Fortbildungen, ersichtlich, welche das Ziel in ebenso wirksamer, wenn nicht sogar wirksameren, Weise fördern. Es ist davon auszugehen, dass eine Änderung der Rechtsprechungspraxis möglich wäre, wenn sich die Strafjustiz eingehend mit der Problematik der Femizide auseinandersetzt. Die gesetzgeberische Entscheidung, die Strafschärfungsgründe in § 46 Abs. 2 StGB um geschlechtsspezifische Beweggründe zu erweitern, wird vor dem Hintergrund geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen begrüßt.¹⁹⁰ Hierdurch werden geschlechtsspezifische Beweggründe über das gesamte Strafrecht hinweg strafscharfend berücksichtigt. Die Gerichte sind hierdurch auch dazu angehalten bei Femiziden das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe stärker in Erwägung zu ziehen als bisher. Wie damit in Zukunft umgegangen wird, bleibt abzuwarten. Ebenso muss die Entwicklung der Rechtsprechung nach dem Urteil des 5. Strafsenates vom 6.12.22 abgewartet werden. Weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht gegenwärtig jedenfalls nicht. Neben rechtlichen Maßnahmen ist ein großer Schwerpunkt auf ein breites Hilfsangebot für von Gewalt betroffene Frauen zu richten und Ressourcen für wirksame Präventionsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Am Ende muss ein gesellschaftlicher Wandel stattfinden, indem sexistische Diskriminierung bekämpft und patriarchales Denken zurückgedrängt wird.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹⁹⁰ So auch *Celebi*, NK 2023, 136 (136); djb Pressemitteilung v. 22.6.2023; kritisch *Kudlich/Göken*, ZRP 2022, 177 (179).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Vera Berger

**„Die Neuregelung der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des
rechtskräftig Freigesprochenen gem. § 362 Nr. 5 StPO“**

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 27.11.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	71
II. Überblick über den Regelungsinhalt des § 362 Nr. 5 StPO	71
III. Bedenken hinsichtlich der strafprozessualen Handhabung	72
1. Neue Tatsachen und Beweismittel	72
2. Dringende Gründe für die Verurteilung	73
3. Rechtsfolge des § 362 Nr. 5 StPO	74
IV. Verfassungsrechtliche Bedenken	75
1. Art. 103 Abs. 3 GG	75
a) Generelle Erweiterungsmöglichkeit des § 362 StPO	75
aa) Die Reichweite des Art. 103 Abs. 3 GG	75
bb) Zur Einschränkung des Mehrfachverfolgungsverbots	76
(1) Die Verfassungskonformität des § 362 Nr. 1 – 4 StPO	77
(2) Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG	78
cc) Zwischenergebnis	81
b) Die Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO als verfassungsrechtliche Abwägungsentscheidung	81
aa) Das „Unerträglichkeits-Argument“	81
bb) Das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung	82
cc) Rechtsfrieden versus Vorverurteilung	83
dd) Die Belange der Angehörigen	84
ee) Das System der Wiederaufnahmegründe in malam partem	85
c) Zwischenergebnis	87
2. Art. 3 I GG	88
a) Deliktdifferenzierung	88
b) Differenzierung nach Art der Vorentscheidung	88
c) Zwischenergebnis	89
3. Ergebnis	89
V. Schlussbetrachtung	89

I. Einleitung

Kaum ein neues Gesetz hat in den letzten Jahren so viel Aufsehen erregt wie der am 30.12.2021 neu in Kraft getretene¹ § 362 Nr. 5 StPO. Die Neuregelung erlaubt die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des rechtskräftig Freigesprochenen, wenn nachträglich neue, den Freigesprochenen schwer belastende Beweismittel beigebracht werden.

Anlass für die Erweiterung der bisher geltenden Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO war nicht zuletzt die öffentlich geführte Debatte um den Mord an *Frederike von Möhlmann*.² 1981 wurde das damals 17-jährige Mädchen vergewaltigt und ermordet, der Angeklagte wurde aus Mangel an Beweisen rechtskräftig freigesprochen. Später tauchen mittels der inzwischen aufgrund technischer Neuerungen möglich gewordener DNA-Analyse neue Beweise für seine Schuld auf, eine Wiederaufnahme zulasten des Freigesprochenen war dennoch aufgrund der im Jahr 2012 geltenden Rechtslage nicht möglich. *Hans von Möhlmann*, der Vater der Ermordeten, startete daher 2015 eine Petition für Erweiterung der Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO, welche mehr als 180.000 Unterschriften erhielt³ und in der Bevölkerung Unverständnis für das bestehende Wiederaufnahmerecht aufkommen ließ⁴.

Die rechtspolitische Diskussion um die Erweiterung des Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Freigesprochenen ist dennoch keineswegs neu, Reformbestrebungen wurden bereits seit knapp drei Jahrzehnten immer wieder in den Bundestag eingebracht⁵ und sorgen seitdem für hitzige Debatten. Mit der stark kritisierten Einführung des § 362 Nr. 5 StPO erreichten diese ihren Höhepunkt. Während der Gesetzgeber die Neuregelung für erforderlich hält, um „unerträglichen Gerechtigkeitsverstößen“⁶ zu begegnen, bezeichnen Kritiker das neue Gesetz als „Operation am offenen Herzen des Grundsatzes von ne bis in idem“,⁷ sowie als „Angriff des Gesetzgebers auf die Rechtssicherheit als tragenden Pfeiler des Gebäudes des Strafprozessrechts“⁸.

In seiner Entscheidung vom 31.10.2023 hat das *BVerfG* sich auf die Seite der Kritiker gestellt und § 362 Nr. 5 StPO für verfassungswidrig erklärt.⁹ Ob die Debatte um die Erweiterung der Wiederaufnahme *in malam partem* damit zu einem Ende kommt, bleibt abzuwarten.

II. Überblick über den Regelungsinhalt des § 362 Nr. 5 StPO

§ 362 Nr. 5 StPO ist auf freisprechende Urteile beschränkt, eine zu milde Verurteilung rechtfertigt hingegen nicht die Wiederaufnahme des Strafverfahrens.¹⁰ Voraussetzung für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO ist die Beibringung neuer Tatsachen und Beweismittel, sog. *Nova*. Anders als die früheren Reformbestrebungen, welche nur neue, wissenschaftlich anerkannte technische Untersuchungsmethoden zulassen wollten,¹¹ nimmt die Neuregelung keine Beschränkung hinsichtlich der Art der neuen Beweismittel vor. Allerdings müssen sie entweder allein oder in Verbindung mit alten Beweismitteln dringende Gründe dafür bilden, dass der Freigesprochene verurteilt

¹ BGBl. I 2021, S. 5252 f.

² BT-Drs. 19/30399, S. 10.

³ *Bauer*, Trotz Freispruchs wieder vor Gericht?, Tagesschau v. 24.5.2023, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/bundesverfassungsgericht-verurteilung-100.html> (zuletzt abgerufen am 23.11.2023); siehe auch: BT-Drs. 19/30399, S. 10.

⁴ Vgl. „Ich bin nur ein Einzelfall“, *Der Spiegel*, 20.09.2016, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/mordfall-frederike-von-moehlmann-petition-laeuft-ins-leere-a-1113107.html> (zuletzt abgerufen am 23.11.2023).

⁵ BR-Drs. 655/07; BT-Drs. 12/6219.

⁶ BT-Drs. 19/30399 S. 2.

⁷ *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253).

⁸ *Scherzberg/Thieé*, ZRP 2008, 80 (80).

⁹ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 78.

¹⁰ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

¹¹ BR-Drs. 655/07, S. 7; BT-Drs. 16/7957, S. 5.

wird. Der Begriff der „dringenden Gründe“ ist gleich dem des dringenden Tatverdachts i.S.d §§ 112, 112a StPO zu verstehen.¹² Zulässige neue Tatsachen oder Beweismittel sind mithin nur solche, mittels derer sich aufgrund einer Prognoseentscheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Freigesprochenen nachweisen lässt.¹³ Schließlich ist der Anwendungsbereich des § 362 Nr. 5 StPO auf die schwersten Straftatbestände beschränkt.¹⁴ Das Verfahren kann nur dann wiederaufgenommen werden, wenn die Verurteilung des Freigesprochenen wegen Mordes, Völkermordes, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder wegen Kriegsverbrechen gegen eine Person hoch wahrscheinlich ist. Die Verurteilung muss zudem wegen vollendeter, täterschaftlicher Begehung eines dieser Verbrechen in Aussicht stehen, die versuchte Tatbegehung und die Beteiligung werden nicht erfasst.¹⁵

III. Bedenken hinsichtlich der strafprozessualen Handhabung

1. Neue Tatsachen und Beweismittel

Wann Tatsachen und Beweismittel neu sind, regelt § 362 Nr. 5 StPO nicht selbst. Stattdessen soll auf die dem § 359 Nr. 5 StPO zugrundeliegende Definition der Neuheit abgestellt werden.¹⁶

Neu i.S.d. § 359 Nr. 5 StPO sind Tatsachen und Beweise dann, wenn sie vom erkennenden Gericht in der Urteilsfindung nicht berücksichtigt wurden, unabhängig davon, ob das Gericht sie hätte berücksichtigen können oder nicht.¹⁷ Dabei ist es unerheblich, aus welchem Grund das erkennende Gericht diese Tatsachen oder Beweismittel nicht berücksichtigt hat.¹⁸ Demnach sind sogar solche Beweismittel neu, deren Einführung in das erste Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht schuldhaft versäumt wurde,¹⁹ sowie solche, die in der Hauptverhandlung erörtert, der Entscheidung aber unter Verstoß gegen § 261 StPO nicht zugrunde gelegt wurden.²⁰ § 359 Nr. 5 StPO stellt damit zu Recht geringe Anforderungen an die Neuheit und dient den Interessen des Verurteilten, die Wiederaufnahme zu seinen Gunsten zu ermöglichen und in der erneuten Hauptverhandlung möglichst alle ihn entlastenden neuen Beweismittel einbringen zu können.²¹

Bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen ist die Situation jedoch eine andere. Aufgrund der erheblichen Belastungen,²² welchen der Betroffene im erneuten Strafverfahren ausgesetzt ist, bedarf die Wiederaufnahme *in malam partem* einer restriktiven Handhabung.²³ Die Wiederaufnahmevoraussetzungen sind hier grundsätzlich einschränkend auszulegen.²⁴ Von den Strafverfolgungsbehörden kann erwartet werden, die Beweisermittlung im ersten Verfahren ausreichend sorgfältig zu führen. Das Risiko einer nicht ausreichend ermittelten Beweislage sowie das Versäumnis, bestimmte Beweismittel in die Hauptverhandlung einzuführen, darf nicht

¹² BT-Drs. 19/30399, S. 10.

¹³ Vgl. *Kubicziel*, Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21.7.2021, S. 7, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/848496/3362d92456bdd71df6ac854de90f3796/stellungnahme-kubicziel.pdf> (zuletzt aufgerufen am 16.2.2024); vgl. *Singelnstein*, NJW 2022, 1058 (1059).

¹⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 6.

¹⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.

¹⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

¹⁷ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 359 Rn. 30, 33; *Singelnstein*, in: BeckOK-StPO, 49. Ed. (Stand: 1.10.2023), § 359 Rn. 24 ff.

¹⁸ *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 362 Rn. 19, § 359 Rn. 24.

¹⁹ *Schuster*, in: LR-StPO, Bd. 9/11, 27. Aufl. (2022), § 362 Rn. 27.

²⁰ *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 19, § 359 Rn. 24.

²¹ *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (148).

²² *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 69; siehe auch *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (140) mit einer ausführlichen Darstellung der Belastungen des Betroffenen.

²³ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 84; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

²⁴ *Schuster*, in: LR-StPO, Vorb. § 359 Rn. 28.

dem Angeklagten aufgebürdet werden.²⁵ § 362 Nr. 5 StPO erfordert daher eine Beschränkung auf Tatsachen und Beweismittel, die nicht Gegenstand der ersten Hauptverhandlung waren, dem Gericht also gänzlich unbekannt sind und die es auch nicht hätte kennen müssen.²⁶

2. Dringende Gründe für die Verurteilung

Die restriktive Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO wird auch durch die hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit gewährleistet.²⁷ Indem dem Freigesprochenen die Belastungen des erneuten Strafprozesses nur dann zugemutet werden dürfen, wenn das erneute Verfahren sicher zu seiner Verurteilung führen wird, soll die Verhältnismäßigkeit der Neuregelung abgesichert werden.²⁸

Problematisch ist allerdings, inwieweit ein solcher Schuldnachweis tatsächlich in der Praxis erbracht werden kann.²⁹ In der Gesetzesbegründung wird deutlich, dass der Gesetzgeber vor allem auf die forensische Analyse von DNA-Material als neues Beweismittel abstellt.³⁰ Dieser Überlegung liegt allerdings eine Fehleinschätzung des Beweiswerts einer DNA-Spur zugrunde. Zwar darf das Tatgericht aufgrund des Ergebnisses einer DNA-Analyse davon überzeugt sein, dass die gesicherte DNA-Spur vom Angeklagten stammt.³¹ Das forensische Ergebnis trifft allerdings keine Aussage darüber, wie die am Tatort, Tatopfer oder an Tatgegenständen aufgefundene DNA-Spur des Angeklagten dorthin gelangt ist.³² So können beispielsweise an der Kleidung oder am Körper des Opfers sichergestellte Spermaspuren belegen, dass es zum Geschlechtsverkehr zwischen dem Täter und dem Opfer gekommen ist. Sie können jedoch nicht nachweisen, ob dies einvernehmlich oder gegen den Willen des Opfers geschehen ist und können erst recht nicht die Tötung des Opfers durch den Angeklagten beweisen.³³ Zudem sind Fehler bei der DNA-Analyse nicht auszuschließen,³⁴ beispielsweise durch eine Verunreinigung des Tatorts oder die bewusste nachträgliche Manipulation der DNA-Spur.³⁵ Das Ergebnis der DNA-Analyse kann zwar ein bedeutsames Indiz für die Täterschaft sein, ein hoher Beweiswert kommt ihr jedoch nicht zu.³⁶ Der BGH hat deswegen ausdrücklich klargestellt, dass das Tatgericht auch im Fall eines positiven DNA-Ergebnisses auf Grundlage der Gesamtwürdigung aller Beweisumstände zu entscheiden hat.³⁷ Die Verurteilung des Angeklagten ausschließlich auf Grund des Ergebnisses der DNA-Analyse ist rechtsfehlerhaft.³⁸

Auch andere neu beigebrachte Tatsachen und Beweismittel können nur schwer die hohe strafrechtliche Verantwortung des Freigesprochenen zuverlässig begründen. Man denke etwa an einen erst Jahre später aussagenden Belastungszeugen, dessen Erinnerungsfähigkeit stetig nachlässt und mit ihr auch die Beweismittelqualität seiner Aussage.³⁹

Probleme ergeben sich auch daraus, dass § 362 Nr. 5 StPO die neuen Beweismittel nicht nur in Verbindung mit

²⁵ Vgl. *Schuster*, in: LR-StPO, Vorb. § 359 Rn. 1.

²⁶ *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1161).

²⁷ BT-Drs. 19/30399 S. 6, 10; *Kubiciel*, Stellungnahme, S. 7.

²⁸ *Gärditz*, Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21.7.2021, S. 6, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/848600/9936b15d9f8bb01892ff71409db0b46b/stellungnahme-gaerditz.pdf> (zuletzt aufgerufen am 16.2.2024); *Kubiciel*, Stellungnahme, S. 7; *Letzgas*, NStZ 2020, 717 (719).

²⁹ *Singelstein*, in: BeckOK-StPO, § 362 Rn. 10c; vgl. auch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253).

³⁰ BT-Drs. 19/30399, S. 1, 2, 9, 10.

³¹ *BGH*, NJW 2009, 1159.

³² *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 213 f.; *Pabst*, ZIS 2010, 126 (129).

³³ *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (152).

³⁴ *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Pabst*, ZIS 2010, 126 (129); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (152).

³⁵ *Bohn* (Fn. 32), S. 214.

³⁶ *BGH*, NStZ 1992, 554 (554); *BGH*, NStZ 1994, 554 (555).

³⁷ *BGH*, NStZ 1992, 554 (554); *BGH*, NStZ 1994, 554 (555).

³⁸ *BGH*, NStZ 1992, 554 (554).

³⁹ *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (147).

alten Beweismitteln, sondern auch allein ausreichen lässt, um die hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit des Freigesprochenen zu prognostizieren. Die isolierte Würdigung der DNA-Analyse steht im Widerspruch zur ausdrücklichen höchstrichterlichen Rechtsprechung und tritt in ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO.⁴⁰ Da § 362 Nr. 5 StPO die Wiederaufnahme nur bei hoher Verurteilungswahrscheinlichkeit wegen Mordes erlaubt, muss bereits für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme feststehen, ob es sich bei der dem Freigesprochenen zur Last gelegten Tat um Mord oder Totschlag handelt. Ein einzelnes Beweismittel ist jedoch oft nicht ausreichend, um Mordmerkmale nachzuweisen und Mord von Totschlag abzugrenzen. Das Vorliegen etwaiger Mordmerkmale hängt maßgeblich von der Art und Weise der Tatbegehung sowie den inneren Vorstellungen und Motiven des Täters ab.⁴¹ Hierüber kann die DNA-Analyse jedoch keinerlei Auskunft geben.⁴² Auch der nachträgliche Fund der Leiche oder der Tatwaffe können dies nicht. Schließlich kann auch ein Zeuge nur begrenzt zuverlässige Aussagen hinsichtlich der inneren Vorstellungen und Beweggründe des Täters machen. Hinzu kommt, dass die Zeugenaussage subjektiven Unsicherheitsfaktoren wie der individuellen Wahrnehmungsfähigkeit sowie möglichen bewussten oder unbewussten Motiven des Zeugen unterworfen ist.⁴³ Eine Situation, in der ein einzelnes, neu beigebrachtes Beweismittel eine andere rechtliche Bewertung des Sachverhalts zulässt als die dem Freispruch zugrunde liegende Beweiswürdigung und darüber hinaus die hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit wegen Mordes oder eines Verbrechens nach dem Völkerstrafgesetzbuch begründet, dürfte in der Praxis recht selten vorkommen.⁴⁴ Mithin geht Gärditz zu Recht davon aus, dass die neuen Beweismittel nur in extrem seltenen Ausnahmefällen tatsächlich die Wiederaufnahme des Verfahrens ermöglichen können.⁴⁵ § 362 Nr. 5 StPO kommt daher mehr Symbolcharakter als praktischer Nutzen zu.

3. Rechtsfolge des § 362 Nr. 5 StPO

§ 362 Nr. 5 StPO verlangt zwar die Verurteilungswahrscheinlichkeit wegen Mordes oder einer der ausgewählten Straftaten des Völkerstrafgesetzbuches, beschränkt die Entscheidungsmöglichkeit des Gerichts in der zweiten Hauptverhandlung allerdings nicht auf diese Straftatbestände. Infolgedessen greift § 373 Abs. 1 StPO, wonach das erkennende Gericht nicht an die Gründe des Wiederaufnahmebeschlusses gebunden ist.⁴⁶ Mithin kann der Freigesprochene auch aus anderen Straftatbeständen als den von § 362 Nr. 5 StPO erfassten schwersten Verbrechen verurteilt werden,⁴⁷ insbesondere auch wegen solcher Straftaten, wegen derer einer Wiederaufnahme gar nicht möglich ist.⁴⁸ Wenn dem Freigesprochenen die im Wiederaufnahmeverfahren angenommenen Mordmerkmale in der erneuten Hauptverhandlung nicht ausreichend sicher nachgewiesen werden können, die schuldhafte Tatbegehung eines Totschlages oder eines Raubes mit Todesfolge allerdings schon, so kann ihn das Gericht nach § 212 oder § 251 StGB verurteilen.⁴⁹ Dies ist deswegen problematisch, weil diese Straftaten vom Gesetzgeber als nicht ausreichend schwer erachtet werden, um die Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechtfertigen.⁵⁰ Den Freigesprochenen dennoch wegen solcher Straftaten zu verurteilen, führt zu einem Wertungswiderspruch. Um zu verhindern,

⁴⁰ Pabst, ZIS 2010, 126 (129); Scherzberg/Thiéé, ZRP 2008, 80 (82).

⁴¹ Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (194).

⁴² Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (194); Pabst, ZIS 2010, 126 (130); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (152); Singelstein, NJW 2022, 1058 (1060).

⁴³ Miebach, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 261 Rn. 218.

⁴⁴ Singelstein, NJW 2022, 1058 (1060).

⁴⁵ Gärditz, Stellungnahme, S. 6.

⁴⁶ Gärditz, Stellungnahme, S. 2.

⁴⁷ Gärditz, Stellungnahme, S. 2; Pabst, ZIS 2010, 126 (130).

⁴⁸ Hoven, JZ 2021, 1154 (1162).

⁴⁹ Gärditz, Stellungnahme, S. 2; Hoven, JZ 2021, 1154 (1162).

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 6.

dass, wie Eichhorn fürchtet, der „Beliebigkeit Tür und Tor geöffnet“⁵¹ wird, muss die Verurteilungsmöglichkeit in der erneuten Hauptverhandlung auf die Katalogtaten des § 362 Nr. 5 StPO beschränkt werden.⁵²

IV. Verfassungsrechtliche Bedenken

1. Art. 103 Abs. 3 GG

a) Generelle Erweiterungsmöglichkeit des § 362 StPO

Zweck der Wiederaufnahme von Strafverfahren ist die Beseitigung gerichtlicher Fehlentscheidungen,⁵³ bei welchen das Aufrechterhalten der Rechtskraft aus Gründen der Gerechtigkeit als unerträglich empfunden wird.⁵⁴ Die materielle Gerechtigkeit befindet sich in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit, in welchem sie ihr antinomisch gegenübersteht.⁵⁵ Das Wiederaufnahmerecht dient der Lösung dieses Konflikts,⁵⁶ indem zugunsten der materiellen Gerechtigkeit die Durchbrechung der Rechtskraft ermöglicht wird.⁵⁷ Im Interesse der Rechtssicherheit ist dies allerdings nur in engen Grenzen zulässig.⁵⁸ Fraglich ist daher, ob die Erweiterung des § 362 StPO überhaupt zulässig ist oder ob die bisher geltenden Wiederaufnahmegründe abschließend sind.⁵⁹ Der generellen Erweiterungsbefugnis des Gesetzgebers könnte Art. 103 Abs. 3 GG entgegenstehen, der das Vertrauen in den rechtskräftigen Bestand von Strafurteilen und somit die Rechtssicherheit des Einzelnen schützt.⁶⁰

aa) Die Reichweite des Art. 103 Abs. 3 GG

Das grundrechtsgleiche Recht⁶¹ des Art. 103 Abs. 3 verbietet die mehrfache Bestrafung wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze und verleiht dem Grundsatz „*ne bis in idem*“ Verfassungsrang. Seinem Wortlaut nach garantiert Art. 103 Abs. 3 GG lediglich das Verbot doppelter Bestrafung. Die Wiederaufnahme *in malam partem* ist nur dann ein Eingriff in das Doppelbestrafungsverbot, wenn der Betroffene im ersten Verfahren rechtskräftig verurteilt wurde. Im Fall eines Freispruchs würde jedoch erst das wiederaufgenommene Verfahren zur erstmaligen Verurteilung und Bestrafung des zuvor Freigesprochenen führen können. Das Doppelbestrafungsverbot ist bei der Wiederaufnahme nach einem Freispruch mithin nicht berührt.⁶²

Allerdings verbietet Art. 103 Abs. 3 GG nach ganz herrschender Meinung über seinen Wortlaut hinaus bereits die

⁵¹ Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (363).

⁵² Pabst, ZIS 2010, 126 (130); Singelstein, in: BeckOK-StPO, § 362 Rn. 10e.

⁵³ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Vorb. § 359 Rn. 1; Temming, in: HK-StPO, 7. Aufl. (2023), Vorb. §§ 359 ff. Rn. 1; Tiemann, in: KK-StPO, Vorb. § 359 Rn. 1.

⁵⁴ Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, Band 3/1, 2019, Vorb. § 359 Rn. 3; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. (2020), Art. 103 Rn. 106; Tiemann, in: KK-StPO, Vorb. § 359 StPO Rn. 1.

⁵⁵ Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, Vorb. § 359 Rn. 1; Grübl, ZJS 2022, 1 (1); Ruhs, ZRP 2021, 88 (88).

⁵⁶ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Vorb. v. § 359 Rn. 1.

⁵⁷ Vgl. Temming, in: HK-StPO, Vorb. §§ 359 ff. Rn. 1.

⁵⁸ Tiemann, in: KK-StPO, Vorb. §§ 359 Rn. 5.

⁵⁹ Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, Vorb. § 359 Rn. 1.

⁶⁰ Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (252).

⁶¹ Kment, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 95.

⁶² Hoven, JZ 2021, 1154 (1157); Letzgas, NSStZ 2020, 717 (719).

erneute Strafverfolgung wegen derselben rechtskräftig abgeurteilten Tat.⁶³ Bereits die Entstehungsgeschichte der Norm legt die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Mehrfachverfolgungsverbots nahe, da der Grundsatz *ne bis in idem* als Reaktion auf die grobe Missachtung dieses Rechtsprinzips während des Nationalsozialismus in das Grundgesetz aufgenommen wurde.⁶⁴ Die Willkürherrschaft der Nationalsozialisten war durch die „uferlose Durchbrechung des Prinzips der Rechtskraft“⁶⁵ gekennzeichnet, welche sich nicht nur gegen als zu mild empfundene Bestrafungen, sondern gerade auch gegen ausgebliebene Sanktionierung und damit gegen Freisprüche richtete.⁶⁶ Nach dem Wertekanon des Grundgesetzes, ist die Verfassung als Gegenentwurf zum Nationalsozialismus zu werten.⁶⁷ Telos des Art. 103 Abs. 3 GG ist es daher, einen erneuten Missbrauch des Wiederaufnahmeverfahrens zu verhindern, weshalb bereits die wiederholte Strafverfolgung vom Schutzbereich umfasst sein muss.⁶⁸ Sinn und Zweck der Norm ist auch, den Einzelnen bereits vor den erheblichen Belastungen und Grundrechtseingriffen zu schützen, welchen er im Strafprozess ausgesetzt ist.⁶⁹ Indem Art. 103 Abs. 3 GG auch die neuerliche Strafverfolgung wegen derselben Tat verbietet, soll gewährleistet werden, dass der Einzelne sich diesen Belastungen nicht mehrmals zu stellen hat.⁷⁰ Mithin garantiert Art. 103 Abs. 3 GG auch das Verbot der wiederholten Verfolgung und steht der Rechtskraftdurchbrechung einer Verurteilung wie auch eines Freispruchs entgegen.

bb) Zur Einschränkung des Mehrfachverfolgungsverbots

Die Frage, ob dem Gesetzgeber die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe *in malam partem* generell erlaubt ist, hängt maßgeblich davon ab, ob Eingriffe in das Mehrfachverfolgungsverbot zulässig sind.

Indem § 362 StPO die Rechtskraft des ersten Urteils durchbricht und die erneute Strafverfolgung erlaubt, greift die Vorschrift in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG ein. Art. 103 Abs. 3 GG steht unter keinem Gesetzesvorbehalt, eine zulässige Beschränkung des grundrechtsgleichen Rechts kann sich daher nur aus kollidierendem Verfassungsrecht ergeben.⁷¹ Als entgegenstehende Verfassungsgüter wären der staatliche Strafanspruch, insbesondere aber die materielle Gerechtigkeit in die Abwägung einzustellen.⁷² Besteht wie vorliegend ein Konflikt zwischen den rechtstaatlichen Prinzipien der materiellen Gerechtigkeit und der durch die Rechtskraft gewährleisteten Rechtssicherheit, überlässt es das *BVerfG* grundsätzlich dem Gesetzgeber, die beiden Verfassungsgüter gegeneinander abzuwägen und ihr Rangverhältnis festzulegen.⁷³ In seiner jüngsten Entscheidung betont das *BVerfG* jedoch, das Grundgesetz habe das Rangverhältnis bereits selbst festgelegt, indem Art. 103 Abs. 3 GG die erneute

⁶³ *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252); *Brade*, ZIS 2021, 362 (362); BRAK, Stellungnahme zu § 362 Nr. 5 StPO, Mär 2022, S. 8, online abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2022/stellungnahme-der-brak-2022-14.pdf (zuletzt abgerufen am 20.2.2024); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 55; BVerfGE 12, 62 (66); *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 79; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358); *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, Vorb. § 359 Rn. 3; *Gärditz*, Stellungnahme, S. 2; *Grübl*, ZJS 2022, 1 (5); *Grünwald*, ZStW 2008, 545 (566); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 103; *Leitmeier*, StV 2021, 341 (342); *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (191); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (140); *Radtke*, in: BeckOK-GG, 56. Ed. (Stand: 15.8.2023), Art. 103 Rn. 45; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bd. 6, 101. EL (Stand: Mai 2023), Art. 103 Abs. 3 Rn. 61; *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (89); *Scherzberg/Thieé*, ZRP 2008, 80 (81); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 362 Rn. 17; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 25; *Schuster*, in: LR-StPO, Bd. 9/1, 27. Aufl. (2022), § 362 Rn. 1; *Slognsat*, ZStW 2021, 133(3), 741 (760); *Temming*, in: HK-StPO, § 362 Rn. 1; a.A. *Letzgas*, NStZ 2020, 717 (718 f.); vgl. auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1156 f.), die das Verbot der Mehrfachverfolgung nicht in Art. 103 Abs. 3 GG verortet, sondern als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ansieht.

⁶⁴ *Brade*, ZIS 2021, 362 (362); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 55; BVerfGE 12, 62 (66); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (142); *Radtke*, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 45; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61.

⁶⁵ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 64.

⁶⁶ *Brade*, ZIS 2021, 362 (362); *Grübl*, ZJS 2022, 1 (4); *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (190 f.).

⁶⁷ *Bohn*, S. 61.

⁶⁸ Vgl. *Bohn*, S. 60.

⁶⁹ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 69; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (140); *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 40.

⁷⁰ *Leitmeier*, StV 2021, 341 (342).

⁷¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 35.

⁷² Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 6; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (89).

⁷³ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 78; BVerfGE 15, 313 = NJW 1963, 851 (851).

Bestrafung sowie erneute Verfolgung wegen derselben Tat verbietet.⁷⁴ Der Rechtssicherheit komme daher im Bereich strafgerichtlicher Urteile absoluter Vorrang vor der materiellen Gerechtigkeit zu. Eine Abwägung der beiden Prinzipien sei somit ausgeschlossen und ein Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG nicht zu rechtfertigen.⁷⁵

(1) Die Verfassungskonformität des § 362 Nr. 1 – 4 StPO

Wenn Art. 103 Abs. 3 GG absolut gilt, kann die Wiederaufnahme *in malam partem* nicht zulässig sein.⁷⁶ Jedoch erlaubt § 362 Nr. 1 – 4 StPO die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Betroffenen, mithin die erneute Strafverfolgung und in den Fällen des § 362 Nr. 1 – 3 StPO sogar die erneute Verurteilung. Fraglich ist daher, wie die bestehenden Wiederaufnahmegründe mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar sein können.

Nach Ansicht des *BVerfG* stellt sich diese Frage gar nicht erst, weil die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 1 – 4 StPO kein Eingriff in das Mehrfachverfolgungsverbot sei.⁷⁷ Das Gericht führt hierzu an, die Norm bezwecke nicht primär die Änderung des materiellen Entscheidungsgehalts und mithin nicht die erneute Verfolgung oder Bestrafung des Betroffenen.⁷⁸ Die Wiederaufnahmegründe nach § 362 Nr. 1 – 3 StPO setzen das Bestehen einer anderen Straftat voraus, aufgrund derer das erste Strafverfahren mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet ist und die Anforderungen an ein justizförmiges, rechtsgeleitetes Verfahren verfehlt.⁷⁹ Vorrangiges Ziel von § 362 Nr. 1 – 3 StPO sei daher die Wiederholung des ersten fehlerbehafteten Verfahrens zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Strafprozesses, nicht aber die Aufhebung des rechtskräftigen Urteils sowie die erneute Verfolgung des Betroffenen.⁸⁰ Auch § 362 Nr. 4 StPO, der die Wiederaufnahme bei einem Geständnis des Freigesprochenen erlaubt, sei kein Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG, da die Wiederaufnahme hier zum Schutz der Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens erfolge. Es solle verhindert werden, dass der Freigesprochene sich durch eine nachträgliche Bekennung zur Täterschaft mit der Tat rühme und so das Vertrauen der Bevölkerung in die Autorität und die Effektivität der Strafrechtspflege gefährde. Die Änderung des Freispruchs und damit einhergehend die erneute Strafverfolgung sei hingegen auch hier nicht das eigentliche Ziel der Wiederaufnahme.⁸¹

Die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe *in malam partem* ist dem Gesetzgeber nach Ansicht des *BVerfG* nicht generell versagt.⁸² Allerdings seien nur solche Neuregelungen zulässig, die - wie auch § 362 Nr. 1 – 4 StPO - nicht darauf abzielen, ein bereits ergangenes Urteil zu korrigieren, um eine gerechtere Entscheidung zu ermöglichen.⁸³

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Das *BVerfG* verkennt, dass die Wiederaufnahmemöglichkeit trotz Mangelhaftigkeit des ersten Verfahrens nach § 370 Abs. 1 Alt. 2 StPO ausgeschlossen ist, wenn feststeht, dass die andere Straftat keinen Einfluss auf das Urteil hatte.⁸⁴ Dies bedeutet, dass ein schwerwiegender Verfahrensmangel als solcher hinnehmbar ist und nicht automatisch die Wiederholung des mangelbehafteten Verfahrens begründet. Ein auf diesem Mangel beruhendes Urteil hingegen wird nicht hingenommen, sondern aufgehoben. Dies zeigt, dass § 362 Nr. 1 und 2 StPO sehr wohl auf die Änderung des Urteils abzielen. Gleiches gilt für § 362 Nr. 4 StPO.

⁷⁴ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 78.

⁷⁵ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 79; diese Position vertreten ebenfalls *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253) und *Gärditz*, Stellungnahme, S. 2.

⁷⁶ So auch *Hörnle*, GA 2022, 184 (188); Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 4; *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158).

⁷⁷ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117 f.

⁷⁸ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117.

⁷⁹ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 121.

⁸⁰ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 119 f.

⁸¹ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 122.

⁸² *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 114.

⁸³ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117.

⁸⁴ Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 11.

Wenn ein sich mit der Tat rühmender Freigesprochener die Autorität des Strafverfahrens verspottet, kann die Autorität nur dadurch wiederhergestellt werden, wenn der Täter sich in einem erneuten Verfahren strafrechtlich zu verantworten hat und verurteilt wird. Auch hier bezweckt die Wiederaufnahme mithin die Änderung des Freispruchs und die erneute Strafverfolgung. Mithin stellen die Wiederaufnahmegründe nach § 362 Nr. 1 – 4 StPO entgegen der Auffassung des *BVerfG* einen Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG dar.

Diese Ansicht vertritt auch die herrschende Meinung im Schrifttum. Dennoch wird die Verfassungskonformität des § 362 Nr. 1 – 4 StPO bejaht.⁸⁵ Der Grund hierfür ist allerdings umstritten. Zum Teil wird argumentiert, die Norm sei zwar nicht mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar, der Verfassungsgeber habe den historisch vorgefundenen Stand des Prozessrechts jedoch nicht durch das Grundgesetz abschaffen wollen und die Norm daher als vorkonstitutionelle Ausnahme zu Art. 103 Abs. 3 GG anerkannt.⁸⁶ § 362 StPO sei mithin eine immanente Schranke des Art. 103 Abs. 3 GG.⁸⁷ Dennoch gelte Art. 103 Abs. 3 GG absolut, die Erweiterung des § 362 StPO sei nicht durch die Zulässigkeit der bestehenden Wiederaufnahmegründe zu rechtfertigen.⁸⁸ Dieser mutmaßliche Wille des historischen Grundgesetzgebers kommt jedoch weder im Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG zum Ausdruck noch lässt er sich anhand von Gesetzesmaterialien belegen.⁸⁹ Die Tatsache, dass der Verfassungsgeber die existierende Regelung der Wiederaufnahme *in malam partem* gesehen und bewusst unberührt gelassen hat, ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass er Art. 103 Abs. 3 GG nicht als abschließende Regelung erlassen wollte.⁹⁰ Die absolute Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG muss aufgrund der Verfassungskonformität des § 362 Nr. 1-4 StPO verneint werden.

(2) Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG

Der Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG sieht keinerlei Einschränkungsmöglichkeiten des grundrechtsgleichen Rechts vor. Dies allein kann jedoch nicht die Abwägungsfestigkeit begründen, denn der Vergleich zu anderen, ihrem Wortlaut nach schrankenlos gewährleisteten Grundrechten wie etwa Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 3 S. 1 GG zeigt, dass diese keineswegs absolut gelten, sondern verfassungsimmanenten Schranken unterliegen.⁹¹ Auch aus der Genese kann nicht auf die uneingeschränkte Geltung des Art. 103 Abs. 3 GG geschlossen werden. Zwar wurde der Grundsatz *ne bis in idem* als Reaktion auf die Willkürherrschaft der Nationalsozialisten in das Grundgesetz aufgenommen,⁹² jedoch nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts und seine Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug, wonach dem *ne bis in idem*-Grundsatz keine absolute Geltung zukam.⁹³ Zudem finden sich weder in den Beratungen noch im Wortlaut, mit dem Art. 103 Abs. 3 GG erlassen worden ist, fundierte Hinweise darauf, dass der historische Verfassungsgeber

⁸⁵ BRAK, Stellungnahme, S. 6; *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117 f.; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 84; *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, Vorb. § 359 Rn. 3; *Frister*, in: SK-StPO, Bd. 7, 5. Aufl. (2018), § 362 Rn. 3; *Kment/Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 105; *Schmitt*, in: Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 362 Rn. 1; *Singelstein*, in: BeckOK-StPO, § 362 Rn. 1; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; *Temming*, in: HK-StPO, § 362 Rn. 1; a.A. *Bohn*, S. 100; jedenfalls kritisch dazu *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1162); *Scherzberg/Thieé*, ZRP 2008, 80 (81).

⁸⁶ *Kment/Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 105; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

⁸⁷ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

⁸⁸ *Conen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung, 21.6.2021, S. 7, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/848592/64681eb33676f05e69226708321d1bc7/stellungnahme-conen_dav-data.pdf (zuletzt abgerufen am 20.2.2024); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; *Slogsnat*, ZStW 2021, 741 (763).

⁸⁹ *Bohn*, S. 87; *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, Vorb. § 359 Rn. 3.

⁹⁰ *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157); *OLG Celle*, BeckRS 2022, 7938, Rn. 26; Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 11.

⁹¹ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 80.

⁹² *Brade*, ZIS 2021, 362 (362); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 55; *BVerfGE* 12, 62 (66); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (142); *Radtke*, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 45; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61.

⁹³ *BVerfG*, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 81.

dem Mehrfachverfolgungsverbot uneingeschränkte Geltung verleihen wollte.⁹⁴

Zum Teil wird in einem binnensystematischen Vergleich auf Art. 103 Abs. 2 GG abgestellt und argumentiert, die absolute Wirkung des Art. 103 Abs. 2 GG sei auf Art. 103 Abs. 3 GG zu übertragen.⁹⁵ Begründet wird dies mit dem gemeinsamen Charakter beider Justizgrundrechte als besondere, das Strafrecht betreffende Schutznormen.⁹⁶ Allerdings hat das BVerfG in einer früheren Entscheidung klargestellt, dass das strafrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht in jedem Fall absolut wirkt, sondern in eng begrenzten Ausnahmefällen hinter der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten muss.⁹⁷ Der Vergleich zu Art. 103 Abs. 2 GG spricht daher gegen die Abwägungsfestigkeit des Mehrfachverfolgungsverbot.

Auch die gesamtsystematische Betrachtung des Art. 103 Abs. 3 GG innerhalb des Grundgesetzes vermag dessen Abwägungsfestigkeit nicht zu begründen. Zwar wird vorgetragen, die ausdrückliche Normierung des Grundsatzes *ne bis in idem* in Art. 103 Abs. 3 GG neben dem allgemeinen, einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht zugänglichen Vertrauensschutzprinzips des Art. 20 Abs. 3 GG wäre überflüssig, wenn Eingriffe in Art. 103 Abs. 3 GG ebenfalls zulässig wären.⁹⁸ In der Spezialregelung sei daher der Wille des Verfassungsgebers zu sehen, ein besonders hohes Schutzniveau für das Vertrauen des Bürgers in den Bestand strafrechtlicher Urteile zu schaffen und eine Abwägung in diesem Fall gerade nicht zuzulassen.⁹⁹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich die Rechtssicherheit und die materielle Gerechtigkeit aufgrund ihrer Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich gleichberechtigt gegenüberstehen. Die eigenständige Normierung des *ne bis in idem*-Grundsatzes bewirkt zwar die Aufwertung der Rechtssicherheit im Verhältnis zur materiellen Gerechtigkeit und räumt ihr daher bedingten Vorrang ein.¹⁰⁰ Ein absoluter Vorrang kann sich hieraus jedoch mit Blick auf die grundsätzliche Gleichrangigkeit dieser beiden tragenden Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips nicht ergeben.¹⁰¹

Art. 103 Abs. 3 GG soll den Einzelnen vor den erheblichen Belastungen, welche mit der erneuten Strafverfolgung und der erneuten Bestrafung einhergehen, schützen.¹⁰² Daher wird mitunter angeführt, Art. 103 Abs. 3 GG diene auch dem Schutz der Freiheit und der Würde des Betroffenen,¹⁰³ da sowohl die neuerliche Verfolgung wie auch die doppelte Bestrafung die Subjektqualität des Betroffenen gefährden würden.¹⁰⁴ Art. 103 Abs. 3 GG weise deswegen einen starken Bezug zu Art. 1 Abs. 1 GG auf und müsse wie dieser auch absolut gelten.¹⁰⁵ Da keine Einigkeit darüber herrscht, ob Art. 1 Abs. 1 GG ein Grundrecht darstellt,¹⁰⁶ ist fraglich, ob es überhaupt Grundrechte mit absoluter Geltung gibt. Auch wenn man dies bejaht, darf die uneingeschränkte Geltung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten nur in seltenen Ausnahmen angenommen werden und muss sich unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG ergeben.¹⁰⁷ Hinsichtlich des Doppelbestrafungsverbot kann die absolute Geltung angenommen

⁹⁴ Hoven, JZ 2021, 1154 (1156); OLG Celle, BeckRS 2022, 7938, Rn. 25; vgl. auch Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, Vorb. § 359 Rn. 3 und Zehetgruber, JR 2020, 157 (159).

⁹⁵ BVerfG, UrT. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 84 f.; Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (358); Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (192).

⁹⁶ BVerfG, UrT. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 85.

⁹⁷ BVerfGE 95, 96 bejaht die rückwirkend begründete Strafbarkeit der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze.

⁹⁸ Gröbl, ZIS 2022, 1 (6).

⁹⁹ Brade, ZIS 2021, 362 (363); Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (359); Slogsnat, ZStW 2021, 741 (761 f.).

¹⁰⁰ Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (252); Ruhs, ZRP 2021, 88 (89).

¹⁰¹ BRAK, Stellungnahme, S. 7; Kubiciel, Stellungnahme, S. 5.

¹⁰² BVerfG, UrT. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 69; Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (102); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (140); Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 40.

¹⁰³ BVerfG, UrT. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 88; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 12.

¹⁰⁴ Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (358); Leitmeier, StV 2021, 341 (342); Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (192).

¹⁰⁵ Leitmeier, StV 2021, 341 (342).

¹⁰⁶ Vgl. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 29.

¹⁰⁷ Hörnle, GA 2022, 184 (188); Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 5.

werden, da der Schutz vor erneuter staatlicher Bestrafung essenzieller Bestandteil des in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Menschenwürdeschutzes ist.¹⁰⁸ Diese Wertung lässt sich allerdings nicht auf das Mehrfachverfolgungsverbot übertragen. Würde bereits die erneute Strafverfolgung die Menschenwürde des Betroffenen verletzen, müsste die Wiederaufnahme *in malam partem* ausnahmslos verboten sein. Die herrschende Meinung geht jedoch wie bereits dargestellt von der Verfassungskonformität des § 362 Nr. 1 – 4 StPO und mithin von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit Wiederaufnahme *in malam partem* aus. Eine Verletzung der Menschenwürde wird in der erneuten Verfolgung also nach einhelliger Ansicht nicht gesehen.

Das Doppelbestrafungsverbot und das Mehrfachverfolgungsverbot unterscheiden sich auch hinsichtlich der dahinterstehenden staatlichen Interessen sowie der Eingriffsintensität.¹⁰⁹ Im Fall einer erneuten Bestrafung hat der Staat seinen Strafanspruch bereits durch das erste Strafverfahren durchgesetzt und durch die Bestrafung einen gerechten Schuldausgleich bewirkt. Auch würde die erneute Bestrafung nicht der materiellen Gerechtigkeit dienen, sondern würde ihr vielmehr zuwiderlaufen. Die materielle Gerechtigkeit verlangt in diesem Fall, den bereits Bestraften nicht erneut zu sanktionieren, sodass es bei einer Doppelbestrafung gar nicht zu einem Konflikt zwischen den Interessen des Betroffenen einerseits und der materiellen Gerechtigkeit andererseits kommt.¹¹⁰ Bei einem Freispruch ist die Rechtslage hingegen eine andere. Hier hat der Staat im ersten Verfahren gerade kein Unwerturteil gefällt, sondern gegenüber der Rechtsgemeinschaft kommuniziert, die Tat sei dem Angeklagten nicht schuldhaft vorzuwerfen. Im Fall eines zu Unrecht erfolgten Freispruchs hat der Staat daher ein berechtigtes Interesse, diese Bewertung zu berichtigen, um das Vertrauen der Bevölkerung in die Effektivität der Strafrechtspflege nicht zu gefährden und seinen bestehenden Strafanspruch erstmalig durchzusetzen.¹¹¹ Anders als bei der Doppelbestrafung, bei der sowohl die Rechtssicherheit des Einzelnen als auch die materielle Gerechtigkeit für den Betroffenen streiten, treten die beiden Verfahrensziele hier in ein Spannungsverhältnis.¹¹²

Auch die Belastungen, denen sich der Einzelne ausgesetzt sieht, sind unterschiedlich zu werten. Zwar stellt sowohl die erneute Bestrafung wie auch die wiederholte Strafverfolgung unstreitig eine erhebliche Belastung für den Betroffenen dar, dennoch wirkt sich eine Bestrafung aufgrund des Unwerturteils sowie der eventuell jahrelangen Freiheitsentziehung drastischer auf die Grundrechte sowie auf Würde und Freiheit des Betroffenen aus als ein erneutes Strafverfahren.¹¹³ Aufgrund der unterschiedlichen Eingriffsintensität müssen unterschiedliche Maßstäbe hinsichtlich der Einschränkbarkeit der beiden Verbote gelten.¹¹⁴

Weiterhin ist zu beachten, dass Art. 103 Abs. 3 GG nicht nur den Schutz des Einzelnen gewährleistet, sondern auch einem gesellschaftlichen Zweck dient, indem das unabhängig vom Einzelnen bestehende Interesse der Bevölkerung am Rechtsfrieden geschützt wird.¹¹⁵ Rechtsfrieden erfordert eine endgültige Feststellung der Rechtslage. Zwar herrscht Einigkeit dahingehend, dass diese endgültige Feststellung keine Wahrheitsfindung um jeden Preis rechtfertigt,¹¹⁶ dennoch muss dem Bedürfnis der Gesellschaft nach einer vollständigen und endgültigen Aufklärung der Rechtslage insbesondere bei schwersten Straftaten ausreichend Raum gelassen werden.¹¹⁷ Daher darf

¹⁰⁸ Vgl. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 8.

¹⁰⁹ Hoven, JZ 2021, 1154 (1156).

¹¹⁰ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 39.

¹¹¹ Vgl. Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 20; Hoven, JZ 2021, 1154 (1156).

¹¹² Vgl. Ruhs, ZRP 2021, 88 (89).

¹¹³ Vgl. Hoven, JZ 2021, 1154 (1156).

¹¹⁴ Vgl. Hoven, JZ 2021, 1154 (1156).

¹¹⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 88; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 12.

¹¹⁶ Vgl. Leitmeier, StV 2021, 341 (344).

¹¹⁷ Vgl. Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 16.

die Durchführung eines erneuten Strafverfahrens nicht absolut untersagt werden, andernfalls würde die gesellschaftliche Zweckrichtung des Art. 103 Abs. 3 GG unterlaufen werden.

cc) Zwischenergebnis

Durch die ausdrückliche Normierung des Grundsatzes *ne bis in idem* wird der Rechtssicherheit Vorrang vor der materiellen Gerechtigkeit eingeräumt. Die Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG und die Verfassungskonformität des § 362 Nr. 1 – 4 StPO zeigen allerdings, dass diese Vorrangentscheidung jedenfalls hinsichtlich des von Art. 103 Abs. 3 GG umfassten Mehrfachverfolgungsverbots nicht uneingeschränkt gilt. Dem Gesetzgeber ist es mithin nicht von vornherein untersagt, die bestehenden Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO zu erweitern und dadurch in Art. 103 Abs. 3 GG einzugreifen.

b) Die Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO als verfassungsrechtliche Abwägungsentscheidung

Die materielle Gerechtigkeit muss nach der Wertungsentscheidung des Verfassungsgebers grundsätzlich hinter der Rechtssicherheit zurücktreten. Daraus ergibt sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, welches den Kern des Mehrfachverfolgungsverbots darstellt.¹¹⁸ Im Regelfall muss der Freigesprochene in den rechtskräftigen Bestand seines Freispruchs vertrauen dürfen und keine erneute Strafverfolgung zu befürchten haben.¹¹⁹ Die Durchbrechung der Rechtskraft zu seinen Ungunsten muss die Ausnahme bleiben.¹²⁰ Ein abgeschlossenes Strafverfahren darf nur dann wiederaufgenommen werden, wenn das Gewicht des Wiederaufnahmegrundes und der dahinterstehenden Interessen so hoch ist, dass das schutzwürdige Vertrauen des Einzelnen in den rechtskräftigen Bestand des Urteils ausnahmsweise zurücktritt.¹²¹ Der neue Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO darf diese dem Wiederaufnahmerecht immanenten Wertung nicht unterlaufen.¹²² Voraussetzung für die Zulässigkeit der Neuregelung ist mithin, dass die materielle Gerechtigkeit in der Abwägung mit der Rechtssicherheit erheblich überwiegt.

aa) Das „Unerträglichkeits-Argument“

Für die materielle Gerechtigkeit wird insbesondere das „Unerträglichkeits-Argument“¹²³ ins Feld geführt. Die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe sei geboten, da es sich bei den von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Straftatbeständen um gegen das menschliche Leben gerichtete Taten handelt, bei denen ein zu Unrecht erfolgter Freispruch schlechthin unerträglich sei und ein Aufrechterhalten der Rechtskraft einen unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß darstelle.¹²⁴

Bereits der Begriff der Unerträglichkeit bereitet Schwierigkeiten. Unerträglichkeit ist kein objektiv bestimmbarer und empirisch überprüfbarer Rechtsbegriff,¹²⁵ sondern eine rein subjektive Befindlichkeit.¹²⁶ Auch unterliegt es

¹¹⁸ Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (252); BRAK, Stellungnahme, S. 8; Ruhs, ZRP 2021, 88 (90).

¹¹⁹ BRAK, Stellungnahme, S. 8.

¹²⁰ Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (252); Ruhs, ZRP 2021, 88 (89); Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 4.

¹²¹ Gärditz, Stellungnahme 2021, S. 5.

¹²² Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (102).

¹²³ Die Argumentationslinie so bezeichnend: Hoven, JZ 2021, 1154 (1161).

¹²⁴ BT-Drs. 19/30399 S. 6, 9.

¹²⁵ Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO v. 1.12.2022, S. 22, online abrufbar unter: <https://www.jura.uni-frankfurt.de/131721101.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.2.2024); Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (103); Pabst, ZIS 2010, 126 (132).

¹²⁶ Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (103); Pabst, ZIS 2010, 126 (132), Ruhs, ZRP 2021, 88 (90).

ausschließlich dem individuellen Empfinden des Einzelnen, was er als unerträglich einstuft und was nicht.¹²⁷ Die emotionsgeleitete Unterteilung in erträgliche und unerträgliche Freisprüche orientiert sich stark an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“.¹²⁸ Das Recht kennt jedoch weder gut noch böse. Ein freisprechendes Urteil kann daher gemessen am materiellen Recht nur objektiv richtig oder falsch sein, nicht aber erträglich oder unerträglich.

Auch die Argumentation des Gesetzgebers, die Unerträglichkeit des Freispruchs folge aus dem Tötungsunrecht der von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Verbrechen, vermag nicht zu überzeugen. Zum einen enthält § 6 Abs. 1 VStGB auch Straftaten, die kein Tötungsunrecht voraussetzen wie etwa § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB (Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden) und § 6 Abs. 1 Nr. 5 VStGB (Gewaltsame Überführung eines Kindes). Zum anderen ist nicht nachvollziehbar, warum nur bei den von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Straftaten ein ungerechtfertigter Freispruch unerträglich sein soll, bei anderen schwersten gegen das Leben gerichteten Straftaten hingegen nicht.¹²⁹ Beispielhaft ist hier der sexuelle Missbrauch von Kindern mit Todesfolge gem. § 176d StGB zu nennen, der im Fall eines erwiesenermaßen falschen Freispruchs ein nicht weniger unerträgliches Ergebnis darstellen dürfte.

Des Weiteren lässt sich die Idee, Unerträglichkeit ausschließlich an Tötungsunrecht zu knüpfen, kaum mit dem Leid der Opfer schwerer Straftaten vereinbaren. Man denke etwa an Opfer von schweren sexuellen Verbrechen, die über Jahre hinweg missbraucht und misshandelt worden sind oder an Überlebende von grausamen Mordversuchen, die von der Tat zeit lebens körperlich wie auch seelisch gezeichnet bleiben.¹³⁰ Für diese Menschen und ihre Angehörigen dürfte es nicht weniger unerträglich sein, wenn der Täter zu Unrecht freigesprochen wird.¹³¹ Es soll an dieser Stelle nicht in Frage gestellt werden, dass die Vernichtung eines Menschenlebens größtes Unrecht und daher zurecht die schwerste Straftat der deutschen Strafrechtsordnung darstellt. Allerdings ist es verfehlt, hieraus eine Unerträglichkeitsschwelle abzuleiten, die das zum Teil immense Leid von Opfern schwerer Straftaten als objektiv unerträglich einstuft.

bb) Das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung

Für die materielle Gerechtigkeit streitet das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung. Dieses werde durch den Freispruch eines in Wahrheit schuldigen Mörders ebenso stark beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines Unschuldigen.¹³² Die Behauptung, der Freispruch eines Schuldigen sei ebenso unerträglich wie die Verurteilung eines Unschuldigen, ist allerdings schlichtweg falsch.¹³³ Eine solche Annahme ist nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar.¹³⁴ Dies verdeutlicht bereits der Grundsatz „*in dubio pro reo*“,¹³⁵ sowie auch § 344 StGB, der die Verfolgung Unschuldiger unter Strafe stellt.¹³⁶ Überdies stellt der Freispruch eines Schuldigen mangels Beweise anders als die Verurteilung eines Unschuldigen kein Fehlurteil dar, sondern ist strafprozessrechtlich die einzig rechtmäßige Entscheidung in der Sache.¹³⁷

¹²⁷ Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (103); Schiffbauer, NJW 2021, 2097 (2098).

¹²⁸ Schiffbauer, NJW 2021, 2097 (2098).

¹²⁹ Vgl. Pabst, ZIS 2010, 126 (132).

¹³⁰ Vgl. Conen, Stellungnahme v. 21.6.2021, S. 11; sowie Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (103) und Lenk, StV 2022, 118 (123).

¹³¹ Vgl. Singelstein, NJW 2022, 1058 (1061).

¹³² BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.

¹³³ So auch Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (103); Grünwald, ZStW 2008, 545 (568); Leitmeier, StV 2021, 341 (343); Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (191); Ruhs, ZRP 2021, 88 (90); Slognsat, ZStW 2021, 133(3), 741 (771); überdies auch Hoven, JZ 2021, 1154 (1161), die Befürworterin der Neuregelung ist.

¹³⁴ Hoven, JZ 2021, 1154 (1161).

¹³⁵ Leitmeier, StV 2021, 341 (343).

¹³⁶ BRAK, Stellungnahme, S. 8.

¹³⁷ BRAK, Stellungnahme, S. 8; Scherzberg/Thiéé, ZRP 2008, 80 (82).

Ferner wird eingewendet, die Beeinträchtigung des Gerechtigkeitsgefühls der Bevölkerung sei rein spekulativer Natur und empirisch weder nachgewiesen noch nachweisbar.¹³⁸ Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass knapp 180.000 Menschen die Petition von Herrn *von Möhlmann*, dem Vater der ermordeten Frederike, unterschrieben haben und sich dessen Wunsch nach der Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes angeschlossen haben. Ein gewisses Interesse der Gesellschaft insbesondere bei schwersten Straftaten eine endgültige Aufklärung der Sachlage herbeizuführen, lässt sich nicht verleugnen.¹³⁹ Allerdings ist die vom Grundgesetz geschaffene Ordnung ein klarer Gegenentwurf zu einer vom Willen der Gesellschaft vorgegeben Strafrechtspflege.¹⁴⁰ Während im Nationalsozialismus auf das „gesunde Volksempfinden“¹⁴¹ abgestellt wurde, ist eine unpolitische und rein sachlich orientierte Strafrechtspflege ein unentbehrliches Element der Rechtsstaatlichkeit.¹⁴² Hinzu kommt, dass ein Großteil der Bevölkerung über nur unzureichende rechtliche Kenntnisse verfügt.¹⁴³ Das dringende Erfordernis, die gesellschaftliche Stimmungslage bei der Gesetzgebung unbeachtet zu lassen, verdeutlicht eine Umfrage unter Jurastudenten, in welcher sich die Befragten zu 31,9% für die Wiedereinführung der Todesstrafe aussprachen und 51,3 % die Anwendung von Folter legitimieren wollten.¹⁴⁴

Das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung darf daher nicht die Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts diktieren.¹⁴⁵ Das erhebliche Überwiegen der materiellen Gerechtigkeit mit dem Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung zu begründen erscheint vor diesem Hintergrund nicht nur problematisch,¹⁴⁶ sondern ist schlichtweg nicht vertretbar.

cc) Rechtsfrieden versus Vorverurteilung

Die Befürworter der § 362 Nr. 5 StPO berufen sich zudem auf den Rechtsfrieden. Wenn die erneute Strafverfolgung trotz des Auftauchens neuer, den Täter belastender Beweismittel unterbleibt, könne das Strafrecht seiner Befriedungsfunktion nicht effektiv nachkommen.¹⁴⁷ Zudem drohe durch einen Freispruch, welcher sich als falsch erweist, eine nachhaltige Störung des Rechtsfriedens sowie des Vertrauens der Bevölkerung in die Strafrechtspflege.¹⁴⁸

Richtig ist, dass der Staat die Verletzung einer dem Rechtsgüterschutz dienenden Norm grundsätzlich mit Strafe sanktionieren muss.¹⁴⁹ Dabei erfordert die effektive Strafrechtspflege eine Sanktionierung innerhalb eines Zeitraums, in welchem die Gesellschaft die Strafe noch als staatliche Reaktion auf die Tat wahrnehmen kann.¹⁵⁰ Bei den von § 362 Nr. 5 StPO erfassten schwersten Verbrechen der deutschen Strafrechtsordnung darf dies jedoch angenommen werden, auch wenn die Tat womöglich Jahrzehnte zurückliegt.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die tatsächliche Schuld des Freigesprochenen gar nicht feststeht.¹⁵¹ Die dringenden Gründe i.S.d. § 362 Nr. 5 StPO legen zwar eine hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit nahe, aber sie

¹³⁸ *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Grünwald*, ZStW 2008, 545 (568).

¹³⁹ Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 16.

¹⁴⁰ *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146).

¹⁴¹ § 2 StGB lautete: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt, oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient.“, RGBl. I Nr. 70, S. 839.

¹⁴² Vgl. *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (142).

¹⁴³ *Mitsch*, KriPoZ 2023, 371 (377 f.); vgl. auch *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103).

¹⁴⁴ *Bohn*, S. 50.

¹⁴⁵ So auch *Bohn*, S. 50; und *Lenk*, StV 2022, 118 (121 f.).

¹⁴⁶ So *Bohn*, S. 50.

¹⁴⁷ *Kubiciel*, Stellungnahme 2021, S. 6.

¹⁴⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

¹⁴⁹ *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

¹⁵⁰ *BVerfG*, NJW 2022, 2389 (2393 Rn. 59).

¹⁵¹ *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (150).

ersetzen keineswegs die gerichtliche Feststellung der Schuld. Der endgültige Beweiswert der neuen Beweise und Tatsachen kann erst in der Hauptverhandlung bestimmt werden.¹⁵² Indem die Neuregelung die erneute Strafverfolgung bereits beim bloßen Verdacht bestimmter Straftaten erlaubt, nimmt das Wiederaufnahmeverfahren die spätere Hauptverhandlung vorweg¹⁵³ und kollidiert mit dem Prinzip der Gesamtwürdigung aller Beweise, der Unschuldsumutung und dem Grundsatz in dubio pro reo.¹⁵⁴ Hinzu kommt, dass der Freigesprochene trotz des Vorliegens neuer Beweise tatsächlich unschuldig sein kann.¹⁵⁵ Eine Person, deren Unschuld bereits einmal gerichtlich festgestellt wurde, zum wiederholten Mal den erheblichen Belastungen eines Mordprozesses auszusetzen, ist ebenso geeignet den Rechtsfrieden und das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege nachhaltig zu erschüttern wie ein ungerechtfertigter Freispruch.¹⁵⁶

dd) Die Belange der Angehörigen

Die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches im Wege der schuldangemessenen Bestrafung des Täters ist ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit und dient den Interessen der Opfer und deren Angehörigen.¹⁵⁷ Nur wenn der Staat die Sanktionierung des erfolgten Unrechts gewährleistet, kann erwartet werden, dass Opfer und Angehörige nicht selbst Vergeltung üben und das Vertrauen in die staatliche Strafrechtspflege nicht verlieren.¹⁵⁸ Als Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht steht den Opfern schwerer gegen die Person gerichteter Straftaten daher ein subjektiver Anspruch auf effektive Strafverfolgung zu.¹⁵⁹ Dieser Anspruch kann bei Kapitaldelikten auch den Angehörigen des Getöteten zustehen.¹⁶⁰ Mittels dieses subjektiven Rechts der Hinterbliebenen will Hörnle den Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG rechtfertigen. Das schutzwürdige Interesse der Hinterbliebenen daran, dass der Staat ein Unwerturteil über die Tat ausspricht und zu diesem Zweck den Sachverhalt im Rahmen des wiederaufgenommenen Verfahrens aufklärt, überwiege den das schutzwürdige Vertrauen des Freigesprochenen in den rechtskräftigen Bestand seines Freispruchs.¹⁶¹

Der Anspruch der Angehörigen kann jedoch nur den Staat zur Strafverfolgung als solche verpflichten. Ein Anspruch auf die inhaltliche Korrektur des Ausgangs des vom Staat geführten Strafverfahrens steht ihnen hingegen nicht zu.¹⁶² Den schutzwürdigen Interessen der Opfer und Angehörigen wurde demnach Genüge getan, indem das erste Strafverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.¹⁶³ Das subjektiven Recht Angehörigen auf effektive Strafverfolgung kann die erneute Strafverfolgung und den darin liegenden Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG mithin nicht rechtfertigen. Das Strafverfahren so oft zu wiederholen, bis das von den Hinterbliebenen gewünschte, als gerecht empfundene Ergebnis erzielt wird, würde zudem mehr einer Bedürfnisbefriedigung als der Herstellung von Gerechtigkeit entsprechen.

Hinzu kommt, dass ein Mordprozess, der wegen des grundsätzlich stets möglichen Auffindens neuer Beweismittel faktisch nie endet, für die Hinterbliebenen eine erhebliche seelische Belastung darstellt.¹⁶⁴ Der Fall *Möhlmann*

¹⁵² Slogsnat, ZStW 2021, 741 (756).

¹⁵³ Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (103).

¹⁵⁴ Pabst, ZIS 2010, 126 (131); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (151).

¹⁵⁵ Scherzberg/Thiéé, ZRP 2008, 80 (81).

¹⁵⁶ Gröbl, ZJS 2022, 1 (9).

¹⁵⁷ Vgl. Hoven, JZ 2021, 1154 (1158); Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 21.

¹⁵⁸ Hörnle, GA 2022, 184 (190); Hoven, JZ 2021, 1154 (1158).

¹⁵⁹ Hörnle, GA 2022, 184 (190 ff.); Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 21.

¹⁶⁰ Hörnle, GA 2022, 184 (190 ff.); Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 21.

¹⁶¹ Hörnle, GA 2022, 184 (191).

¹⁶² Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 133.

¹⁶³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 133.

¹⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 134.

zeigt zwar, dass es Fälle gibt, in denen Angehörige sich noch Jahrzehnte nach der Tat die Verurteilung und Bestrafung des wahren Täters wünschen. Dennoch ist dies ein Einzelfall, von dem nicht ohne Weiteres auf die generellen Belange der Angehörigen geschlossen werden darf. Vielmehr kann es auch Fälle geben, in denen der endgültige rechtskräftige Abschluss des Verfahrens den Hinterbliebenen hilft, sich mit dem Verlust des ihnen nahestehenden Getöteten abzufinden.¹⁶⁵ Angesichts dessen ist fraglich, ob § 362 Nr. 5 StPO wirklich stets ihren Interessen dient.¹⁶⁶

ee) Das System der Wiederaufnahmegründe in malam partem

Gegen § 362 Nr. 5 StPO wird vorgetragen, dass er sich nicht in das bestehende System der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Betroffenen einfügt.¹⁶⁷ Anders als die Neuregelung dienen die bisher geltenden Wiederaufnahmegründe nicht der materiellen Gerechtigkeit, da sie nicht auf die Ungerechtigkeit des materiellen Entscheidungsinhalts des Urteils abstellen.¹⁶⁸ Ob das aufgehobene Urteil ungerecht ist, ist für die Wiederaufnahmegründe nach § 362 Nr. 1 – 4 StPO unerheblich. Sie erlauben die Durchbrechung der Rechtskraft nur dann, wenn das Verfahren unter einem rechtsstaatlich gravierenden Verfahrensmangel leidet oder der Freigesprochene ein glaubwürdiges Geständnis ablegt.¹⁶⁹ Kritiker der Neuregelung bezeichnen § 362 Nr. 5 StPO daher als „Fremdkörper“¹⁷⁰, welcher einen Systembruch innerhalb des Wiederaufnahmerechts in malam partem¹⁷¹ sowie einen Paradigmenwechsel bewirke.¹⁷²

Gegen diesen Vorwurf wird argumentiert, § 362 StPO folge aufgrund der Einteilung in mehrere falsa (Nr. 1 – 3) und ein einziges novum (Nr. 4) bereits keiner zwingenden Systematik.¹⁷³ Die Wiederaufnahme wegen eines nachträglichen Geständnisses nach § 362 Nr. 4 StPO sowie die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen und Beweismittel nach § 362 Nr. 5 StPO würden beide auf die Veränderung der Beweislage zulasten des Freigesprochenen abstellen.¹⁷⁴ Im Geständnis des Freigesprochenen, das einen besonders hohen Beweiswert habe, liege die nachträgliche Beibringung eines neuen Beweismittels.¹⁷⁵ Die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO erweitere also lediglich den Kreis zulässiger neuer Beweismittel und schreibe diesen im geltenden Wiederaufnahmerecht bereits angelegten Gedanken lediglich fort.¹⁷⁶ Aufgrund der veränderten Beweislage stelle das Aufrechterhalten des Freispruchs sowohl bei einem nachträglichen Geständnis wie auch bei nachträglich beigebrachten Beweismitteln eine Verletzung der materiellen Gerechtigkeit dar.¹⁷⁷ Der neue Wiederaufnahmegrund nach § 362 Nr. 5 StPO füge sich mithin als weiteres novum in die bestehende, wenn auch nicht einheitliche Struktur der Wiederaufnahmegründe in malam partem ein.¹⁷⁸

Dem wird entgegengehalten, einem Geständnis sei kein besonderer Beweiswert beizumessen, daher erfolge die

¹⁶⁵ Vgl. Singelstein, NJW 2022, 1058 (1060).

¹⁶⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 134; Singelstein, NJW 2022, 1058 (1060).

¹⁶⁷ Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (252 f.); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (146 f.).

¹⁶⁸ Pohlreich, HRRS 2023, 140 (146).

¹⁶⁹ Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, § 362 Rn. 2; Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (102).

¹⁷⁰ Pohlreich, HRRS 2023, 140 (146).

¹⁷¹ Pohlreich, HRRS 2023, 140 (144).

¹⁷² BRAK, Stellungnahme, S. 8; Ruhs, ZRP 2021, 88 (90); Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 362 Rn. 20.

¹⁷³ Hoven, JZ 2021, 1154 (1160).

¹⁷⁴ Hoven, JZ 2021, 1154 (1160).

¹⁷⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 6; Kubiciel, Stellungnahme 2021, S. 4 f.

¹⁷⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 6; Kubiciel, Stellungnahme 2021, S. 5.

¹⁷⁷ Vgl. Zehetgruber, JR 2020, 157 (162).

¹⁷⁸ Vgl. Kubiciel, Stellungnahme 2021, S. 4.

Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 4 StPO nicht aufgrund einer veränderten Beweislage.¹⁷⁹ Dies werde bereits daran deutlich, dass das Geständnis weder an die Stelle des Schuldnachweises treten kann noch die umfassende Sachverhaltsaufklärung entbehrlich macht.¹⁸⁰ Die Wiederaufnahmemöglichkeit nach § 362 Nr. 4 StPO wird daher zum Teil mit dem Argument begründet, der Rechtsfrieden und das Vertrauen der Bevölkerung in die Geltung der Strafrechtsordnung seien gefährdet, wenn sich der Freigesprochene „folgenlos der Straftat berühren“¹⁸¹ kann.¹⁸² Diese Argumentation vermag jedoch nicht die Systemfremdheit von § 362 Nr. 5 StPO zu begründen, da die endgültige Strafflosigkeit eines dringend des Mordes Verdächtigen den Rechtsfrieden und das Vertrauen der Bevölkerung in nicht minder schwerem Maße beeinträchtigen kann und § 362 Nr. 5 StPO insofern mit der dem § 362 Nr. 4 StPO zugrundeliegenden Wertung übereinstimmt.¹⁸³

In das System der Wiederaufnahmegründe nach § 362 Nr. 1 – 4 StPO passt die Neuregelung dennoch nicht. Zwar ist es richtig, dass § 362 StPO vorrangig die Wiederaufnahme propter falsa vorsieht und der Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 4 StPO diesbezüglich ebenfalls systemfremd erscheinen mag. Ihre strukturelle Gemeinsamkeit liegt allerdings darin, dass in den von ihnen erfassten Fällen das Vertrauen des Betroffenen in den Bestand der Rechtskraft nicht schutzwürdig ist.¹⁸⁴ § 362 Nr. 1 – 3 StPO liegt ein nicht justizförmig geführtes Verfahren zugrunde, welches der Rechtssicherheit entgegensteht.¹⁸⁵ Im Fall des § 362 Nr. 4 StPO gibt der Freigesprochene durch sein Geständnis den Schutz des rechtskräftigen Freispruchs selbst auf.¹⁸⁶ Welche Beweisqualität einem Geständnis letztlich zukommt, mag strittig sein und braucht an dieser Stelle nicht entschieden werden. Ausschlaggebend ist, dass die Möglichkeit der Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 4 StPO allein im Verantwortungsbereich des Freigesprochenen liegt, indem sich dieser freiwillig und glaubhaft zur Tat bekennt und somit eigenverantwortlich den Schutz vor erneuter Strafverfolgung verwirkt.¹⁸⁷

Anders verhält es sich hingegen bei der Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO. Hier ist das erste Verfahren ordnungsgemäß abgelaufen. Das nachträgliche Auftauchen neuer Beweise begründet keinen schwerwiegenden Verfahrensmangel aufgrund von Beweismitteldefiziten,¹⁸⁸ da die neuen Beweismittel zum Zeitpunkt des ersten Verfahrens noch gar erhebbar waren.¹⁸⁹ Auch entspringt die externe Beibringung neuer Beweismittel anders als ein Geständnis nicht dem freien Willen des Freigesprochenen¹⁹⁰ und stellt mithin keinen bewussten Verzichtentschluss des Freigesprochenen dar.¹⁹¹ Der Freigesprochene hat grundsätzlich keinerlei Einfluss darauf, ob nachträglich neue Beweismittel aufgefunden werden.¹⁹² Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Beweismittel durch neue, zum Zeitpunkt des ersten Verfahrens noch gar nicht zur Verfügung stehende, technische Methoden gewonnen werden, ihre Beibringung für den Freigesprochenen also überhaupt vorhersehbar war.¹⁹³ Anders als bei den bisherigen Wiederaufnahmegründen ist hier das Vertrauen des Einzelnen in den rechtskräftigen Bestand des Urteils schutzwürdig.

¹⁷⁹ Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (189).

¹⁸⁰ Grübl, ZJS 2022, 1 (8).

¹⁸¹ Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (189).

¹⁸² Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, § 362 Rn. 2.

¹⁸³ BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.; Hoven, JZ 2021, 1154 (1160).

¹⁸⁴ Conen, Stellungnahme, S. 10.

¹⁸⁵ Bohn, S. 95; Conen, Stellungnahme, S. 10.

¹⁸⁶ Bohn, S. 218; BRAK, Stellungnahme, S. 8.; Grübl, ZJS 2022, 1 (8); Leitmeier, StV 2021, 341 (346).

¹⁸⁷ Bohn, S. 218; BRAK, Stellungnahme, S. 8.

¹⁸⁸ Ein Beweismitteldefizit in der ersten Verhandlung bejaht das Sondervotum zu 2 BvR 900/22, Rn. 13.

¹⁸⁹ Pohlreich, HRRS 2023, 140 (147).

¹⁹⁰ Pabst, ZIS 2010, 126 (129).

¹⁹¹ Leitmeier, StV 2021, 341 (346).

¹⁹² Bohn, S. 218.

¹⁹³ Vgl. Pohlreich, HRRS 2023, 140 (147).

Dieses schutzwürdige Vertrauen wird durch § 362 Nr. 5 StPO jedoch zunichte gemacht. Freisprüche von den in § 362 Nr. 5 StPO genannten Straftaten würden künftig nur noch unter Vorbehalt erfolgen¹⁹⁴ und damit praktisch wertlos sein.¹⁹⁵ Dies kann nicht dadurch rechtfertigt werden, dass die Neuregelung auf schwerste Verbrechen beschränkt ist.¹⁹⁶ Auch ein vom Vorwurf des Mordes oder Völkermordes rechtskräftig Freigesprochener ist schutzwürdig und darf in den Bestand seines Freispruchs vertrauen.¹⁹⁷ Hieran ändert auch die Unverjährbarkeit der erfassten Taten nichts.¹⁹⁸ Die Unverjährbarkeit soll sicherzustellen, dass bestimmte Straftaten auch nach erheblichem Zeitablauf strafrechtlich verfolgt werden können.¹⁹⁹ Damit rechtfertigt sie allein die erste, nicht jedoch die wiederholte Strafverfolgung.²⁰⁰

Erschwerend kommt hinzu, dass die Neuregelung keine beschränkte Anzahl von Wiederaufnahmemöglichkeiten vorsieht.²⁰¹ Anders als die bisher geltenden Wiederaufnahmegründe, die ihrer Natur nach auf eine einzige Wiederaufnahmemöglichkeit beschränkt sind, kann die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO jederzeit erneut veranlasst werden, sobald wieder ein neues Beweismittel auftaucht. Der Freigesprochene muss selbst dann, wenn er im wiederaufgenommenen Verfahren zum zweiten Mal vom Tatvorwurf freigesprochen wurde, permanent mit erneuter Strafverfolgung rechnen und verliert daher nie wirklich seinen Beschuldigtenstatus.²⁰² Die einmalig wiederholte Strafverfolgung wegen derselben Tat ist mit Blick auf die Verfassungskonformität des § 362 Nr. 1 – 4 StPO mit Art. 1 I GG vereinbar. Der lebenslange Beschuldigtenstatus einer Person, deren Unschuld im ersten Verfahren rechtskräftig festgestellt worden ist, degradiert den Betroffenen jedoch zum Objekt staatlicher Gewalt herab.²⁰³ Auch lässt sich die lebenslange Furcht vor sich ständig wiederholender Verfolgung und eventueller Bestrafung nicht mit der Freiheit und Würde des Einzelnen vereinbaren.²⁰⁴

c) Zwischenergebnis

§ 362 Nr. 5 StPO kehrt die Rechtskraftdurchbrechung und damit einhergehend die Gefahr wiederholter Strafverfolgung wegen derselben Tat von der Ausnahme zur Regel um.²⁰⁵ Dies lässt sich mit der Entscheidung des Grundgesetzgebers, der Rechtssicherheit bedingten Vorrang vor der materiellen Gerechtigkeit zu gewähren nicht vereinbaren. Indem der Teilbereich unverjährbarer Straftaten dem Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG entzogen wird, werden Freisprüche vom Vorwurf dieser Straftaten unter einen ewigen Vorbehalt gestellt und der Kern des Mehrfachverfolgungsverbot ausgehöhlt.²⁰⁶ Dies stellt nicht nur einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG dar, sondern verletzt die Menschenwürde der Freigesprochenen,

¹⁹⁴ Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (253); BRAK, Stellungnahme, S. 9.

¹⁹⁵ Frister/Müller, ZRP 2019, 101 (104); Scherzberg/Thiéé, ZRP 2008, 80 (81).

¹⁹⁶ a.A. Kubiciel, Stellungnahme, S. 7.

¹⁹⁷ Vgl. BRAK, Stellungnahme, S. 9; Scherzberg/Thiéé, ZRP 2008, 80 (81).

¹⁹⁸ a.A. Letzgas, NStZ 2020, 717 (719), der mit dem „absoluten Sanktionswillen des Gesetzgebers“ argumentiert.

¹⁹⁹ Gerson, NK 2023, 29 (38); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149).

²⁰⁰ Gerson, NK 2023, 29 (38); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149).

²⁰¹ Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (363); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149).

²⁰² Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 362 Rn. 20; Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149).

²⁰³ Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149); Ruhs, ZRP 2021, 88 (88).

²⁰⁴ Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (192); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 12; a.A. Hörnle, GA 2022, 184 (193), die hierin keinen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG sieht, sondern diese Belastungen bei der Strafzumessung im erneuten Verfahren berücksichtigen will.

²⁰⁵ So auch Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (252 f.); Brade, ZIS 2021, 362 (363); Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149).

²⁰⁶ Grübl, ZJS 2022, 1 (10); Leitmeier, StV 2021, 341 (346).

2. Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG verlangt, wesentlich gleiche Sachverhalte nicht ungleich und wesentlich ungleiche nicht gleich zu behandeln, es sei denn, die Ungleichbehandlung ist sachlich gerechtfertigt.²⁰⁷ Ein Verstoß des § 362 Nr. 5 StPO gegen den allgemeinen Gleichheitssatz kommt aus zweierlei Gründen in Betracht.

a) Deliktsdifferenzierung

§ 362 Nr. 5 StPO sieht vier Straftatbestände vor, deren Verdacht die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen erlaubt. Die Auswahl dieser Straftatbestände wird mit dem gemeinsame Schutzgut dieser Straftatbestände, namentlich dem menschlichen Leben als ranghöchstes Rechtsgut, sowie der lebenslangen Freiheitsstrafe als Rechtsfolge und der Unverjährbarkeit begründet.²⁰⁸

Diese Auswahl ist jedoch inkonsequent und insofern willkürlich. § 362 Nr. 5 StPO erfasst nicht alle mit Höchststrafe bedrohten Straftaten, da unter anderem auch die §§ 176d, 178, 212 Abs. 2, 239a Abs. 3, 251, 306c, 307 Abs. 3 Nr. 1, 308 Abs. 3 StGB sowie die §§ 11 Abs. 1 Nr. 1 – 6 i.V.m Abs. 2, 13 Abs. 1, 2 VStGB die lebenslange Freiheitsstrafe anordnen.²⁰⁹ Die Exklusion der oben genannten Straftatbestände lässt sich auch nicht mit ihrem Schutzgut begründen, da sie jedenfalls auch den Schutz des menschlichen Lebens bezwecken und § 212 Abs. 2 StGB sogar ausschließlich dem Lebensschutz dient. Mithin wird hier wesentlich Gleiches ohne sachlichen Grund ungleich behandelt.

Gleichzeitig enthält der von § 362 Nr. 5 StPO erfasste § 6 Abs. 1 VStGB auch Straftaten, die kein Tötungsunrecht voraussetzen wie etwa § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB (Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden) und § 6 Abs. 1 Nr. 5 VStGB (Gewaltsame Überführung eines Kindes). Hier wird Ungleiches ohne Sachgrund gleich behandelt, da die Unverjährbarkeit kein konsistentes Merkmal von Unrechtsschwere ist und mithin kein tauglicher Sachgrund.²¹⁰ Der Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer fordert daher zu Recht, § 362 Nr. 5 StPO müsste wenigstens alle mit der Höchststrafe bedrohten, auch dem Lebensschutz dienenden Straftatbestände umfassen.²¹¹

b) Differenzierung nach Art der Vorentscheidung

Die Wiederaufnahmemöglichkeit nach § 362 Nr. 5 StPO ist auf freisprechende Urteile beschränkt. Begründet wird dies mit dem Rechtsempfinden der Bevölkerung, welches durch die zu milde Verurteilung weniger beeinträchtigt sei als durch die vollständige Strafflosigkeit des Angeklagten.²¹² Das Rechtsempfinden der Bevölkerung kann jedoch nicht als tauglicher Sachgrund zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Freispruch und Verurteilung herangezogen, da es rein empirischer und zudem wertender Natur ist.²¹³ Diese ungerechtfertigte Benachteiligung des Freigesprochenen gegenüber dem Verurteilten ist nicht nur mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar, sie verletzt auch den Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG.²¹⁴ Angesichts der Tatsache, dass ein vom Vorwurf des Mordes

²⁰⁷ Kischel, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn 14.

²⁰⁸ Vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 9.

²⁰⁹ So auch Arbeitskreis, Stellungnahme, S. 23; Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (193); Pabst, ZIS 2010, 126 (131 f.); Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 362 Rn. 11; Slognsat, ZStW 2021, 741 (754).

²¹⁰ Arbeitskreis, Stellungnahme, S. 23.

²¹¹ Ebd.

²¹² BT-Drs. 19/30399, S. 10.

²¹³ Arbeitskreis, Stellungnahme, S. 22.

²¹⁴ Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149).

Freigesprochener durch § 362 Nr. 5 StPO schlechter gestellt wird als ein wegen Todschlages Verurteilter beschreibt Lenk Beschränkung auf freisprechende Urteile zurecht als skurril.²¹⁵

c) Zwischenergebnis

Indem durch die Beschränkung auf Freisprüche und die willkürliche Auswahl der Straftatbestände, deren Verdacht die Wiederaufnahme des Verfahrens erlaubt, mehrfach Gleiches ohne Sachgrund ungleich und Ungleiches gleich behandelt wird, verstößt § 362 Nr. 5 StPO gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

3. Ergebnis

Zwar ist es dem Gesetzgeber nicht grundsätzlich untersagt, die Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO zu erweitern. Da § 362 Nr. 5 StPO den Kern des von Art. 103 Abs. 3 GG geschützten Mehrfachverfolgungsverbots aushöhlt, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und überdies die Menschenwürde der vom Vorwurf des Mordes rechtskräftig Freigesprochenen verletzt, ist die Neuregelung jedoch verfassungswidrig.

V. Schlussbetrachtung

Durch die Einführung eines neuen Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Freigesprochenen materielle Gerechtigkeit herzustellen, mag vielversprechend klingen. Dieses hoch angesetzte Ziel kann - und darf - § 362 Nr. 5 StPO jedoch nicht erreichen, schließlich ist die Schuld des Freigesprochenen trotz der neu beigebrachten Beweise keinesfalls nachgewiesen.²¹⁶ Ob sein Freispruch tatsächlich zu Unrecht erfolgt und daher „ungerecht“ ist, steht zum Zeitpunkt des Wiederaufnahmeverfahrens nicht fest. § 362 Nr. 5 StPO kann mithin allenfalls die Möglichkeit der Herstellung materieller Gerechtigkeit versprechen. Die Verletzung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze wie der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz in dubio proo, die Aushöhlung des Kernbereichs des Art. 103 Abs. 3 und nicht zuletzt die Verletzung der Menschenwürde rechtskräftig Freigesprochener sind ein hoher Preis für die bloße Aussicht auf ein fragliches Mehr an Gerechtigkeit. Ein, wie das BVerfG und die Mehrheit im Schrifttum zu Recht annehmen, zu hoher Preis. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass § 362 Nr. 5 StPO in der Praxis nur extrem selten zur Anwendung kommen würde.²¹⁷ Eine Norm, die symbolisch für die Missachtung grundlegender Verfassungswerte steht gefährdet den Rechtsstaat ebenso sehr wie ihre Anwendung.

Wer einen Mord oder ein Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch begeht, verstößt gegen alle ethischen und moralischen Grundsätze und bringt seine menschenverachtende Gesinnung zum Ausdruck.²¹⁸ Es lässt sich daher nicht leugnen, dass der ungerechtfertigte Freispruch eines tatsächlich Schuldigen vom Vorwurf dieser schwersten Verbrechen moralisch unerträglich ist. Einen Menschen, dessen Unschuld bereits einmal rechtskräftig festgestellt worden ist, auf Lebenszeit mit der Stigmatisierung als potenzieller Mörder zu brandmarken und der Gefahr lebenslanger Strafverfolgung auszusetzen, ist allerdings ebenfalls unerträglich – nicht nur moralisch, sondern auch vor dem Hintergrund der Rechtsstaatlichkeit und der Menschenwürde.

²¹⁵ Lenk, StV 2022, 118 (122).

²¹⁶ Slognat, ZStW 2021, 741 (757).

²¹⁷ Vgl. Gärditz, Stellungnahme, S. 6

²¹⁸ Pabst, ZIS 2010, 126 (131).

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

Seminararbeit von

Ann-Kathrin Haffelder

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 27.11.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	94
II. Die Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft	94
1. Die staatsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft	94
2. Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft	95
a) Art und Umfang des Weisungsrechts	95
b) Grenzen des Weisungsrechts	96
c) Einordnung	97
III. Kritik am externen Weisungsrecht	97
1. Gefahr politischer Einflussnahmen	97
2. Gefahr des „bösen Anscheins“	98
3. Fehlende Transparenz	98
4. Das Problem des „vorausseilenden Gehorsams“	98
5. Beeinträchtigung der Gewaltenteilung	99
IV. Argumente für das externe Weisungsrecht	99
1. Grundsatz der Parlamentarischen Verantwortung	99
2. Historisches Argument	100
3. Einheitlichkeit der Strafverfolgung und Korrektivfunktion	100
4. Politische Einflussnahme als bloße „Scheingefahr“	100
V. Europäisches Leitbild	101
1. Die Rechtsprechung des EGMR	101
2. Die Rechtsprechung des EuGH	101
a) Urteil vom 27. Mai 2019 (C-508/18, C-82/19 PPU)	102
b) Urteil vom 24. November 2020 (C-510/19 PPU)	102
3. Die Europäische Staatsanwaltschaft	102
4. Einordnung	103
VI. Reformbestrebungen	103
1. Entwurf der FDP-Fraktion	104
2. Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen	104
3. Entwurf des Landes Thüringen	104
4. Referentenentwurf des BMJV	104
VII. Bewertung	104
1. Begründung des Reformbedarfs	105
2. Beschränkung des externen Einzelfallweisungsrechts auf evident rechtswidrige Entscheidungen	106
3. Aufnahme eines Richter..ehalts im IRG	106
4. Kompensationslose Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts	107
5. Sektorale Begrenzung des externen Einzelfallweisungsrechts	108
6. Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts gegen Kompensation	109
7. Ausgliederung aus dem System der Ministerialverantwortlichkeit	109
a) Die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikative	109
b) Verfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Ministerialverantwortlichkeit	110

<i>aa) Parlamentarische Verantwortung der Generalstaatsanwälte</i>	111
<i>bb) Einbeziehung in ein System der selbstverwalteten Justiz</i>	111
VIII. Lösungsvorschlag	112
<i>1. Einführung eines neutralen Aufsichtsorgans</i>	112
<i>2. Transparenzbemühungen</i>	113
IX. Fazit	113

I. Einleitung

Die deutsche Staatsanwaltschaft wird gerne als die „objektivste Behörde der Welt“¹ bezeichnet. Damit soll ausgedrückt werden, dass sie als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ sowohl be- als auch entlastende Tatumstände zu ermitteln hat. Ein Vergleich zum Berufsbild des Richters zeigt jedoch: unabhängig ist sie nicht. Seit ihrer Institutionalisierung 1879 unterstehen Staatsanwälte den Weisungen ihrer Vorgesetzten, insbesondere der Justizminister des Bundes und der Länder. Ebenso alt ist aber auch die Kritik an dieser Weisungsgebundenheit. Denn dass es sich dabei um ein spannungsreiches System handelt, zeigen bereits Fälle aus der jüngeren Vergangenheit. Für mediales Aufsehen sorgte beispielsweise 2015 die bis heute nicht restlos aufgeklärte netzpolitik.org-Affäre, bei der der damalige Generalbundesanwalt *Harald Range* den ehemaligen Bundesjustizminister *Heiko Maas* öffentlich beschuldigte, Einfluss auf Ermittlungen wegen Landesverrats gegen Journalisten des Weblogs netzpolitik.org genommen zu haben, was *Range* am Ende sogar dessen Amt kostete.² Doch obwohl die Debatte um die Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Haftbefehl zuletzt neu aufgeflammt ist, wird diese in der Gesetzgebungspraxis nach wie vor nicht als besonders drängender Reformpunkt des Strafprozessrechts behandelt. So sieht der derzeitige Koalitionsvertrag der „Ampel“-Regierung zwar vage eine „Anpassung“ des Weisungsrechts der Justizminister in Einzelfällen vor,³ entsprechende Gesetzesvorhaben blieben bislang jedoch aus. Anhand vergangener Reformvorschlägen und mit Blick auf europäische Entwicklungen wird daher untersucht, ob die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gestärkt werden sollte und falls ja, wie dies ausgestaltet werden könnte. Die übergeordnete Frage lautet dabei, wo rechtsstaatlich notwendige Kontrolle endet und wo politische Lenkung beginnt.

II. Die Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft

Zur Grundsteinlegung für die weiteren Ausführungen erfolgt zunächst eine Einordnung der Staatsanwaltschaft in das System der Gewaltenteilung, um im Anschluss Art und Umfang sowie die Grenzen ihrer Weisungsgebundenheit darzustellen.

1. Die staatsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft

Eine Zuordnung der Staatsanwaltschaft in das System der Gewaltenteilung ist unerlässlich, um feststellen zu können, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an ihre Weisungsgebundenheit gestellt werden müssen. Allerdings ist die staatsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft nach wie vor nicht endgültig geklärt. Vor allem innerhalb der älteren Literatur wurde sie aufgrund ihrer Aufgaben im Strafprozess und der daraus folgenden Nähe

¹ Zurückzuführen auf *Dr. Hugo Isenbiel* aus einem Plädoyer im Herbst 1900; v. *Liszt* griff den Begriff 1901 in einem kritischen Kontext erneut auf.

² *Rennicke*, NK 2020, 475 (479); *Trentmann*, ZRP 2015, 198 (198 ff.); die netzpolitik.org-Affäre stellt wohl den bekanntesten, nicht aber den einzigen Fall dar, in dem politische Einflussnahmen durch das Justizministerium vermutet werden. Vor Kurzem wurde das Weisungsrecht etwa i. Z. m. Durchsuchungen bei Umweltaktivisten der Letzten Generation diskutiert, siehe *Gerl*, Nur ein falscher Satz?, Süddeutsche Zeitung, 21.06.2023, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-letzte-generation-landtag-warnhinweis-eisenreich-razzia-kriminelle-vereinigung-1.5954177> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

³ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit, Nachhaltigkeit, S. 84, online abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

zu den Strafgerichten als Teil der Judikative angesehen.⁴ Nach heute herrschender Meinung ist die Staatsanwaltschaft hingegen der Exekutive zuzuordnen.⁵ Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau der strukturellen Vorgaben des GG. Entgegen der Legislative, welche durch die Gesetzgebung abstrakt-generelle Entscheidungen trifft, vollzieht die Exekutive diese Gesetze und handelt dabei unmittelbar und in eigener Initiative.⁶ Ein solches Initiativrecht kommt der Staatsanwaltschaft insb. bei der Anwendung des Opportunitätsprinzips gem. §§ 152 Abs. 2, 153 ff., 170 Abs. 1 StPO sowie im Rahmen der Leitung der Ermittlungstätigkeit zu. Dies unterscheidet sie von den (Straf-)Gerichten, die von sich aus nicht zum Einschreiten berechtigt sind.⁷ Auch eine zuletzt vermehrt vertretene Auffassung, wonach die Staatsanwaltschaft als Institution *sui generis* oder vierte Gewalt einzuordnen sei, die zwischen Judikative und Exekutive stehe,⁸ ist auf dieser Grundlage abzulehnen. So ist die Staatsanwaltschaft inhaltlich zwar nicht nur schlicht Teil der allgemeinen Verwaltung, sondern erfüllt als „Justizbehörde“ gemeinsam mit den Gerichten die Aufgabe der Justizgewährung auf dem Gebiet des Strafrechts und ist insoweit als eigenständiges Organ der Rechtspflege in die Justiz eingegliedert.⁹ In Anbetracht ihres Initiativrechts ist sie dennoch als Exekutivorgan, wenn auch mit besonderer Stellung, einzuordnen.

2. Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft

Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft ergibt sich aus den §§ 146, 147 GVG und ist Ausfluss ihrer monokratischen, hierarchischen Organisationsstruktur. Nach § 146 GVG haben die Beamten der Staatsanwaltschaft den Weisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen. § 147 GVG, welcher das „Recht auf Aufsicht und Leitung“ regelt, konkretisiert die staatsanwaltlichen Weisungsverhältnisse abstrakt-personell und stellt klar, dass das Weisungsrecht neben den ersten Beamten der Staatsanwaltschaften (§ 147 Nr. 3 GVG) auch den Landesjustizverwaltungen (§ 147 Nr. 2 GVG) sowie dem Bundesminister der Justiz (§ 147 Nr. 1 GVG) zusteht. Innerhalb dieser „Weisungspyramiden“¹⁰ wird das Weisungsrecht der ersten Beamten der Staatsanwaltschaft als internes Weisungsrecht bezeichnet, dasjenige der Landesjustizverwaltung und des Bundesjustizministers als externes Weisungsrecht, da die Minister selbst keine Staatsanwälte sind.¹¹ Im Sinne der föderalistischen Struktur sind Landes- und Bundesebene zudem streng voneinander zu trennen, sodass Weisungen von Bundes- auf Landesebene und entgegengesetzt unzulässig sind.¹²

a) Art und Umfang des Weisungsrechts

Das GVG enthält keine konkrete Definition des Begriffs der Weisung. Um ein uferloses Begriffsverständnis zu vermeiden, bietet es sich jedoch an, unverbindliche Formen der Beeinflussung, wie Ratschläge, Bitten oder Empfehlungen, aus dem förmlichen Weisungsbegriff auszuklammern.¹³ Auch ist zwischen „allgemeinen Weisungen“

⁴ Wagner, NJW 1963, 8 (10); Görcke, ZStW 1961, 561 (606).

⁵ U.a. BVerfGE 32, 199 (216); 7, 183 (188); Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl. (2021), § 141 Rn. 8; Kluth, NVwZ 2019, 1175 (1175 ff.); Rautenberg, ZRP 2016, 38 (39); Carsten/Rautenberg, Die Geschichte der StA in Deutschland bis zur Gegenwart, 3. Aufl. (2015), S. 373 ff.

⁶ Pradel, Die ministerielle Weisungsgebundenheit der StA, 2022, S. 44 ff.; Koller, Die StA – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde, 1997, S. 130 ff.; Sarstedt, NJW 1964, 1752 (1755).

⁷ Lilie, in: FS Mehle, 2009, S. 359 (364); Große Strafrechtskommission DRV, Gutachten BMJV „Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei“, 2008, S. 38 f.

⁸ U.a. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 9 Rn. 10; Thomas, KriPoZ 2020, 84 (85); Beining, ZJS 2015, 546; Bucher, JZ 1975, 105 (109).

⁹ BVerfGE 9, 223 (228); Krauß, in: LR-StPO, GVG, Bd. 11, 26. Aufl. (2014), § 146 Rn. 16.

¹⁰ Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bd. 1, 131. EL (Mai 2023), Art. 65 Rn. 96; Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, GVG, 66. Aufl. (2023), § 146 Rn. 1.

¹¹ Krauß, in: LR-StPO § 146 Rn. 1; Trentmann, JR 2015, 571 (573).

¹² Krey/Pföhler, NSTZ 1985, 145 (145).

¹³ Pradel, (Fn. 6), S. 62 f.; a.A. Krebs, Die Weisungsgebundenheit des StA, 2002, S. 266.

und „Einzelfallweisungen“ zu unterscheiden.¹⁴ Allgemeine Weisungen sind generelle Anordnungen über den Dienstbetrieb der Staatsanwaltschaft und regeln deren Vorgehen in allen oder einer Vielzahl von Fällen, z.B. die Richtlinien über das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV).¹⁵ Einzelfallweisungen betreffen hingegen die Sachbehandlung oder Rechtsanwendung in einem konkreten Einzelfall und korrespondieren mit entsprechenden Berichtspflichten der Staatsanwälte.¹⁶ Einer bestimmten Bezeichnung oder Form bedürfen Weisungen indessen nicht.¹⁷

b) Grenzen des Weisungsrechts

Trotz fehlender ausdrücklicher Regelung in den §§ 146, 147 GVG sind dem Weisungsrecht enge Grenzen gesetzt. Diese ergeben sich zunächst aus der Bindung der Staatsanwaltschaft an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG.¹⁸ Eine Weisung darf daher nicht etwas fordern, das gegen geltendes Recht verstößt. Von besonderer praktischer Relevanz ist die Frage nach den Grenzen des Weisungsrechts insbesondere, wenn Weisungen Beginn, Fortgang und Abschluss des Verfahrens betreffen. Das Legalitätsprinzip (§§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO) als spezielle Ausformung der Bindung an Gesetz und Recht stellt insofern dessen wichtigste Grenze dar.¹⁹ Es besagt, dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat gegen jeden Verdächtigen einzuschreiten, den Sachverhalt objektiv zu ermitteln und ggf. Anklage zu erheben.²⁰ Begrenzt wird das Weisungsrecht im Konkreten dadurch, dass sich der dienstliche Vorgesetzte nicht wegen Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) oder wegen Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB, § 345 StGB) strafbar machen darf bzw. keine Anweisung erteilen darf, die zur Verletzung dieser Vorschriften führen würde.²¹ Spielräume ergeben sich jedoch, wenn in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum besteht.²² Wo das Gesetz hingegen eine bestimmte Maßnahme verlangt, sind abweichende Weisungen generell unzulässig. Denkbar sind Weisungen daher u.a. bei technisch-taktischen Überlegungen zur Sachverhaltsermittlung oder wenn der Sachstand am Ende des Ermittlungsverfahrens unterschiedliche Einschätzungen zur Verurteilungswahrscheinlichkeit eröffnet.²³ Soweit es um die Beurteilung eines Anfangsverdachts geht, kommen Weisungen hingegen nur bei Unvertretbarkeit der Entscheidung in Betracht.²⁴ Umstritten ist zudem, ob Weisungen auch in der Hauptverhandlung erteilt werden dürfen. Mangels ausdrücklicher Beschränkung im GVG ist dies wohl aber zu bejahen.²⁵ Ferner müssen Weisungen frei von Ermessensfehlern sein, haben das Willkürverbot sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten und dürfen nur der „justizgemäßen“ Einflussnahme dienen.²⁶ Eine vertretbar getroffene Entscheidung darf daher nicht durch eine Weisung ersetzt werden, die auf rein politischen Erwägungen beruht.²⁷ Wichtig ist auch, dass ein Staatsanwalt unwirksamen Weisungen nicht Folge zu leisten hat, sondern nach beamtenrechtlichen

¹⁴ Mayer in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 146 Rn. 4; Renniecke, NK 2020, 475 (477).

¹⁵ Duttge/Kangarani, in: HK-GS, 5. Aufl. (2023), § 147 Rn. 3; Frank, ZRP 2010, 147 (148).

¹⁶ Inhofer, in: BeckOK-GVG, 9. Aufl. (Stand: 15.11.2020), § 146 Rn. 21 f.; Brocke, in: MüKo-StPO, GVG, Bd. 3/2, 2018, § 146 Rn. 1.

¹⁷ Krauß, in: LR-StPO, § 146 Rn. 5; Kissel/Mayer, GVG, § 146 Rn. 8.

¹⁸ BVerfGE 9, 223 (228) = NJW 1959, 871; Mayer, in: KK-StPO, § 146 Rn. 5; Krauß, in: LR-StPO § 146 Rn. 13; Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 Rn. 14.

¹⁹ Diemer in: KK-StPO, § 152, Rn. 4, 14; Wallenta, Deutsche Staatsanwaltschaften zwischen Verfassungsrecht und europäischem Leitbild, S. 20.

²⁰ Diemer, in: KK-StPO, § 152, Rn. 4, 14; Duttge/Kangari, in: HK-GS, § 147 Rn. 4.

²¹ Krauß, in: LR-StPO, § 146 Rn. 13; Wallenta, (Fn. 19), S. 21.

²² Wallenta, (Fn. 19), S. 21; Gärditz, GSZ 2019, 133 (137); Roxin, DRiZ 1969, 385.

²³ Wallenta, (Fn. 19), S. 21; Gärditz, GSZ 2019, 133 (137).

²⁴ Mayer, in: KK-StPO, § 146 Rn. 5; Duttge/Kangarani, in: HK-GS, § 147 Rn. 4 f.

²⁵ U.a. Kintzi, in: FS Wassermann, 1985, S. 899 (912); a.A. Roxin, DRiZ 1969, 385 (386).

²⁶ BVerfGE 9, 223 (228); Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 Rn. 16.

²⁷ Krauß, in: LR-StPO, § 146 GVG, Rn. 15.

Vorschriften (§ 63 Abs. 2 BBG, § 36 Abs. 2 BeamtStG) dazu verpflichtet ist, gegen diese im Wege der Remonstration vorzugehen.²⁸ Wird die Weisung bestätigt, hat der Staatsanwalt diese aber auszuführen, sofern das Verhalten nicht erkennbar strafbar oder ordnungswidrig ist oder eine Verletzung der Menschenwürde darstellt.²⁹ Eine gerichtliche Überprüfung ist hingegen in der Regel ausgeschlossen, da es sich bei Weisungen meist um interne Verwaltungsmaßnahmen ohne Außenwirkung handelt.³⁰

c) Einordnung

Gemäß § 144 GVG tritt der einzelne Staatsanwalt stets als „Vertreter“ des jeweiligen ersten Beamten der Staatsanwaltschaft auf und kann durch seinen Vorgesetzten nach § 145 GVG entweder durch Devolution (Alt. 1) oder durch Substitution (Alt. 2) jederzeit von der Bearbeitung einer Sache entbunden werden. Da Staatsanwälte jedoch nicht den Justizminister vertreten und dieser auch kein Staatsanwalt ist, fehlt ihm das Devolutionsrecht.³¹ Infolgedessen ist allein das interne Weisungsrecht als Ausfluss der §§ 144, 145 GVG konsequent und sogar verfahrensökonomisch und sollte deswegen auch künftig umfassend bestehen bleiben.³² Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich daher allein mit dem externen Weisungsrecht.

III. Kritik am externen Weisungsrecht

Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft wird seit ihrer Einführung misstrauisch beäugt. Dabei lassen sich fünf Kritikpunkte ausmachen, die in diesem Kapitel überblicksweise dargestellt werden.

1. Gefahr politischer Einflussnahmen

Gegen die externe Weisungsbefugnis wird angeführt, dass diese zu einer politischen Einflussnahme auf das Strafverfahren missbraucht werden könnte. Denn obwohl die Staatsanwaltschaft eine Objektivitätsverpflichtung nach § 160 Abs. 2 StPO trifft, verleihe das Einzelfallweisungsrecht dem Justizminister die Befugnis, unmittelbaren Einfluss auf die Strafverfolgung zu nehmen.³³ Dadurch könnten Ermittlungen politisiert werden, indem etwa Weisungen zur Verfahrenseinstellung erteilt werden, wo zum Missfallen ermittelt wird (z.B. bei Regierungsmitgliedern) und umgekehrt Weisungen zum Einschreiten erteilt werden, wo nichts strafrechtlich Relevantes vorgefallen ist (z.B. bei politischen Gegnern). Im Extremfall ermögliche die derzeitige Rechtslage sogar, dass der Staatsanwalt von derjenigen Person abhängig ist, gegen welche er ermitteln soll.³⁴ Begünstigt würde diese Ungleichbehandlung zusätzlich durch die bestehenden Berichtspflichten, die vor allem bei öffentlichkeitswirksamen Verfahren oder Verfahren gegen Personen des öffentlichen Lebens greifen würden.³⁵ Im Ergebnis stehe das Weisungsrecht daher einer objektiven Wahrheitsfindung entgegen und stelle einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar.

²⁸ Mayer, in: KK-StPO, § 146 Rn. 11; Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 Rn. 19.

²⁹ Mayer, in: KK-StPO, § 146 Rn. 11; Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 Rn. 19.

³⁰ Mayer, in: KK-StPO, § 146 Rn. 11; Krey/Pföhler, NSTZ 1985, 145 (152).

³¹ Paeffgen, in: GS Schlüchter, 2002, S. 563 (566); Krey/Pföhler, NSTZ 1985, 145 (146).

³² Krauß, in: LR-StPO, § 146 Rn. 7; Krebs (Fn. 13), S. 138.

³³ Rennie, NK 2020, 475 (478); Thomas, KriPoZ 2020, 84 (89); Carsten/Rautenberg (Fn. 5), S. 507; Rautenberg, DRiZ 2014, 214 (217); Roxin, DRiZ 1969, 385 (386).

³⁴ Reuter, ZRP 2011, 104 (104 ff.); Titz, KritV 2010, 260 (263); Günter, DRiZ 2002, 55 (57, 59); v. Münch, NJW 1996, 2073 (2076); Henn, DRiZ 1972, 152 (152).

³⁵ Inhofen, in: BeckOK-GVG, § 146 Rn. 21; Maier, ZRP 2003, 387 (389).

2. Gefahr des „bösen Anscheins“

Der zweite Kritikpunkt wendet sich gegen die Existenz der externen Weisungsbefugnis abstrakt. Demnach komme es in der Praxis zwar nur selten zu förmlichen Einzelfallweisungen, allein die Existenz dieser Befugnis vermittele jedoch den Eindruck, staatsanwaltliches Handeln könnte außerhalb der Grenzen von Art. 20 Abs. 3 GG durch politische Einflussnahme bestimmt werden.³⁶ Dieser „böse Anschein“³⁷ politischer Einflussnahme sei jedoch geeignet, erhebliche Zweifel an der Unabhängigkeit und Objektivität der Staatsanwaltschaft zu schüren, wodurch das Vertrauen in die staatliche Strafverfolgung und damit letztlich der Rechtsstaat an sich beschädigt werde.³⁸

3. Fehlende Transparenz

Zudem wird die Ausgestaltung des Weisungsrechts innerhalb des GVG kritisiert. Angesichts dessen, dass die §§ 146, 147 GVG weder ausdrückliche Vorgaben zum Umfang, zur entsprechenden Form oder sonstigen Beschränkungen des Weisungsrechts enthalten, sei dessen Ausgestaltung zu ungenau und intransparent.³⁹ Dies habe zur Folge, dass Weisungen meist mündlich erteilt würden und nachträglich daher nicht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden könnten.⁴⁰ Doch selbst wenn eine Weisung ausnahmsweise schriftlich dokumentiert werden sollte, erfolge dies in den Handakten oder Berichtsheften der Staatsanwaltschaft, die Dritten jedoch nicht zugänglich sind (vgl. § 353b StGB).⁴¹ Infolgedessen erfahre der von der Strafverfolgung Betroffene nur selten von der Ausübung des Weisungsrechts.⁴²

4. Das Problem des „vorausseilenden Gehorsams“

Ein weiteres Problem wird in dem Phänomen des „vorausseilenden Gehorsams“ gesehen. Damit wird ein Verhalten beschrieben, wonach ein Staatsanwalt eine bestimmte Entscheidung in der Erwartung vornimmt, dass diese vom Vorgesetzten erwünscht sei.⁴³ Zurückgeführt wird dies auf Bemühungen um ein gutes Verhältnis zum Vorgesetzten, aber auch, damit der einzelne Staatsanwalt Auseinandersetzungen entgehen kann, die unter Umständen über sein weiteres Berufsleben entscheiden könnten.⁴⁴ Erfahrungen aus der Praxis zeigten demnach, dass der Vorgesetzte meist nicht auf sein förmliches Weisungsrecht zurückgreifen müsste, da sich die Staatsanwälte entweder ohnehin der „üblichen Praxis“ anpassen oder unverbindliche und subtile Einflussnahmen für eine Verhaltenssteuerung ausreichen würden.⁴⁵ Die für förmliche Weisungen bestehenden Grenzen fänden dann allerdings keine Anwendung, sodass auf diesem Weg eine Möglichkeit bestünde, das Verfahren „durch die Hintertür“ zu beeinflussen.⁴⁶

³⁶ Dette, ZRP 2014, 94 (94); Frank, ZRP 2010, 147 (148); Titz, KritV 2010, 260 (265); Maier, ZRP 2003, 388 (389).

³⁷ Frank, ZRP 2010, 147 (148); Maier, ZRP 2003, 387 (389).

³⁸ Dette, ZRP 2014, 94 (94); Frank, ZRP 2010, 147 (148); Maier, ZRP 2003, 387 (389); Kintzi, in: FS Wassermann, 1985, S. 899 (909).

³⁹ Pradel (Fn. 6), S. 72; Thomas, KriPoZ 2020, 84 (89); Rautenberg, GA 2006, 356 (357).

⁴⁰ Thomas, KriPoZ 2020, 84 (89); Maier, ZRP 2003, 387 (387 f.).

⁴¹ Thomas, KriPoZ 2020, 84 (89); Maier, ZRP 2003, 387 (387 f.).

⁴² Thomas, KriPoZ 2020, 84 (89); Maier, ZRP 2003, 387 (387 f.).

⁴³ Rautenberg, DRiZ 2014, 214 (217); Kintzi, DRiZ 1987, 457 (461).

⁴⁴ Maier, ZRP 2003, 387 (388); Günter, DRiZ 2002, 55 (64).

⁴⁵ Pradel (Fn. 6), S. 96; Maier, ZRP 2003, 387 (388); Günter, DRiZ 2002, 55 (64).

⁴⁶ Carsten/Rautenberg (Fn. 5), S. 515, 522.

5. Beeinträchtigung der Gewaltenteilung

Auch wird zu bedenken gegeben, dass die Exekutive durch das Weisungsrecht zumindest mittelbar die Möglichkeit habe, in die Unabhängigkeit der Rechtsprechung einzugreifen und damit die Gewaltenteilung zu beeinträchtigen.⁴⁷ Denn da allein die Staatsanwaltschaft entscheidet, ob Ermittlungen eingeleitet werden, auf welche Weise ermittelt und wie das Verfahren abgeschlossen wird, würden entsprechende Weisungen einen „Einbruch der Exekutive in die rechtsprechende Gewalt“⁴⁸ darstellen. Das Legalitätsprinzip würde dadurch praktisch zum Opportunitätsprinzip verkehrt und die richterliche Unabhängigkeit aufgrund der exekutiven Vorauswahl beschränkt.⁴⁹ Im Ergebnis sei ohne eine unabhängige Staatsanwaltschaft daher auch eine unabhängige Rechtsprechung nicht möglich.⁵⁰ Im Übrigen wird ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip erst recht von denjenigen bejaht, die die Staatsanwaltschaft als Teil der Judikative sehen.⁵¹

IV. Argumente für das externe Weisungsrecht

Weiterhin ist auch auf die Gründe einzugehen, welche Befürworter des externen Weisungsrechts für dessen Fortbestand anführen.

1. Grundsatz der Parlamentarischen Verantwortung

Hauptargument für eine Beibehaltung des externen Weisungsrechts ist, dass dadurch das Grundprinzip parlamentarischer Verantwortung im Bereich der Strafverfolgung realisiert werde. Das in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Demokratieprinzip besagt, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und das Volk als Legitimationssubjekt einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt haben muss.⁵² Organisatorisch-personell erfolgt dies durch eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den staatlichen Organen und sachlich-inhaltlich durch die Bindung an Recht und Gesetz verbunden mit der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive.⁵³ Diese wird dadurch realisiert, dass jeder Verwaltungsbereich einem für dieses Ressort zuständigen Regierungsminister unterstellt wird, der wiederum dem Parlament gegenüber verantwortlich ist.⁵⁴ Nach dem *BVerfG* können von diesem Grundsatz der Ministerialverantwortlichkeit zwar Ausnahmen zulässig sein,⁵⁵ es gebe jedoch auch Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen werden dürften.⁵⁶ Befürworter des Weisungsrechts betonen nun, dass es sich bei der Strafverfolgung angesichts ihrer Eingriffsintensität um eine derartige Regierungsaufgabe handle.⁵⁷ Da staatsanwaltliche Ermittlungen, anders als gerichtliche Hauptverhandlungen, zudem meist im Geheimen stattfinden, wären die insofern getroffenen Entscheidungen ohne

⁴⁷ Stötzel, KritV 2010, 268; Frank, ZRP 2010, 147 (148); Maier, ZRP 2003, 388.

⁴⁸ Günter, DRiZ 2002, 55 (60).

⁴⁹ Dwars, Die Unabhängigkeit der StA, 2019, S. 104; Rautenberg, ZRP 2016, 38 (39).

⁵⁰ Rautenberg, ZRP 2016, 38 (39); Stötzel, KritV 2010, 268; Frank, ZRP 2010, 147 (148); Maier, ZRP 2003, 388 (389); Henn, DRiZ 1972, 152 (152 f.).

⁵¹ Henn, DRiZ 1972, 152; Wagner, NJW 1963, 8 (10); Görcke, ZStW 1961, 561 (606).

⁵² BVerfGE 83, 60 (72); 80, 155 (182); 93, 37 (67); 109, 59 (87).

⁵³ Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. (2015), Art. 20 Rn. 111 f., 121; Abgeordnetenhaus Berlin, Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und der Fraktion Die Linke v. 17.11.2023, Bundratsinitiative für ein Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften und der strafrechtlichen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Drs. 19/1296, S. 4.

⁵⁴ BVerfGE 9, 269 (281 f.); Sennekamp, NVwZ 2010, 213 (214 f.).

⁵⁵ Insofern wird häufig von ministerialfreien bzw. -reduzierten Räumen gesprochen, u.a. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 201.

⁵⁶ BVerfGE 9, 269 (282); 22, 106 (113 f.).

⁵⁷ U.a. DAV, Stellungnahme 6/2021, S. 4, online abrufbar unter: <https://t.ly/tRh86> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023); Ambos, JZ 2019, 732 (735); Gärditz, GSZ 2019, 133 (139); Strate, ZRP 2014, 94 (49).

das externe Weisungsrecht keiner parlamentarischen Kontrolle zugänglich.⁵⁸ Eine unabhängige Staatsanwaltschaft würde daher einen unkontrollierten Teil der Exekutive mit einer Machtfülle darstellen, die sonst niemand im Staat besäße.⁵⁹ Das Weisungsrecht des Justizministers sei daher zwingende Voraussetzung für die ihm auferlegte Verantwortung, denn nur dort, wo eine Möglichkeit zur Einflussnahme besteht, kann der Justizminister auch Verantwortung übernehmen und die entsprechende Kontrolle durch das Parlament gewährleistet werden.⁶⁰

2. Historisches Argument

Ebenso spreche eine historische Betrachtung für das Festhalten am externen Weisungsrecht. So wurde mit der Institutionalisierung der Staatsanwaltschaft im damaligen Preußen das Ziel verfolgt, die Übermacht der Richterschaft einzudämmen und für die Kontrolle der Polizeibehörden zu sorgen.⁶¹ In der Bevölkerung hatten die damaligen Straferichte, die im Inquisitionsprozess im Rahmen eines geheimen und schriftlichen Verfahrens oft willkürlich entschieden hatten, erheblich an Vertrauen verloren.⁶² Zur Lösung dieses Problems wurde die Staatsanwaltschaft als Organ des Justizministers und als strikt von dem erkennenden Gericht zu unterscheidende Institution zum Schutz der Bürger geschaffen.⁶³ Befürworter des Weisungsrechts befürchten, dass mit der Einführung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft wieder vermehrte Willkür in die Strafrechtspflege einziehen würde.⁶⁴ Staatsanwälte wären dann faktisch bloß noch umetikettierte Richter, was eine Konstellation vergleichbar zum Inquisitionsprozess und einen Rückschritt vom derzeit geltenden System von „checks and balances“ bedeute.⁶⁵

3. Einheitlichkeit der Strafverfolgung und Korrektivfunktion

Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass durch das Weisungsrecht auf eine angemessene, berechenbare und dem Gleichheitsgrundsatz Rechnung tragende Strafverfolgung hingewirkt werden könnte.⁶⁶ Jedenfalls dort, wo der Staatsanwaltschaft ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eingeräumt ist, könnte durch allgemeine Weisungen sichergestellt werden, dass vergleichbare Sachverhalte in vergleichbarer Weise behandelt werden und nicht allein der Einschätzung des jeweils zuständigen Staatsanwalts unterliegen.⁶⁷ Darüber hinaus bestünde durch das Einzelfallweisungsrecht auch die Möglichkeit, rechtswidrige Entscheidungen einzelner Staatsanwälte zu korrigieren, wodurch schon im Ermittlungsstadium Fehler ausgeräumt und möglichen Justizirrtümern vorgebeugt werden könnte.⁶⁸ Das externe Weisungsrecht stelle insofern ein, für die Strafverfolgung notwendiges, Korrektiv dar.⁶⁹

4. Politische Einflussnahme als bloße „Scheingefahr“

Ein Festhalten am externen Weisungsrecht wird auch mit Blick auf dessen enge Grenzen befürwortet. Neben dis-

⁵⁸ Andoor, ZRP 2019, 154 (145); Dwars (Fn. 49), S. 202; Beining, ZJS 2015, 546 (550).

⁵⁹ Sarstedt, NJW 1964, 1752 (1755).

⁶⁰ Pradel (Fn. 6), S. 83; Hund, ZRP 1994, 470 (472); Sarstedt, NJW 1964, 1752 (1755).

⁶¹ Hund, ZRP 1994, 470 (471); Otto, Die preußische Staatsanwaltschaft, 1899, S. 11.

⁶² Andoor, ZRP 2019, 154 (154); Hund, ZRP 1994, 470 (471); Otto (Fn. 61), S. 11.

⁶³ Andoor, ZRP 2019, 154 (154); Strate, ZRP 2014, 94 (94); Hund, ZRP 1994, 470 (471); Otto (Fn. 61), S. 11.

⁶⁴ Gössel, GA 1980, 325 (335); Kunert, in: FS Wassermann, 1985, S. 915 (923).

⁶⁵ DAV (Fn. 57), S. 4; Strate, ZRP 2014, 94; Hund, ZRP 1994, 470 (471).

⁶⁶ Inhofer, in: BeckOK-GVG, § 146 Rn. 2.

⁶⁷ Krauß, in: LR-StPO, § 146 Rn. 4, 7; Hund, ZRP 1994, 470 (473); Gössel, GA 1980, 325 (344).

⁶⁸ Paeffgen, in: FS Schlüchter, 2002, S. 563 (571); Sarstedt, NJW 1964, 1752 (1755).

⁶⁹ Combé, Stellung und Objektivität der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, 2007, S. 64.

ziplinar- und strafrechtlichen Sanktionsandrohungen würden vor allem Institute wie das Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO) eine rechtskonforme Ausübung hinreichend gewährleisten. Politische Einflussnahmen wären zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, die Bindung des Justizministers an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ließe missbräuchlichen Weisungen jedoch nur wenig Raum.⁷⁰ Weiterhin wird betont, dass eine bloß theoretische Missbrauchsgefahr naturgemäß für jede Weisungsbefugnis in einer Hierarchie bestehe und Staatsanwälte von Gesetzes wegen nicht verpflichtet sind, unwirksamen Weisungen Folge zu leisten.⁷¹ Auch dürfe nicht außer Acht gelassen werden, dass der Justizminister für Weisungen die volle Verantwortung trägt und letztlich mit seinem Amt haftet. Aufgrund der Vielzahl der am Ermittlungsverfahren beteiligten Personen sei eine Geheimhaltung der Weisung jedoch unwahrscheinlich bzw. begeben sich der Minister in einem solchen Fall völlig in die Hand der Personen, die Kenntnis von dem Sachverhalt haben.⁷² Infolgedessen würden vor allem externe Einzelfallweisungen in der Praxis nur sehr selten erteilt, sodass der Vorwurf der politischen Einflussnahme eine bloße Scheingefahr sei.⁷³

V. Europäisches Leitbild

Auf europäischer Ebene haben sich die obersten Gerichte bereits mehrfach zur Weisungsgebundenheit von Staatsanwaltschaften geäußert. Die insofern aufgestellten Grundsätze sowie die Ausgestaltung der noch jungen Institution der Europäischen Staatsanwaltschaft werden in diesem Kapitel dargestellt.

1. Die Rechtsprechung des EGMR

Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)* äußerte sich im Rahmen seiner Rechtsprechung im Kontext von Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zur externen Weisungsgebundenheit von Staatsanwaltschaften.⁷⁴ Nach Ansicht des *EGMR* können demnach nur solche Personen mit einer Haftprüfung betraut werden, die eine „richterähnliche“ Unabhängigkeit genießen, mithin politisch unabhängig sind.⁷⁵ Infolgedessen erkennt der *EGMR* extern weisungsabhängige Staatsanwaltschaften aufgrund der mit dem Weisungsrecht einhergehenden Gefahr der politischen Einflussnahme nicht als unabhängige Prozesspartei an, sodass diese auch nicht mit einer Haftprüfung betraut werden können.⁷⁶

2. Die Rechtsprechung des EuGH

Vor allem die Rechtsprechung des *EuGH* zum Europäischen Haftbefehl hatte in der jüngeren Vergangenheit großen Einfluss auf die Entwicklungen im Europäischen Raum und ist daher für die zu untersuchende Fragestellung von wesentlicher Bedeutung.

⁷⁰ *Andoor*, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 6.5.2020, S. 10, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/stellungnahme-andoor-unabh-sta.pdf> (zuletzt abgerufen: 26.11.2023); *Hund*, ZRP 1994, 470 (473).

⁷¹ *Andoor* (Fn. 70), S. 10; *Hund*, ZRP 1994, 470 (473).

⁷² *Andoor* (Fn. 70), S. 7; *Hund*, ZRP 1994, 470 (473).

⁷³ *Magnus*, GA 2014, 390 (393); *Hund*, ZRP 1994, 470 (473); *Otto* (Fn. 61), S. 167.

⁷⁴ Bereits *EGMR*, Urt. v. 28.10.1998 – 24760/94; Urt. v. 25.3.1999 – 31195/96.

⁷⁵ *EGMR*, Urt. v. 25.3.1999 – 31195/96 = NJW 2000, 2883, Rn. 49; *Pradel* (Fn. 6), S. 127.

⁷⁶ *EGMR*, Urt. v. 25.3.1999 – 31195/96 = NJW 2000, 2883, Rn. 49.

a) Urteil vom 27. Mai 2019 (C-508/18, C-82/19 PPU)

Der *EuGH* hatte sich mit zwei Vorlagen des irischen Supreme Courts und des irischen High Courts zu befassen, die die Frage betrafen, ob die deutsche Staatsanwaltschaft zum Erlass eines Europäischen Haftbefehls befugt ist. Mit Urteil vom 27. Mai 2019 hat der *EuGH* dies im Ergebnis eindeutig verneint. Kern des Problems war, dass nach Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl⁷⁷ nur eine „Justizbehörde“ einen Europäischen Haftbefehl ausstellen kann. Insofern hatte der *EuGH* bereits in früheren Entscheidungen klargestellt, dass eine „ausstellende Justizbehörde“ in diesem Sinne nicht nur Gerichte, sondern auch solche Behörden sein können, die in den Mitgliedstaaten an der Strafrechtspflege mitwirken; mithin auch Staatsanwaltschaften, nicht jedoch Polizeibehörden.⁷⁸ Der Begriff ist aber dahingehend auszulegen, dass darunter nicht Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen können, die „unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers,“ unterworfen sind.⁷⁹ Die deutsche Staatsanwaltschaft ist demnach aufgrund ihrer externen Einzelfallweisungsabhängigkeit nicht als „ausstellende Justizbehörde“ anzusehen und daher auch nicht berechtigt, Europäische Haftbefehle eigenverantwortlich auszustellen.⁸⁰ Irrelevant ist nach dem *EuGH* hingegen, ob im konkreten Fall überhaupt eine Weisung erteilt wurde.⁸¹

b) Urteil vom 24. November 2020 (C-510/19 PPU)

In einem Vorabentscheidungsersuchen des Appellationshofes Brüssel hinsichtlich der niederländischen Staatsanwaltschaft hat der *EuGH* seine Anforderungen an die Unabhängigkeit der „ausstellenden Justizbehörde“ auch auf den Begriff der „vollstreckenden Justizbehörde“ i.S.v. Art. 6 Abs. 2 RB-EUHb übertragen.⁸²

3. Die Europäische Staatsanwaltschaft

Seit 2017 existiert mit Einführung der Europäischen Staatsanwaltschaft erstmals in der Geschichte der EU eine Behörde der gemeinsamen Strafverfolgung.⁸³ Nach Art. 4 EUStA-VO besteht ihre Aufgabe in der Ermittlung, Verfolgung und Anklage von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU und somit in dem Schutz des EU-Haushalts.⁸⁴ Zudem soll der Informationsaustausch zwischen den europäischen Mitgliedstaaten gefördert und zu einer effektiven, grenzüberschreitenden Strafverfolgung beigetragen werden.⁸⁵ Nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUStA-VO ist die Europäische Staatsanwaltschaft außerdem unabhängig und darf daher externe Weisungen weder einholen noch entgegennehmen.⁸⁶ Da die Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft intern hingegen streng hierarchisch aufgebaut ist, existiert ein internes Weisungsrecht.⁸⁷ Art. 6 Abs. 2 EUStA-VO enthält zudem eine Rechtsstaatsverpflichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft gegenüber dem Europäischen Parlament, dem Europäischen Rat und der Europäischen Kommission, im Zuge derer sie sich für ihre Tätigkeit

⁷⁷ Rahmenbeschluss des Rates v. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten 2002/584/JI (ABl. Nr. L 190, S. 1), zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndRB 2009/299/EG v. 26.02.2009 (ABl. Nr. L 81 S. 24).

⁷⁸ *EuGH*, Urt. v. 10.11.2016, C-452/16, C-477/16 PPU.

⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 27.5.2019, C-598/18/C-82/19 PPU, Rn. 88.

⁸⁰ *EuGH*, Urt. v. 27.5.2019, C-598/18/C-82/19 PPU, Rn. 90.

⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 27.5.2019, C-598/18/C-82/19 PPU, Rn. 89.

⁸² *EuGH*, Urt. v. 24.11.2020, C-510/19 PPU, Rn. 70.

⁸³ Rat der Europäischen Union Verordnung (EU) 2017/1939 v. 12.10.2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA).

⁸⁴ Petrasch, CCZ 2021, 126 (126 f.); Kuhlhanek, DRiZ 2020, 442 (442).

⁸⁵ Magnus, HRRS 2018, 143 (143).

⁸⁶ Burchard, in: Herrfeld/Brodowski/Burchard, European Public Prosecutors Office: EPPO, 2021, Art. 6 Rn. 1.

⁸⁷ Magnus, HRRS 2018, 143 (151 f.).

verantworten muss. Die Rechenschaftspflicht dient insofern dem Ausgleich ihrer externen Unabhängigkeit.⁸⁸

4. Einordnung

Deutlich wird, dass Europäische Institutionen in den letzten Jahren wiederholt Impulse für eine Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gesetzt haben. Insofern wird vielfach von einem „europäischen Leitbild“ weisungsunabhängiger Staatsanwälte gesprochen.⁸⁹ Die Konzeption der Europäischen Staatsanwaltschaft als institutionell unabhängige Strafverfolgungsbehörde zeigt, dass nach dem unionsrechtlichen Rechtsstaatsverständnis die Strafverfolgung weitestgehend vor exekutiver Einflussnahme zu schützen ist und deckt sich insofern mit der Rechtsprechung des *EGMR* und des *EuGH*.⁹⁰ Wichtig ist jedoch, dass Deutschland allein aufgrund dieser europäischen Haltung nicht unmittelbar dazu gezwungen ist, das Weisungsrecht abzuschaffen. Denn erstens gehören die Gerichtsverfassungen zu den tragenden Verfassungsstrukturen nach Art. 4 Abs. 2 EUV, deren Unterschiede die EU zu respektieren hat.⁹¹ Zweitens fordert der *EuGH* in seinen Entscheidungen nicht unmittelbar die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, sondern lediglich, dass ein Europäischer Haftbefehl von einer unabhängigen Behörde ausgestellt und vollstreckt wird.⁹² Dies zeigt auch ein späteres Urteil, worin der *EuGH* seine Rechtsprechung dahingehend konkretisiert hat, dass auch externen Einzelfallweisungen unterstehende (hier österreichische) Staatsanwaltschaften Europäische Haftbefehle ausstellen können, sofern diese von einem unabhängigen Gericht bewilligt werden.⁹³ Außerdem ist festzuhalten, dass allein das externe Einzelfallweisungsrecht einer Handlungsfähigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft als „Justizbehörde“ entgegensteht. Alle übrigen Formen des Weisungsrechts hat der *EuGH* hingegen akzeptiert.⁹⁴ Dennoch hatte die Rechtsprechung des *EuGH* erhebliche praktische Auswirkungen, da infolgedessen alle bestehenden, von deutschen Staatsanwaltschaften ausgestellten Europäischen Haftbefehle wirkungslos wurden. Deutschland änderte daraufhin seine Verfahrenspraxis dahingehend, dass Europäische Haftbefehle durch die Gerichte nach einer europarechtskonformen Auslegung der § 77 IRG i.V.m. §§ 131 Abs. 1, 457 Abs. 3 StPO ausgestellt und vollstreckt werden.⁹⁵ Unklar ist derzeit jedoch, ob der *EuGH* seine Rechtsprechung auch auf andere Instrumente europäischer Zusammenarbeit erstreckt. Die Frage, ob deutsche Staatsanwaltschaften Europäische Ermittlungsanordnungen erlassen und validieren dürfen hat der *EuGH* zuletzt allerdings bejaht.⁹⁶

VI. Reformbestrebungen

In Reaktion auf die Rechtsprechung des *EuGH* wurden in der vergangenen Legislaturperiode mehrere Reformentwürfe veröffentlicht, die die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in unterschiedlichem Maße zu stärken versuchten. Ein Überblick erfolgt in diesem Kapitel, um anschließend beurteilen zu können, ob die Entwürfe als Grundlage für ein künftiges Reformvorhaben erneut herangezogen werden sollten.

⁸⁸ Burchard, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, Art. 6 Rn. 1.

⁸⁹ U.a. Wallenta (Fn. 19), S. 48; Killmer, DRiZ 2020, 304 (305); Kluth, NVwZ 2019, 1175 (1177); Hannich, DRiZ 2003, 249 (250).

⁹⁰ Pradel (Fn. 6), S. 148; Petrasch, CCZ 2021, 126 (132).

⁹¹ Pradel (Fn. 6), S. 139; Gärditz, GSZ 2019, 133 (135).

⁹² Andoor (Fn. 70), S. 13 f, ZRP 2019, 145 (145); Kluth, NVwZ 2019, 1175 (1177).

⁹³ *EuGH*, Urt. v. 9.10.2019 (C-489/19 PPU).

⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.12.2019 (C-566/19 PPU, C-626/19 PPU, C-627-19 PPU).

⁹⁵ Wallenta (Fn. 19), S. 28; Böhm, NZWiSt 2019, 325 (328).

⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 08.12.2020 (C-584/19 PPU), Rn. 75, 56-69.

1. Entwurf der FDP-Fraktion

Im Juni 2019 hat die FDP-Fraktion einen Gesetzentwurf im Deutschen Bundestag vorgelegt, wonach das externe Einzelfallweisungsrecht vollständig und kompensationslos abgeschafft werden sollte.⁹⁷ Die allgemeine Weisungsbefugnis sollte hingegen unberührt bleiben, um eine gleichmäßige Rechtsanwendung zu gewährleisten.⁹⁸

2. Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Im September 2019 forderte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die Bundesregierung dazu auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen, wonach das externe Einzelfallweisungsrecht auf die Intervention bei evident rechtswidrigen Entscheidungen sowie bei auf Fälle von Ermessensfehl- oder Ermessensnichtgebrauch beschränkt werden sollte.⁹⁹ Zudem sollten Transparenzregeln definiert werden, der Status des Generalbundesanwalts als politischer Beamter wegfallen und eine Gerichtszuständigkeit für den Erlass Europäischer Haftbefehle gesetzlich verankert werden.¹⁰⁰

3. Entwurf des Landes Thüringen

Nach einem Antrag des Landes Thüringen im Bundesrat im Oktober 2020 sollte das Einzelfallweisungsrecht der Landesjustizverwaltung auf Fälle beschränkt werden, in denen ein Generalstaatsanwalt gegen eine rechtswidrige oder fehlerhafte staatsanwaltliche Entscheidung nicht einschreitet und das Weisungsrecht zusätzlich mit Anhörungs-, Begründungs- und Dokumentationspflichten versehen werden.¹⁰¹

4. Referentenentwurf des BMJV

Zuletzt sah der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) Anfang 2021 veröffentlichte Referentenentwurf eine bereichsspezifische Einschränkung des externen Einzelfallweisungsrechts bei der Ausstellung und Vollstreckung Europäischer Haftbefehle sowie sämtlicher Instrumente der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen innerhalb der EU vor.¹⁰² Zudem sollten die Grenzen des Weisungsrechts, namentlich der Legalitätsgrundsatz, das Bestehen eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums sowie das Verbot justizfremder Erwägungen, klarstellend festgehalten und für externe Weisungen ein Schriftlichkeits- und Begründungserfordernis eingeführt werden.¹⁰³

VII. Bewertung

Die zuvor dargestellten Entwürfe werden nun unter Hinzunahme weiterer wissenschaftlich diskutierter Reformvorschläge bewertet und auf dieser Grundlage anschließend ein eigener Lösungsansatz hergeleitet.

⁹⁷ BT-Drs. 19/11095, S. 3 (am 28.5.2020 v. BT abgelehnt; 19/163, 20329B).

⁹⁸ BT-Drs. 19/11095, S. 2.

⁹⁹ BT-Drs. 19/13516 (am 28.5.2020 v. BT abgelehnt; 19/163, 20329B).

¹⁰⁰ BT-Drs. 19/13516, S. 2.

¹⁰¹ BR-Drs. 644/20, S. 1 ff.

¹⁰² BMJV Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigen Staatsanwaltschaft und der strafrechtlichen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 10.2.2021, S 2, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Unabhaengigkeit_Staatsanwaltschaften.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹⁰³ Ebd.

1. Begründung des Reformbedarfs

Im Ausgangspunkt ist wichtig, dass das externe Weisungsrecht bei sachgerechter Ausübung der staatsanwaltlichen Objektivitätsverpflichtung nicht entgegensteht. Vielmehr können externe Weisungen auf eine einheitliche Strafverfolgung hinwirken, im Einzelfall unsachgemäße staatsanwaltliche Entscheidungen korrigieren und damit sogar einen Beitrag zur Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens leisten.¹⁰⁴ Auch ist richtig, dass allein die Bindung an das Legalitätsprinzip und die Objektivitätsmaxime nicht ausreicht, um eine demokratische Legitimation und Kontrolle der Staatsanwaltschaft als Exekutivorgan zu gewährleisten.¹⁰⁵ Ihre externe Weisungsgebundenheit erscheint daher mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 GG nicht nur verfassungskonform, sondern sogar verfassungsrechtlich erforderlich. Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das externe Weisungsrecht unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten derzeit defizitär ausgestaltet ist. Hervorzuheben ist insbesondere die mit externen Weisungen jedenfalls potenziell verbundene Gefahr der politischen Einflussnahme auf die Strafverfolgung.¹⁰⁶ Zwar besteht eine solche theoretische Missbrauchsgefahr naturgemäß für jede Weisungsbefugnis in einer Hierarchie und damit auch bei behördeninternen Weisungen.¹⁰⁷ Der entscheidende Unterschied ist jedoch in der Person des weisungsberechtigten Justizministers zu sehen: Dieser unterliegt als Politiker in besonderer Weise der aktuellen politischen Stimmungslage, sodass vor allem bei Ermittlungen gegen Mitglieder der Regierung oder bei Verfahren von politischer Relevanz die Annahme eines Loyalitätskonflikts naheliegt.¹⁰⁸ Auch wenn in solchen Fällen die Augen der Öffentlichkeit missbräuchliche Weisungen unwahrscheinlicher erscheinen lassen, zeigen Fälle wie die netzpolitik.org-Affäre, die Cum-Ex-Geschäfte oder Dieselgate, bei denen politische Einflussnahmen durch das Justizministerium vermutet werden, dass eine derartige Missbrauchsgefahr alles andere als abstrakt ist.¹⁰⁹ Zweifellos ist eine politische Beeinflussung des Strafverfahrens in einem Rechtsstaat jedoch nicht hinnehmbar und muss so effektiv wie nur möglich ausgeschlossen werden. Gerade dies vermag die geltende Rechtslage nicht zu gewährleisten. So ist die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Weisungsrechts eindeutig zu ungenau und intransparent. Für den von der Strafverfolgung Betroffenen besteht derzeit kaum eine Möglichkeit, von einer entsprechenden Weisung Kenntnis zu erlangen und auch eine gerichtliche Überprüfung ist in der Regel ausgeschlossen.¹¹⁰ Vor allem jedoch unterhalb der Schwelle zur förmlichen Weisung bestehen für den Justizminister unzählige Möglichkeiten, auf subtile Weise Einfluss zu nehmen, ohne dass die für förmliche Weisungen bestehenden Grenzen dem etwas entgegengesetzt könnten.¹¹¹ Da solche Einflussnahmen nach einer Studie der Staatengruppe gegen Korruption durchaus vorkommen,¹¹² kann der Reformbedarf auch nicht mit dem bloßen Verweis auf die geringe praktische Bedeutung förmlicher Weisungen abgelehnt werden.¹¹³ Dass einige Bundesländer Leitlinien zur Selbstbindung bei der Ausübung des externen Weisungsrechts erlassen haben, um Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen,¹¹⁴ ist allein ebenfalls nicht ausreichend, um diese Bedenken auszuräumen. Vor allem aber die Entwicklungen im europäischen

¹⁰⁴ Pradel (Fn. 6), S. 99; Krebs (Fn. 13), S. 127; Gössel, GA 1980, 325 (344).

¹⁰⁵ Pradel (Fn. 6), S. 100 f.; Koller, (Fn. 6), S. 324; Krebs (Fn. 13), S. 127.

¹⁰⁶ Carsten/Rautenberg (Fn. 5), S. 507 unter Verweis auf Neumann, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M., Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 197 (200).

¹⁰⁷ Hund, ZRP 1994, 470 (473).

¹⁰⁸ Maier, ZRP 2003, 387 (388 f.); v. Münch, NJW 1996, 2073 (2076).

¹⁰⁹ Pradel (Fn. 6), S. 116; Pfortner, KritV 2008, 455 (459); Marwardt, in: FS Böttcher, 2007, S. 93 (93); Günter, DRiZ 2002, 55 (57 f.).

¹¹⁰ Mayer, in: KK-StPO, § 146 Rn. 11; Thomas, KriPoZ 2020, 84 (86, 89).

¹¹¹ Rautenberg, DRiZ 2014, 214 (217); Bucher, JZ 1975, 105 (107).

¹¹² GRECO Eval IV Rep (2014), 1E (Ziffer 204), S. 55

¹¹³ Rautenberg, ZRP 2016, 38 (40); Titz, KritV 2010, 260 (263 f.).

¹¹⁴ Näher Dwars (Fn. 49), S. 125 ff.

Raum verdeutlichen die Dringlichkeit des Reformbedarfs. Denn trotz der fehlenden unmittelbaren Bindungswirkung erzeugt die Rechtsprechung des *EuGH* einen mittelbaren Druck auf die derzeitige Rechtslage, da die Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft in Folge der voranschreitenden Europäisierung der internationalen Strafverfolgung nicht mehr nur innerstaatliche Bedeutung hat.¹¹⁵ Die Aussagen des *EuGH* müssen daher Beachtung finden, ansonsten hat dies erhebliche Auswirkungen auf das Ansehen des deutschen Rechtssystems und damit auch auf die internationale Zusammenarbeit, die nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf einem Vertrauen in die jeweiligen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gründet.¹¹⁶ Auch im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten, die sich in den letzten Jahren zunehmend für eine Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft entschieden haben,¹¹⁷ sollte Deutschland daher mit europäischen Entwicklungen Schritt halten. Dass die Regierung insofern hinter ihren Ankündigungen im Koalitionsvertrag zurückbleibt, stellt auch die EU-Kommission in ihrem Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2023 ausdrücklich fest.¹¹⁸ Im Ergebnis erfüllt die derzeitige Rechtslage somit weder europäische noch rechtsstaatliche Standards. Eine Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ist daher zwingend erforderlich.

2. Beschränkung des externen Einzelfallweisungsrechts auf evident rechtswidrige Entscheidungen

Sofern das externe Weisungsrecht entsprechend den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und des Landes Thüringen inhaltlich auf Fälle evident rechtswidriger Entscheidungen beschränkt werden soll,¹¹⁹ ist dies jedoch nicht überzeugend. Denn da die Justizminister letztendlich selbst entscheiden können, wann ein solcher Weisungsfall besteht, wäre damit auch weiterhin ein „böser Anschein“ politischer Einflussnahme auf die Strafverfolgung gegeben.¹²⁰ Der Befürchtung, dass ein Justizminister, der aus politischen Gründen Einfluss auf ein Strafverfahren nehmen möchte, dies auch unter dem Deckmantel der Korrektur von Rechtsfehlern tun würde,¹²¹ ist insofern zuzustimmen. Darüber hinaus halten die Anträge im Kern am externen Einzelfallweisungsrecht fest, sodass deutsche Staatsanwaltschaften Europäische Haftbefehle auch künftig nicht ausstellen und vollstrecken könnten.

3. Aufnahme eines Richtervorbehalts im IRG

Um die Rechtsprechung des *EuGH* aufzufangen, sieht der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen daher die Aufnahme einer Gerichtszuständigkeit für die Ausstellung Europäischer Haftbefehle im IRG vor.¹²² Auch der Koalitionsvertrag lässt erkennen, dass die Regierung eine solche gerichtliche Zuständigkeit für erforderlich erachtet.¹²³ Dies könnte dadurch umgesetzt werden, dass das zuständige Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft über die Stellung eines Auslieferungsersuchens entscheidet („Antragslösung“) oder die Staatsanwaltschaft das Ersuchen stellt, welches zuvor gerichtlich überprüft und bestätigt wurde („Validierungslösung“).¹²⁴ Letztendlich stellt

¹¹⁵ Wallenta (Fn. 19), S. 49; Thomas, KriPoZ 2020, 84 (90).

¹¹⁶ Böhm, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages am 6.5.2020, S. 2, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/stellungnahme-boehm-unabh-sta.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023); Rennicke, NK 2020, 475 (487).

¹¹⁷ Näher Dwars (Fn. 49), S. 151 ff; Carsten/Rautenberg (Fn. 5), S. 386.

¹¹⁸ Europäische Kommission, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2023, Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland, 5.7.2023, S. 2, online abrufbar unter: <https://t.ly/PVv9z> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹¹⁹ BT-Drs. 19/13516, S. 2; BR-Drs. 644/20, S. 1.

¹²⁰ DRB, Stellungnahme 05/20, S. 9 f., online abrufbar unter: <https://t.ly/Jq0IU> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023); Rennicke, NK 2020, 475 (486 f.).

¹²¹ Rennicke, NK 2020, 475 (486 f.).

¹²² BT-Drs. 19/13516, S. 1 f.

¹²³ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 84.

¹²⁴ Wallenta (Fn. 19), S. 37.

der Gang in den Richtervorbehalt jedoch lediglich den Versuch dar, die Handlungsfähigkeit Deutschlands im Bereich der internationalen Strafverfolgung zu gewährleisten, ohne dabei den rechtsstaatlichen Defiziten des Weisungsrechts zu begegnen. Auch verkennen entsprechende Lösungsvorschläge, dass die Ausstellung Europäischer Haftbefehle für die Gerichte mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden ist und die Gefahr längerer Verfahrensdauer besteht.¹²⁵ Dies entspricht jedoch nicht der unionsrechtlich gewollten Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens durch das Prinzip gegenseitiger Anerkennung.¹²⁶ Zuletzt führt die Aufnahme eines Richtervorbehalts zu einer Beschneidung der der Staatsanwaltschaft durch die StPO zugewiesenen Rolle als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ und als Vollstreckungsbehörde, zumal eine Ausweitung der *EuGH*-Vorgaben auf andere Instrumente der internationalen Strafverfolgung Stand jetzt nicht ausgeschlossen ist.¹²⁷ Im Ergebnis ist die Aufnahme eines Richtervorbehalts daher abzulehnen.

4. Kompensationslose Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts

Die kompensationslose Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts stellt einen der meistvertretenen Vorschläge innerhalb der Reformdiskussion dar.¹²⁸ Auf den ersten Blick erscheint der Ruf nach einer von externen Einzelfallweisungen gänzlich unabhängigen Staatsanwaltschaft auch besonders rechtsstaatlich und erstrebenswert. So ist der Begründung des FDP-Entwurfs insofern zuzustimmen, dass innerhalb des externen Einzelfallweisungsrechts die Gefahr unzulässiger politischer Einflussnahmen am größten ist und dadurch das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat beschädigt wird.¹²⁹ Auch werden durch eine Abschaffung der externen Einzelfallweisungsbezugnis die Anforderungen des *EuGH* an eine unabhängige Justizbehörde erfüllt und die Handlungsfähigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft im Bereich der internationalen Strafverfolgung aufrechterhalten. Sofern eine Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts jedoch damit begründet wird, dass der Exekutive durch die fortbestehende allgemeine Weisungsmöglichkeit hinreichende Lenkungsbefugnisse verblieben,¹³⁰ ist dies aus verfassungsrechtlicher Sicht abzulehnen. Denn wie bereits mehrfach herausgestellt wurde, bedarf die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft als Exekutivorgan der demokratischen Legitimation und parlamentarischen Verantwortung. Von dem Grundsatz der Ministerialverantwortlichkeit kann es zwar auch Abweichungen geben und entstandene Legitimationsdefizite („Einflussknicke“) verfassungsrechtlich gerechtfertigt oder kompensiert werden.¹³¹ Für den Bereich der Strafverfolgung sieht die Verfassung derzeit jedoch gerade keine Ausnahme von der Eingliederung in das System der Ministerialverantwortlichkeit vor. Eine solche Ausnahmeregelung kann auch nicht aus den Art. 92, 97 GG hergeleitet werden, da sich diese allein auf die rechtsprechende Gewalt beziehen.¹³² Eine Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts wäre daher nur zulässig, sofern die fortbestehende Möglichkeit zu allgemeinen Weisungen dazu geeignet wäre das damit verbundene Legitimationsdefizit zu kompensieren.¹³³ Dies ist jedoch, insbesondere in Bereichen staatsanwaltlicher Ermessensentscheidungen, nicht der Fall. Denn um die Einhaltung einer abstrakt-generellen Anordnung auch im konkreten Fall durchsetzen und damit die Verantwortung

¹²⁵ Wallenta (Fn. 19), S. 38.

¹²⁶ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. (2023), Rn. 17; Wallenta (Fn. 19), S. 38.

¹²⁷ Wallenta (Fn. 19), S. 38; Koppers, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages am 6.5.2020, S. 3, online abrufbar unter: <https://t.ly/8Zt9p> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹²⁸ U.a. BT-Drs 19/11095; Rennie, NK 2020, 475 (475); Rautenberg, ZRP 2016, 38 (38 ff.); Rautenberg, DRiZ 2014, 214 (219); Trentmann, ZIS 2016, 130 (134 f.); Hannich, DRiZ 2003, 249 (2505); Rudolph, NJW 1998, 1205 (1206).

¹²⁹ BT-Drs. 19/11095, S. 5.

¹³⁰ BT-Drs. 19/11095, S. 5; Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365 (2367).

¹³¹ BVerfGE 9, 269 (282); 22, 106 (113 f.); Dreier, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 113.

¹³² Pradel (Fn. 6), S. 83 f.; Wallenta (Fn. 19), S. 42.

¹³³ Vgl. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. (2004), § 24 Rn. 22.

für individuelles Handeln übernehmen zu können, muss der Justizminister auch zu Weisungen im Einzelfall berechtigt sein.¹³⁴ Ein hinreichendes Legitimationsniveau lässt sich auch nicht über die Polizeibeamten als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft nach § 152 GVG herstellen. Zwar wären diese trotz Abschaffung der staatsanwaltlichen externen Weisungsabhängigkeit weiterhin gegenüber dem Ressortminister weisungsgebunden. Da die Verfahrensherrschaft für das Ermittlungsverfahren allerdings bei der Staatsanwaltschaft liegt, wäre damit den Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG nicht Genüge getan.¹³⁵ Zuletzt zeigen Erfahrungen aus der Praxis, dass die von den Entwürfen vorausgesetzte, trennscharfe Abgrenzung zwischen (zulässigen) allgemeinen Weisungen und (unzulässigen) Einzelfallweisungen nicht immer möglich ist und es sogar zu Überschneidungen kommt.¹³⁶ Eine kompensationslose Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts ist somit abzulehnen.

5. Sektorale Begrenzung des externen Einzelfallweisungsrechts

Der Referentenentwurf des BMJV versucht daher durch eine lediglich sektorale Begrenzung des externen Einzelfallweisungsrechts einen Ausgleich zwischen der verfassungsrechtlich notwendigen parlamentarischen Kontrolle der Staatsanwaltschaft und der Gewährleistung ihrer Handlungsfähigkeit im europäischen Kontext zu schaffen.¹³⁷ Da jedoch dadurch der demokratische Legitimationszusammenhang in diesem Bereich reduziert wird, bedarf es auch hierfür eines verfassungsrechtlich legitimen Grundes. Der Entwurf sieht diesen in dem Grundsatz der europarechtsfreundlichen Auslegung des GG, der in Verbindung mit dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung und der Rechtsprechung des *EuGH* zu einer Absenkung des Legitimationsniveaus führen könnte.¹³⁸ Vertreter dieser Auffassung beziehen sich insofern auf die Rechtsprechung des *BVerfG*, wonach auf der Basis von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG Abweichungen von den innerstaatlichen Anforderungen an die demokratische Organisation der Verwaltung zulässig sein können, wenn diese durch die europäische Integration bedingt sind und der Grundsatz der Volkssouveränität nicht unterlaufen wird.¹³⁹ Da auch das Prinzip gegenseitiger Anerkennung von dem Integrationsauftrag des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG umfasst sei, könnte sich dieses seinerseits auf das Legitimationsniveau auswirken und dessen Befolgung als Grund für die Begrenzung des Weisungsrechts herangezogen werden.¹⁴⁰ Eine bloß sektorale Begrenzung sei zudem auch deswegen verfassungsgemäß, weil die Möglichkeit des Justizministers zum Erlass von Einzelfallweisungen hinsichtlich aller übrigen Tätigkeiten der Staatsanwaltschaft bestehen bleibe und auch im europäischen Kontext die Möglichkeit zu allgemeinen Weisungen fortbestehe.¹⁴¹ Im Ausgangspunkt erscheint diese Begründung zwar verfassungsrechtlich vertretbar und damit grundsätzlich auch umsetzbar, tatsächlich verfehlt der Entwurf jedoch das eigentliche Ziel. Dieses sollte nicht nur darin bestehen, in Reaktion auf die Rechtsprechung des *EuGH* im Bereich der europäischen Strafverfolgung „irgendwie“ handlungsfähig zu bleiben, sondern vielmehr im Rahmen einer ganzheitlichen Lösung die mit dem externen Weisungsrecht verbundenen rechtsstaatlichen Defizite zu entschärfen.¹⁴² Der Kritik, wonach der Referentenentwurf als bloße „Fassaden-Regelung“¹⁴³ bezeichnet wird, ist daher im Ergebnis zuzustimmen.

¹³⁴ Harden, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages am 6.5.2020, S. 19, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/05/stellungnahme-harden-unabh-sta.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹³⁵ Gärditz, GSZ 2019, 133 (139).

¹³⁶ Pradel (Fn. 6), S. 190; Harden (Fn. 134), S. 19; Künast, ZRP 2015, 252 (253); Odersky, in: FS Bengl, 1984, S. 57 (79).

¹³⁷ BMJV (Fn. 102), S. 2.

¹³⁸ BMJV (Fn. 102), S. 13 f.

¹³⁹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2019, 3204 (3207); BMJV (Fn. 102), S. 13f.

¹⁴⁰ BMJV (Fn. 102), S. 13 f.; Wallenta (Fn. 19), S. 63 f.

¹⁴¹ BMJV (Fn. 102), S. 13 f.; Wallenta (Fn. 19), S. 63 f.

¹⁴² Pradel (Fn. 6), S. 179; Mertin, DRiZ 2021, 101 (101).

¹⁴³ NRV, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV v. 25.1.2021, S. 2, online abrufbar unter: https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/fg_strafrecht/2021-01_FG_StrR_Stn_externer_Weisung_StA.pdf (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

6. Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts gegen Kompensation

Angesichts der zuvor geäußerten Kritik könnte die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft dadurch gestärkt werden, dass das externe Einzelfallweisungsrecht zwar abgeschafft wird, gleichzeitig jedoch ein Kompensationsinstrument als Gegengewicht für die Rechtewahrung der Exekutive geschaffen wird. Der Deutsche Richterbund (DRB) schlug diesbezüglich bereits 2015 eine Ausweitung des Klageerzwingungsverfahrens vor.¹⁴⁴ Derzeit handelt es sich dabei gem. § 172 StPO um ein sog. „Verletztenrecht“, wonach allein der Verletzte unter bestimmten Voraussetzungen trotz des staatsanwaltlichen Anklagemonopols ein gerichtliches Verfahren erzwingen kann.¹⁴⁵ Nach dem DRB soll das Klageerzwingungsverfahren von der Verletzeneigenschaft abgekoppelt werden und der Justizminister ein eigenes Antragsrecht erhalten.¹⁴⁶ Richtig ist, dass auf diesem Weg ggf. eine Anklage auch gegen den Willen der Staatsanwaltschaft erreicht und durch ein zustimmendes gerichtliches Urteil die Ansicht des Ministers vor dem Parlament ebenso legitimiert werden kann.¹⁴⁷ Dass ein ausermittelter Fall, bei dem die Ergebnisse für eine Anklage ausreichen würden, dennoch nicht angezeigt wird, erscheint jedoch, auch mit Blick auf § 258a StGB, unwahrscheinlich.¹⁴⁸ Für den deutlich wichtigeren Fall, dass die Staatsanwaltschaft trotz zureichender Anhaltspunkte keine Ermittlungen aufnimmt, scheidet das Klageerzwingungsverfahren als Rechtsbehelf hingegen von vornherein aus, da dieses kein Ermittlungserzwingungsverfahren erfasst.¹⁴⁹ Hinzu kommt, dass politische Einflussnahmen auch im Ermittlungsverfahren denkbar sind, die dort getroffenen Entscheidungen jedoch nicht mithilfe des Klageerzwingungsverfahrens kontrolliert werden können. Da aber bereits die Einleitung von Ermittlungen für den Betroffenen erhebliche Folgen haben kann, müssen auch diese Entscheidungen der parlamentarischen Kontrolle zugänglich sein.¹⁵⁰ Eine Ausweitung des Klageerzwingungsverfahrens ist daher allenfalls ergänzend sinnvoll.

7. Ausgliederung aus dem System der Ministerialverantwortlichkeit

In Anbetracht der vorherigen Ausführungen könnte die gänzliche Abschaffung der Weisungsbefugnis der Justizminister die konsequenteste Lösung darstellen. Eine solche Ausgliederung der Staatsanwaltschaft aus dem Prinzip der Ministerialverantwortlichkeit würde jedoch zwingend einen klarstellenden Verfassungszusatz erfordern.¹⁵¹

a) Die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikative

Ein Ansatz könnte darin bestehen, die Staatsanwaltschaft verfassungsrechtlich der Judikative zuzuordnen. Da die Art. 92, 97 GG die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt verfassungsrechtlich garantieren, würde eine derartige Einbeziehung der Staatsanwaltschaft auch zu ihrer politischen Unabhängigkeit führen.¹⁵² Eine solche Lösung widerspricht jedoch den strukturellen Vorgaben, die die Verfassung an die Ausgestaltung von Exekutive

¹⁴⁴ DRB, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG, online abrufbar unter: <https://t.ly/PyXPh> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹⁴⁵ Moldenhauer, in: KK-StPO, § 172 Rn. 1 ff.

¹⁴⁶ DRB (Fn. 144), S. 11 f.

¹⁴⁷ Combé (Fn. 69), S. 88.

¹⁴⁸ Gärditz, GSZ 2019, 133 (138); Wallenta (Fn. 19), S. 46.

¹⁴⁹ Moldenhauer, in: KK-StPO, § 172 Rn. 1a; Gärditz, GSZ 2019, 133 (138).

¹⁵⁰ Pradel (Fn. 6), S. 184.

¹⁵¹ Pradel (Fn. 6), S. 191 f.; Carsten/Rautenberg (Fn. 5), S. 549; Koller (Fn. 6), S. 334 f.

¹⁵² Hoberg, DRiZ 1953, 136 (136 f.); Wagner, JZ 1974, 212 (218).

und Judikative stellt. So kommt der Staatsanwaltschaft mit ihrem Initiativrecht eine originär exekutive Befugnis zu, die ein notwendiges Korrektiv zur Passivität der Strafgerichte darstellt.¹⁵³ Durch eine Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikative würde daher das „Initiativverbot“ der rechtsprechenden Gewalt unterlaufen werden.¹⁵⁴ Wichtig ist auch, dass sich die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft trotz ihrer funktionalen Nähe im Bereich der Strafrechtspflege wesentlich von derjenigen der Gerichte unterscheidet: Denn während Gerichte im Rahmen öffentlicher Hauptverhandlungen sowie aufgrund der Möglichkeit der Überprüfung von Urteilen durch die nächsthöhere Instanz einer unmittelbaren Kontrolle unterliegen, existieren vergleichbare Kontrollmechanismen für das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren nicht.¹⁵⁵ Damit die Staatsanwaltschaft jedoch nicht zu einem „unkontrollierten Machtfaktor“¹⁵⁶ wird, müssen auch ihre Entscheidungen einer parlamentarischen Kontrolle zugänglich sein. Im Ergebnis ist daher eine Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikative nicht sachgerecht.

b) Verfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Ministerialverantwortlichkeit

Allerdings könnte eine verfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Ministerialverantwortlichkeit etabliert werden. Überwiegend wird dies unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *BVerfG*¹⁵⁷ aufgrund der regelmäßig hohen Eingriffsintensität der staatsanwaltlichen Tätigkeit abgelehnt, die der Regierungsverantwortung nicht gänzlich entzogen werden dürfte.¹⁵⁸ Im Ausgangspunkt sind entsprechende Argumentationen zwar durchaus zutreffend, allerdings tragen sie der besonderen Stellung der Staatsanwaltschaft nicht in letzter Konsequenz Rechnung.¹⁵⁹ Tatsächlich wäre eine völlig unabhängige Staatsanwaltschaft aufgrund ihrer entscheidenden Stellung innerhalb des Strafverfahrens nicht mit der Verfassung vereinbar. Allein daraus ergibt sich jedoch nicht, dass die Staatsanwaltschaft stets dem Justizminister als Leitungsorgan unterstellt sein müsste. Vielmehr stellt das System der Ministerialverantwortlichkeit zwar den grundgesetzlichen Regelfall zur Herstellung sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation dar, zwingend ist diese Form der parlamentarischen Kontrolle jedoch verfassungsrechtlich nicht.¹⁶⁰ Denn letztendlich ist nicht die Art der Herstellung demokratischer Legitimation entscheidend, sondern dass dadurch ein hinreichendes Legitimationsniveau gewährleistet wird.¹⁶¹ Entscheidend ist nun, dass die Weisungsbefugnis des Justizministers in Bezug auf die Aufgaben der Staatsanwaltschaft jedenfalls die Gefahr politischer Einflussnahme birgt und daher zu rechtsstaatlichen Defiziten führt. Dies ist jedoch sowohl angesichts der Grundrechtsintensität der Strafverfolgung sowie der in diesem Bereich zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht bestehenden funktionalen Nähe nicht hinnehmbar.¹⁶² Gerade die Eingriffsintensität der staatsanwaltlichen Tätigkeit spricht somit dafür, dass das externe Weisungsrecht auf eine andere, politisch weitestgehend neutrale Stelle übertragen werden sollte, die ihrerseits demokratisch legitimiert ist und die staatsanwaltlichen Handlungen vor dem Parlament verantwortet.¹⁶³

¹⁵³ Pradel (Fn. 6), S. 194, 209; Große Strafrechtskommission DRB (Fn. 7), S. 39.

¹⁵⁴ Pradel (Fn. 6), S. 194, 209; Koller (Fn. 6), S. 334 f.

¹⁵⁵ Andoor (Fn. 70), S. 11 f.; Dwars (Fn. 49), S. 202.

¹⁵⁶ Kunert, in: FS Wassermann, 1985, S. 915 (922).

¹⁵⁷ BVerfGE 9, 269 (282); 22, 106 (113 f.).

¹⁵⁸ DAV (Fn. 57), S. 4; BMJV (Fn. 102), S. 7; Trentmann, ZJS 2016, 130 (135); Strate, ZRP 2014, 94; Hund, ZRP 1994, 470 (472); Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 (146 f.); Blomeyer, GA 1970, 161 (170 f.); Sarstedt, NJW 1964 1752 (1755 f.).

¹⁵⁹ Pradel (Fn. 6), S. 196 ff., 224.

¹⁶⁰ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 24 Rn. 15 ff; Pradel (Fn. 6), S. 85.

¹⁶¹ BVerfGE 38, 258 (271); 47, 253 (272 ff.); Pradel (Fn. 6), S. 85.

¹⁶² Pradel (Fn. 6), S. 190; Pfortner, KritV 2008, 455 (458); Krebs (Fn. 13), S. 142 (142).

¹⁶³ Pradel (Fn. 6), S. 190; im Ergebnis auch Löbber, ZRP 2015, 161 (161).

aa) *Parlamentarische Verantwortung der Generalstaatsanwälte*

Denkbar wäre, dass anstelle des Justizministers der Generalstaatsanwalt die parlamentarische Verantwortung für die Staatsanwaltschaft übernimmt.¹⁶⁴ Da der Generalstaatsanwalt zur Aufrechterhaltung der erforderlichen ununterbrochenen Legitimationskette jedoch vom Parlament gewählt werden müsste, unterläge dieser ebenfalls der politischen Stimmungslage, sodass der „böse Anschein“ sachfremder politischer Einflussnahme im Ergebnis nur verlagert wäre.¹⁶⁵

bb) *Einbeziehung in ein System der selbstverwalteten Justiz*

Nach Vorschlägen innerhalb der Richterverbände soll die Staatsanwaltschaft hingegen in ein Modell der selbstverwalteten Justiz einbezogen werden.¹⁶⁶ Ein Entwurf des DRB sieht dafür die Einführung eines „Zwei-Säulen-Modells“ vor. Die erste Säule stellt der Justizverwaltungsrat dar, welchem die bisher ministeriellen Aufgabenbereiche zukommen, insb. alle Personalentscheidungen, die Dienstaufsicht der Justiz sowie das Aufstellen eines Gesamtbudgets.¹⁶⁷ Bei den Justizministerien sollen hingegen die Aufgabe der Erarbeitung von Gesetzen, der juristischen Ausbildung, der Notaraufsicht, die Strafvollstreckung sowie die Gnadensachen verbleiben.¹⁶⁸ Zusammengesetzt ist der Justizverwaltungsrat aus mindestens einem Mitglied aus jeder Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaft.¹⁶⁹ Die zweite Säule bildet der Justizwahlausschuss. Dieser ist hälftig aus Richtern und Staatsanwälten sowie aus Vertretern des Parlaments entsprechend den Mehrheitsverhältnissen zusammengesetzt und Vorsitzender ist der Parlamentspräsident. Aufgabe des Justizwahlausschusses ist die Wahl der Mitglieder des Justizverwaltungsrates, wodurch die demokratische Legitimation staatsanwaltlicher Tätigkeit garantiert wird.¹⁷⁰ Abgeleitet wird das System der selbstverwalteten Justiz aus den Art. 92 ff. GG. Da sich diese jedoch lediglich auf die rechtsprechende Gewalt und nicht auf die Justiz insgesamt beziehen, bedarf auch dieser Vorschlag, insbesondere im Hinblick auf die Stellung der Staatsanwaltschaft, zwingend einer Verfassungsänderung.¹⁷¹ Hervorzuheben ist, dass die Staatsanwaltschaft durch die Einbeziehung in eine selbstverwaltete Justiz völlig der Kontrolle der Exekutive entzogen wird, zugleich jedoch durch das Zusammenwirken von Justizverwaltungsrat und Justizwahlausschuss ein hinreichender demokratischer Legitimationszusammenhang gewährleistet werden kann.¹⁷² Dadurch können europäische Unabhängigkeitsanforderungen erfüllt und gleichzeitig rechtsstaatlich notwendige Kontrolle ausgeübt werden. Auch zeigt ein internationaler Vergleich, dass Modelle der selbstverwalteten Justiz in den meisten Staaten Europas üblich sind¹⁷³ und auch die Parlamentarische Versammlung des Europarates hatte Deutschland bereits 2009 zur Einführung eines solchen Systems aufgefordert.¹⁷⁴ Wie problematisch die derzeitige Justizverwaltung durch die Exekutive im Einzelfall sein kann, wurde zudem erst kürzlich an den (mittlerweile aufgegebenen) Umstrukturierungsplänen für die Cum-Ex-Abteilung der Kölner Staatsanwaltschaft deutlich, wonach die führende Ermittlerin

¹⁶⁴ Franzen, ZRP 2019, 154 (154); Rautenberg, GA 2006, 356 (361).

¹⁶⁵ Wallenta (Fn. 19), S. 47; Odersky, in FS Bengl, 1984, S. 57 (81); a.A. Dette, DRiZ 2014, 213.

¹⁶⁶ DRB, Entwurf für ein Landesgesetz zur Selbstverwaltung der Justiz (Landesjustizverwaltungsgesetz - LJSvG) v. 01.02.2010; NRV, Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes und Gesetz zur Änderung des einfachen Rechts v. 16.03.2010. Zu den Unterschieden beider Entwürfe näher Schulte-Kellinghaus, Die Gesetzentwürfe des Deutschen Richterbundes und der Neuen Richtervereinigung zur Selbstverwaltung der Justiz - Ein Vergleich im Überblick, KritV 2010, 256-259.

¹⁶⁷ Frank, KritV 2008, 405 (408 f.); Weber-Grellet, ZRP 2007, 153 (154).

¹⁶⁸ Ebd.

¹⁶⁹ Weber-Grellet, ZRP 2007, 154; Mackenroth-Teetzmann, ZRP 2002, 337 (340).

¹⁷⁰ Frank, KritV 2008, 405 (408 f.); Weber-Grellet, ZRP 2007, 153 (154).

¹⁷¹ Pradel (Fn. 6), S. 205.

¹⁷² Pradel (Fn. 6), S. 205 f.

¹⁷³ Jeschke, KritV 2010, 233 (233 ff.).

¹⁷⁴ PACE, Pressemitteilung und Dokument 1193, online abrufbar unter: <https://pace.coe.int/en/files/12276> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

Anne Brorhilker gegen ihren Willen die Hälfte ihrer Fälle an einen in Sachen Cum-Ex bislang unerfahrenen Staatsanwalt hätte abgeben sollen.¹⁷⁵ Dies hätte jedoch sowohl eine Entmachtung der Staatsanwältin als auch einen Eingriff in die laufenden Ermittlungen dargestellt.¹⁷⁶ Vor allem spricht jedoch für das Modell des DRB, dass durch die Einbeziehung unterschiedlicher Personen in den Prozess der Dienstaufsicht die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung des Weisungsrechts erheblich reduziert wird. Zwar kann auch ein Kollegium in politische Drucksituationen geraten oder von der politischen Stimmungslage beeinflusst werden.¹⁷⁷ Dennoch kommt diesem gegenüber einem einzelnen Politiker eine gesteigerte Neutralität zu und die Grundlage für informelle Einflussnahmen durch Einzelpersonen entfällt.¹⁷⁸ Außerdem darf auch das Weisungsrecht der Justizverwaltung einzig innerhalb der bekannten Grenzen des Weisungsrechts ausgeübt werden. Trotz dieser gewichtigen Argumente für eine Einbeziehung der Staatsanwaltschaft in eine selbstverwaltete Justiz ist der Entwurf des DRB dennoch abzulehnen. Denn im Ergebnis würde die Staatsanwaltschaft auch nach diesem Modell der dritten Gewalt zugeordnet werden,¹⁷⁹ was jedoch im Widerspruch zu deren Initiativverbot steht. Jedenfalls aber würden sich Staatsanwaltschaft und Gerichte durch eine gemeinsame Selbstverwaltung im Rahmen der Strafverfolgung noch weiter annähern, was jedoch aufgrund der Erfahrungen aus dem Inquisitionsprozess vermieden werden sollte.¹⁸⁰

VIII. Lösungsvorschlag

Im Folgenden wird unter Berücksichtigung der vorangegangenen Bewertung ein eigener Lösungsvorschlag dargestellt.

1. Einführung eines neutralen Aufsichtsorgans

Aus den vorherigen Ausführungen ergibt sich, dass das Weisungsrecht des Justizministers auf ein politisch weitestgehend neutrales Kollegialorgan als Weisungsspitze übertragen werden sollte. Dieses soll aus zwei parlamentarisch gewählten Vertretern der Richterschaft und der Staatsanwaltschaft sowie dem Landes- bzw. Bundesjustizminister als Mitglied kraft Amtes zusammengesetzt sein, wodurch eine hinreichende parlamentarische Legitimation gewährleistet werden kann. Die Entscheidungsfindung erfolgt zudem durch Abstimmung, wofür zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsorgans eine einfache Mehrheit genügt. Ein anderer Vorschlag aus der Literatur, der auch den Vorsitzenden des Rechtsausschusses sowie den Generalbundesanwalt in ein solches Aufsichtsorgan einbezieht,¹⁸¹ ist hingegen nicht überzeugend. Zwar ist bei einem größeren Gremium die Gefahr der Politisierung von Entscheidungen als (noch) geringer einzuschätzen, gleichzeitig wirkt sich dies jedoch nachteilig auf eine schnelle Entscheidungsfindung aus. Vor allem ist jedoch die Einbeziehung des Generalbundesanwalts als Mitglied des Aufsichtsorgans aufgrund seiner Stellung als politischer Beamter abzulehnen. Denn wie die eingangs erwähnte netzpolitik.org-Affäre plakativ vor Augen geführt hat, kann der Generalbundesanwalt gem.

¹⁷⁵ *Striewski*, Cum-Ex: Justizminister Limbach gibt umstrittene Pläne auf, WDR v. 12.10.2023, online abrufbar unter: <https://www1.wdr.de/nachrichten/landespolitik/limbach-justizminister-cum-ex-landtag-100.html> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹⁷⁶ *Finke/Ott*, Cum-Ex-Auflärer Schick attackiert Justizminister Limbach, Süddeutsche Zeitung v. 27.09.2023, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cum-ex-schick-limbach-justizministerium-1.6258716> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹⁷⁷ *Papier*, ZRP 2009, 125 (125 f.); *Mertin*, ZRP 2002, 332 (335 f.); insofern auch *Dwars* (Fn. 49), S. 159 f. am Bsp. des Palamara-Falls in Italien.

¹⁷⁸ *Pradel* (Fn. 6), S. 212 f.

¹⁷⁹ *Titz*, KritV 2010, 260 (264, 267); *Altwater*, KritV 2008, 462 (462); der DRB lässt dies ausdrücklich offen, vgl. DRB, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages am 22.4.2013, online abrufbar unter: <https://t.ly/tRh86> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹⁸⁰ *Mertin*, ZRP 2002, 332 (336); *Röhl*, JZ 2002, 838 (846).

¹⁸¹ *Pradel* (Fn. 6), S. 215.

§ 54 Abs. 1 Nr. 5 BBG jederzeit ohne Angabe von Gründen entlassen werden. Infolgedessen steht er „unter Dauerverdacht“ die Interessen der Regierung soweit es geht zu berücksichtigen, um der Gefahr einer Entlassung zu entgehen.¹⁸² Ohne Streichung dieser Sonderstellung besteht bei ihm somit auch künftig ein „böser Anschein“ politischer Beeinflussbarkeit,¹⁸³ was jedoch im Widerspruch zur Zielsetzung des Aufsichtsorgans steht und auch im Hinblick auf seine eigene Weisungsbefugnis problematisch ist. Wichtig ist jedoch, dass eine Politisierung des Weisungsrechts auch durch die Einführung eines Kollegiums nach diesem Lösungsvorschlag nicht völlig ausgeschlossen ist. Entsprechend der gegenüber dem Justizverwaltungsrat getroffenen Erwägungen stellt die Übertragung des Weisungsrechts auf ein aus mehreren Personen bestehendes Aufsichtsorgan dennoch den konsequentesten Weg dar, um die Handlungsfähigkeit der Staatsanwaltschaft in der internationalen Strafverfolgung sicherzustellen und gleichzeitig rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden.

2. Transparenzbemühungen

Zusätzlich bedarf es einer transparenteren einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Weisungsrechts. In einem ersten Schritt sollte dazu in § 147 GVG für alle Weisungen ein Schriftlichkeits- und Begründungserfordernis implementiert werden.¹⁸⁴ Zum einen erhält der Angewiesene dadurch die Grundlage für eine eventuelle Remonstration, zum anderen trägt eine Verschriftlichung und Begründung von Weisungen zur Transparenz und Fairness bei, wodurch dem „bösen Anschein“, aber auch einer tatsächlichen politischen Einflussnahme entgegengewirkt wird.¹⁸⁵ Korrespondieren müssen solche Formvorschriften zudem mit gesetzlich verankerten Veröffentlichungspflichten in der Handakte.¹⁸⁶ Um die Gefahr von Einflussnahmen unterhalb der Schwelle zur förmlichen Weisung weiter zu reduzieren, sollte ein Gebot der Schriftlichkeit jeglicher fallbezogener Kommunikation zwischen den Weisungsbefugten und den Staatsanwälten gesetzlich festgelegt werden.¹⁸⁷ Zuletzt trägt eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung der rechtlichen Grenzen des Weisungsrechts sowie die Festlegung einer Legaldefinition des Weisungsbegriffs zu zusätzlicher Transparenz und Rechtssicherheit bei, weswegen § 147 GVG auch insofern klarstellend ergänzt werden sollte.¹⁸⁸

IX. Fazit

Das externe Weisungsrecht ist seit jeher ein zweischneidiges Schwert. Einerseits wird durch die externe Weisungsbefugnis das Grundprinzip parlamentarischer Verantwortung realisiert, andererseits kann diese das „Einfallstor“ für politische Einflussnahmen auf die Strafverfolgung darstellen. Doch obwohl die derzeitige Rechtslage aufgrund der Rechtsprechung des *EuGH* zunehmend unter Druck gerät, hat die Regierung auch nach fast zweijähriger Amtszeit noch nicht auf diese Problemlage reagiert. Auch bei der letzten Herbstkonferenz der Justizminister stand eine Reform des Weisungsrechts nicht auf der Tagesordnung.¹⁸⁹ Eine Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ist jedoch sowohl aus rechtsstaatlicher Sicht als auch mit Blick auf die zunehmende Europäisierung der

¹⁸² Rautenberg, DRiZ 2014, 214 (216).

¹⁸³ Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365 (2368); Trentmann, ZRP 2015, 198 (199).

¹⁸⁴ Pradel (Fn. 6), S. 160 f., 219; Trentmann, ZIS 2016, 130 (37).

¹⁸⁵ Wedel/Holznapel, ZRP 2020, 143 (148); Trentmann, ZRP 2015, 198 (200).

¹⁸⁶ Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 Rn. 30; Harden (Fn. 134), S. 33 ff.

¹⁸⁷ NRV (Fn. 143), S. 2 f.

¹⁸⁸ BMJV (Fn. 102), S. 10; DAV (Fn. 57), S. 3; Krebs (Fn. 13), S. 26, 354.

¹⁸⁹ Tagesordnung der 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister v. 25.10.2023, online abrufbar unter: https://www.berlin.de/sen/justv/jumiko/beschluesse/tagesordnung-der-herbstkonferenz_stand_25102023.pdf (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

internationalen Strafverfolgung zwingend erforderlich und darf nicht weiter ausgesetzt werden.¹⁹⁰ Entgegen den Reformentwürfen aus der vergangenen Legislaturperiode zeigt sich, dass das Hauptproblem der derzeitigen Rechtslage allerdings nicht das externe Weisungsrecht an sich ist, sondern die Person des externen Weisungsberechtigten. Daher sollte eine verfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Ministerialverantwortlichkeit etabliert und das externe Weisungsrecht auf ein neutrales Aufsichtsorgan übertragen werden, welches seinerseits demokratisch legitimiert ist und die staatsanwaltliche Tätigkeit vor dem Parlament verantwortet. Die Gefahr der Politisierung von Weisungen ist zwar auch dann nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch deutlich geringer als bei einem einzelnen Politiker. Neben der Streichung von § 54 Abs. 1 Nr. 5 BBG sollte ein weiterer Schwerpunkt auf der Schaffung von mehr Transparenz und Rechtssicherheit bei der Erteilung von Weisungen liegen. Dazu sollte in § 147 GVG für alle Weisungen ein Schriftform- und Begründungserfordernis gesetzlich verankert werden sowie die Grenzen des Weisungsrechts klarstellend festgehalten werden. Im Ergebnis erfordert eine Reform des Weisungsrechts neben Änderungen innerhalb des GVG auch eine Verfassungsänderung. Ein neu einzufügender Art. 65b GG könnte lauten:

- (1) *¹Die Staatsanwaltschaft erfüllt gemeinsam mit den Strafgerichten die Aufgabe der Justizgewährung.² Ihre Entscheidungen unterstehen der Aufsicht und Leitung eines neutralen Kollegialorgans und werden vor dem Parlament verantwortet.*¹⁹¹
- (2) *Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.*

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹⁹⁰ Ganz aktuell wurde im Abgeordnetenhaus Berlin von der Fraktion Bündnis90/Die Grünen und der Fraktion Die Linke ein Antrag für den Erlass einer Bundesratsinitiative entsprechend dem Referentenentwurf des BMJV 01/2021 eingebracht. Künftige Entwicklungen bleiben insofern abzuwarten. Der Antrag ist online abrufbar unter: <https://www.parlament-berlin.de/ad0s/19/IIIPlen/vorgang/d19-1296.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.11.2023).

¹⁹¹ Vgl. Pradel (Fn. 6), S. 218.